

Luís de Sousa

Corrupção

Ensaio da Fundação

Aos meus queridos pais, pelo investimento que fizeram na minha educação e pelos valores de ética pública e de convivência cívica que me souberam transmitir.

Índice

Introdução	11
Parte I	
Capítulo I. Corrupção: problema legal ou ético?	17
Capítulo II. O pacto de corrupção	24
Capítulo III. Variedades de corrupção	36
Capítulo IV. Causas e áreas de risco da corrupção	44
Parte II	
Capítulo V. A inoperância da Justiça	60
Capítulo VI. O papel dos <i>media</i> no combate à corrupção	72
Capítulo VII. A ineficácia da resposta política	82
Capítulo VIII. O papel da sociedade civil: da tolerância à acção	97
Bibliografia	108

Introdução

A corrupção é um problema mundial, comum a todas as sociedades, regimes e culturas, e detectável em diferentes períodos da História da Humanidade (Alatas, 1990: 3-4).

Somos diariamente somos bombardeados com mais e novos casos de corrupção envolvendo uma série de actores (desde ministros, empresários e detentores de altos cargos públicos a empresas, partidos e fundações), de recursos (desde avultadas somas em contas bancárias *offshore* a malas de dinheiro, prendas e ofertas, incluindo de sexo) e de trocas (desde compras de decisões a tráfico de influência de toda a ordem).

A corrupção não tem fronteiras. Não se trata de um fenómeno circunscrito a um tipo de cultura ou grau de desenvolvimento. É uma realidade transcultural. Prova disso são as inúmeras expressões idiomáticas que definem este tipo de conduta: a prática de suborno é comumente designada por “luvas” (Portugal), “propina” (Brasil), “gasosa” (Angola), “refresco” (Moçambique), “kickback” (Reino Unido), “tangente/bustarella” (Itália), “bakchich/pot-de-vin/dessous-de-table” (França). Quanto mais enraizada a prática estiver na cultura de um país, mais fértil tende a ser a sua definição social.

Não se trata também de um fenómeno identificável apenas em regimes democráticos. É certo que a exposição social da corrupção é mais frequente numa democracia, pelo simples

facto de as democracias serem regimes mais abertos e escrutinados por uma comunicação social plural e interventiva. São raras as ditaduras que primam pelo bom desempenho das suas administrações, pela legalidade das suas decisões e pelo acesso imparcial dos cidadãos aos serviços e benefícios do Estado. A diferença reside na relevância do problema da corrupção para os sistemas de legitimação das sociedades. A corrupção ataca a essência da democracia e os seus valores fundamentais (de igualdade, transparência, livre concorrência, imparcialidade, legalidade, integridade), valores que não têm o mesmo significado num regime autoritário.

As democracias são bastante mais complexas do que as ditaduras no que respeita à organização da sociedade, à regulação das actividades económicas, à pluralidade de interesses e de grupos de pressão, à heterogeneidade dos valores e expectativas individuais, às interacções entre as diferentes esferas de actividade (pública, política e privada). É portanto natural que as estruturas de oportunidade para a corrupção sejam substancialmente mais difusas. Determinadas formas de corrupção só têm significado num sistema concorrencial de poder. O financiamento ilícito de campanhas eleitorais não é problemático numa ditadura, devido à inexistência de eleições livres e justas e de um sistema plural de partidos. Mesmo do ponto de vista repressivo, aquilo que se pode ou não fazer e o enfoque das estratégias de combate à corrupção variam de um regime para outro. Em democracia, algumas medidas repressivas, como, por exemplo, a publicação de “listas negras” com os nomes dos condenados (individuais ou colectivos) por crimes de corrupção e criminalidade conexas, a inversão do ónus da prova, a criação de entidades anticorrupção dotadas de poderes especiais e de um batalhão de agentes, dificilmente seriam aprovadas sem um debate intenso sobre as liberdades e garantias do Estado de Direito.

A corrupção é um conceito volátil, sujeito a diferentes conotações contextuais. Como refere Rose-Ackerman (2002), “o suborno de uma pessoa é uma mera oferta para outra”. A pró-

pria definição penal de corrupção, que representa o conjunto de ocorrências para as quais existe um amplo consenso em sociedade, é produto dos tempos e das vontades políticas.

Apesar de, nas últimas duas décadas, ter havido um enorme esforço no sentido de harmonização dos enquadramentos legais/penais em todo o mundo, através da adopção de convenções multilaterais, a definição penal não é um monólito. A penalização de determinadas práticas e condutas em sociedade é uma construção social e varia no espaço e no tempo. A própria interpretação das normas penais está igualmente sujeita a uma disputa de conteúdos pelas partes litigantes. A avaliação que a acusação e a defesa fazem dos elementos da prova não são, nem podem ser, consensuais.

