

NOTAS BREVES SOBRE OS CRIMES DE CORRUPÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS

(CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PRESENTE E DO FUTURO DO SEU REGIME JURÍDICO)*

CLÁUDIA CRUZ SANTOS

Incidindo o seu texto no âmbito da corrupção dos agentes público, a autora faz uma análise da estrutura dos tipos de crime de corrupção e das questões mais relevantes que têm sido suscitada nos últimos anos. Criticando algumas ideias feitas sobre a punição da corrupção, assume o princípio básico de que devem desde logo distinguir-se os meios legítimos dos que o não são no âmbito de uma reforma política e legislativa sobre a matéria. Partindo de uma crítica ao projecto do crime de «enriquecimento ilícito», assume a necessidade de repensar questões como o alargamento dos prazos prescricionais nas faixas menos graves da corrupção e por outro lado, no domínio processual, defende a existência de formas de protecção efectiva de denunciante particulares de situações em que se vejam envolvidos.

A principal dificuldade no tratamento do tema que me foi atribuído é a dificuldade da escolha daquilo que é fundamental referir no tempo breve de que disponho. Vou, por isso, começar por delimitar o tema que procurarei analisar a partir da indicação daquilo que será excluído desta reflexão:

- a) Vou referir-me exclusivamente à corrupção de agentes públicos (funcionários e titulares de cargos políticos na sua modalidade passiva,

* O texto que agora se publica serviu de base a comunicação proferida a convite da Procuradoria Geral da República no contexto da “Conferência sobre a corrupção participada em Portugal”, promovida pelo Departamento Central de Investigação e Acção Penal, e que teve lugar a 8 de Abril de 2010. Foi-me atribuído o tema “A corrupção — enquadramento legal e suficiência no combate” e o tempo de 20 minutos para a exposição. No final das jornadas surgiu o convite para a publicação que agora se concretiza, invocando-se a utilidade possível de dar a conhecer aos responsáveis pela prática do direito uma exposição de natureza intencionalmente *abreviada e simplificada*. É o teor desse convite que agora se pretende respeitar dando à estampa, sem tratamentos adicionais, o curto texto pensado para aquela situação de oralidade, sem prejuízo de se terem também considerado algumas questões depois suscitadas na fase de debate. E, naturalmente, também sem prejuízo de se poder encontrar tratamento muito mais detido desta temática em *A Corrupção — Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, de Cláudia Cruz Santos/Cláudio Bidino/Débora Thaís de Melo, Coimbra Editora: 2009.

qualquer pessoa na sua dimensão activa). Excluo a corrupção no sector privado, no comércio internacional e no fenómeno desportivo, sobretudo por julgar que estas matérias merecem tratamento autónomo por força da especificidade dos valores tutelados e da frequente diversidade dos problemas que aí se suscitam.

- b) Quanto à corrupção de agentes públicos, pronunciar-me-ei apenas e em traços muito largos sobre o seu enquadramento jurídico-penal. Abordarei, portanto, apenas alguns aspectos da forma como o direito penal pretende reprimir a corrupção, apesar de existirem várias outras normas dispersas por vários outros ramos do direito também orientadas para a prevenção da corrupção.

O tratamento do tema que me cabe supõe a formulação de um juízo de (in)suficiência sobre as ferramentas penais de que dispomos para combater a corrupção. Todavia, para se fazer esse juízo de suficiência ou de insuficiência sobre o regime jurídico-penal da corrupção — e para se propor aquilo que é preciso mudar, se é que é preciso mudar alguma coisa — tem de se conhecer primeiro aquilo que já existe.

Olhe-se, por isso, primeiro para aquilo de que já dispomos no combate jurídico-penal à corrupção.

Há quase 10 anos, deu-se uma alteração muito significativa do nosso regime jurídico-penal da corrupção, que talvez não tenha sido ainda inteiramente compreendida por todos os operadores das instâncias formais de controlo.

Essa alteração alargou significativamente as margens da punibilidade da corrupção e colocou-nos entre os países com soluções mais punitivas no combate jurídico-penal da corrupção.

