

*José António Henriques dos Santos Cabral*

(Juiz Conselheiro, Supremo Tribunal de Justiça)

## **Ética e Corrupção**

Nos dias que correm a criminalidade económica revela uma outra policromia que não mais pode ser encarada como um fenómeno episódico, e lateral, à estrutura do Estado. À sua sombra acumulam-se uma pluralidade de condutas que, perfilando o traço comum da anomia ética e, muitas vezes, do uso desviante das funções, integram condutas ilícitas que atingem o núcleo central de qualquer regime democrático.

Procuremos desenhar alguns dos contornos desta nova realidade:

I

O primeiro desses traços é a Indiferença ética. Efectivamente, quando a criminalidade económica estrutural tem por aliado um sistema financeiro desprovido de quaisquer valores éticos estão criadas as condições para uma “tempestade perfeita”. Como sintetizou o Papa Francisco na *Evangelii Gaudium* uma das causas desta situação está na relação estabelecida com o dinheiro, porque aceita pacificamente o seu domínio sobre nós e sobre as nossas sociedades. A crise financeira que atravessamos faz-nos esquecer que, na sua origem, há uma crise antropológica profunda: a negação da primazia do ser humano. .... Tal desequilíbrio provém de ideologias que defendem a autonomia absoluta dos mercados e a especulação financeira. Por isso, negam o direito de controlo dos Estados, encarregados de velar pela tutela do bem comum. Instaura-se uma nova tirania invisível, às vezes virtual, que impõe, de forma unilateral e implacável, as suas leis e as suas regras. ...A tudo isto vem juntar-se uma corrupção ramificada e uma evasão fiscal egoísta, que assumiram dimensões mundiais.

O sistema financeiro global metamorfoseou-se num sistema autónomo, global dominante e expansionista, ausente de quaisquer restrições, ou limites, de natureza moral ou territorial. As restrições à escala nacional outrora existentes, consequência directa da regulação imposta pela soberania dos Estados, foram ultrapassadas por produtos e

serviços financeiros globais e os próprios financeiros assumem-se como a elite da nova aristocracia mundial, os novos “Donos do Mundo”. Uma das contradições existente no mundo moderno situa-se entre os que se encontram sujeitos aos limites das fronteiras e aqueles que, actuando à escala global, fogem a qualquer controle político e económico. Esta nova realidade tem inscrita uma específica ausência de ética que se situa para além das estruturas legais, e morais, tradicionais e que assume não estar acima, ou abaixo da lei, mas para além desta.

A desregulamentação e a globalização criam um vasto vazio jurídico em que ao poder financeiro se contrapõe um Estado anestesiado e fraco, fomentando o esbatimento entre a fronteira entre o lícito e o ilícito. Trata-se dum universo cinzento, á escala do planeta, em que o talento dos actores só tem paralelo na sua indiferença ética.

O sistema financeiro contemporâneo opera com fundamento num novo modelo de negócios focado no interesses dos grandes accionistas e executivos em lugar de servir pessoas e empresas. A actividade financeira, sobretudo bancária que, anteriormente, prestava, também, um serviço de interesse geral, propiciando o investimento e a criação de riqueza, transformou-se num negócio de risco, e altamente rentável, indiferente a qualquer interesse público. Os “guardiões do templo” do sistema financeiro transformaram-se em croupiers num casino gigante.

Nem sempre foi assim e não podemos entender a mudança de atitude da alta finança, no que respeita à assunção de riscos, e ao do respeito pela lei e pela ética, se esquecermos a mutação jurídica operada pelas principais instituições bancária no início dos anos 1990.

É nessa altura que o modelo económico se altera drasticamente, paralelamente à mudança do formato jurídico. Tal mudança institucional não foi fruto dum mero acaso, produzindo consequências inesperadas, mas sim dum processo conduzido de forma estratégica. Na verdade, durante décadas os grandes bancos funcionaram sob o manto da sociedade pessoal. Nesta, cada sócio contribuía em todos as áreas da instituição (dinheiro, propriedade, trabalho, competência) e, em troca, partilhava dos lucros e prejuízos. Por essa forma se incentivava os sócios a trabalhar em solidariedade e de forma prudente. Os mesmos tinham o controle do banco e se este colapsava perdiam tudo. Como tal um forte incentivo para garantir o bom desempenho da empresa e gerir de forma prudente.

Quando, na década de 1990, os grandes bancos são permitidos a deixar este modelo em benefício da sociedade por acções negociadas e cotadas na Bolsa os mesmos sócios

transformam-se em quadros superiores. Pouco a pouco, a maior parte das acções do banco é cedida ao público e a responsabilidade solidária (modelo prudencial) dá lugar a uma hipotética responsabilidade individual (modelo bolsista).

Os grandes accionistas exigem dos executivos bancários um retorno cada vez maior e mais rápido do capital investido. Enquanto isso, através dos bónus, stock options e outras novas formas de remuneração, os mesmos executivos apostam continuamente, jogando com realidades virtuais, no aumento do seu status económico sendo certo que, em tal jogo, não é o seu dinheiro que está comprometido. Esta maior assunção de risco para obter mais lucros tem subjacente um declínio paralelo de controle, e fiscalização, das operações financeira incapaz de lidar com novas realidade como o exemplificam a rede global de off shores e paraísos fiscais ou o trade de alta frequência.

Hoje o funcionamento da economia não é uma preocupação do sistema financeiro e o importante é permitir, numa actividade frenética, a acumulação de fortunas significativas e rápidas, ou seja, o objectivo essencial é permitir aos clientes preferenciais, aos grandes accionistas, e executivos, enriquecer sempre e mais depressa.

O grande banco oferece hoje menos "serviços", mas mais "produtos" nos quais o lucro é essencial e em relação ao cliente não se assume como parceiro, mas sim como vendedor de produtos. Como refere Jean François Gayraud (*Le Nouveau Capitalisme Criminel*-Edições Odile Jacob pag 287 e seg) Nesse modelo, enganar um cliente não é fraude, mas um ardid bem-sucedido, demonstrando a superioridade sobre outra forma ética e motivada pela ganância e gosto do jogo.