O significado da corrupção constrói-se através da disputa sobre a sua aplicação a situações, dilemas reais do dia-a-dia. Não obstante toda esta fluidez e volatilidade em torno do conceito, na prática a sua aplicação, isto é, a utilização da etiqueta “corrupção”, acarreta socialmente uma conotação negativa. Ninguém gosta de ser chamado corrupto.

A corrupção é um fenómeno milenar. Referências a este tipo de prática ou comportamento impróprio podem ser lidas em vários trechos dos textos sagrados e em códigos de antigas civilizações. Contudo, é com a criação do Estado moderno que o problema da corrupção assume a sua conotação e preocupação actuais. A delegação de poderes do príncipe criou espaço para a captação de rendas ilícitas por parte daqueles que eram designados a tomar conta da fazenda ou a aplicar as leis. O monopólio de poder associado à discricionariedade na interpretação das leis e à falta de controlo e de garantias colocava os mandarins numa posição privilegiada em relação aos súbditos e abria assim espaço à negociação das normas a aplicar. O súbdito procurava, por necessidade ou ambição, uma vantagem ou favor do príncipe, oferecendo ao representante da ordem estabelecida dádivas ou dinheiro; o juiz ou funcionário, por sua vez, rentabilizava o seu poder discricionário de decisão. Esta troca assumia,

cautelosamente, uma forma opaca, pelo simples facto de o príncipe desconhecer os seus poderes delegados eram alvo de abuso, prejudicando o seu bom-nome e a sua imagem. A corrupção surge assim como uma violação de autoridade delegada e, portanto, um comportamento reprovável, não apenas pelo outorgante, que teme a perda de poder sobre as populações, mas também por parte daqueles súbditos que, abdicando deste tipo de influência ou não tendo à disposição os meios para a praticarem, condenam o acesso diferenciado às graças do príncipe.

Esta breve ilustração histórica não pretende ser exaustiva do modo como surge o Estado moderno e da forma como a corrupção é intrínseca à sua organização e funcionamento; serve apenas para indicar, simplificada, que a corrupção decorre de uma relação de poder em sociedade. A corrupção, enquanto forma de influência ou compra de decisões, permaneceu invariável ao longo dos séculos, mas o modo como o poder se estrutura e é exercido em sociedade tem evoluído, criando novas oportunidades e incentivos para este tipo de prática.

O que é a corrupção? Como se estrutura e se processa? Que tipos de corrupção são vistos com tolerância e que tipos são considerados danosos para o funcionamento das instituições? Quais as causas que explicam a prevalência da corrupção numa determinada sociedade ou contexto histórico? Que factores de risco potenciam a sua ocorrência? Como se tem desenvolvido o combate à corrupção em Portugal? Estas e outras questões serão objecto de reflexão neste livro.

O intuito deste ensaio foi o de procurar explicar o fenómeno da corrupção e as dinâmicas do seu controlo ao grande público, utilizando para o efeito uma linguagem acessível, sem jargão técnico e demonstrações empíricas.

Tentar alcançar um equilíbrio entre simplicidade e relevância não é tarefa fácil. Optou-se por uma estrutura simples, por vezes desequilibrada, de modo que o autor pudesse de forma livre e assistemática, sem um estilo definido, esgrimir o tema proposto.

A análise resulta da combinação de três saberes: o científico, o prático e o opinativo. O livro não se debruça sobre casos em concreto, mas procura tão-somente apresentar um conjunto de reflexões sobre os actores, mecanismos e processos de corrupção, a evolução e contradições das percepções da opinião pública face ao fenómeno e o grau de eficácia das políticas de controlo.

Paraphraseando Ortega y Gasset, trata-se de um ensaio científico sem prova explícita e, por conseguinte, sujeito a erros e omissões de forma e substância. Por essas pede-se desde já desculpa aos leitores, mas não pelas opiniões expressas pelo autor no texto, porque não se reconhece a nenhuma autoridade terrena ou transcendental o direito de ajuizar do pensamento livre de um homem.

O livro está organizado em duas partes, com quatro capítulos cada. A primeira parte é dedicada ao fenómeno da corrupção, definições, processos, tipos, causas e riscos; a segunda, ao seu controlo, focando-se nos quatro actores com um papel central nesse processo: a Justiça, os *media*, a classe política e a sociedade civil. Optou-se por não incluir uma conclusão, porque se entende que o ensaio é por definição uma reflexão inconclusiva, um trabalho em curso.