A mudança do regime jurídico dos crimes de corrupção foi condicionada essencialmente por 2 razões:

- a) a necessidade de se adaptar o direito interno a várias Convenções a que estávamos vinculados (da OCDE, do Conselho da Europa, da União Europeia);
- b) a compreensão pelo legislador de que existiam nos nossos tribunais muitas absolvições consideradas indevidas e relacionadas com as dificuldades de prova do denominado pacto de corrupção.

Com essa alteração legislativa procurou-se assegurar mais eficácia à repressão da corrupção, nomeadamente eliminando algumas dificuldades probatórias que se afirmava existirem. Para isso:

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

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

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

1. A corrupção para acto ilícito ou corrupção própria¹ (tome-se como exemplo a hipótese em que um juiz de execução de penas pede dinheiro a familiar de um recluso para que este beneficie da liberdade condicional antes de estarem reunidos todos os seus requisitos). Faz-se prova do acto ilícito com o qual o agente público pretende mercadejar e isso é suficiente para a consumação da corrupção passiva para acto ilícito, punível com pena de prisão até 8 anos. É irrelevante para a consumação que o juiz pratique o acto (e que a liberdade condicional venha efectivamente a ocorrer) e é irrelevante para a consumação que ele receba de facto o suborno. Na sua dimensão activa², o crime consuma-se com a mera promessa ou com a entrega do suborno pelo familiar do recluso e com a demonstração do acto pretendido (na nossa hipótese, a libertação condicional do recluso), independentemente da sua verificação ou não.

2. A corrupção para acto lícito ou corrupção imprópria (admita-se como exemplo aquele em que um enfermeiro que trabalha num Hospital público pede dinheiro a familiares de um doente para lhe dedicar um atendimento particularmente rápido e atento). Este crime de corrupção passiva imprópria consuma-se com o pedido feito pelo enfermeiro e conhecido pelo seu destinatário e é suficiente a

¹ A corrupção passiva para acto ilícito cometida por funcionário está prevista no artigo 372.º, n.º 1, do CP. Quando o agente for um titular de cargo político, é aplicável o artigo 16.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

² A corrupção activa para acto ilícito de funcionário está regulada no artigo 374.º, n.º 1, do CP e a corrupção activa para acto ilícito de político consta do artigo 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (o n.º 1 aplica-se a qualquer pessoa que promete ou oferece vantagem a político e o n.º 3 contempla as hipóteses em que é um político que promete ou oferece a vantagem a funcionário ou a outro político).

demonstração do acto que o suborno solicitado pretende remunerar. Não é necessário para que o crime se considere consumado que o enfermeiro tenha prestado melhor atendimento ao doente nem que tenha recebido o suborno³. Na sua modalidade activa, exige-se para a consumação que o enfermeiro tome conhecimento da promessa ou da oferta da vantagem feita pelo familiar do paciente (o corruptor ou agente da corrupção activa), independentemente da sua aceitação⁴.

3. A corrupção sem demonstração do acto pretendido (considere-se a hipótese em que um médico a trabalhar para o Serviço Nacional de Saúde pede a uma empresa farmacêutica ou aceita de um laboratório um cheque-viagem a utilizar em determinada agência de viagens). O médico não prescreveu mais medicamentos daquele laboratório nem se demonstra a intenção ou a assunção do compromisso de vir a prescrever. Todavia, com o pedido ou com a aceitação consuma-se o crime de corrupção passiva do artigo 373.º, n.º 2, do CP — como de resto já decidiram os nossos tribunais em alguns casos —, porque aquela vantagem não é compreensível no contexto das relações pessoais, mas apenas das relações funcionais. Aquela conduta serve para criar um clima de permeabilidade e de simpatia face a actos indeterminados⁵. Já relativamente à sua modalidade activa, deve afirmar-se a consumação com a oferta ou a promessa de vantagens também elas desligadas do âmbito da pessoalidade e só compreensíveis no contexto da funcionalidade⁶.