## II

A compreensão da criminalidade económica nos dias que passam, tanto no nosso país como à escala global tem, também, na sua génese o que podemos denominar a crise dos três R que constituíam um dos eixos do bom funcionamento dos mercados financeiros - regulação, repressão e de reputação.

Como afirma Frederic Lordon (*Le Monde Diplomatique* de 18 de Fevereiro de 2013) a regulação tornou-se uma "arma de brinquedo". Na verdade, numa fase do comprometimento do poder político com o sistema financeiro, a que não são alheios o financiamento partidário, ou a corrupção, emerge a cedência perante uma chantagem

intelectual imposta pela visão do mundo financeiro em que o argumento decisivo é o de que “não existe alternativa”.

Os mecanismos de regulação podem ter natureza diversa que vão desde os mecanismos de mercado até à existência de agências especializadas. Porém, nos dias que correm, os primeiros não funcionam e os segundos são anulados pelos limites das fronteiras, pela complexidade dos processos, pela falta de recursos humanos e materiais, pelo temor, e, nalguns casos, pela subserviência a que não é alheia a empatia próxima do conluio.

Existem, por vezes, regulamentos internos das entidades financeiras, mas a sua relevância é fictícia pois que os administradores raramente têm qualificações, independência ou interesse em enveredar por áreas complexas carregadas de exigência ética. Por seu turno as empresas de auditoria demonstram, ano após ano as suas falhas, algumas fruto da impreparação e duma actuação deliberada.

De alguma forma, os bancos tornaram-se "ingovernáveis" pois que, como afirma Simon Johnson ( 13 Bankers.The Wall Street Takeover and next Financial Meltdown-Edições Pantheon Books), os bancos são tão importantes para a economia que é quase impossível regulá-los.

A forma como os reguladores, nomeadamente Banco de Portugal e CNVM, actuaram ao longo dos diversos casos que afectaram o sistema bancário do nosso País é um elogio à falta de competência. A forma como foi possível a sucessiva, e repetida, prática de actos ilícitos no banco BPN com sucessivos alertas para as operações ilegais com recurso a offshores e a sociedade fictícias ou a forma como o BCP incorreu ao longo dos anos em actos de gestão danosa com grave prejuízo para os pequenos accionistas, passando pelo descalabro do BES, exemplificam o que não deve ser a actividade de regulação.

Tal como o poder, também o poder financeiro absoluto corrompe absolutamente.

Igualmente relevante naquela compreensão a constatação de que a reputação já não é aquilo que era. Ao longo da História a reputação construída com referência valores serviu como limite às derivas éticas no sector financeiro. A ética era um objectivo procurado por todas as instituições financeiras o que aliás era uma consequência lógica da sua afirmação.

A reputação de honestidade era um activo estratégico para o desenvolvimento de negócios pois que o sector financeiro, mais do que qualquer outro, é baseado na confiança. De acordo com a teoria clássica, o custo de uma má reputação pode exceder largamente os

ganhos potenciais de práticas desonestas e ilegais e a perda do capital de reputação tem potencialidade para significar a morte económica. Como o demonstra o acontecido com o grupo BES a reputação, sendo é frágil, é penosa e difícil de construir, mas rápida a ser destruída.

Porém, têm-se avolumado os casos em que a excepção e uma má reputação não impede os grandes agentes financeiros não só de existir, mas, também, de prosperar, pois que clientes ávidos procuram o lucro sem olhar aos meios. Em última análise, uma má reputação dum banco ou dum fundo mobiliário pode, muitas vezes, ser economicamente incómodo, mas suportável.

Não interessa como se lucra. O que interessa é o lucro.

Uma outra leitura permitida pelo borbulhar dos dias que correm prende-se com a forma como se considera o dever de lealdade sem o qual não pode existir confiança institucional. Efectivamente, a conduta daquele que está investido na administração de bens alheios, para além daquelas exigências que derivam da competência, implica algo que não é mais do que um imperativo, ou seja, a existência dum dever de lealdade para com todos aqueles que depositaram em alguém as suas expectativas no pressuposto de lealdade e seriedade na forma de gerir um património que não é o seu. (sendo certo que essa gestão é, a maior parte das vezes, principescamente paga).

A previsibilidade dos comportamentos está na base da confiança pois que, na medida em que o interessado pode, subjectivamente, prognosticar a actuação futura de uma outra pessoa, surge, da parte dele, a convicção que permite a preferência, a entrega e o investimento.

As implicações que a existência deste dever de lealdade fazem surgir na actuação do administrador impõem, pela positiva, concretos deveres de conduta. A gestão de bens alheios pressupõe uma específica lealdade em que todos os poderes que são concedidos devem ser exercidos, não no seu próprio interesse, mas no interesse da sociedade. Eles são sublinhados pelo vínculo de confiança que dá corpo à lealdade.

É certo que a violação do dever de lealdade constitui não só causa de destituição como conduz à responsabilidade do administrador desleal para com a sociedade. Porém, no nosso país, e mais uma vez numa forma Kafkiana, os administradores desleais são remunerados generosamente, auferindo reformas douradas não obstante as decisões

ruinosas que tomaram. A violação de deveres de lealdade acaba por ser remuneratória para o prevaricador numa negação do velho princípio anglo-saxónico: *This Court never allows a man to make profit by a wrong*.<sup>1</sup>

Só essa ausência de sentido daquele dever explica a situação extraordinária dum empresa conduzida á quase auto imolação a pretexto dum relação pessoal com origem nos meandros doutras manobras financeiras (BES e PT). Os gestores que arrastaram empresas como a PT para a situação em que se encontra são hoje um paradigma da indigência ética.<sup>2</sup> Tal indigência, patente na violação de deveres básicos de que governa ou gere, alia-se a demonstração dum profunda incompetência revelando-nos que alguns dos domésticos “gurus” da finança, incensados pelos média, nem sequer aplicavam regras que são elementares para o mais modesto merceeiro de esquina. Para o exemplificar a situação do BES Angola com o desaparecimento de os beneficiários dum volume de crédito malparado que poderá chegar aos 5,7 mil milhões de dólares (4,1 milhões de euros).

