



Universidade Católica Portuguesa

Mestrado Forense

O Novo Regime Punitivo da Corrupção

Inês Isabel Lopes Nunes – 142710083

Orientada pelo Professor Doutor Germano Marques da Silva

Março de 2012

Índice

Introdução	Pág. 3
1- Capítulo Histórico	Pág. 6
2 - Aspectos Gerais	Pág. 10
2.1 – Recentes Alterações Legislativas	Pág. 10
2.1 -As propostas dos partidos que se consubstanciaram na Lei 32/2010	Pág. 13
3 - Alterações ao Código Penal	Pág. 15
3.1 – Comparação entre a lei anterior e a nova redacção no Código Penal	Pág. 16
3.2 – Artigo 372º - Recebimento Indevido de Vantagens	Pág. 17
3.3 - Artigo 373º - Corrupção Passiva	Pág. 20
3.4 - Artigo 374º - Corrupção Activa	Pág. 22
3.5 - Artigo 374º A – Agravacão da Pena	Pág. 23
3.6 - Artigo 374º B – Dispensa ou Atenuação da Pena	Pág. 23
3.7 – A moldura penal dos crimes de Corrupção	Pág. 24
4 - Breve análise de Direito Comparado	Pág. 26
4.1 - Transparência Internacional	Pág. 26
4.2 - A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção	Pág. 27
4.3 - Sistema jurídico alemão	Pág. 28
4.4 - Sistema jurídico espanhol	Pág. 29
4.5 - Sistema jurídico francês	Pág. 30
4.6 - Sistema jurídico italiano	Pág. 31
5 - Outros meios de combate à Corrupção	Pág. 33
5.1 - Conselho de Prevenção da Corrupção	Pág. 34
5.2 – Criminalização do Enriquecimento Ilícito	Pág. 35
5.3 – A Presunção de Inocência e o Ónus da Prova	Pág. 37
5.4 - Comentário Pessoal	Pág. 40
Conclusão	Pág. 43
Bibliografia	Pág. 45

Introdução

A palavra corrupção deriva do latim *corruptio* e significa deteriorar, subornar, alterar o estado normal de uma realidade. É a nossa realidade democrática que tem vindo a ser corrompida há demasiado tempo; corrompida pelos que governam, corrompida pelos que, ao serviço do Estado, se aproveitam do cargo ocupado para obter vantagens, a que de outra forma não teriam acesso, e corrompida pelos que pensam que podem “comprar o Estado” para concretizar os seus objectivos sem se preocuparem com, por exemplo, tempos de espera ou com obstáculos burocráticos.

A corrupção é um crime antigo, sempre considerado muito grave, já punido na Roma Antiga, castigando severamente quem o praticasse. No entanto, não foi sempre assim ao longo dos anos, nem era esta a forma como as sociedades olhavam para o mesmo.

Usando as palavras de CLÁUDIA SANTOS, em Portugal, *“com força crescente a partir dos anos oitenta do século passado, entrou definitivamente em crise a ideia de que a corrupção podia não ser desvantajosa, sob o ponto de vista económico, na medida em que seria necessária, como “motor de arranque” para os sistemas administrativos dos países menos desenvolvidos”*¹, funcionaria assim como “óleo da economia”, necessário para uma maior celeridade num país caracterizado pelo excesso de burocracia e por outros factores conducentes à constante morosidade do sistema.

Assim, *“só muito recentemente se abandonou o cinismo das teorias funcionalistas, segundo as quais a corrupção era tida como “um mal necessário do mercado internacional”, o lubrificante das relações entre o sector privado e os poderes públicos.”*²

Diferentemente do que sucedia anteriormente, os sistemas jurídicos actuais modelam-na como pressupondo sempre uma relação entre a vantagem obtida pelo funcionário público e a realização de um acto que esteja abrangido pelas suas funções.

Entre nós, só recentemente se começou a pensar mais seriamente neste crime e na necessidade de o combater, concebendo que o bem jurídico lesado não era tão somente o Estado, mas sim cada contribuinte. Abandona-se, assim, a ideia de que países com uma taxa alta de corrupção obtém um rápido crescimento económico.

¹ SANTOS, Cláudia Cruz, *Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, página 75

² SIMÕES, Euclides Dâmaso, *CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2011, página 43

Começa-se a passar, da ideia de que o Estado era uma realidade autónoma e apenas estava ao serviço de todos, para outra realidade diferente, na qual todos fazemos parte do Estado e, assim sendo, é necessária transparência nas funções e igualdade no serviço prestado aos cidadãos.

Por conseguinte, é de todo inaceitável que numa democracia, os agentes do Estado não sirvam o povo da mesma forma, privilegiando uns em detrimento dos outros, ou mesmo em mero proveito dos que estão dispostos a corromper o sistema.

É a *“promiscuidade entre os agentes do crime organizado e os agentes da nossa democracia (os agentes escolhidos pela via democrática para dirigirem e promoverem um sistema cuja democracia se quer aprofundar) que fortalece aquele crime e fragiliza esta democracia”*, usando as palavras de CLÁUDIA CRUZ SANTOS.

Não obstante a predominância da corrupção em países em desenvolvimento, *“reconhecer-se a transversalidade da corrupção – e a sua existência em todos os países – não significa que a sua incidência ou as suas características sejam semelhantes. A verificação de que até nas mais democráticas e desenvolvidas nações existem práticas de suborno não deve obnubilar as particularidades da corrupção nos países menos desenvolvidos e, muito menos, ser utilizado como argumento para desvalorizar o fenómeno”*.³

Encarando a realidade desta forma, começa-se então a falar de uma grande corrupção, não só a nível nacional, mas também internacionalmente, situando Portugal num dos países mais corruptos da União Europeia, uma vez que neste *“há um grau de voracidade e de corrupção muito superior à média europeia”*.⁴

Este “cancro da democracia”⁵ urge em ser travado, pois progressivamente abandona-se a ideia de que se trata de um crime sem vítimas, concluindo-se que as vítimas somos todos nós,

³ SANTOS, Cláudia Cruz, *Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, páginas 14 e 27

⁴ BONIFÁCIO, Maria de Fátima, *Jornal “Público”*, 28 de Agosto de 2005

⁵ SILVA, Germano Marques da, *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, volume 16, Tomo 2, Lisboa, 2002, página 234

afirmando-se, mesmo, que a corrupção é um “(...) *imposto oculto que pesa sobre os portugueses.*”⁶

Sendo alvo de preocupação de todas as instâncias internacionais, cada vez mais os estados pretendem munir-se de diversos instrumentos jurídicos, como convenções, resoluções e recomendações, para combater este fenómeno social, político e económico complexo, que leva ao enfraquecimento do Estado de Direito.

Na estruturação deste trabalho iniciaremos com um capítulo histórico, no qual faremos uma breve abordagem da evolução da corrupção ao longo dos tempos e a consequente evolução das penas; passaremos depois à análise da lei vigente, na qual tentaremos perceber o espírito da lei portuguesa; no âmbito de direito comparado, percorreremos o regime penal da corrupção, dedicaremos um capítulo à visão actual e da corrupção no nosso ordenamento jurídico e, por fim, referenciaremos brevemente o enriquecimento ilícito, como possível mecanismo de combate à corrupção.

⁶ Tavares, Miguel de Sousa, Jornal “Público”, de 1 de Setembro de 2005

1. - Capítulo Histórico

*“Vem da noite dos tempos o conhecimento da propensão do homem para a venalidade, para aceitação de vantagens indevidas pelo exercício de poderes públicos(...)”*⁷

A corrupção e o abuso de funções por parte dos titulares de órgãos do poder, são temas que desde cedo despertaram a atenção dos autores clássicos, merecendo particular relevância no direito romano.

Inicialmente, tal como refere DÉBORA THAÍS DE MELO, *“no ordenamento romano, a censurabilidade da corrupção residia na vedação à aceitação de quaisquer dádivas como remuneração das funções públicas”*, uma vez que desta forma se punha em causa *“o postulado da gratuitidade de seu exercício.”*⁸

Para os romanos tratava-se de um crime contra a *“gratuitidade das funções públicas”*, que compreendia a aceitação, por um magistrado, de dádivas, ainda que a mesma não representasse a contrapartida de qualquer conduta praticada no exercício do cargo.⁹

Posteriormente, *“com a promulgação das variadas leis repetundarum, voltadas a um maior enfrentamento da corrupção”*, começa-se a idealizar a punição de forma preventiva, *“a obstar a instauração de hábitos de venalidade na gestão da res publica romana”*.¹⁰

O direito romano, além de contribuir com diversos diplomas, contribuiu também com soluções que influenciaram o actual sistema, constituindo fortes pilares em várias legislações europeias.

Da simples leitura das Ordenações Filipinas resulta clara a influência do direito romano, salientando-se a proibição geral, dirigida a todos os funcionários de aceitarem para si, seus filhos ou pessoas que estão a seu encargo quaisquer peitas e serviços, independentemente de quem os ofereça. Aqueles poderiam ser sancionados com a perda do “Officio”, com o pagamento de uma parte do valor que recebessem e, nos casos mais graves, poderia haver lugar à pena de “morte natural”.¹¹

⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso, CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2011, página 43

⁸ MELO, Débora Thaís, *Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, página 75

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2011, página 156

¹⁰ *Idem nº 1*

¹¹ COSTA, António Almeida, *Sobre o Crime da Corrupção*, Coimbra Editora, 1987, página 17.

Consequência do pensamento liberal, no século XIX a protecção do indivíduo contra a indisciplina da Administração assumiu particular relevo. Isto reflectiu-se não só na atenção dada a esta matéria na legislação, mas também na atenção dada pelos autores à delimitação dos diversos tipos legais e ao debate de questões mais relevantes.

Tal como conclui ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, “*Do intenso labor legislativo e doutrinal resultou a configuração quase definitiva desta área, tal como se manteve até aos dias de hoje*”.¹²

No Código de 1886 definia-se a corrupção, em abstracto, como um abuso de confiança dos poderes confiados pelo Estado a um funcionário, no qual se qualificava o funcionário público corrupto como autor principal e o corruptor como autor secundário, havendo assim uma participação no mesmo crime. A Corrupção activa e a Corrupção passiva eram apenas uma, tratava-se de uma unidade.

Eram estas as influências italianas no nosso Direito.¹³

Nem todos assim o entendiam, havendo mesmo uma corrente francesa e alemã que defendia a existência de duas posições na corrupção, activa e a passiva “*como verso e anverso de um mesmo delito*”, processos que embora estivessem relacionados eram independentes.¹⁴

Com o início da democracia chega a necessidade de fazer uma adequação da legislação ordinária ao novo espírito legislativo pós 25 de Abril. Surge assim o Código Penal de 1982, código este, que trazia reformas que o País há muito precisava.

No que diz respeito à corrupção, neste Código consagrou-se de modo evidente, a autonomia dos dois delitos em causa, incriminando expressamente o corruptor (artigo 423º do Código Penal de 82), definindo para este a pena aplicável.

Em suma e utilizando as palavras de ANTÓNIO ALMEIDA COSTA “*(...) as corrupções activa e passiva constituem dois tipos legais de crime independentes (...)*”¹⁵. Abandona-se, assim, a ideia que o corruptor passivo e activo seriam “duas faces da mesma moeda”.