³ A corrupção passiva para acto lícito cometida por funcionário consta do artigo 373.º, n.º 1, do CP. Quando o agente for um titular de cargo político é aplicável o artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

⁴ A corrupção activa para acto lícito de funcionário está regulada no artigo 374.º, n.º 2, do CP. A corrupção activa para acto lícito de político está prevista no artigo 18.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87. Existindo um número 3 neste artigo aplicável aos casos em que o corruptor é um político e abrangendo esse regime apenas a corrupção para acto ilícito, parece que o n.º 2 só incrimina a corrupção activa para acto lícito que tem como agente pessoa que não é titular de cargo político. Surge, assim, a hipótese (questionável) da atipicidade da corrupção activa para acto lícito que tem como agente um político que oferece vantagem a outro político ou a funcionário.

⁵ A corrupção passiva sem demonstração do acto pretendido de que é agente titular de cargo político consta do artigo 17.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

⁶ Têm surgido algumas dúvidas sobre a incriminação da corrupção activa sem demonstração do acto pretendido, com base na ideia de que a referência ao “fim” no artigo 374.º, n.º 2, do CP e no artigo 18.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87 apontaria unicamente para a tipicidade da corrupção activa com demonstração do acto concreto (lícito) pretendido. Não se concorda com tal interpretação, porque a remissão é feita para o artigo 373.º do CP e para o artigo 17.º da Lei n.º 34/87 na sua totalidade (e não apenas para os seus respectivos números 1) e também porque “fim” não é sinónimo de “acto”, havendo na corrupção sem demonstração do acto pretendido um fim, que é a criação do mencionado clima de permeabilidade. O que, tudo junto, se julga convergir na conclusão de que também a corrupção activa sem demonstração do acto concreto pretendido constitui conduta tipicamente relevante.

Este novo regime jurídico da corrupção sem demonstração do acto pretendido (introduzido, reitere-se, quer para a corrupção de funcionários, quer para a corrupção de titulares de cargo político, nas suas modalidades passiva e activa) coloca-nos na frente do pelotão dos países com soluções mais punitivas da corrupção. A maior parte daqueles países — como a Bélgica — que já prescindem da demonstração do denominado pacto de corrupção continuam a exigir um certo grau de prova quanto ao acto concreto pretendido.

A importância deste novo n.º 2 do artigo 373.º do CP (assim como do novo n.º 2 do artigo 17.º da Lei de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos) foi reconhecida por alguma da nossa jurisprudência. Já em Acórdão da Relação de Coimbra de 2 de Outubro de 2002 pode ler-se que “casos há em que o crime de corrupção se deve dar por preenchido independentemente do facto de a vantagem ou a promessa terem por objecto imediato um acto determinado”.

E, por Acórdão de 22 de Junho de 2005, é o Supremo Tribunal de Justiça que reconhece que com o novo n.º 2 do artigo 373.º do CP “criminaliza-se também aquelas situações em que o mercadejar do cargo do funcionário não tem em vista um acto ou omissão concreta do funcionário mas uma relação funcional, digamos que privilegiada, entre ele e determinada pessoa”.

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

O Tribunal considerou que não era possível dar-se como provado que a aceitação daquelas vantagens (as viagens) era contrapartida de actos de favorecimento cometidos ou a cometer pelo delegado do procurador da república no interesse do encarregado de venda. Entendeu que não se fazia prova do acto concreto, lícito ou ilícito, que a vantagem visaria compensar, entendimento que não deixa de suscitar algumas dúvidas e que desperta interrogações sobre a questão (central para se lograr alguma eficácia na repressão penal da corrupção) dos critérios de valoração da prova e da sua unicidade na apreciação da criminalidade dita comum ou da criminalidade de colarinho branco.