### III

Um outro elemento a elencar é a patrimonialização. Efectivamente, com a cadência e o ritmo regular de um relógio suíço, o nosso quotidiano é invadido por notícias que marcam

---

<sup>1</sup> Na realidade, o tempo presente é fértil na exemplificação da mais refinada violação do dever de lealdade por parte de administradores louvados até então pela sua competência e rigor. De tudo temos um pouco abrangendo um largo espectro de condutas que revelam uma profunda inimizade com aqueles em nome dos quais se lidera.

Com o maior despudor, e anomia ética, publicitaram-se aumentos de capitais de entidades financeiras à beira da falência; venderam-se obrigações de empresas com contabilidade falsificada e quando se pensava que estavam ultrapassados todos os limites, aplica-se, por razões pessoais, numa empresa quase virtual, e tecnicamente falida, a maior parte do património financeiro dum empresa líder colocando em perigo a sua posição numa fusão em curso.

Durante muitos anos habituamo-nos a ver toda a classe de decisões económicas e financeiras que violavam normas destinadas a proteger interesses situados nas mais diversas órbitas. Porém, nunca a densificação e a progressão deste tipo de criminalidade permitiu vislumbrar uma tão grande violação do dever de lealdade.

<sup>2</sup> Por igual forma só é explicável por razões alheias ao interesse da própria instituição a forma como no BCP foram aprovados financiamentos de 2,7 mil milhões de Euros a grandes accionistas do mesmo Banco, e em tempo record, com a finalidade de comprar acções do banco e dando os títulos como única garantia. Ao mesmo tempo os pequenos accionistas eram defraudados nas suas expectativas e, com os mesmos, o banco não tinha qualquer complacência. Curiosamente um dos artífices desta situação- o então presidente do conselho de administração- foi afastado da administração do banco com uma compensação de 1,9 milhões de Euros; 7,7 de remunerações variáveis e uma pensão vitalícia mensal de 37,5 mil Euros.

pela dimensão, e pela frequência, com que se negam valores fundamentais numa sociedade democrática.

Por detrás da construção harmoniosa do Estado de Direito descrito na Constituição, em que tudo é pensado para defesa dos cidadãos, existe uma outra realidade semiclandestina onde a vida pública, amiúde, realmente se desenvolve. A verdadeira Administração não se desenrola, muitas vezes, em gabinetes transparentes, mas em lugares mais recatados.

Parte da classe política ocupa o Estado para, em primeiro lugar, a partir dele cumprir os seus objectivos e o programa com que se cativou o eleitorado. Mas, logo em seguida, ocorre, parcialmente, a “patrimonialização” do aparelho de Estado em função duma constelação de interesses particulares, ou seja, muitas vezes, consuma-se um desvio dos objectivos políticos mais nobres, passando para primeiro lugar a satisfação dos interesses particulares do partido governante; dos seus militantes e seguidores. Quando se chega a esse ponto é a própria estrutura do Estado de Direito que entra em crise e a democracia corre o risco de se dissolver.

A degradação da decisão política, nomeadamente com a submissão do interesse público a interesses privados, tem implícitas patologias óbvias, sendo a corrupção a mais visível. A corrupção generalizada é o desgoverno no seu estado puro.

De forma paradoxal existe muitas vezes uma inconsequência entre o discurso e a prática que é seguida a este respeito: por um lado, uma rejeição incondicional e um anúncio constante de repressão que, não sendo mais do que meras declarações verbais, conduzem a uma ocultação sistemática dos factos e uma tolerância prática. Pretende-se dar a falsa sensação de que algo está a mudar quando, na realidade, tudo permanece na mesma.

Para Alejandro Nieto a corrupção política é apenas uma manifestação específica de um fenómeno mais amplo de corrupção social. Duma sociedade corrupta é inevitável que surjam governos corruptos e isso explica a falta de censura social e punição eleitoral de políticos corruptos e a sua manutenção nos cargos.<sup>3</sup>

Na verdade, nega-se o interesse comum, e afrontam-se os cidadãos, quando aqueles que têm por missão servir, e não a de se servirem, transformam e tratam como bem próprio,

---

<sup>3</sup> El Desgobierno de Lo Publico; edições ariel

aquilo que é pertença colectiva ou decidem em nome de todos, mas pretendendo, ilegitimamente, favorecer alguns.

O fenómeno da “patrimonialização” da coisa pública, e da captura do Estado por interesses privados, apresenta hoje a característica fundamental da sua globalidade e permanência. Subverte o regime democrático, fogocitando-o e, invadindo todos os sectores do Estado, perde a natureza de uma mera deriva conjuntural, assumindo-se como estrutural e característica do regime. É transversal às forças políticas e determinante nas relações entre o sector público e privado.

Todas as áreas denominadas de risco-desde os grandes investimentos estruturais até ao negócio dos submarinos, passando pelos aviões, rodovias e ferrovias ou pontes e aeroportos até ao metropolitano; desde a comissão no grande negócio de aquisição de bens e serviços para o Estado até á desanexação da área situada em zona de reserva, passando pela alteração do PDM- apresentam-se como um universo do desgoverno que nos afecta.

O grau de anomia ética é de tal forma intenso que se transita dos grandes grupos económicos para o Governo e do Governo para os grandes grupos económicos numa confusão de interesses e papéis. Adjudicam-se contratos sem concurso e fazem-se concursos em que a informação não é igual para todos os concorrentes. As empresas públicas são muitas vezes “coutadas privadas” reservadas aos titulares do bloco central de interesses cujos lugares são repartidos de acordo com critérios pragmáticos. 4

A degradação da qualidade, e da ética, no comportamento de alguns decisores políticos tem, como contraponto, uma sociedade civil ausente e distante, niílista em termos de valores, e entretida no palco que lhe é oferecido na discussão das denominadas “questões fracturantes” que, muitas vezes, mais não são do que cortinas de fumo que ocultam questões bem mais complexas, e fundamentais, onde se joga o nosso destino colectivo.