Uma palavra final de agradecimento dirigida ao Professor Doutor António Barreto, ao Dr. António Araújo e ao meu caro amigo António Fidalgo pela confiança, paciência e encorajamento, e pelas valiosas críticas e sugestões que teceram ao manuscrito. As falhas e omissões são da exclusiva responsabilidade do autor. Deixo também um obrigado especial à Fundação Francisco Manuel dos Santos pelo honroso convite que me foi dirigido e pelo inabalável respeito da liberdade de expressão do autor. Os votos de sucesso a esta colecção de ensaios sobre a sociedade portuguesa.

Parte I

Capítulo I. Corrupção: problema legal ou ético?

O que é a corrupção? Embora pareça ser a menos relevante das questões, na realidade, está na base de todo o entendimento que construímos sobre o fenómeno.

Entende-se geralmente por corrupção o abuso de funções por parte de eleitos, funcionários públicos ou agentes privados, mediante promessa ou aceitação de vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida, para si ou para terceiros, para prática de qualquer acto ou omissão contrários aos deveres, princípios e expectativas que regem o exercício do cargo que ocupam, com o objectivo de transferir rendimentos e bens de natureza decisória, pública ou privada, para um determinado indivíduo ou grupos de indivíduos ligados por quaisquer laços de interesse comum.

Do ponto de vista transactivo, a corrupção é um “pacto” oculto que implica uma troca, da qual resulta, por um lado, um acesso privilegiado, um favorecimento ou uma venda de decisões (a que se tem ou não direito) e, por outro lado, uma contrapartida ou benefício impróprio e intencional, imediato ou prolongado, real ou simbólico, pecuniário ou não pecuniário para as partes “contratantes” ou para terceiros.

Do ponto de vista normativo, a corrupção consiste numa prática ou comportamento desviante, que implica uma violação

de regras legais/formais expressas nas leis, nos códigos penais e deontológicos, nos procedimentos administrativos, etc., e de expectativas ou normas culturais/sociais que regem o exercício de um cargo de autoridade delegada, num determinado contexto social e temporal. A definição de corrupção passa pela bivalência e, sobretudo, discrepância entre estes dois conjuntos de normas que qualificam certas ocorrências sob essa etiqueta de condenação. Embora do ponto de vista legal a corrupção se distinga de uma série de comportamentos fraudulentos frequentes nas esferas pública e privada, tais como o favoritismo, o nepotismo, a cunha, a promiscuidade, na prática, e do ponto de vista da condenação moral, os mecanismos e as formas cruzam-se. O pagamento de uma comissão ilícita para a obtenção de uma licença é muitas das vezes precedida por uma troca de favores e simpatias entre as partes “contratantes”.

A corrupção enquanto transgressão da lei

É consensual que a corrupção implica o desvio de determinados padrões de comportamento na vida pública. As sociedades modernas são regidas por sistemas complexos de papéis e regras. Cada papel está associado a um conjunto de regras, que regem a sua função, gerando expectativas em relação ao desempenho das instituições. Algumas dessas regras são expressas pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, através de legislação sobre práticas corruptas ou por códigos penais. Embora o grau de internalização das regras legais/formais varie consideravelmente entre indivíduos, grupos e sociedades, este núcleo de normas constitui um dos parâmetros mais estáveis e consensuais sobre padrões de comportamento expectáveis no exercício de funções, através dos quais os cidadãos podem avaliar se uma determinada prática é corrupta ou não (Nye, 1967).

Deste modo, a definição penal da corrupção representa uma parte fundamental da realidade da corrupção, que diz respeito a

um número bem limitado de práticas e comportamentos reprováveis, quer pelas elites políticas quer pela opinião pública em geral.

Do ponto de vista criminal, trata-se de um comportamento voluntário que lesa um bem tutelado pelo Direito, portanto, passível de uma pena repressiva (prisão, multa, perda de mandato, inelegibilidade, exclusão de actuação em mercados públicos, etc.) aplicáveis ao(s) infractor(es) mediante um processo judicial. Quais os bens jurídicos que estão em jogo: normas (bens jurídicos macrossociais) ou património (bens jurídicos individuais)? De um modo geral, os bens jurídicos lesados são a transparência e legalidade dos processos, a igualdade de acesso, a concorrência leal, a justa redistribuição de riqueza, etc. Ao contrário dos bens jurídicos individuais, mais facilmente identificáveis e protegidos, os bens jurídicos macrossociais são de natureza abstracta, de difícil identificação, e menos protegidos na tradição jurídica portuguesa. É mestra a sabedoria popular quando alerta que o bem público é de todos e se é de todos não é de ninguém; ficando, portanto, à mercê de todo o tipo de práticas e comportamentos predadores por parte de cidadãos e detentores de cargos públicos rapaces. Por essa razão, Maria José Morgado e José Vegar definiram a corrupção como um “crime sem rosto” (2003: 38).