Todavia, já parece de saudar a ideia do Tribunal de que, não se fazendo prova do acto concreto que o suborno visaria compensar, sempre se deveria considerar preenchido o artigo 373.º, n.º 2, do CP e o arguido que era, à época, delegado do procurador da república, condenado por corrupção passiva com base nesse novo regime⁷. O mero recebimento por parte de agente

⁷ Se bem se vê a questão, entendendo-se, como entendeu o tribunal, não ser possível a demonstração de que o arguido que era delegado do procurador da república aceitou as viagens oferecidas pelo encarregado de vendas como forma de este retribuir a nomeação para a sua intervenção em processos frequentemente decidida por aquele, sempre sobraria a

público de vantagens não insignificantes provindas de pessoa que tem perante ele pretensões funcionais é suficiente para fundar a condenação. No caso, o Tribunal não condenou, porém, com base neste regime (cuja aplicabilidade começa por sustentar) porque entendeu que, por “significar um manifesto alargamento do tipo de ilícito objectivo”, só seria aplicável a factos posteriores a 1 de Janeiro de 2002.

Estas novidades assim tão brevemente resumidas significam que temos um regime jurídico da corrupção perfeito e insusceptível de melhorias?

Não é isso que se julga. Pensa-se é que temos de ser cuidadosos com as mudanças que advogamos e honestos na assunção dos motivos pelos quais as advogamos. Se existem necessidades reais de melhoria, existem outras que parecem ser criadas para alimentar uma opinião pública mais ou menos ingénua que ainda acredita que todos os problemas da comunidade se resolvem com uma nova lei penal. Por mais que esse lei penal não seja legítima, não seja necessária ou não venha a ser eficaz, mas antes meramente simbólica e potenciadora das desigualdades.

Há propostas de alteração que não se julgam razoáveis, sempre protegidas por esse véu diáfano de que pretendem combater a corrupção e cultivadas por uma certa opinião pública de tendência maniqueísta que alimenta uma cisão entre os cidadãos sérios (aqueles que defendem tais medidas) e os cidadãos hipoteticamente menos sérios (os que as não aceitam). Questionem-se, porém, os pilares de algumas dessas propostas a partir da presunção (quase “de inocência”) de que mesmo quem reconhece a extrema danosidade social da corrupção e está empenhado em combatê-la deve distinguir os meios legítimos, necessário e eficazes daqueles que o não são.

Quanto à criminalização do enriquecimento a que se resolveu chamar ilícito ou indevido — apesar de ser essa ilicitude que se não prova —, não me parece ter-se demonstrado que se trata de uma criminalização legítima, necessária e previsivelmente eficaz — o conjunto de requisitos que uma criminalização deve observar. Qual é o bem jurídico protegido com a norma incriminadora? Uma norma com as características das propostas respeita a nossa estrutura acusatória integrada por um princípio da investigação, própria de um Estado de Direito? Já se aproveitaram todas as potencialidades do regime jurídico de que dispomos para o combate à corrupção? No direito comparado, a criminalização do enriquecimento não explicado tem gerado níveis de eficácia razoáveis ou é apenas mais uma norma simbólica que, quando aplicada, só leva à punição dos mais desfavorecidos, porque os outros logram ocultar o património? Por que é que países africanos como o Botswana, da América Latina como a Colômbia ou El Salvador, criminalizaram o enriquecimento, mas a Alemanha, a França, a Espanha, a Bélgica ou a Holanda, só para

possibilidade da condenação de ambos. O arguido que era delegado do procurador da república teria preenchido, com a sua conduta, o n.º 2 do artigo 373.º do CP e o arguido que era encarregado de venda teria preenchido o artigo 374.º, n.º 2, do CP.

citar alguns exemplos, não o fizeram? Estarão aqueles países que criminalizaram a obter melhores resultados no combate à corrupção?

Por outro lado, sempre deve sublinhar-se que, entre nós, o enriquecimento não explicado não é, na lei que já temos, irrelevante. Entre outros aspectos, a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, já admite que, provado um crime do catálogo como a corrupção, se presume ilícita a forma de obtenção daquele enriquecimento e ele seja declarado perdido. Um enriquecimento desproporcionado face às actividades lícitas do arguido pode, para além disso e conjugado com outros elementos probatórios, fundar um juízo de culpabilidade relativamente ao crime pelo qual o arguido vem acusado. E um enriquecimento não declarado e desproporcionado pode estar na origem de ilícitos fiscais. E isso é o mais longe que se pode porventura ir num Estado que é de Direito.