Mais recentemente, surgiram novas divisões teóricas, no modelo de corrupção, a corrupção antecedente e subsequente (consoante o momento da aceitação da dádiva, ou promessa, pelo funcionário) e a corrupção própria ou imprópria, atendendo ao carácter lícito ou ilícito da mesma, punindo menos gravemente esta última.

¹² COSTA, António Almeida, *Sobre o Crime da Corrupção*, Coimbra Editora, 1987, página 19

¹³ COSTA, António Almeida, *Sobre o Crime da Corrupção*, Coimbra Editora, 1987, página 23

¹⁴ COSTA, António Almeida, *Sobre o Crime da Corrupção*, Coimbra Editora, 1987, página 33

¹⁵ COSTA, António Almeida, *Sobre o Crime da Corrupção*, Coimbra Editora, 1987, página 41

Foi no âmbito do Código Penal de 1982 que surgiu uma sistematização semelhante à actual, na qual se divide Corrupção passiva para acto ilícito (artigo 420º), Corrupção passiva para acto lícito (artigo 422º) e Corrupção activa (artigo 423º). Nestes artigos optou-se por uma enunciação taxativa das modalidades da acção típica, pormenorizando-se assim a previsão legal.

Das diferenças existentes, nesta matéria, entre este código, de 1982, e o anterior, realçamos o agravamento da pena, aumentando na corrupção própria o limite máximo em 2 anos de pena de prisão e na imprópria de 6 meses para pena de prisão até 2 anos. Este aumento de rigor legislativo foi a resposta ao crescente fenómeno da corrupção no nosso País e verificou-se não só através deste, mas também no alargamento do conceito de funcionário público, ocorrendo também uma ampliação do tipo, de modo a abranger o recebimento de vantagens não patrimoniais e consagrando-se, ainda, a punição da tentativa.

A estrutura adoptada pelo Código Penal de 1995 foi semelhante à do Código de 1982, e só numa nova alteração, em 2010, se introduziu uma outra figura, o recebimento indevido de vantagens, previsto no artigo 372º do actual Código Penal, que oportunamente trataremos.

Foram muito importantes as bases que criaram o sistema punitivo da corrupção, uma vez que o mantiveram praticamente inalterável e com a mesma construção até aos dias de hoje.

Ao analisarmos o articulado da corrupção, nos Códigos penais ao longo dos anos notamos um aumento significativo na moldura penal.

Ora vejamos, nos últimos 30 anos ocorreram já três alterações na pena da corrupção. No Código de 1982, a corrupção passiva ilícita era punida de 1 a 6 anos, em 1995 passou a ser punida entre 1 a 8 anos, mantendo-se em 2011 a moldura penal. Quanto à corrupção passiva lícita começou a ser punida até 6 meses, em 1995 até 2 anos e em 2011 aumentou para uma pena de 1 a 5 anos. A corrupção activa sempre foi punida praticamente da mesma forma, no entanto, em 2011 a corrupção activa lícita aumentou, uma vez que era punida até 6 meses e passou a sê-lo até 3 anos.

Como podemos constatar, o legislador, nos últimos anos, aumentou gradualmente as penas deste crime, sendo a mais relevante a da corrupção passiva lícita. Assim, podemos dizer que, foi aumentada a pena do funcionário que recebe vantagem para que actue dentro dos deveres do seu cargo. Temos como exemplo o funcionário que aceita uma “gorjeta” para que determinado processo seja mais célere ou para que atenda mais rapidamente determinado indivíduo.

Tal como esta, também a sanção da corrupção activa lícita sofreu um importante aumento, o que demonstra a crescente vontade do legislador punir os corruptores, não se preocupando apenas com as actuações contrárias ao cargo, mas também em castigar os que pretendem corromper o funcionamento normal do sistema.

Após esta breve comparação, podemos concluir que, em Portugal houve lugar a um aumento significativo nas penas da corrupção nos últimos anos, o que só pode demonstrar a inquietação constante e crescente que se tem sentido no nosso Estado democrático face a este crime tão grave que abunda em Portugal.

2- Aspectos Gerais

Considerado uma constante na generalidade dos países, o fenómeno da corrupção é, actualmente, uma ameaça para os princípios basilares da sociedade democrática, ignorando quer limites geográficos, quer limites políticos

O fenómeno da corrupção está directamente relacionado “*em cada momento histórico com as respectivas estruturas sócio-políticas, com o tipo de interdependência existente entre as principais instituições sociais, com a maior ou menor funcionalidade dos diferentes aparelhos do Estado e, não menos, fundamentalmente, com as diferentes representações sociais que têm vindo a ser operadas sobre o Estado português, sobre a credibilidade dos seus órgãos de soberania e sobre a integridade dos funcionários públicos e dos detentores de cargos políticos*”.¹⁶

O crime da corrupção tem várias características que dificultam a actuação das instâncias formais de controlo, variados factores que o tornam menos transparente para a justiça penal, “*características como a complexidade das condutas e a opacidade daí resultante; a ocorrência dos comportamentos em espaços não públicos mas antes privados e de reserva; a inexistência de um conflito patente entre um agente e uma vítima; a dispersão da vitimização*” e a estes factores acabados de enunciar surge uma especificidade de maior relevo “*a existência, entre o corruptor e o corrupto, de uma tendencial comunhão de interesses que faz com que nenhum deles se veja a si próprio como uma vítima do outro.*”¹⁷

Uma vez que não estamos perante um crime em que há uma vítima a necessitar de imediata protecção, mas sim da existência de uma, já referida, comunhão de interesses, corrupto e corruptor agem no sentido de encobrir as suas acções, dificultando assim o controlo das entidades competentes.

2.1 - Recentes alterações legislativas

A urgência de travar este fenómeno levou a que, em 2001, o legislador procedesse a uma reforma no que toca à sua previsão legal. Foram dois os factores conducentes à Lei nº 108/2001, de 28 de Novembro. Por um lado “*o da eficácia, procurando-se combater a corrupção através da erradicação, na medida do possível, de decisões absolutórias*

¹⁶ FERREIRA, Eduardo Viegas e BAPTISTA, Maria de Lurdes, “Práticas de corrupção na sociedade portuguesa contemporânea”, in Política e Justiça, II série, nºs 3 e 4, página 75.

¹⁷ SANTOS, Cláudia Cruz, *Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, página 103

consideradas materialmente injustas”, e por outro lado “*compromissos internacionais, a que o Estado português se vinculara em matéria de luta contra a corrupção*”, citando CLÁUDIA CRUZ SANTOS.¹⁸

Actualmente, no ordenamento português, temos uma sistematização do regime da corrupção que, embora remonte a codificações anteriores, obteve alterações mais recentes introduzidas pela Lei nº 32/2010, de 02 de Setembro.

Nas palavras de CLÁUDIA SANTOS CRUZ “*A primeira distinção a fazer quando se olha para o regime jurídico da corrupção é a que separa a corrupção passiva da corrupção activa*”, assim, “*enquanto a primeira se refere à conduta do agente público corrupto, a segunda abrange o comportamento de qualquer pessoa que se apresente como corruptora*”¹⁹. Actualmente, embora se mantenha a distinção entre corrupção activa e corrupção passiva, surge, ao lado destas, uma nova figura, que adiante trataremos, o Recebimento Indevido de Vantagens, previsto e punido no artigo 372º.

A *ratio* da Lei 32/2010 foi a de tornar mais fortes os meios de combate à corrupção, alargando as previsões legais e aumentando o prazo de prescrição e as molduras penais.

Diferentemente do que ocorria na redacção anterior que dividia a corrupção passiva para acto lícito, corrupção passiva para acto ilícito e corrupção activa, na actual optou-se por uma enunciação mais genérica – artigo 372º - Recebimento Indevido de Vantagens, artigo 373º - Corrupção Passiva, artigo 374º - Corrupção Activa, artigo 374ºA - Agravação da Pena e artigo 374ºB - Dispensa ou Atenuação da Pena - especificando-se, posteriormente, de forma mais detalhada em cada artigo as hipóteses consoante se trate de acto contrário ou não contrários aos deveres do cargo.

Relativamente ao bem jurídico protegido, isto é, o que o legislador pretende proteger com a incriminação da corrupção, trata-se da “*autonomia intencional da Administração, i.é. legalidade administrativa*”²⁰, salvaguardando a legalidade, objectividade e independência existente e exigível num Estado de Direito.

O empregado público corrupto coloca as suas competências e poderes ao serviço de interesses privados, usando o Estado para satisfazer os seus próprios interesses, invadindo a esfera deste,

¹⁸ SANTOS, Cláudia Cruz, *Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, página 126

¹⁹ SANTOS, Cláudia Cruz, *Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, página 111

²⁰ COSTA, António Almeida, *Sobre o Crime da Corrupção*, Coimbra Editora, 1987, página 94

e o que se pretende é o funcionário seja íntegro no cumprimento do seu dever e das suas funções sem se aproveitar do sistema em seu proveito. “*A qualidade de funcionário funda o ilícito, uma vez que não há uma incriminação geral idêntica para não funcionários*”.²¹

Quando falamos em funções públicas referimo-nos apenas a estas, “*(...) e não a actividade privada do funcionário (...)*”, tal como refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.²²

Além destas considerações, podemos ainda referir que não são apenas os funcionários públicos que estão abrangidos por este crime, mas, tal como vem referido nos vários números do artigo 386º do Código Penal, também se incluem gestores, titulares de órgãos de fiscalização, magistrados, entre outros. Todos estes cargos estão abrangidos no conceito de funcionário e é a todos estes que se estende o crime da corrupção. Este alargamento do preceito surgiu com a Lei nº 108/2001 de 28 de Novembro, de forma a poder estender a punição a outros agentes, que não funcionários públicos *stricto sensu*.

Na última alteração, ao artigo 386º foram acrescentadas as categorias de árbitro, jurado e perito, na alínea c) do número 1.

Outra alteração trazida pela Lei 32/2010 foi o alargamento substancial “*(...) do prazo de prescrição do procedimento criminal de toda esta gama de infracções (...)*”²³, passando de 10 para 15 anos, quando se tratar de crimes de corrupção e outros cometidos no exercício de funções públicas, conforme resulta do artigo 118º, número 1, alínea a) do Código Penal. Assim, previne-se que, devido à morosidade da justiça, os processos prescrevam antes de proferida a sentença.

Por último, resta-nos esclarecer o sentido da expressão “vantagem” que surge nos primeiros três artigos em causa.

“*A vantagem é uma prestação, patrimonial ou não patrimonial, que beneficia objectivamente a actividade do funcionário (...)*”²⁴, como explica PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

Necessário é que se verifique uma alteração na esfera do funcionário, que resulte numa situação diversa da em que este se encontrava antes de cometer o ilícito. Esta vantagem, poderá, ainda, ser para o próprio funcionário ou para terceiro, “*(...) seja pessoa física ou*

²¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição Portuguesa e da Convenção dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2011, páginas 980 e 981

²² Idem nº 21, página 980

²³ SIMÕES, Euclides Dâmaso, CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2011, página 54

²⁴ Idem nº 21, página 981

colectiva, pública ou privada ‘(...)’²⁵ e tem de ser indevida, não pode ser vantagem que o funcionário mereça em razão das suas funções.

2.2 - As propostas dos partidos que se consubstanciaram na Lei 32/2010

No último mês de 2009 e no início de 2010 foram apresentados na Assembleia da República por três partidos, projectos de lei com vista à alteração do Código Penal, mais concretamente, no que diz respeito ao regime da corrupção, que levaram à promulgação da Lei 32/2010 de 2 de Setembro.