A corrupção enquanto crime é também um fenómeno social. Quando as relações informais e os custos morais em sociedade são insuficientes para estabelecer e manter a desejável ordem social e a preservação da autoridade constitucionalmente instituída, o Estado, através dos seus órgãos legisladores, pode decidir impor à sociedade normas formais e sistemas de controlo que garantam a sua observância.

A tipificação do crime de corrupção tem acompanhado, ainda que tardiamente, a complexidade crescente do fenómeno. Tradicionalmente, o conceito penal de corrupção aparecia associado apenas ao exercício de funções públicas. Posteriormente, o conceito foi alargado a eleitos e cargos de nomeação, mas o conjunto de práticas e comportamentos proscritos continuava a estar circunscrito à interacção entre a esfera pública e a privada.

A criminalização de comportamentos corruptos na esfera política é uma das áreas mais sensíveis e menos consensuais do Direito Penal. São vários os mecanismos e garantias que atestam a difícil punibilidade destes crimes, começando pelos próprios regimes de imunidade que protegem os detentores de cargos eleitos da acção judicial. O inevitável confronto entre legitimidade do voto e legalidade pesa negativamente no desempenho da Justiça. Mais recentemente, fruto da redução da dimensão empresarial do Estado e da complexidade crescente da economia, o crime de corrupção entre actores de mercado passou a ganhar uma maior relevância social e política. Por exemplo, a espionagem industrial e a obtenção de informação privilegiada sobre o portefólio de investimentos de empresas concorrentes através de suborno tornaram-se práticas recorrentes, com enormes prejuízos para a livre concorrência e para o funcionamento do mercado.

Actualmente, Portugal dispõe de um vasto leque de infracções que tipificam o crime de corrupção: no âmbito do Código Penal — art. 372.º, 373.º, 374.º *Corrupção*, art. 334.º, *Tráfico de influência*, art. 336.º a 343.º, *Crimes eleitorais*, art. 359.º a 371.º, *Dos crimes contra a realização da justiça*, art. 375.º e 376.º, *Peculato*, art. 378.º a 382.º *Do abuso de autoridade* (art. 379.º, *Concussão* e 382.º, *Abuso de Poder*), art. 377.º, *Participação económica em negócio*; e em leis penais subsidiárias: Lei n.º 34/87, de 16 Julho, crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos (recentemente alterada pela Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro); Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, infracções antieconómicas e contra a saúde pública: art. 41.º-A *Corrupção activa com prejuízo do comércio internacional*, art. 41.º-B *Corrupção passiva no sector privado*, art. 41.º-C *Corrupção activa no sector privado*; etc.

O excesso de zelo na tipificação das infracções, característico dos sistemas penais de matriz continental, como o português, é ilustrativo da fragilidade e da falta de flexibilidade do sistema repressivo em lidar com a complexidade dinâmica do fenóme-

no. Veja-se, por exemplo, o caso da oferta programada e continuada no tempo de prendas por parte da administração de um banco aos dirigentes das entidades supervisoras. A tendência dos magistrados em interpretar este tipo de práticas à luz de um minimalismo legal, sem qualquer contextualização da lógica do acto e das motivações dos actores, explica a incapacidade de punição desta ocorrência ao abrigo do crime de corrupção. Em resposta a esta inflexibilidade interpretativa do conceito de corrupção por parte do sistema repressivo, optou-se, através da Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro, pela criação de um novo crime de recebimento indevido de vantagem, cuja aplicação se prevê inócua ou na melhor das hipóteses problemática, visto que o magistrado terá de decidir se as condutas em questão são socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes e, portanto, isentas de qualquer decisão sancionatória.

Também não se vislumbra qualquer virtude ou ganho em eficácia na criação de uma lei-crime especial para os detentores de cargos eleitos. Sempre que o passivo é um detentor de um cargo eleito, a probabilidade de vir a ser condenado é quase nula. Esta ineficácia do sistema judicial não só alimenta uma atitude de impunidade nos detentores de cargos de influência como agrava a péssima imagem que os cidadãos têm da Justiça. Mais ainda, alguns dos crimes tipificados na Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, não têm qualquer aplicabilidade. Por exemplo: o crime de prevaricação, de participação em negócio ou de violação de normas orçamentais. O facto de a criminalidade económico-financeira e dos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos serem tratados através de leis-crime especiais é revelador da secundarização dos bens jurídicos macrossociais em relação às garantias individuais dos arguidos. Trata-se de um “subsistema penal que é ainda olhado e aplicado com ‘desconfiança’ por juízes, pelo Ministério Público e por advogados, quer pela superstição de colocar em risco as garantias do processo crime, quer pela incompreensão resultante da impreparação geral” (Morgado e Vegar, 2003: 28).