A relação promiscua entre a decisão política e o poder financeiro teve, muitas vezes, como aliado o distanciamento do sistema criminal que, mesmo quando teve oportunidade de averiguar com profundidade algumas dos casos que evidenciavam aquela relação, optou por uma passividade expressa no arrastamento dos processos ou no pouco empenho

---

<sup>4</sup> Todas as áreas de risco são hoje zona de efervescência na comunidade de interesses, contribuindo para o avolumar de um sentimento colectivo que oscila entre a certeza de ilegalidade, patente no crime de corrupção, até á perplexidade perante o negócio que apenas pode ser sustentado pela informação privilegiada



colocado na investigação. Por alguma forma o nosso País exemplificou a teoria de Luhmann relativa aos “sistemas de contacto” que emergem e se instalam em relação aos diferentes sistemas (judicial, administrativo, político, económico, desportivo, etc) quando os diferentes agentes anulam as fronteiras da diferenciação e autonomia, estabelecendo relações de amizade, compromisso ou confiança de que emergem, de forma expressa ou tácita, regras e princípios comuns que todos respeitam e que são observadas para a solução dos conflitos que venham colocá-los frente a frente (o processo Face Oculta; Freeport ou Fax de Macau são exemplificativos)

## II

Hoje a nossa atenção incide sobre processos em curso que, constituindo uma ínfima parte do universo que atravessa o quotidiano judiciário, nem por isso deixam de constituir perante o olhar do cidadão atento um teste sobre o grau de confiança que deve merecer o sistema globalmente considerado.

Efectivamente, a aspiração dum sistema judicial que cumpra a lei de acordo com os ditames constitucionais é o núcleo do próprio Estado de Direito. Porém, como refere Boaventura Sousa Santos os portugueses e as portuguesas estão habituados aos enredos intermináveis dos processos de criminalidade económica em que estão envolvidos poderosos. Todos eles partilharam a ribalta mediática, com violações sistemáticas do segredo de justiça, quando se iniciaram, apontando para fortes indícios da prática de crimes graves (burla, branqueamento de capitais, falsificação de documentos, etc...) puníveis com vários anos de cadeia. Mas, hoje, se quisermos saber o que aconteceu (aos processos)`... não nos lembramos porque se foram esfumando na nossa memória coletiva? A resposta é porque o seu percurso e desfecho (prescrição, absolvição ou fracas condenações por acusações mal preparadas – todos os indicadores mostram que as taxas de condenação nos casos de corrupção e de criminalidade económica são muito baixas) estão muito longe do estrondo com que se iniciaram <sup>5</sup>

Na verdade, ao longo dos anos a análise da relação custo benefício para o potencial criminoso, e perante uma impunidade muito provável, permitiu a conclusão de que valia a

---

<sup>5</sup> Jornal Publico 21/08/2014

pena arriscar e tanto mais valia quanto maior fosse o prémio a ganhar. Perplexos, interrogamo-nos agora se teríamos chegado a um tal estado de degradação ética dos decisores se, ao longo dos anos, a eficiência de polícias e tribunais tivesse alimentado a ideia de que o crime nem sempre compensa. Dito por outras palavras até que ponto os actores e autores dum descalabro financeiro que passou por grande parte do nosso sector bancário não teriam sido dissuadidos pela convicção de que o sistema afinal até funcionava.

Afinando critérios diremos que a investigação e julgamento dos delitos próprios da criminalidade económica interpela-nos para uma pluralidade de questões que se repercutem no seu sucesso ou insucesso e, como tal, carecem de ponderação:

-Em primeiro lugar é impressionante a ausência duma visão global política sobre o tema a qual se confunde com a falta de vontade e inexistência duma estratégia nacional com objectivos precisos e meios adequados. A ausência dum plano de combate à corrupção é transversal aos diversos partidos como se o tema constituísse um “no mans land” distante das preocupações concretas.

Governos e Deputados têm consciência do efeito que a criminalidade económica tipo tem quer na consciência moral da nação, quer nas consequências económicas, e, todavia, mantêm uma persistente displicência perante uma doença grave que metastiza o País. Observa a propósito a Associação Transparência e Integridade que Nenhum Governo até hoje estabeleceu, objectivamente, uma política de combate à corrupção no seu programa eleitoral, limitando-se apenas a enumerar um conjunto de considerandos vagos e de intenções simbólicas” Aliás, esta diferença entre o discurso e a prática é hoje perceptível pelas instâncias internacionais que sublinham a fraca evolução na forma como são implementados convénios que o nosso País subscreveu tal como evidenciam os relatórios da OCDE e da GRECO.

Não existe, assim, um discurso político e elaborado por políticos em que o tema tenha suscitado algo mais do que a mera retórica complacente e esteticamente elaborada sobre o tema.

A falta de visão e estratégia globais reflecte-se inclusive, na forma como se articularam ao longo dos anos diversas entidades cujo escopo é a prevenção, ou repressão, deste fenómeno numa indefinição que é desde logo evidente na articulação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. A ausência de coordenação destas duas entidades

(nomeadamente do DCIAP), uma reivindicando o seu papel de domínio do inquérito e titular da acção penal e a outra a autonomia táctica que integra a sua Lei Orgânica, foram patentes nalgumas das investigações criminais mais relevantes no passado. Por outro lado multiplicam-se organismos que se arrogam dum competência própria nesta área, quer na prevenção, quer na repressão, sem que exista uma visão global sobre a sua articulação ou coerência sistémica.

Como refere o TIAC o combate à corrupção em Portugal faz-se sobretudo ao nível da retórica e numa perspectiva eleitoralista. Os sucessivos programas de Governo aludem apenas a necessidade de reforçar o combate à corrupção nunca fixando objectivos nem meios para as atingir. As autoridades com competências directas nesta matéria não prestam contas aos resultados conseguidos. A consequência desta falta de monitorização e avaliação do combate à corrupção é a total desresponsabilização dos actores e a ausência de indicadores objectivos que possam informar os processos de decisão e validar (ou não) as diferentes opções políticas.

Consequência dessa ausência de visão é a omissão de pronuncia sobre temas que, em nosso entender, podem assumir uma importância acrescida. Tentando equacionar algumas dessas questões a nossa primeira interrogação é verificar se o direito processual penal clássico, tal como nos habituamos a equacionar ao longo dos anos, constitui hoje um instrumento adequado para a investigação e julgamento deste tipo de criminalidade especializada e técnica. Na verdade, se é certo que nunca se enunciou em termos dogmáticos qualquer tentativa defendendo a existência de um direito processual penal a duas velocidades, consoante a complexidade e o tipo de criminalidade, igualmente é certa a existência de um perfil próprio neste tipo de criminalidade que induz necessariamente a necessidade da adequação das regras processuais e de organização judiciária.