No Projecto de Lei 90/XI, criado pelo Partido Social Democrata (PSD), a pedra de toque estava na *“construção de instrumentos de prevenção e repressão eficazes, de forma a fazer dissuadir a respectiva prática, bem como em punir de forma justa e determinada os responsáveis por tais comportamentos.”*²⁶

Pretendia-se um alargamento da prescrição deste tipo de crimes, elevando o tempo para 15 anos, pois, desta forma, existiria um maior período de tempo no qual o comportamento dos agentes poderia ser incriminado e punido.

Este projecto de lei visava também acabar com a distinção entre corrupção para acto lícito e corrupção para acto ilícito, passando a estabelecer corrupção para acto determinado e corrupção em razão das funções.

Além destas alterações, foi também proposta a criação de uma medida de coacção com vista à apreensão de bens, quando existam fortes indícios de que o património do arguido seja manifestamente superior do que resulta da avaliação dos rendimentos, para desta forma se acabar com os grandes patrimónios de origem desconhecida, injustificada.

Este projecto de lei apresentava três artigos: corrupção passiva para acto determinado, corrupção passiva em razão das funções e corrupção activa. Tanto o articulado, como as penas apresentadas tiveram algumas semelhanças com a redacção adoptada pelo legislador na nova lei.

Pelo CDS-PP foi apresentado o projecto de lei 108/XI. A solução deste partido passaria por um aumento dos limites das penas. O aumento proposto excedeu a pena que foi adoptada pela

²⁵ Idem nº 21, página 981

²⁶ Projecto de Lei 90/XI apresentado pelo Partido Social Democrata

Lei 32/2010, uma vez que os deputados do CDS-PP sugeriram para punição da corrupção passiva (corrupção para acto determinado) pena de prisão de 2 a 8 anos e o legislador optou apenas por um mínimo de 1 ano.

Deste projecto de lei fez também parte um artigo que contempla o recebimento indevido de vantagens, mas antes denominado de corrupção passiva em razão das funções. Neste artigo estaria contemplada a hipótese de ser punido o funcionário que solicitasse ou aceitasse vantagem não devida em razão do exercício do cargo ou função.

Elemento distintivo dos outros projectos de lei apresentados seria o facto de *“na sua essência não há razão para distinguir a corrupção para acto lícito da corrupção para acto ilícito”*, mas tão somente corrupção passiva para acto determinado, corrupção passiva em razão das funções e corrupção activa, como vem referido no mesmo. Esta solução não vingou, atendendo-se, assim, ao parecer emitido pelo Conselho Superior do MP, no qual se apelou ao diferente desvalor ético das condutas e à tradição legislativa e se defendeu a não equiparação, optando-se pelo agravamento da moldura penal da corrupção para acto lícito.

Por fim, tal como estabelecido em legislações anteriores, a agravação e atenuação das penas não estariam previstas em artigos próprios, mas sim nos números dos próprios artigos.

Por fim, o PS trouxe a votação o projecto de lei 220/XI. Na exposição de motivos, este partido justifica as medidas que pretende ver adoptadas, referindo que, não obstante as alterações que têm sido introduzidas na sociedade e o esforço que se tem feito para incutir nos cidadãos a necessidade de existência de uma sociedade “limpa” e transparente, são necessárias mudanças no sistema penal, sancionando condutas que são inadmissíveis e que devem, assim, ser punidas.

Como tal, justifica-se que o simples recebimento de vantagem não devida, por apenas colocar em perigo a autonomia intencional do Estado, seja punido no Código Penal, deixando de ser necessário onexo causal entre o recebimento da vantagem e a prática do acto.

Entre outros, foram estes os principais motivos que levaram à construção dos artigos introduzidos no Código Penal pela Lei nº 32/2010, sendo este o projecto de lei que mais semelhanças apresenta com a redacção actual.

3 - Alterações ao Código Penal

A lei 32/2010 de 2 de Setembro, trouxe algumas alterações ao regime da corrupção no Código Penal.

Foi criado um novo tipo de crime – o recebimento indevido de vantagem, no artigo 372º, número 1 e de oferta ou promessa de vantagem, previsto e punido no mesmo artigo, no número 2, que, como já foi referido, será tratado *infra*.

O legislador optou por tratar no mesmo artigo (373º) a corrupção passiva para acto lícito e corrupção passiva para acto ilícito, punindo com penas de prisão e de multa mais graves do que as previstas em legislação anterior na corrupção para acto lícito.

No que diz respeito à corrupção activa, alterou as penalidades, aumentando o limite mínimo da pena de prisão correspondente à corrupção para acto ilícito e, ainda, os limites máximos das penas de prisão e multa correspondentes à corrupção para acto lícito, como se pode verificar pela leitura do artigo 374º, números 1 e 2.

Relativamente ao surgimento do artigo 374º A, estabeleceram-se agravações da pena atendendo ao valor da vantagem.

Quanto ao artigo 374º B, este foi autonomizado, dispensando-se de pena o agente que denunciar o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do acto, mas antes de se instaurar o processo criminal.

Como já foi referido *supra*, alargou-se o prazo da prescrição, de 10 para 15 anos, como se pode verificar no artigo 118º, número 1, alínea a).

O artigo 386º sofreu também alterações, na medida em que passou a incluir os árbitros, jurados e peritos, na alínea c) do número 1.

Como refere PAULO DE SOUSA MENDES²⁷ estas alterações pretendem facilitar a perseguição da corrupção, uma vez que, com a criação do novo tipo de crime previsto e punido no artigo 372º, deixa de ser necessário onexo causal do recebimento da vantagem com o acto ou omissão do funcionário. Facilita-se ainda, na medida em que passa a haver a possibilidade de dispensa de pena em caso de auto-denúncia, o que pode levar a uma maior confiança na cooperação com as autoridades competentes. Por fim, com o aumento das penalidades pretende-se um aumento da eficácia da ameaça penal.

²⁷ MENDES, Paulo de Sousa, CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2011, página 31

3.1 - Comparação entre a lei anterior e a nova redacção no Código Penal

- Sistema à luz da Lei 108/2001

Artigo 372º - Corrupção Passiva para acto ilícito	Artigo 373º - Corrupção Passiva para acto lícito	Artigo 374º - Corrupção Activa
1-Acto ilícito	1-Acto lícito	1-Acto ilícito
2-Desistência	2-Funcionário que aceitar/solicitar de pessoa que tenha tido, tenha ou venha a ter pretensão no exercício das funções	2-Acto lícito
3-Atenuação da pena	3-Atenuação/Dispensa da pena	3-Atenuação/Dispensa da pena

- Regime com a redacção da Lei 32/2010

Artigo 372º - Recebimento Indevido de Vantagens	Artigo 373º - Corrupção Passiva	Artigo 374º - Corrupção Activa	Artigo 374º A – Agravação da Pena	Artigo 374º B – Atenuação da Pena
1-Solicitar/Aceitar	1-Para acto contrário aos deveres do cargo	1- Para acto contrário aos deveres do cargo	1-Valor Elevado da vantagem	1, a) - Dispensa de pena em caso de denúncia
2-Dar/Prometer dar	2- Para acto não contrário aos deveres do cargo	2- Para acto não contrário aos deveres do cargo	2-Valor consideravelmente elevado	1, b) - Dispensa de pena em caso de repúdio ou restituição da vantagem
3-Exclusão em casos de condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes			3-Aplicação das alíneas a) e b) do artigo 202º	1, c) - Dispensa de pena em caso de retirar da promessa ou recusar o oferecimento
			4-Actuação em nome de outrem	2, a) Atenuação de pena em caso de auxílio na obtenção ou produção das provas 2,b) Atenuação da pena se o acto for praticado pelo funcionário

3.2 - Artigo 372º - Recebimento Indevido de Vantagens

Noutros tempos, era prática no nosso país, em alguns serviços da Administração Pública, entregar-se uma “pequena oferta” ao funcionário, para que numa próxima oportunidade prestasse um melhor serviço.

Este “*clima de “permeabilidade” ou “simpatia”*” vinha já abrangido no Código Penal de 1886, no seu artigo 322º, classificado pelos comentadores como “*suborno indirecto*”.²⁸

Entendia-se este “presente” não apenas como forma de agradecimento, mas também esperando uma contrapartida futura. Era necessária para o desenvolvimento da economia, para que se perdesse menos tempo com burocracias.

Como foi referido *supra*, a “*vantagem solicitada ou aceite sem conexão com a prática de uma acção ou omissão pelo funcionário*”²⁹ passa a ser incriminada no novo artigo 372º, números 1, 2 e 3, introduzido pela última reforma do Código Penal, resultando assim no crime de Recebimento Indevido de Vantagens.

Este novo tipo criminal recebeu inspiração na *Vorteilsannahme* (§331 Abs. 1 StGB) da Lei de Combate à Corrupção alemã de 13 de Agosto de 1997, que prevê a situação em que é punido o funcionário público que permita que se lhe prometa ou aceite uma vantagem, para si ou para terceiro, para o exercício do serviço. No §333 está previsto o lado do sujeito activo, abrangendo as situações em que o particular oferece, promete ou concede a funcionário uma vantagem. Em ambas as situações basta que haja “*uma conexão genérica com o exercício do cargo*”³⁰.

Esta nova norma, inserida recentemente no nosso Código Penal, pune o crime, pelo qual o funcionário, no exercício das suas funções ou no que a estas diz respeito, solicita ou aceita uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida.

A conduta pretendida pelo funcionário através do suborno não é contrária aos deveres do cargo, mas resulta num acto ilícito. É assim, uma vez que, não é suposto que o funcionário receba vantagens fora da sua remuneração mensal, para que desempenhe melhor as suas funções, já que é pago através do seu salário para que as exerça cabalmente, com todas as diligências exigidas pela profissão. Deste modo, ao receber essa contrapartida estaria a

²⁸ SIMÕES, Euclides Dâmaso, CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2011, página 49

²⁹ Idem nº 21, página 985

³⁰ MENDES, Paulo de Sousa, CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2011, página 32

enriquecer ilicitamente pois recebia mais do que lhe cabia, para fazer o mesmo trabalho *ab initio* exigido.

Nesta previsão não há contrapartida imediata, mas apenas uma expectativa que da próxima vez o serviço seja melhor prestado.

O recebimento é um crime de perigo abstracto, quanto ao grau de lesão do bem jurídico e de mera actividade, quanto à forma de consumação.

O crime de dádiva indevida de vantagem é um crime de “(...) *dano (quanto ao bem jurídico(...))*”³¹, não se limitando a pôr este em risco, mas violando efectivamente a esfera de actividade do Estado, “(...) *e de resultado (quanto ao objecto da acção(...))*”³², uma vez que a consumação deve coincidir com o momento em que a aceitação chega ao conhecimento do destinatário.

Relativamente à promessa indevida de vantagem trata-se de crime de perigo abstracto e de mera actividade.

Esta disposição apenas comporta a corrupção para acto lícito, tratando-se de corrupção passiva no número 1, uma vez que é o funcionário a solicitar ou aceitar a referida vantagem, e corrupção activa no número 2, porque se prevê a hipótese do agente oferecer ou prometer oferecer ao funcionário vantagem que não lhe seja devida.

No **número 1 do artigo 372º**, temos como tipo objectivo a solicitação ou aceitação pelo funcionário ou interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, de uma vantagem para si ou para terceiro.