Também não se compreende bem a intenção de criar um tipo legal único de corrupção. O regime que temos parece não permitir lacunas de punibilidade significativas: ou se provam os elementos que integram as normas mais punitivas, ou se não se provam, são aplicadas as residuais. Como sucede no homicídio qualificado e no simples, no furto qualificado e no simples e em tantos outros tipos legais de crime. Acabar com a norma qualificada pode ser, afinal, adoptar uma solução mais branda e menos punitiva. Acabar com a norma matricial ou simples e punir todas as formas de corrupção com base na moldura mais severa é admitir uma moldura penal desadequada face ao ilícito.

Um outro cuidado que se deve ter quando se advogam alterações ao regime jurídico-penal da corrupção prende-se com a necessidade de se não vir publicitar a criminalização, *como se fosse nova*, de condutas que já estão criminalizadas. Um tal procedimento pode ter como consequência o entendimento de que tais normas a criar só seriam de aplicação futura, julgando-se atípicas condutas anteriores que, à luz de um entendimento correcto das normas incriminadoras, já deveriam considerar-se penalmente relevantes. Assim, por exemplo, quando se afirma que é urgente a criminalização do mero recebimento de presentes por parte de agentes públicos, pode criar-se a impressão — errónea — de que a solicitação ou recebimento de tais presentes não é ainda uma conduta típica. Ora, essa solicitação ou recebimento de presentes por agentes público só deve considerar-se penalmente irrelevante quando se situar no campo da pessoalidade (como, de resto, não pode deixar de ser). A conduta, quando só lograr uma compreensão no plano da funcionalidade, já constitui, à luz do regime jurídico que temos, crime de corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido.

Pelo contrário, existem correcções do regime jurídico da corrupção, ainda que porventura mais discretas, que já se afiguram convenientes.

Admite-se, por exemplo, a necessidade de reponderação do regime da prescrição para as modalidades menos graves da corrupção⁸ (a consuma-

⁸ A corrupção passiva para acto lícito ou sem demonstração do acto concreto é punível com prisão até 2 anos, logo o prazo de prescrição do procedimento criminal é de 5 anos

ção com o mero pedido ou a mera oferta, em momento muito anterior à transferência da vantagem que suscita a suspeita e origina o inquérito pode, em alguns casos, tornar já prescrito o procedimento pelo crime que só agora se descobriu).

Por outro lado, do facto de os crimes de corrupção não serem crimes permanentes e do facto de a participação só ser pensável até ao momento da consumação pode resultar a irrelevância penal de condutas de terceiros posteriores àquelas consumações da corrupção passiva ou da corrupção activa. A esta limitação temporal das margens da punibilidade acresce a impossibilidade de responsabilização desses agentes cuja intervenção é posterior à consumação com base nos crimes de receptação ou de auxílio material, por estes exigirem — de forma porventura indevida — que o facto ilícito típico anterior seja contra o património.

Admite-se, ainda, a necessidade de reponderação do regime da migração do sector público para o sector privado.

Admite-se a necessidade de se considerarem formas de protecção efectiva aos denunciante particulares das solicitações de vantagens feitas por agentes públicos, de modo a impedir que aqueles particulares fiquem reféns desses pedidos de vantagens, julgando que, caso os não aceitem, as suas pretensões (por vezes essenciais) não terão acolhimento ou demorarão muito a tê-lo.

E continua a achar-se que o problema principal é o da formação cívica. Temos de compreender todos que a corrupção significa menos hospitais e menos escolas. Menos justiça e menos igualdade. Menos crescimento económico e menos democracia. E temos de deixar de acreditar que a corrupção é mais ou menos compreensível porque cada homem tem o seu preço.

(artigo 118.º, n.º 1, al. c), do CP). Já a corrupção activa para acto lícito ou sem demonstração do acto pretendido tem um prazo de prescrição do procedimento criminal de 2 anos (artigo 118.º, n.º 1, al. d), do CP).