O facto de votarmos ao ostracismo tal realidade, como se a mesma não existisse, não obsta a que com o filósofo digamos *E pur si muove*

Efectivamente, a necessidade de especialização dos tribunais e magistrados; a prevalência da prova técnica e importância da prova pericial; o domínio das regras de intelligence

financeira; a importância da prova indiciária são características próprias que evidenciam uma fisionomia peculiar do direito processual penal económico.

Existe hoje uma manifesta assimetria entre a construção do direito penal económico substantivo e o direito penal económico processual a qual se torna mais evidente pela inexistência dum paralelismo na evolução das tecnologias aptas a funcionar como meio de prova penal. Dito por outras palavras enquanto que o direito penal económico material substantivo dos nossos dias empenhou os seus esforços na determinação exacta dos ilícitos compreendidos no seu âmbito de aplicação com uma constante inovação legislativa já, em contrapartida, o direito processual penal económico não se desenvolveu pela mesma forma, criando instrumentos legais aptos à comprovação judicial de tais delitos.

Este deficit, de consequências graves tem na sua génese o desrespeito pelo princípio da racionalidade penal legislativa segundo o qual o legislador só deve aprovar leis que prevejam delitos que, aprioristicamente, sejam susceptíveis de creditação fáctica num devido processo penal. Por outra palavras o legislador se não quer incorrer no risco da criação dum direito penal simbólico deve verificar se a hipóteses fáctica a constatar no processo tem subjacente métodos de constatação probatória idónea.

Como referimos, em termos de administração da prova neste domínio específico do direito processual penal constatamos que, diferentemente do que acontece no processo penal clássico em que a prova testemunhal constitui o paradigma, assumem aqui uma importância fundamental a prova documental ; a prova pericial; a prova indiciária bem como a prova atípica.

A importância da perícia técnica deriva da circunstância de que as normas de direito penal económico estão conexionadas com preceitos de conteúdo normativo de natureza técnico-científica. Por outras palavras, os elementos do tipo de crime económico relativizam uma mera constatação empírica, e linear, sobre a sua integração pois que dentro dos elementos do tipo avultam os componentes normativos criminais, nomeadamente as denominadas normas penais em branco, com remissão para outras áreas específicas e técnicas do direito. A prova pericial, hoje abundantemente utilizada no domínio do direito económico, constitui um meio de prova cuja especificidade a coloca numa situação de estrito relacionamento com os desenvolvimentos tecnológicos e científicos, fazendo apelo a meios

probatórios clássicos esclarecimento de factos criminosos.<sup>6</sup> A sua utilização nos processos da grande criminalidade económica e financeira convoca questões de natureza logística relacionadas com a dimensão das perícias a realizar e, também, em relação às quais, para além do peso dos recursos humanos e materiais a alocar, se suscita também a questão da forma de aplicabilidade das regras de processo penal.<sup>7</sup>

Paralelamente à prova pericial surge a necessidade operacional de inclusão, na administração da prova, do saber de profissionais oriundos de áreas não jurídicas cujos conhecimentos são essenciais para que o tribunal adquira as bases fácticas sobre as quais irá ancorar a sua decisão. Falamos de analistas sistemas de computadores, técnicos de contas, contabilistas, gestores de empresas, etc. que, agindo em pé de igualdade ou em conjunção com os peritos, importam para o processo elementos técnicos essenciais e uma experiência específica relevante para equacionar as diversas vertentes em que se resolvem os dossiers de criminalidade económica.

Muitos desses saberes corporizam-se através duma aquisição probatória que não está previamente determinada na lei o que convoca o tema da prova atípica e, nomeadamente, da prova atípica de natureza científica. A admissibilidade desta filia-se em primeiro lugar num critério de proporcionalidade, que parametriza toda a produção de prova, do ponto de vista da sua adequação à finalidade com a mesma prosseguida: a descoberta da verdade. Consequentemente, a necessidade de recurso a meio atípico de prova dá corpo e expressão ao do princípio da investigação, consagrado no art. 340 do CPP, ou seja, toda a prova, seja

---

<sup>6</sup> Porquanto a compreensão se torna mais fácil com exemplos o exemplo do julgamento dos executivos do Anglo Irish Bank a respeito do qual escrevia em Fevereiro de 2014 o jornal britânico "The Guardian" que o tribunal está preparado para ouvir 800 testemunhas e analisar cerca de 24 milhões de documentos, o que dificultará uma resolução mais célere do processo. O "The Irish Times" adverte que a complexidade deste processo poderá fazer com que sejam necessários entre "três a seis meses" até que seja pronunciada uma decisão final, o que faria deste julgamento "o mais demorado da história irlandesa".

<sup>7</sup> Na verdade, tratando-se duma prova pré-constituída o momento fundamental para o exercício do contraditório é o da apresentação do relatório a que alude o artigo 157 do CPP e as declarações a que alude o artigo 350 do mesmo diploma são meros esclarecimentos complementares, e não mais do que isso, não se podendo transformar numa nova perícia. Não se compadece com o perfil destes processos a repetição entediante de meios de prova num exercício que demonstra uma incapacidade de gestão do próprio processo.

oficiosamente ordenada, seja requerida pelos sujeitos processuais, terá de se afigurar necessária, apropriada e idónea para se alcançar a verdade judicial.<sup>8</sup>

À idoneidade, e necessidade, do meio junta-se o requisito do respeito pela dignidade da pessoa humana, ou seja, a consideração fundamental em que assentam as liberdades, direitos e garantias dos cidadãos e pilar essencial do sistema processual penal. Considerada como relevante, e admissível, a mesma prova atípica fica sujeita ao exercício do contraditório que consubstancia uma garantia da defesa e uma forma de construção da verdade judicial.

Verificados tais pressupostos deve atribuir-se á prova atípica a mesma eficácia probatória que é reconhecida à prova típica, não sendo legítimo estabelecer qualquer hierarquia quanto aos efeitos e resultados probatórios obtidos através de uma e outra prova, sob pena de se limitar abusivamente o princípio da liberdade de prova. Consequentemente, os efeitos probatórios da prova atípica, tal como acontece com os meios típicos de prova, serão concretamente apreciados pelo juiz, de acordo com a liberdade, legalmente conferida, de formação da sua convicção, na qual influem regras de experiência comum.