A pena poderá ser de prisão até 5 anos, ou pena de multa até 600 dias.

Trata-se de crime específico pois é cometido pelo funcionário e é o facto de ser detentor desta qualidade que incrimina a conduta do agente. Não sendo funcionário, na acepção do artigo 386º do Código Penal, poderia aceitar ou solicitar vantagens e não seria punido por este leque de artigos, uma vez que como já foi referido o bem jurídico a proteger é a autonomia intencional do Estado.

O acto ilícito pode ser cometido no exercício das suas funções ou fora delas, o que interessa é que haja sempre interdependência entre a actividade profissional do funcionário e o seu cargo. O factor que leva à incriminação da conduta é que as vantagens sejam determinadas pela profissão do funcionário.

³¹ Idem nº 21, página 980

³² Idem nº 21, página 980

Quanto ao **número 2**, embora na epígrafe do artigo esteja mencionada a expressão “recebimento indevido de vantagem”, estamos agora na perspectiva contrária, do agente que oferece, que está disposto ao incentivo da violação do sistema.

Como refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, neste número, o tipo objectivo é a *“dádiva ou promessa a funcionário ou terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, de uma vantagem indevida”*³³.

Diferentemente do número anterior, neste está em causa um crime comum, uma vez que não é necessária a qualidade de funcionário para que haja punição. Qualquer agente cabe neste âmbito, desde que, dê ou prometa dar a um funcionário determinada vantagem.

A pena poderá ser de prisão ou pena de multa, a primeira até 3 anos e a segunda pena de multa até 360 dias.

Por último, resta-nos analisar o **número 3 do artigo 372º**.

Este exclui da incriminação dos números antecedentes as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.

Quando o legislador previu esta “válvula de escape” pretendeu excluir as ofertas que são costume e tradição no nosso país, aqueles pequenos presentes ou gratificações oferecidos em épocas ou momentos especiais .

Um exemplo dado pelo Professor Paulo Pinto de Albuquerque é o caso da prenda de Natal oferecida à professora de uma escola primária pública³⁴. Esta é uma conduta socialmente aceite, é costume que as crianças naquela época gostem de oferecer uma caixa de bombons ou um perfume à Professora que os acompanha durante todo o ano lectivo. No entanto, o valor deverá ser diminuto, isto é, não excedente a uma unidade de conta no momento da prática do acto, pois se oferecer uma jóia cujo valor exceda a unidade de conta já poderá ser considerada a vantagem indevida prevista nos dois primeiros números e consubstanciar, assim, o ilícito.

Embora exista esta cláusula no artigo 372º, a mesma não abrange as duas hipóteses, de aceitação e solicitação da referida vantagem. Devemos distinguir ambas as acções pois quando o funcionário a solicita, está a aproveitar-se do seu cargo para receber algo que não lhe é devido. Está a usar meios ilícitos para aproveitar-se de algo. Desta forma, nunca poderia merecer tutela pelo princípio da adequação social, uma vez que não é aceite pelo Direito instar à atribuição de benefícios.

³³ Idem nº 21, página 981

³⁴ Idem nº 21, página 979

Situação diversa é a aceitação, na qual o funcionário é protegido pelo número 3 deste artigo. Embora haja declaração de vontade ao aceitar a vantagem, não é este que a solicita. Não obstante o referido, só será tutelado se a vantagem for diminuta, esporádica e prática aceite na sociedade.

Quanto ao tipo subjectivo, isto é, a vontade, a intenção do agente, é admissível qualquer modalidade de dolo.

No que diz respeito ao momento de consumação do crime, este ocorre aquando da comunicação, da solicitação ou aceitação, pelo funcionário ao interlocutor, não é necessário que se proceda à entrega da vantagem ou à prática do acto, basta que manifeste a sua intenção para que haja a violação do bem jurídico. Como explica ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, “*Antes desse momento não se observa uma invasão da esfera de actividade do Estado, nem uma ofensa real à sua autonomia intencional.*” O que é necessário para a consumação é que “*(...) a aludida manifestação de vontade seja conhecida do particular ainda que este não “compreenda” o seu sentido.*”³⁵ De forma diferente ocorria no direito anterior, em que era exigido o efectivo recebimento da vantagem.

3.3 - Artigo 373º - Corrupção Passiva

Na redacção anterior do Código Penal, o artigo 373º comportava apenas a corrupção passiva para acto lícito, tanto no primeiro número, como no segundo.

Desaparecem como tipos criminais autónomos a corrupção passiva para acto ilícito e a corrupção passiva para acto lícito, que surgem configurados num único tipo criminal, corrupção passiva, condensado num só artigo, o 373º.

Com a alteração de 2010, o legislador optou por juntar os dois casos de corrupção passiva, consoante seja ou não contrária aos deveres do cargo.

Outra diferença foi o agravamento da pena na corrupção passiva não contrária aos deveres do cargo, que antes podia ser no máximo de 2 anos e foi aumentada agora para 5 anos.

Assim, quanto à pena, a moldura penal varia entre 1 e 8 anos de prisão.

Nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE “*O tipo objectivo do **número 1** é a solicitação ou aceitação pelo funcionário ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação de uma vantagem indevida ou a promessa dessa vantagem, para si ou terceiro,*

³⁵ COSTA, António Almeida, Comentário Conimbricense do Código Penal dirigido por Jorge Figueiredo Dias, TOMO III, Coimbra Editora, 2001, página 665

*para que o funcionário pratique um acto ou o omita em violação dos deveres do seu cargo ou porque praticou ou omitiu um acto em violação daqueles deveres.”*³⁶(Corrupção passiva própria antecedente ou subsequente.)

Podemos exemplificar com o caso em que a professora de uma escola pública solicita determinada quantia a um aluno, para lhe dar uma nota final que este não merecia.

Neste artigo temos também um crime de dano, uma vez que há a efectiva violação da esfera de actividade do Estado. Trata-se de um crime material ou de resultado, cuja consumação terá de coincidir com o momento em que a solicitação ou aceitação, por parte do funcionário, cheguem ao conhecimento do destinatário. Até esse momento, não havendo ofensa do bem jurídico, não há crime. De forma diferente se estabelecia no direito anterior, em que o momento da consumação do crime era o do recebimento efectivo do suborno. Actualmente, não é necessário a entrega da vantagem ou a prática do acto para que haja a consumação, basta que o funcionário comunique a intenção nesse sentido, tal como já referimos *supra*.³⁷

No **número 2**, o tipo objectivo é semelhante ao do número anterior sendo o único factor de distinção a licitude ou ilicitude da acção ou omissão, isto é, consoante seja ou não contrário aos deveres do cargo. Aqui estamos perante um acto não contrário aos deveres do cargo que poderá ser punido com pena de prisão entre 1 e 5 anos.

Podemos exemplificar, com a situação de uma professora de uma escola pública que aceite vantagem, do pai de uma aluna, para que acompanhe esta mais de perto.

Tal como no número anterior, neste também está em causa um crime específico, uma vez que é exigida a qualidade de funcionário, como está definida no artigo 386º, para a consumação do crime.

Relativamente ao tipo subjectivo, admite-se qualquer modalidade de dolo, tal como no artigo 372º

Por fim, resta-nos referir que, nem a corrupção passiva, nem a corrupção activa, que se tratará de seguida, são crimes de participação necessária, *“pelo que a consumação de cada um deles não supõe a intervenção cumulativa do agente público corruptor e do cidadão corruptor.”*³⁸, basta que um pratique o acto para que haja crime de corrupção.

³⁶ Idem nº 21, página 985

³⁷ Cfr. Página 13

³⁸ SANTOS, Cláudia Cruz, *Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009, página 111

3.4 - Artigo 374º - Corrupção Activa

Falamos de corrupção activa quando alguém oferece ou promete uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, sem a merecer, como contrapartida de um acto praticado pelo funcionário, no exercício dos seus poderes funcionais.

Esta última modalidade só foi criminalizada a partir da reforma de 1995 do Código Penal.

Como tipo objectivo do **número 1** temos “(...)a dádiva ou a promessa a funcionário, ou a terceiro, com conhecimento daquele, de vantagem indevida, para que o funcionário pratique ou omita um acto em violação dos deveres do seu cargo ou porque o funcionário praticou ou omitiu um acto em violação daqueles deveres.”³⁹

Esta modalidade da corrupção é punida com pena privativa da liberdade entre 1 e 5 anos.

Temos como exemplo um condutor, que após ser multado por condução em excesso de velocidade, oferece determinada quantia ao polícia para que este não o autue.

No que diz respeito ao **número 2**, o tipo objectivo é diferente do anterior, na medida em que o acto ou omissão do funcionário é conforme aos deveres do cargo, podendo, o mesmo, ser anterior ou posterior.

O agente poderá ser punido com pena de prisão até 3 anos, ou pena de multa até 360 dias.

Podemos exemplificar, com a situação em que a esposa de um recluso oferece dinheiro a um agente de um estabelecimento prisional, para que acompanhe o seu marido todo o dia e o proteja de reclusos que o queiram magoar.

Ao contrário da corrupção passiva que se trata de crime específico, esta resulta num crime comum, não havendo qualidades especiais que o agente tenha de revestir, uma vez que o preceito apenas refere a palavra “Quem”.

Embora assim seja do lado activo, na perspectiva do sujeito que recebe ou aceita é diferente. É determinante a qualidade do destinatário, deverá ser um funcionário para que esteja em causa o crime de corrupção.

Basta o oferecimento ou a promessa de suborno por parte do agente, para que haja consumação do crime. Não importa se o funcionário aceita ou não, a postura deste é indiferente, uma vez que estando em causa a imparcialidade, transparência e igualdade, como bens jurídicos, estes são violados com a mera oferta do suborno.

Também neste artigo há a variação da pena conforme se trate de acto contrário, ou não, aos

³⁹ Idem nº 21, página 990

deveres do cargo.

3.5 - Artigo 374º A – Agravação da Pena

Em redacções anteriores a agravação e atenuação das penas da corrupção tinham um artigo próprio, actualmente foi acrescentado o artigo 374º A que trata da agravação da pena, nos quatro números existentes. Este reporta-se à moldura penal das três modalidades de corrupção supra enunciadas.

Nos dois primeiros números temos a agravação atendendo ao valor, podendo ser elevado (número 1), ou consideravelmente elevado (número 2). Na primeira hipótese, a pena agrava em um quarto, na segunda, a agravação é de um terço, nos limites mínimo e máximo.

Por fim, o número 4 trata das pessoas singulares, pessoas colectivas e actuações em nome de outrem, agravando-se a pena um terço nos limites mínimo e máximo.

Para que possa haver agravação da pena “*o dolo tem de abranger o valor da vantagem.*”⁴⁰

3.6 - Artigo 374º B – Dispensa ou Atenuação da Pena

Com a epígrafe de dispensa ou atenuação de pena, este último artigo da corrupção prevê, no número um, a hipótese de dispensa de pena e no número dois a sua especial atenuação. Tal como os artigos anteriores, este foi também introduzido pela nova redacção, reunindo aspectos dos números 2 e 3 do artigo 372º da redacção anterior.

Antes de mais, cabe-nos dizer que a dispensa de pena é obrigatória, não dependendo de quaisquer pressupostos ou requisitos.

O número 1, na alínea a) “premeia o delator”, isto é, dispensa a pena quando o agente denuncie o crime nos 30 dias subsequentes à prática do acto e antes da instauração de procedimento criminal, contando-se este prazo a partir da consumação do crime. Esta alínea é aplicável a qualquer agente e em qualquer modalidade de corrupção.

No que diz respeito à alínea b), aplicável somente às hipóteses de corrupção passiva, que antes era motivo de atenuação de pena e recentemente passou a dispensa, comporta a possibilidade de o funcionário, depois de pedir ou aceitar o suborno, repudiar o oferecimento ou a promessa, ou restituir a vantagem, ou o seu valor.

⁴⁰ Idem nº 21, página 993

Como vem referido, o repúdio ou a restituição da vantagem tem de ser feito voluntariamente. O funcionário terá de se arrepender, não pode apenas devolver a vantagem ou repudiar o oferecimento porque a isso foi obrigado.

A alínea c) diz respeito ao arrependimento activo. Nesta, o agente, antes da prática do facto, retira a promessa ou recusa o oferecimento da vantagem ou solicita a sua restituição.

Embora não se refira na alínea, para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE “(...) a retirada da promessa feita ou a solicitação da restituição da vantagem dada só releva se for voluntária”. Podemos assim dizer que só se aplica ao corruptor activo, “Contudo, deve considerar-se também aplicável por maioria de razão ao dador ou promitente de vantagem indevida.”⁴¹. Nesta hipótese, o que fundamenta a impunidade do agente é a desistência. Não obstante ter já consumado o acto, retira a promessa ou recusa o oferecimento antes da prática do facto.

Quanto à atenuação da pena prevista no número 2, pode ter lugar se houver “auxílio concreto na obtenção ou produção de provas decisivas para identificação ou captura de outros responsáveis”⁴², alínea a). Ou, como refere a alínea b), quando a prática do acto tiver sido por solicitação do funcionário, directamente ou por interposta pessoa.

A primeira alínea aplica-se aos agentes activos, dos artigos 372º a 374º.

Quanto à alínea b), este fundamento está na circunstância de o agente incentivar à prática do crime de corrupção activa ou dádiva ou promessa indevida de vantagem. O acto deste corresponde a uma solicitação do funcionário. Não é por sua iniciativa que pratica o crime, mas sim, porque foi “tentado” pelo funcionário a fazer a oferta para obter a contrapartida.

3.7 - A moldura penal dos crimes de Corrupção

Nos três artigos que tratam das três modalidades de corrupção, as penas variam, consoante se trate de recebimento indevido de vantagens, corrupção passiva, contrária ou não contrária aos deveres do cargo, ou corrupção activa.

As penas variam entre um mínimo que poderá ser de pena de prisão até 1 ano a um máximo de 8 anos. Quanto à pena de multa, esta poderá ir de um mínimo de 360 dias até 600 dias.

Iniciando esta comparação podemos distinguir, desde já, o lado do agente passivo (artigos 372º, número 1 e 373º, números 1 e 2) da posição activa do mesmo (artigos 372º, número 2 e

⁴¹ Idem nº 21, página 996

⁴² Idem nº 21, página 996

374º). Podemos constatar que a primeira é punida mais severamente, ou seja, o sujeito que recebe a vantagem ou que a aceita tem sempre uma pena superior ao que realiza a oferta.

No recebimento indevido de vantagens, no número 1 (passivo), o funcionário é punido com pena de prisão até 5 anos, enquanto que no número 2 (activo) a pena sofre uma diminuição de 2 anos, punindo-se o agente com pena de prisão até 3 anos.

Comparando este (artigo 372º) com o artigo 373º, em que passamos de um mero recebimento de vantagens para um acto de corrupção passiva a pena também aumenta. Elemento de distinção entre ambos os números deste último artigo é o facto de o acto praticado ser, ou não, contrário aos deveres do cargo.

No número 1 temos prevista a possibilidade de pena de prisão mais grave existente nos três artigos, quando o funcionário solicite ou aceite vantagem para a prática de acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, poderá ser punido com pena entre 1 e 8 anos.

Neste número a pena é mais severa porque podemos desenhar duas situações: aquela em que o funcionário recebe uma contrapartida para realizar um acto, e a segunda que é a ilicitude do mesmo, por ser contrário aos deveres do cargo. O funcionário além de se deixar corromper, fá-lo para realizar um acto contrário aos seus deveres. Estamos aqui perante um crime de corrupção passiva própria e é esse o motivo pelo qual a pena é mais rígida.

O número 2 do artigo 373º tem uma pena já mais baixa que a do número anterior. Compreende-se que assim seja, uma vez que neste não há uma realização de acto ou omissão contrários aos deveres do cargo. Neste, o funcionário é corrompido quando realiza o acto, no entanto, é para a realização de um acto que está compreendido nos seus deveres. É um acto lícito e, como tal, um crime de corrupção passiva imprópria. A pena poderá ser de 1 a 5 anos de prisão (menos 3 que na anterior).

Quanto à corrupção activa, prevista e punida no artigo 374º, temos também penas distintas, consoante se trate da prática de actos contrária aos deveres do cargo, de 1 a 5 anos de prisão, ou não contrária, pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 360 dias.

Tal como foi referido anteriormente, a pena neste artigo é mais leve, em comparação com a corrupção passiva e isso justifica-se pois o agente, neste crime, não tem de revestir quaisquer características especiais, tratando-se pois de um crime comum.

4 - Breve análise de Direito Comparado

4.1 - Transparência Internacional

Em 1993 foi criada uma organização não governamental, chamada Transparência Internacional, cujo principal objectivo é a luta para contra a corrupção. O aparecimento desta revela a necessidade que se tem sentido, não só em cada país, mas também a nível europeu e mundial de consciencializar a população para determinadas mudanças comportamentais necessárias para a combater.

A Transparência Internacional, sediada em Berlim, tem como principal missão criar mudanças para um mundo livre de corrupção⁴³.

Esta Organização tem aumentado a consciência da comunidade para a necessidade de mudança e diminuído a tolerância e apatia face a este crime, implementando acções práticas para o enfrentar.

Como método de actuação opta por reunir importantes figuras do Governo, da sociedade civil e empresarial e ainda dos *media* para promover a transparência nas eleições, administração pública, contratos públicos e negócios celebrados.

Anualmente são publicados índices de percepção da corrupção a nível mundial, podendo assim conhecer-se os países com a taxa mais alta e ainda se houve aumento, ou diminuição.

A 24 de Novembro de 2011 foi publicado novo índice de percepção de corrupção, no qual Portugal obteve o trigésimo segundo lugar, com um resultado de 6.1, numa escala de 0 a 10. A Nova Zelândia foi considerado o país com o menor índice de corrupção, com uma pontuação de 9,5. No extremo oposto esteve a Somália com um resultado de 1 ponto, obtendo assim o último lugar dos 182 países em questão.

O nosso país manteve o mesmo lugar que obteve em 2010 com pontuação de 6.0, no entanto, se analisarmos o índice de 2000 podemos constatar que a corrupção aumentou. Não obstante a entrada de mais países para o quadro de estatística, uma vez que de 90 países, em 2000, passaram a 182, em 2011, Portugal passou do vigésimo terceiro lugar para o trigésimo segundo, com uma pontuação de 6.4, havendo assim um aumento do índice de corrupção. Desta forma, percebemos a agravação das penas por parte do legislador no nosso Código Penal.

A nível europeu, o país com menos corrupção foi a Dinamarca, com um índice de 9.4.

⁴³ < http://www.transparency.org/about_us >

4.2 - A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

No final dos anos 90 começaram a surgir várias convenções entre países, a nível mundial, com vista a reunir instrumentos necessários para travar a corrupção. Uma vez que estas eram insuficientes, por não englobarem todos os países, ou por não se focarem essencialmente no tema, a comunidade internacional iniciou trabalhos que resultaram na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

*“Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito”*⁴⁴, já 158 Estados assinaram esta Convenção, que foi adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003.

Composta por 71 artigos e 8 capítulos, a pedra de toque centra-se na adopção de estratégias a nível de prevenção, penalização, recuperação de activos e cooperação internacional.

Para a prevenção defendem-se medidas como a implementação de políticas que “ (...) promovam a participação da sociedade e reflectam os princípios do Estado de Direito, tais como a integridade, a transparência, entre outros”⁴⁵, apela-se a critérios objectivos de mérito em processos de selecção e recrutamento e ao desenvolvimento de códigos de conduta que incluam medidas que estimulem a denúncia do crime.

No capítulo da penalização, solicita-se que os Estados Parte introduzam nos seus ordenamentos jurídicos tipificações criminais que abranjam, não só as formas básicas de corrupção, mas também os actos conducentes a esta. Devem, ainda, ser tipificados como crime, nas legislações dos diversos países, o suborno, tráfico de influências, enriquecimento ilícito, entre outros.

Incita-se a cooperação internacional entre os Estados, para obter melhores resultados, designadamente através da assistência legal mútua na recolha e partilha de provas, cooperação nos processos de extradição, acções conjuntas de investigação, entre muitas outras formas.

No que diz respeito à inovação da, chamada recuperação de activos, trata-se de um dos princípios fundamentais da Convenção. Nesta estratégia, os Estados deverão contar com a ajuda das instituições financeiras, na medida em que necessitarão destas para que se proceda a um controlo das contas de altos funcionários públicos, deverão ainda proceder à verificação

⁴⁴ in Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas

⁴⁵ in Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas

da identidade dos seus clientes e reportar transacções suspeitas às autoridades competentes, entre outros.

No entender da comunidade internacional, encontraram-se, desta forma, reunidas todas as condições necessárias para um resultado promissor, que é objecto de avaliação, de 5 em 5 anos, para que passe de uma promessa a uma efectivação.

Em Portugal, o texto da Convenção foi publicado em Diário da República a 21 de Setembro de 2007 e surgiu na nossa legislação através da Resolução da Assembleia da República n° 47/2007.

4.3 - Sistema jurídico alemão

Na legislação Alemã, a corrupção vem prevista com a epígrafe de factos puníveis no exercício de cargo público.

Tem início, no capítulo trinta, começando no §331 e terminando no §336.

Tal como no Código Penal Português (artigo 373º, número 1), o Código Penal Alemão – *Strafgesetzbuch* – pune mais severamente a Corrupção passiva para acto ilícito, §332 (*Bestechlichkeit*) (1) com uma pena de prisão que pode chegar até cinco anos. Esta, pode ainda ser aumentada para o dobro se estivermos perante magistrado (2).

No nosso ordenamento não existe esta distinção ou graduação da pena consoante se trate ou não de magistrado, exigindo-se apenas que seja funcionário público nos termos do artigo 386º CP.

O legislador alemão previu ainda a atenuação da pena, estabelecendo-a em pena de prisão até três anos ou multa, ou agravação da pena para pena privativa da liberdade de 1 a 10 anos, atendendo à gravidade da conduta que pode variar consoante o valor da vantagem, se o pratica continuamente, ou ainda se o autor pertence a uma organização.

O crime está consumado quando o funcionário comunica ao corruptor a intenção de praticar o crime, tal como ocorre no sistema português.

Aspecto distinto face ao nosso sistema é a existência de pena acessória da proibição de exercer funções públicas durante determinado período de tempo e em algumas situações pode mesmo culminar na perda de direitos cívicos.