Em função da evolução tecnológica serão os meios técnicos científicos que mais frequentemente justificarão a aplicação do princípio da liberdade de prova consagrado no art. 125 do CPP na medida em que é a ciência que vai desvendando os métodos e instrumentos técnicos cuja inovação não permitiu a uma previsão legal. Importa aqui diferenciar os métodos e instrumentos técnico-científicos que assumem natureza meramente instrumental derivada da experiência consolidada na prática judiciária, particularmente através da perícia ou de exames, daqueles meios que consubstanciam algo de novador sem paralelo nem complementaridade no já existente <sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Conforme Inês Robalo CATÓLICA DISSERTATIONS No. 4/2013 Dissertação de Mestrado orientado para a Investigação Verdade e Liberdade: A Atipicidade da Prova em Processo Penal Inês Robalowww.fd.lisboa.ucp.pt/research

<sup>9</sup> Importa aqui diferenciar os métodos e instrumentos técnico-científicos que assumem natureza meramente instrumental derivada da experiência consolidada na prática judiciária, particularmente através da perícia ou de exames, daqueles meios que consubstanciam algo de novador sem paralelo nem complementaridade no já existente. Na verdade No campo científico, tal como afirma ORESTE DOMINIONI<sup>327</sup>, a lei nem possui capacidade criadora ou antecipatória dos novos métodos científicos, nem se pode fechar perante os mesmos. Contudo, face à novidade do método científico, também não se deverá classificá-lo, sem mais, como meio atípico de prova, na medida em que existe a possibilidade de o enquadrar, ainda, num meio típico, nomeadamente na perícia.

É exactamente nessa natureza específica nesse carácter inovatório e diferenciador que assenta, também, a diferenciação entre a prova pericial e a prova atípica surgida por força da evolução dos tempos diferenciando-se a hipótese em que a prova é produzida com recurso exclusivo ao conhecimento do perito, daqueles casos em que o “perito” é apenas “gestor” de um procedimento ou método científico, ultrapassando a produção de prova os conhecimentos técnico-científicos da pessoa que a supervisiona; neste último caso, temos, de acordo com Rici 10 uma prova não regulada na lei, atípica.

Ainda em sede de gestão da prova penal nesta área de criminalidade a importância da sua gestão com recurso à análise das novas tecnologias de informação. As tecnologias da TI, hoje disponíveis para a AV, proporcionam uma visão gráfica do "grande conteúdo", oferecendo apoio procedimental automático com três diferentes técnicas de determinação de relacionamentos: (i) análise de frequência de dados, (ii) análise de redes de contactos e (iii) análise de convergência de acções no caso investigado. A visualização destas formas de relacionamento se faz pormenorizadamente, pela análise de cada parte de um todo de grupos de informações conexas. Da visão geral, de maneira prática e funcional, o analista pode focar em componentes separados, e que serão analisados detalhadamente, produzindo-se então uma sequência de novos gráficos.<sup>11</sup>O programa IBM - Data analysis - i2 Analyst's Notebook é um dos paradigmas desta nova concepção de apresentação de prova penal

Uma outra ordem de questões que nos é suscitada por este domínio da criminalidade económica interpela para a racionalidade de organização do sistema judiciário em função destas novas e complexas realidades.

Aqui uma primeira, e inultrapassável, constatação é a de que o conhecimento desta criminalidade pressupõe uma outra capacidade em termos técnicos, que não do generalista, o que aliás já era antecipada em 1981 pela Recomendação R 81 12 do Conselho da Europa quando, paralelamente, à criação de unidades especializadas da polícia, e á formação

---

<sup>10</sup> Citado por Inês Rebelo obra citada pag 107 e seg.

<sup>11</sup> A descoberta e a análise de vínculos na complexidade da investigação criminal moderna Celso Moreira Ferro Júnior\*George Felipe de Lima Dantas  
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13124-13125-1-PB.pdf>

especializada dos órgãos de instrução, interpela para a formação especializada dos juízes que se ocupam da criminalidade económica.

Infelizmente o nosso percurso histórico no que toca a esta área da criminalidade evidencia uma ausência de preocupação em criar no sistema judicial estruturas organizacionais aptas a enfrentar este tipo de criminalidade o que conduziu, ao longo dos anos, a uma pluralidade de situações invulgares.

A constatação da necessidade de especialização é um dado adquirido em termos de direito comparado e o caso francês constitui um paradigma pois que se constatou que pouco significado teria a especialização do Ministério Público se não lhe correspondesse uma especialização do juiz. Consequentemente, existem hoje nas grandes cidades franceses juízes especializados neste domínio- os denominados JIRS o que aliás envolve uma outra questão é a da admissibilidade dos jurados económicos.<sup>1213</sup>

A nossa actual organização judiciária, privilegiando a especialização em vastas áreas do direito civil, não teve em atenção a evidente necessidade de especialização no domínio do penal quer em relação a áreas a necessitar duma especialização quer em relação à criminalidade grave e organizada. Efectivamente, um legislador mais atento constataria que, ao longo das últimas décadas, a investigação e julgamento deste tipo de criminalidade foi, a maior parte das vezes, inconsequente exigindo tribunais e magistrados especializados

É manifesto a menor capacidade de resposta do sistema judicial na prevenção e combate do crime económico, em especial da corrupção e do branqueamento de capitais. Na mesma conjuga-se a ausência de preparação, e especialização, dos magistrados com a ineficiência das regras de gestão dos quadros da magistratura em que os elementos mais qualificados não têm qualquer incentivo para ocupar os lugares mais difíceis onde a sua maturidade e qualidade é necessária. Por outro lado tal ausência de preparação confronta-se com processos gigantescos que, implicando um estudo profundo e especializado, têm por contraponto arguidos respaldados nos melhores escritórios de advocacia, assessorados por um adequado número de peritos, ou seja, falamos dum combate desigual

---

<sup>12</sup> O antecedente imediato de tais reformas na França foram as leis relativas ao poder judicial alemão que fizeram possível uma especialização da jurisdição penal mediante a criação de específicas audiências penais económicas

<sup>13</sup> As jurisdições regionais especializadas (JRS) em matéria económica e financeira ou «polos económicos e financeiros foram criados pela Lei nº 75-701 de 6 Agosto 1975. Depois foram criadas as jurisdições interregionais especiais especializadas (JIRS) pela lei Perben II em 2004. Têm por função a luta contra a criminalidade organizada e a delinquência financeira.