Além deste, podemos ainda apontar como diferenças entre o sistema português e o alemão: “a) A inclusão dos titulares de cargos políticos no lote dos sujeitos activos do crime de corrupção passiva previsto no paralelo CPenal (ou seja, não é relegado para legislação

extravagante)

b) a agravação da pena privativa da liberdade para a corrupção passiva para acto ilícito – até 10

anos, nas situações mais grave.

c) a definição expressa de que os actos no exercício de poderes discricionários, são passíveis de consubstanciar a prática de crime de corrupção passiva.

d) a expressa inclusão da corrupção de deputados, como forma de assegurar uma maior representatividade e transparência nas instituições democráticas”⁴⁶

No Índice de Percepção da corrupção de 2011, a Alemanha obteve o décimo quarto lugar, com 8 pontos.

4.4 - Sistema Jurídico espanhol

No Código Penal espanhol a corrupção está prevista no Título XIX – *Delitos contra la Administración Pública* - nos artigos 419 a 427.

O legislador espanhol divide a corrupção passiva em três tipos, prevendo três penas distintas, *i)* se o acto ou omissão resultar na prática de crime – 2 a 6 anos de pena de prisão, multa entre o valor da dádiva e o seu triplo e inabilitação para função ou cargo público entre 7 e 12 anos; *ii)* se o acto (e já não omissão, pois esta é punida pelo artigo 421) prometido for praticado, embora não consubstancie um crime, a pena é inferior, variando entre 1 e 4 anos, inabilitação de função ou cargo de 6 a 9 anos e multa calculada entre o valor da dádiva e o triplo e *iii)* na hipótese de não se praticar o acto prometido, a moldura penal é ainda menor, variando a pena de prisão entre 1 e 2 anos ou inabilitação de 3 a 9 anos e multa entre o valor da dádiva e o seu triplo.

No *artículo 425/1*, a pena de prisão de corrupção para acto lícito varia entre os 6 meses e os 3 anos.

Tal como no nosso sistema, o código penal espanhol também pune como crime, *no artículo 426*, a mera aceitação de dádivas ou ofertas quando não dependa da prática de um acto concreto, o nosso número 2 do artigo 372º.

Temos, assim, algumas diferenças assinaláveis entre a nossa legislação e a espanhola – a tripla previsão de corrupção passiva, a existência de pena de prisão, pena de multa e inabilitação para o exercício de função ou cargo público, como penas principais e a punição, nos mesmos moldes, dos titulares de cargos políticos.

⁴⁶< <http://penal2trabalhos.blogspot.com/2007/12/corrupto-breve-analise-de-direito.html>>

Espanha obteve 6.2 pontos, no índice de percepção da corrupção, ocupando o trigésimo primeiro lugar.

4.5 - Sistema jurídico francês

O crime da corrupção vem previsto nos artigos 432-11 e seguintes do *Código Penal*, inserido no Livro IV - *Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique*.

Diferentemente do que sucede no sistema português e nos sistemas *supra* analisados, o legislador francês optou por tratar no mesmo artigo dos crimes da corrupção e do tráfico de influências, cometido por funcionários públicos.

Como vem previsto no Código Francês, “*Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait (...)* », ou seja, a pena para funcionários públicos, relativamente à corrupção passiva, é de prisão até 10 anos e de multa, no valor de 150 mil euros.

Na previsão da norma não é feita a distinção entre acto lícito ou ilícito, “*relegando-se para a medida concreta da pena as correspondentes diferenciações*”⁴⁷

Tal como nos sistemas descritos anteriormente, e de forma diferente do que ocorre em Portugal, é possível a aplicação de penas acessórias, nomeadamente a proibição de exercício da função pública num máximo de 10 anos e ainda a perda de direitos cívicos.

No que diz respeito à corrupção activa, prevista no Article 433-1, as penas são idênticas às da corrupção passiva e também nesta não se distingue acto lícito ou ilícito.

Por último, é de referir que no Código Penal francês os artigos referentes à corrupção abrangem também os políticos, como sujeitos do crime “*(...)d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public(...)*”

No índice de percepção da Corrupção, realizado pela Transparência Internacional ficou em vigésimo quinto lugar, com 6 pontos.

⁴⁷ <<http://penal2trabalhos.blogspot.com/2007/12/corrupto-breve-anlise-de-direito.html>>

4.6 - Sistema penal italiano

A corrupção em Itália é vista como um dos principais obstáculos para o desenvolvimento do país. Além deste fenómeno, crimes diversos envolvendo políticos, empresários, mafiosos e influentes de todas as esferas fazem, também, parte do seu quotidiano.

As últimas duas décadas, em Itália, foram dedicadas ao combate da corrupção, uma vez que esta implicava sérios riscos para a comunidade.

Com as alterações na ordem penal e judiciária, estas foram dotadas de instrumentos mais fortes para combater as organizações criminosas. Neste seguimento, teve início a operação “mãos limpas” que visou acabar com os corruptos e mafiosos do país. No entanto, a situação tomou proporções tão grande que nem o primeiro-ministro Giulio Andreotti escapou às mãos da Justiça, embora tenha sido absolvido *a posteriori*.

Actualmente, o *Codice Penale* prevê no artigo 318 a corrupção para acto lícito – *Corruzione per un atto d’ufficio* e no artigo seguinte a corrupção para acto ilícito, ou “*atto contrario ai doveri d’ufficio*.”

Na primeira hipótese temos uma pena que poderá chegar a um máximo de 3 anos e na segunda até 5 anos.

Os artigos seguintes tratam da agravação e atenuação da pena e especificam, ainda, situações em concreto.

Tal como o nosso Código, o italiano pune o recebimento de vantagem e a aceitação da promessa de vantagem para prática de acto inerente às suas funções.

Embora as penas não sejam tão elevadas como as de países que já tratámos anteriormente, “*a jurisprudência italiana entende que, nas situações em que após a promessa existiu o efectivo pagamento, estamos perante a prática de dois crimes – dupla consumação, chamam-lhe delicto cumulativo.*” E ainda na hipótese de haver “*(...) pagamento fraccionado, existem tantos crimes quantos as fracções de pagamento. Visa-se assim e consegue-se um aumento das penas.*”⁴⁸

No índice de percepção da corrupção, Itália ficou na posição número sessenta e nove com 3.9

⁴⁸< <http://penal2trabalhos.blogspot.com/2007/12/corrupto-breve-anlise-de-direito.html>>

Após esta breve comparação entre estes quatro sistemas, incidindo maioritariamente sobre a análise da corrupção passiva ilícita, existem algumas conclusões que podemos retirar.

Dos quatro sistemas analisados, Portugal, Espanha e Itália são os países que têm a pena máxima com menor duração, no nosso país a pena poderá chegar aos 8 anos, enquanto em Itália não excede os 5 anos e em Espanha, tratando-se de crime tem como limite os 6 anos.

A única diferença existente é que em Itália há a possibilidade de punir por dois crimes distintos, pela promessa e pelo pagamento, podendo assim a pena ser elevada e passar o limite dos 5 anos.

Estes três países, relativamente aos já analisados, são os que ocupam as piores posições no Índice de Percepção da Corrupção, estando a Itália colocada no pior lugar.

Não obstante o facto de a pena na Alemanha poder atingir o limite de 5 anos, esta poderá ser agravada de 1 a 10 anos.

No que diz respeito à Alemanha, Espanha e França têm um ponto em comum, inexistente nos outros dois, estes três países comportam a possibilidade de inabilitar de funções públicas o funcionário público que viola o sistema. Existe assim esta pena alternativa ou acessória que permite ao aplicador de direito inibir que o corrupto continue ao serviço da Administração Pública.

Em França e na Alemanha há ainda possibilidade de o agente perder os direitos cívicos, ficando, assim, incapacitado de exercer os seus direitos, que tem como cidadão da sociedade.

Podemos assim concluir que o legislador é menos severo nos países mediterrâneos, principalmente em Portugal e Itália, nos quais, além de existir uma pena mais baixa, existe apenas a possibilidade de aplicar pena de prisão ou de multa, não se estabelecendo qualquer pena acessória, tal como ocorre em alguns países, designadamente através da proibição do exercício da função pública ou a perda de direitos cívicos.

Podemo-nos, então, questionar, se não será necessário haver uma maior rigidez na legislação e na incriminação da Corrupção, para que se reduza a taxa existente. Facto assente é que a Alemanha ocupa o 14º lugar a nível mundial e dos países analisados, é o sistema que nos apresenta as leis mais severas.

5 - Outros meios na ajuda do combate à corrupção

Não obstante as novidades trazidas ao regime da corrupção, pela Lei nº 32/2010, surgiram também outras alterações no Código Penal e em legislação extravagante com vista a melhorar o combate à corrupção.

Como já referimos *supra* foi alargado o prazo de prescrição de 10 para 15 anos, artigo 118º, número 1, alínea a) do Código Penal, com vista a permitir que, atendendo à morosidade da nossa Justiça, seja reduzido o número de processos que prescrevem.

Relativamente à Lei 41/2010, de 3 de Setembro que veio alterar a Lei que regula os Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos, sofreu também algumas alterações com vista ao aperfeiçoamento do regime de combate à corrupção.

Foi alargado o âmbito de aplicação desta Lei, uma vez que com a alteração, esta passa a abranger não apenas os titulares de cargos políticos, mas também altos cargos políticos.

Foi tipificado o crime de “recebimento indevido de vantagens” no artigo 16º, coincidindo em grande parte com a redacção estabelecida no Código Penal. No que diz respeito à moldura penal, é mais grave que a daquele, o que se compreende pela maior exigência no comportamento exigido para quem ocupa altos cargos políticos.

O agravamento das molduras penais nesta Lei, face ao Código Penal, revela-se também nos artigos 17º e 18º, da mesma, que correspondem respectivamente à Corrupção Passiva e Activa. Por fim, foi aditado em 2010 o artigo 19ºA que permite quer a atenuação da pena, quer a sua dispensa, tal como o artigo 374º A do Código Penal.

Outro instrumento no qual se deposita alguma confiança para travar a corrupção é a base de contas bancárias, criada pela Lei 36/2010, de 2 de Setembro, estabelecida no artigo 79º, número 3 da mesma, que facilita o acesso das autoridades judiciais aos dados das contas bancárias, designadamente à identidade e morada dos titulares de todas as contas, bem como das pessoas autorizadas a movimentá-las, incluindo procuradores. Espera-se que com este sistema se facilite a investigação e acelere o trabalho das autoridades judiciárias competentes.

Nos últimos anos tem havido um esforço do legislador para criar mecanismos legais que visam facilitar o combate à corrupção. No entanto, grande parte da doutrina acredita que não é através do aumento das molduras penais que se vão alcançar os resultados pretendidos, uma

vez que a grande solução deveria passar mais pela prevenção deste crime e pelas mudanças necessárias na mentalidade dos cidadãos do nosso país.

5.1 - Conselho de Prevenção da Corrupção

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, estabelece no seu artigo 6º que cada Estado Membro deve proceder à criação de um ou mais órgãos que fiquem encarregues de prevenir a corrupção, dotados de plena independência e dos meios adequados para prosseguir as suas atribuições.

Como resposta às orientações da União Europeia e da referida Convenção, foi criado em 2008 o Conselho de Prevenção da Corrupção, em Portugal.

Defensor da necessidade de medidas preventivas eficazes, este Conselho diz-se capaz de combater a corrupção, uma vez que nele estão reunidos esforços de várias instituições que levarão à obtenção de resultados positivos.