Não é possível investigar e julgar crimes da área económica ignorando-se fenómenos básicos que vão desde o branqueamento de capitais até ao funcionamento dos paraísos fiscais.

A especialização é um instrumento essencial nesta tarefa.

Em sede de investigação criminal nesta área não podemos deixar de convocar a nossa profunda convicção de que uma estratégia eficaz de luta contra a corrupção passa pela constituição duma Agência anticorrupção, convocando os magistrados, e investigadores, mais capacitados para esta área, assessorados por um grupo de peritos de escol. É certo que a mera criação duma entidade deste tipo não resolve, por si, os problemas, mas constitui um importante sinal do poder político da vontade de combater a corrupção. Esta vontade será tanto mais evidente quanto mais adequados forem os meios e os recursos alocados ao seu funcionamento, respaldados num mandato conferindo as necessárias garantias de independência.<sup>14</sup>

Efectivamente,

A criação de agências vocacionadas para o combate à corrupção tem o potencial de promover uma melhor coordenação da luta contra a corrupção a nível nacional na medida em que concentra o poder numa única organização mobilizando, em simultâneo, a especialização, a independência e a autonomia. Paralelamente tal criação tem um valor simbólico, demonstrando o compromisso da classe política na luta contra a corrupção, contribuindo para a criação dum consenso nacional em torno desta tarefa colectiva.

O alto nível de autonomia que deve ter uma agência anti-corrupção é um dos seus activos mais importantes. Através da mesma garante-se que a organização é protegida contra a interferência política, e pressões indevidas, encontrando-se isolada das instituições e serviços que lhe compete investigar.

Além da especificidade do mandato, e da necessidade de recursos adequados a conveniência do seu estatuto, concedendo os poderes necessários para atingir objectivos num domínio tão específico, saliente-se a possibilidade de utilização de meios de

---

<sup>14</sup> No nosso País o núcleo centra de tal Agência seria constituído por magistrados do Ministério Público adectos ao DCIAP e aos DIAPS na área da criminalidade económica e financeira; pelos Investigadores da Polícia Judiciária e da Autoridade Tributária afectos à criminalidade económica e financeira; pela Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária; pelo núcleo de perícia financeira da Polícia Judiciária e do Ministério Público e por uma unidade de apoio tecnológico

investigação que vão para além daqueles que, normalmente, são concedidos aos corpos de aplicação da lei, formatados para a criminalidade tradicional.

Paralelamente, e em contraposição, é necessário um equilíbrio nesta concentração de poderes o que implica não só o cumprimento das garantias constitucionais como também a existência de uma adequada vigilância e controlo externo, nomeadamente do Parlamento. Igualmente é certo que a existência dum órgão deste tipo pouco significado tem se, a seu montante, existir um sistema judicial ineficiente.

Como exemplos de sucesso deste tipo de entidades citam-se os casos de diversas agências especializadas na luta contra a corrupção, nomeadamente Singapura, Hong Kong ou Nova Gales do Sul (Austrália) ou países do centro da Europa.

Entendemos que a criação duma Agência deste tipo pode constituir um instrumento essencial numa estratégia de combate á criminalidade económica. De qualquer forma uma coisa é certa, a manutenção da presente situação de ineficiência tem, a prazo, custos insustentáveis para a credibilidade do sistema judicial e do próprio sistema democrático.

Ainda em sede funcionamento do sistema não podemos ignorar no desfasamento derivado de dificuldades comunicacionais ente as entidades a quem cabe o papel de supervisão e regulação e as autoridades judiciárias. Como refere Frederico Costa Pinto<sup>15</sup> entre os factos que podem ter relevância criminal e as autoridades judiciárias que dirigem funcionalmente a investigação encontram-se por vezes autoridades administrativas, com um conjunto de atribuições e competências legais que interferem, entre outros aspectos, com a forma como se conhecem esses factos e se recolhe prova sobre os mesmos, sem que tais entidades sejam, em regra, consideradas órgãos de polícia criminal. Do ponto de vista da investigação criminal este aspecto é fundamental. A autoridade judiciária (o MP) que dirige a fase de investigação por excelência do processo criminal (o inquérito) não tem em regra contacto directo com as fontes da criminalidade económica. Mesmo os órgãos de polícia criminal que investigam os factos no terreno estão, perante algumas autoridades administrativas, colocados numa outra linha de intervenção, apesar de se assistir a alguma especialização das polícias nestas matérias nos últimos anos. Sem que isso implique qualquer juízo de valor

---

<sup>15</sup> O Novo Regime dos Crimes e Contra ordenações no Código dos Valores Mobiliários pag 103 e seg

sobre a intervenção das diversas entidades, não se pode deixar de reconhecer que vários sectores socio-económicos estão em primeira linha confiados por lei a autoridades administrativas que, por essa razão, possuem uma capacidade de intervenção no terreno, um conjunto de meios e uma experiência que os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias em regra não têm.

A diferença de latitude em que se movimentam estas entidades não afasta e, pelo contrário, tem subjacente uma exigência de obediência ao princípio da legalidade e, nunca por nunca, a exigência de comunicação pode ser postergada em função de decisões baseadas em critérios de oportunidade cuja raiz se encontra noutros domínios

Aliás só esse diálogo constante de entidades vocacionadas para a detecção de ilícitos financeiros, e económicos, permite um uso eficaz de instrumentos como a averiguação preliminar, possibilitando um acompanhamento quase contemporâneo do crime.

Um dos instrumentos mais poderosos susceptíveis de serem utilizados pela investigação criminal nestes novos cenários de actividade criminosa é a denominada *intelligence*. A mesma assume uma natureza essencial numa área em que é cada vez mais evidente que a investigação do caminho do dinheiro “sujo” é a forma mais eficaz para localizar determinados tipos de delinquência e, também, que a privação dos produtos da actividade criminosa constitui um mecanismo de uma extraordinária eficácia dissuasora.