Tratando-se de um Conselho exclusivamente de prevenção, a acção deste incide na recolha e tratamento de informações relativas à detecção e prevenção da corrupção activa e passiva e da criminalidade económica conexa; no acompanhamento e aplicação dos instrumentos jurídicos e das medidas adoptadas pela Administração Pública e pelo sector público empresarial para prevenção e combate dos crimes ligados à corrupção. Dedicar-se, ainda, ao processo de criação de instrumentos normativos internos e internacionais nesta matéria, à colaboração com as entidades públicas interessadas na adopção de códigos de conduta e boas práticas e, por fim, à promoção de acções de formação dos agentes da Administração Pública.

Conforme foi referido no discurso de abertura do Presidente deste Conselho, são estes os principais objectivos previamente estabelecidos, que vão de encontro a muitas medidas vistas como necessárias, na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Como entidade administrativa independente, que funciona junto do Tribunal de Contas, o Conselho de Prevenção não se trata de um órgão de investigação criminal, uma vez que esta compete, em especial, ao Ministério Público.

Esta entidade é composta pelo Presidente e Director-Geral do Tribunal de Contas, pelo Inspector-Geral de Finanças, Inspector-Geral das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, Inspector-Geral da Administração Local, por um Magistrado do Ministério Público, por um Advogado nomeado pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados e por uma Personalidade Cooptada.

A diversidade de funções dos membros que compõem este organismo permite uma visão mais pormenorizada do problema, que analisado de várias perspectivas obterá resultados mais eficientes.

5.2 - Incriminação do Enriquecimento Ilícito

Imbuída pelo espírito da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, na Assembleia da República, entre 2005 e 2009, houve vários debates sobre quais os meios jurídicos necessários para travar o fenómeno da corrupção e da criminalidade económica e financeira em geral.

Sendo cada vez maior a distância que separa as várias classes sociais e numa época em que têm imperado medidas de agravamento das desigualdades sociais, há vários esforços no sentido de as diminuir, ou de, pelo menos fazer com que a riqueza seja obtida de forma justa, resultando da actividade e produtividade de cada um e não da utilização de meios que prejudiquem os restantes cidadãos.

Nos últimos anos, na nossa sociedade tem-se debatido sobre a necessidade de acrescentar um novo crime ao nosso ordenamento penal, o crime de enriquecimento ilícito. Não só entre juristas, este tema é também objecto de discussão na comunicação social, nomeadamente porque tem suscitado controvérsias relativamente ao respeito dos princípios que enformam o nosso Estado de Direito.

Não só entre os titulares de cargos políticos, mas também entre os restantes cidadãos, existe a obrigatoriedade de declarar os rendimentos provenientes do trabalho de cada um. Nesta medida, se todos cumprissem, à regra, esta imposição legal, não existiriam tantas discrepâncias entre a situação real e a situação declarada, cumprindo os funcionários os seus deveres de transparência.

Para acabar com situações de funcionários que enriquecem “às custas” do Estado, os diversos partidos têm apresentado, na Assembleia da República, várias iniciativas legislativas com vista a desenvolver e aperfeiçoar os mecanismos legislativos existentes.

No nosso país, alguns partidos políticos têm vindo a mostrar alguma preocupação com o assunto, tendo já suscitado debates de urgência e apresentando diversas iniciativas legislativas com vista a alcançar um melhor resultado no nosso ordenamento jurídico. Em 2007, pela

primeira vez em Portugal, foram apresentados, pelo Partido Comunista Português (PCP) e pelo Partido Social Democrata (PSD), na Assembleia da República, um projecto de lei com vista à criminalização do enriquecimento ilícito, ou injustificado. Ambos foram objecto de rejeição na generalidade, mas não sem um intenso debate sobre os meios jurídicos necessários para prevenir e punir, não só a corrupção, mas também a criminalidade económica em geral.

Em 2009, na X Legislatura, houve nova insistência, por parte dos mesmos partidos, na consagração no Código Penal deste crime, projecto de lei que novamente foi rejeitado.

Se, aquando da sua apresentação, foi objecto, não só, de variadas críticas, mas também da rejeição pela maioria, hoje é já manifesto que a tipificação do enriquecimento ilícito surge como um importante e útil instrumento para combater a corrupção.

Todavia, desde esse momento que têm sido feitas algumas insistências no sentido de tipificar este crime, tal como ocorreu recentemente em 2009, quando a Assembleia da República retomou a preocupação do combate à corrupção e o PCP voltou a apresentar novo projecto de lei, que foi rejeitado com os votos contra do Partido Socialista (PS) e pelo Partido Popular (CDS-PP).

Mais recentemente, já em 2011, o tema da incriminação do enriquecimento ilícito, como meio de combate à corrupção, surgiu na Assembleia da República, desta vez já com os projectos de lei do PCP, do Bloco de Esquerda (BE) e do PSD juntamente com o CDS-PP.

O novo projecto de lei apresentado pelo BE defende que como “(...) *ninguém enriquece em funções do Estado sem uma razão*”⁴⁹ a posse de rendimentos e património em manifesta discrepância com os proventos declarados cria e consoma um crime de enriquecimento ilícito. “*A existência de enriquecimento duvidoso, por parte de quem exerça cargo ou função, mencionado na lei, é o ponto de partida da investigação acerca da natureza lícita ou ilícita desse locupletamento*”.⁵⁰

Também este projecto de lei deu azo a variadas críticas, designadamente sobre uma possível violação do princípio da presunção de inocência e uma eventual inversão do ónus da prova existente. Criticou-se ainda o facto de se tratar de tarefa quase impossível para o Ministério Público, a de obter as provas nestas circunstâncias, e discutiu-se, ainda, quem seria abrangido por esta lei, se apenas os titulares de cargos políticos ou se deveria ser alargado a todo o cidadão.

⁴⁹ Projecto de Lei nº 4/XII/1.ª

⁵⁰ PINTO, Francisco Bilao Moreira, Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, Forense, Rio de Janeiro, 1960, pág 135.

Sugerido como importante meio de combate à corrupção, ambos os crimes se distinguem na medida em que, na corrupção é preciso demonstrar que o funcionário recebe uma quantia, enquanto que no enriquecimento injustificado, ao constatar-se que este foi não declarado presume-se que resultou de actos de corrupção, ou de outros actos ilícitos.

Atendendo ao projecto de lei do BE, o número 2 do artigo 371ºA refere que “A justificação da origem lícita do património ou rendimentos detidos, exclui a ilicitude do facto do respectivo titular”. Como tal, quando o funcionário detenha rendimentos manifestamente superiores aos apresentados nas declarações terá de excluir a ilicitude do facto justificando a origem lícita do património ou dos rendimentos que tenha em sua posse, pois através desta discrepância acentuada se presume que resultou de actos de corrupção ou de outros actos ilícitos.

Assim, é necessário que o funcionário prove que o enriquecimento não resultou de meio ilícito, uma vez que a posse de bens em desconformidade acentuada com as declarações é, *per si*, prova exigível para a consumação do crime e, desta forma, o funcionário será punido.

5.3 - A presunção de inocência e o ónus da prova

É esta a questão que tem dado azo a muita controvérsia, uma vez que, como dispõe o artigo 32º, número 2 da Constituição da República Portuguesa “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*”. Segundo este princípio, todo o arguido é inocente até ao trânsito em julgado, até que seja impossível recorrer, pois até esse momento pode surgir alguma prova que demonstre a inocência do mesmo. Neste seguimento de ideias, deve o arguido ser tratado sempre como inocente no decorrer do processo.

Ao analisarmos o projecto de lei, que foi já objecto de aprovação na generalidade, podemos referir que as críticas feitas a este acentuam-se no facto de, tendo o funcionário rendimentos superiores aos declarados, é considerado culpado, pois presumem-se que estes provêm de meios ilícitos.

Isto colide com o princípio da presunção da inocência, na medida em que o funcionário se deveria presumir inocente até prova em contrário e não, de forma inversa, presumir-se de imediato, que é culpado e ter de provar a origem lícita dos seus rendimentos para não ser condenado. De origem lícita serão considerados, por exemplo, os rendimentos obtidos, por via sucessória ou doação, rendas e juros, alienação de bens de que seja proprietário, produto de jogos de fortuna e azar, entre outros.

Os que defendem que não há violação deste princípio constitucional fazem-no alegando que o funcionário está obrigado a deveres de transparência e que, como tal, ao cumprir a lei, apresentando as respectivas declarações, nada terá a esconder e não haverá, desta forma, qualquer discrepância. De modo inverso, havendo discrepâncias é porque não cumpriu a lei e deverá ser punido.

Relativamente à questão da inversão do ónus da prova, muitas críticas foram apontadas, no sentido em que teria de ser o funcionário a provar que não tinha cometido o facto. Esta seria uma prova difícil porque teria de ser feita pela negativa, o agente teria de demonstrar que não tinha cometido nenhum facto ilícito. A acrescentar ao referido, dizem ainda que se o Ministério Público não provar que a aquisição é lícita, o funcionário será considerado criminoso e se este nada disser em sua defesa, será considerado culpado e isso põe em causa os valores do Estado de Direito.

Os que defendem que não se trata de inversão do ónus da prova referem que este está repartido entre o arguido e o Ministério Público, uma vez que o funcionário não depõe contra si próprio, não faz prova dos ilícitos mas deverá justificar a proveniência dos rendimentos, tendo o direito ao silêncio se o enriquecimento for ilícito e é o Ministério Público que deverá investigar e provar a ilicitude.

Este projecto de lei foi aprovado na generalidade a 23 de Setembro, juntamente com os do CDS-PP/PSD e PCP. Foi, ainda, criado um grupo de trabalho com a missão de coordenar os diversos projectos sobre esta matéria. No entanto, mais recentemente, em Fevereiro de 2012, o CDS-PP e PSD apresentaram novo projecto de lei com alterações ao que, até ao momento, tinha sido discutido.

Este projecto de lei inovou em alguns aspectos, desde já, prevendo o crime em dois artigos do Código Penal, um para funcionários públicos e outro para os restantes cidadãos.

Novidade também é a pormenorização de alguns conceitos como “património”, “rendimentos” e “bens legítimos”, para, que desta forma, não haja dúvidas quanto ao âmbito de aplicação, nem conceitos indeterminados.

De forma diferente do que havia já sido debatido na Assembleia da República, introduziram-se valores monetários na disposição legal, propondo, deste modo, que só se considere preenchido o crime de enriquecimento ilícito quando a discrepância, entre os rendimentos declarados e os efectivamente existentes, seja superior a 100 salários mínimos nacionais, o que equivale actualmente a € 48.500,00.

Tratando-se de valor inferior a este não há consumação do crime de enriquecimento ilícito. Como justificação apresentada, referiu-se que o mais importante é punir a grande Corrupção e não actos de corrupção com valores mais diminutos.

Há ainda a possibilidade de haver agravação na pena se a incompatibilidade exceder os 350 salários mínimos, actualmente € 169.750,00. Será entre 1 e 5 anos de pena de prisão para o cidadão comum e poderá ser pena de prisão de 1 a 8 anos para o funcionário público.

Para as discrepâncias de valores que se situem entre os 100 e 350 salários mínimos, prevê-se para o cidadão, em geral, uma pena de prisão até 3 anos e para o funcionário público entre 1 e 5 anos.

Este projecto de lei foi já aprovado na Assembleia da República tendo dado origem ao Decreto da Assembleia da República nº 37/XII, publicado no Diário da Assembleia da República, II Série, de 27 de Fevereiro. Aguarda-se, assim, que o Presidente da República promulgue ou vete

No entanto, as críticas continuam, nomeadamente na bancada do antigo Governo, que continua a afirmar que há inversão do ónus da prova e, também, violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Aguarda-se assim, a resposta final para sabermos se o sistema penal português estará, ou não, munido de mais um instrumento para combater a corrupção.

5.4 - Comentário Pessoal

Após a análise feita ao percurso legislativo que, provavelmente, resultará na nova lei do enriquecimento ilícito e atendendo ao que foi exposto anteriormente em matéria de legislação sobre corrupção, não só do nosso ordenamento penal, mas também em sede de direito comparado, podemos constatar que a nossa previsão legal se assemelha com a de outros países em que as taxas de corrupção são mais baixas.

Como vimos, as penas podem variar, na quantidade e qualidade existente, mas o essencial da norma é semelhante ao da nossa legislação. Deste modo, se as normas são suficientes nesses países, não é pelo motivo de as penas serem maiores que haverá mais condenações e, conseqüentemente, menos corrupção.

O problema existente em Portugal poderá estar, não na falta de legislação, mas na própria prática processual, na importância dada ao assunto e a estes crimes no desenrolar do processo e, por fim, na forma com que os órgãos e organismos respectivos a deverão tratar e julgar. Talvez existam já leis suficientemente eficazes e uma tramitação processual que poderia conduzir a resultados mais satisfatórios. Assim, talvez a atenção se deva debruçar na atribuição de mais condições para que os nossos órgãos de investigação, Ministério Público e Polícia Judiciária, consigam alcançar melhores resultados e no aperfeiçoamento dos trâmites processuais existentes.

Relativamente aos projectos de lei que se têm discutido na Assembleia da República e que, muito provavelmente, resultarão na incriminação do enriquecimento ilícito, estes poderão ajudar na condenação dos corruptos, desde que se respeitem os princípios exigidos pela Constituição da República Portuguesa.

Relativamente ao princípio da legalidade e para que este seja respeitado, o que terá de ser punível são as acções ou omissões, do cidadão ou do funcionário. Dever-se-á provar que houve um enriquecimento desconforme com as declarações apresentadas e é esse enriquecimento baseado em acções ou omissões ilícitas que terá de ser punido.

Não obstante o referido, terá de se dar oportunidade ao suspeito de se defender, porque o enriquecimento pode ter surgido de outros meios, ou, até mesmo, ter havido qualquer erro na declaração apresentada.

Deste modo, terá de ser o Ministério Público a provar que existe um efectivo locupletamento e que o mesmo não surgiu de outros meios lícitos, deverá, assim, provar os elementos constitutivos do crime. Atendendo ao contraditório, o funcionário público terá a sua

oportunidade de defesa, demonstrando o modo lícito pelo qual enriqueceu, por exemplo doação. Assim não será punido, porque na sua defesa provou que os rendimentos não surgiram de meios ilícitos. Todavia, não fazendo esta prova e tendo o Ministério Público produzido prova suficiente do crime, em princípio será considerado culpado. Desta forma, não haverá qualquer inversão do ónus da prova.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, pensamos não se verificar a violação do mesmo, uma vez que, como se trata de crime público, cabe ao Ministério Público, nos termos do artigo 48º CPP promover o processo, mas respeitando o direito ao contraditório, o agente terá várias fases no mesmo para se defender e para provar que não cometeu o crime. Não provando que não o cometeu, e provando o MP que o crime de enriquecimento ilícito foi cometido, só na fase respectiva será considerado culpado.

Relativamente ao alargamento do âmbito de aplicação do crime a todos os cidadãos, por um lado concordamos, se analisarmos a questão do ponto de vista dos princípios constitucionais, atendendo ao princípio da igualdade que defende a igualdade dos cidadãos perante a lei, sendo assim possível punir todo o cidadão que cometa tais actos.

Mas, por outro lado, e analisando a questão do ponto de vista do enriquecimento ilícito como meio de combate à corrupção, instituída no nosso Código Penal, tendo em conta que o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do Estado e a transparência no exercício de funções públicas, estamos a desviar atenções do que é fundamental, que é punir os grandes corruptos, os corruptos do sector público, uma vez que é esta corrupção que coloca entraves ao desenvolvimento da economia nacional e não só.

No que diz respeito ao projecto de lei apresentado pela maioria, cabe-nos discordar do montante tido como mínimo para que haja punição. Não obstante a intenção de se pretender travar a grande corrupção e não encher os tribunais com quantias menores, achamos que o valor é elevado, pois o oferecimento de uma dádiva de € 20.000 em troca de qualquer serviço público, revela já um notável enriquecimento no património do corrupto, que deveria ser punível, uma vez que além de outros aspectos houve já violação do bem jurídico.

Quanto ao agravamento da pena em função do maior valor do enriquecimento, parece-nos solução acertada, pois não se deve punir com a mesma pena um individuo que enriquece ilicitamente o seu património em €50.000 ou em €200.000.

Por fim, acrescentaríamos a sugestão de pena acessória para este crime, além da pena de prisão prevista, a impossibilidade de exercer, no futuro, qualquer cargo na Administração

Pública. Desta forma, o funcionário não incorreria na possibilidade de violar, novamente, os seus deveres enquanto trabalhador do Estado.

Conclusão

Pelo estudo que ora concluímos e após toda a análise feita sobre o fenómeno da corrupção, desde a Antiguidade até aos dias de hoje, atendendo às mais recentes alterações introduzidas pelo legislador, comparando o nosso sistema com o de outros países europeus e analisando a possibilidade de incriminação do enriquecimento ilícito como possível instrumento de combate desta, resta-nos formular algumas conclusões.

Como referimos durante o nosso estudo, apesar de todo o esforço legislativo existente nas últimas duas décadas em Portugal, continuamos a ter uma elevada taxa de corrupção no nosso país.

Apesar do alargamento dos limites da punição consubstanciado através do aumento do prazo da prescrição, da eliminação do conceito de contrapartida, do maior âmbito inerente ao conceito de funcionário, e de outras medidas já mencionadas, pouco tem mudado em relação a este crime, existindo uma taxa muito reduzida de condenações pelo mesmo, uma vez que as dúvidas existentes, na maior parte das vezes, levam à absolvição do arguido.

Deste modo, podemos constatar que os resultados pretendidos não têm sido alcançados com as sucessivas alterações legais e com o aumento das molduras penais. As alterações não estão a ser suficientes para levar a cabo o combate à corrupção.

Uma vez que todos concordamos que a lei penal existente tem de ser adequada e explícita, também sabemos que a lei pode não ser suficiente se não houver um eficiente sistema processual penal capaz de a pôr em prática. Somos da opinião de que este será um dos principais motivos que tem obstado ao alcance do objectivo pretendido.

Soluções mais eficazes poderiam passar, não só, pela aposta na prevenção do crime, através de mudanças de mentalidade dos cidadãos, como também, estatuir outro tipo de sanções.

Tal como foi proposto num dos projectos de lei para a última alteração da lei da corrupção, concordamos com a ideia de implementação de uma medida de coacção que consista na apreensão de bens e registo dos mesmos. Este, deverá ser provisório e a favor da Fazenda Nacional, mesmo ainda na fase de investigação, no pressuposto de existirem fortes indícios de que o património do arguido seja manifestamente superior ao que resulta da avaliação dos rendimentos. Desta forma, não haverá qualquer hipótese de o mesmo se dissipar, permitindo, assim uma investigação mais segura e eficaz. Na mesma ordem de ideias, achamos pertinente a implementação da sanção de proibição do exercício de funções públicas durante

determinado período de tempo, podendo mesmo, em algumas situações culminar na perda de direitos cívicos.

Importante também como sanção, seria a possibilidade de deixar o agente na situação patrimonial em que se encontrava antes do cometimento do ilícito.

Julgamos que estas penas são importantes, na medida em que, na hipótese de o Tribunal decidir que não estão reunidas todas as condições para que decrete a prisão do arguido ou, por exemplo, se optar pela suspensão da execução da pena de prisão, poder-se-ão aplicar outras sanções que o punam. Assim, ficaria no estado em que se encontrava antes de cometer o ilícito, podendo ainda ser-lhe vedado o exercício de funções públicas durante determinado número de anos.

Por outro lado, não basta ter uma lei clara e adequada, se para a pôr em prática faltarem estruturas e mecanismos aptos e eficientes.

Começando pela investigação, esta deverá ser cuidada e esclarecida. Para isso, é necessária uma especialização dos órgãos que a levam a cabo, uma vez que o universo deste crime é muito vasto, ultrapassando o entendimento comum. Tendo em consideração que se trata de um crime de tamanha importância, ameaçando mesmo o desenvolvimento da sociedade, é necessário ter estruturas capazes e membros em permanente formação. Seria boa solução a existência no Ministério Público de um serviço específico que tratasse dos crimes de natureza económica e que se focasse apenas nestes.

Mas não só na investigação que deverá haver esta exigência de especialização e experiência, também na acusação, instrução e julgamento é necessária uma formação complexa e uma actualização constante.

Em síntese, terá de haver um esforço conjunto entre o legislador e os órgãos que aplicam as leis para que se consigam alcançar as metas pretendidas. De nada vale que o legislador reduza os elementos típicos do crime e facilite a interpretação da norma, se a jurisprudência colocar mais entraves, exigir mais para a valoração da prova e não conseguir preencher o espaço indeterminado, que é necessário no caso concreto.

Sabemos que todas estas soluções por nós apresentadas, são de difícil exequibilidade, uma vez que é mais fácil alterar a lei e aumentar as molduras penais do que fazer reformas nas estruturas judiciais e apostar numa formação contínua dos seus membros. No entanto, pensamos ser esta uma solução que poderia dar resultados mais satisfatórios e se parece impossível, para já, a longo prazo poder-nos-ia trazer os resultados que há muito são procurados.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição Portuguesa e da Convenção dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2011
- BONIFÁCIO, Maria de Fátima, Jornal “Público”, 28 de Agosto de 2005
- COSTA, António de Almeida, Sobre o Crime da Corrupção, Coimbra Editora, 1987
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, Coimbra, 2001
- FERREIRA, Eduardo Vergas e BAPTISTA, Maria de Lurdes, “Práticas de corrupção na sociedade portuguesa contemporânea”, *in* Política e Justiça, II série, nºs 3 e 4.
- MELO, Débora Thaís, Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal, Coimbra Editora, 2009
- MENDES, Paulo de Sousa, CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2011
- PINTO, Francisco Bilao Moreira, Enriquecimento Ilícito no exercício de cargos públicos, Forense, Rio de Janeiro, 1960
- SILVA, Germano Marques da, Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, volume 16, Tomo 2, Lisboa, 2002
- TAVARES, Miguel de Sousa, Jornal “Público”, 1 de Setembro de 2005
- SANTOS, Cláudia Cruz, Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal, Coimbra Editora, 2009
- SIMÕES, Euclides Dâmaso, CEJ – As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2011
- <http://penal2trabalhos.blogspot.com/2007/12/corrupo-breve-anlise-de-direito.html>, último acesso 20 de Janeiro de 2012
- http://www.transparency.org/about_us, último acesso 20 de Janeiro de 2012