A convicção sobre o valor da informação financeira como elemento de «*intelligence*» é relativamente nova e alterou os aspectos financeiros das investigações. Abandonou-se a lógica de que as finanças seriam uma área a que seriam alheio os investigadores criminais e a ideia de que «*intelligence*» é só a informação adquirida secretamente ou através de fontes confidenciais. Hoje, a *intelligence* na área financeira é o conhecimento derivado de análises dos dados financeiros que oferece pistas á investigação, oferecendo indicadores que contribuem para a detecção e a prevenção do delito. Consequentemente, os países que mais se comprometeram na perseguição dos produtos financeiros do crime desenvolveram a criação de unidades de *intelligence* financeira. Estas são agências centralizadas com competência para analisar e comunicar às autoridades competentes informações financeiras que reflectem actividades nas quais se detectam indícios de criminalidade e cuja evolução é necessário seguir a fim de dificultar as actividades de branqueamento de capitais.

Ainda neste domínio uma outra ordem de reflexões em sede de orgânica judiciária prende-se com a actividade sancionatória das entidades reguladoras.<sup>16</sup>

No que concerne não podemos deixar de perfilhar as palavras de Henriques Gaspar quando refere que nos encontramos num âmbito caracterizado por molduras legais das sanções aplicáveis, atingindo valores elevadíssimos, e a natureza e as consequências de medidas cautelares, ou acessórias, possíveis que podem afectar intensamente direitos fundamentais.<sup>17</sup>

De tal postulado e ainda de acordo com a citada reflexão, emerge a perplexidade que suscita a forma como o legislador, nas últimas alterações legislativas, ignorou, de forma olímpica, qualquer respaldo no princípio da proporcionalidade pois que o direito contra ordenacional encontra a sua fonte de legitimidade na circunstância de se reportar a infracções de menor gravidade sem ressonância ética com um quadro sancionatório limitado e proporcional a tal dignidade

As infracções graves necessariamente que têm a sua génese na violação de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade nos múltiplos campos que a mesma comporta

Mas se são esses valores que justificam a dimensão sancionatória a sua “ gravidade das infracções transporta-as, na substância para além dos nomes, para o domínio penal, e então a investigação e o julgamento só poderão ser da competência das instituições de justiça criminal”.

Para além desta constatação liminar, e agora em termos adjectivos, a manifesta aporia que emerge da circunstância de as decisões mais pesadas do ilícito contra ordenacional serem susceptíveis duma mera impugnação para o tribunal de concorrência num atropelo a um direito de defesa consubstanciado no direito ao recurso e que apenas se poderá justificar numa deliberada tentativa de reduzir ao mínimo a intervenção dos Tribunais. Estamos, assim, inteiramente de acordo na constatação de que, se por um lado exclusividade da competência num tribunal único debilita a criação jurisprudencial, também

---

<sup>16</sup> A título exemplificativo invoca-se uma leitura apressada das normas que regulam a actividade sancionatória da Comissão de Mercado de Valores mobiliários não pode deixar desse deter pelas disposições que convocam a responsabilidade em sede contra ordenacional e o montante das coimas aplicáveis que, em casos limite poderá exceder os 2.500.000 de euros

<sup>17</sup> <http://www.stj.pt/presidente/intervencoes/616-intervencao-do-presidente-do-supremo-tribunal-de-justica-na-sessao-de-encerramento-do-coloquio-sobre-regulacao-e-consumidor-problemas-actuais-e-desafios>

é certo que as vias de recurso deveriam ter outra hierarquização e abertura e que, no caso de sanções além de determinada gravidade, o regime de impugnação deveria conter no seu perímetro a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça chamando este Tribunal para o papel que naturalmente lhe cabe de elaboração jurisprudencial sobre os conflitos que emergem das relações económicas num estado moderno.

Por detrás deste menosprezo pelo controle judicial encontra-se toda uma evolução consonante com uma evolução do Estado Liberal, brilhantemente retratada por Luís Guilherme Catarino, quando, olhando para os sinais dos tempos, afirma a toothless regulation pelos Tribunais. Refere o mesmo autor que a par da tendencial deferência do Poder Judicial às AAI dada a falta de expertise, assiste-se hodiernamente a uma “captura” dos órgãos de controlo judicial pelo Science Policy Paradigm. Está em causa a captura no sentido de “super-deferência” Judicial face à tecnicidade dos reguladores que pode servir a Política e o Executivo. Refere Guilherme Catarino que Contra esta politização da Ciência os Tribunais deveriam exigir a demonstração de que as decisões científicas não seguem a política (expertise-forcing).

Uma das questões fundamentais que aqui vem mais uma vez ao de cima e que está directamente com a capacidade de controlo jurisdicional é o facto de estarmos perante entidades dotadas de saber técnico e científico especializado, com meios e formas de actuação administrativa atípicas, operando de forma informal e desprocedimentalizada no limite da legalidade. Por contraposição a um exercito de peritos das mais diversas áreas ao serviço destas entidades reguladoras a constatação dum controlo jurisdicional desprovido das ferramentas mais elementares o que alimenta a deferência e da “super-deferência” típicas da actuação judicial perante o paradigma da cientificidade, sendo certo que, como refere o Autor citado, uma interpretação desta administração que seja sedimentada pelo tempo e pela prática torna maior a deferência pelos Tribunais, que não querem correr o risco de proferir decisões inconsistentes, inaplicáveis ou com elevado custo.

O que está em causa é, efectivamente, o exercício duma função e garantia de direito dos quais não se pode afastar os Tribunais para um “no mans land” pois que é nos mesmos que reside a accountability democrática e protecção do cidadão. Como refere Guilherme Catarino os Tribunais também devem ter uma posição activa, mediando o constrangimento

político e os vastos e atípicos poderes detidos pela nova Administração, construindo regras que reforcem a sua legitimidade (activismo judiciário a supervisão deficiente (...)).<sup>18</sup>

Como dizia Abraham Lincoln “Podemos enganar alguns durante todo o tempo e podemos enganar todos durante algum tempo. O que não podemos é enganar todos durante todo o tempo”.

Coimbra, 20 de Junho de 2015

---

<sup>18</sup> Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?  
Auxiliar [http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar\\_com\\_a\\_administra%C3%A7%C3%A3o\\_independente.pdf](http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar_com_a_administra%C3%A7%C3%A3o_independente.pdf)