

Public compliance e prevenção da corrupção

Anabela Miranda Rodrigues¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Discorre-se sobre as estratégias de autorregulação regulada, nomeadamente o *compliance* empresarial, analisando de que maneira elas se fazem úteis e necessárias para a prevenção e a repressão da corrupção na administração pública da generalidade dos países, em especial por intermédio das agências anticorrupção.

Palavras-chave: corrupção público-privada; administração pública; aplicação da lei.

Abstract: It discusses self-regulation strategies, in particular corporate compliance, analyzing how they are useful and necessary for the prevention and repression of corruption in the public administration of several countries, especially through anti-corruption agencies.

Keywords: public-private corruption; public administration; law enforcement.

1. Introdução

Reconhece-se, hoje em dia, a necessidade de uma política estadual de intervenção integrada – preventiva e sancionatória ou repressiva – em certas áreas de atividade, quer dominadas por empresas, quer do setor público. Este tipo de intervenção pode inscrever-se num movimento de autorregulação regulada, que faz uso crescente da estratégia de *compliance*. Que é, essencialmente, no setor privado, um instrumento de controlo do comportamento empresarial desviado para garantir a aplicação de múltiplas disposições que regulam a sua atividade.

Com este novo modelo de intervencionismo público, «à distância»¹, trata-se precisamente de assegurar a presença eficaz do Estado no controlo de atividades económicas

¹ Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Sobre isto: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma Política Criminal na Era Compliance*. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 2020. p.83s.

«em sentido amplo» e com impacto, não só económico como social, na comunidade. Entre as razões que propiciam o surgimento do *compliance*, pretende destacar-se, no contexto das presentes considerações, o universo exponencialmente complexo, do ponto de vista da regulação, em que as empresas desenvolvem a sua atividade e que, numa larga medida, se prende com o ambiente de risco em que atuam. Associado a isto, está o facto de elas quererem evitar problemas na justiça, devido aos custos aí envolvidos, também reputacionais, que, como é sabido, no atual mundo tecnológico e transparente, assumem um pendor económico. Assim, logo a partir daqui as empresas estão, elas próprias, interessadas em que uma cultura de cumprimento impregne toda a estrutura organizacional, tendo em vista a mitigação de riscos associados à sua atividade. O Estado, por sua vez tem interesse em fomentar esta estratégia autorreguladora de cumprimento: por um lado, tem de lidar com estruturas de organização empresarial, por vezes, altamente complexas; depois, com a diluição de responsabilidades que essa complexidade favorece. O controlo da atividade empresarial, por parte do Estado, e, assim, a prevenção, investigação, perseguição e sancionamento ou repressão de condutas ilícitas, também da prática de crimes, está, então, muito mais dificultado. Torna-se particularmente atrativo a transferência para as empresas desta competência de controlo que cabia aos Estados e que estes agora terceirizam. Emerge, pois, uma certa confluência de interesses no objetivo de as entidades privadas procederem à regulação da sua atividade, que o Estado incentiva, sem abrir totalmente mão dessa regulação.

Entretanto, importa ir um pouco mais fundo na compreensão desta estratégia de *compliance*.

1.1 *Compliance* e direito penal: o direito penal «não falta» ...

Um aspeto a destacar prende-se com o facto de ser o Estado que define as regras da nova forma de regulação, que incluem diversas possibilidades normativas de pressão, entre as quais se inclui o direito penal: este pode ser «o último convidado», mas não falta!

Isto é muito claro no âmbito da luta contra a corrupção. A cooperação público-privada que está na génese dos programas anticorrupção pensados para o setor privado conta, na generalidade dos ordenamentos jurídicos, com a lei penal. Mas, o que se quer evidenciar aqui, é que a responsabilidade penal não é apenas das pessoas físicas, mas configura-se em um sistema em que inclui também a responsabilidade penal das pessoas *coletivas*. Toca-se, com isto, um aspeto muito importante ligado à estratégia de *compliance*, que é o do incentivo e motivação para a adoção de programas de cumprimento na governação empresarial. Assim, a

eventualidade de aplicação de sanções penais às empresas funciona como um incentivo para os seus dirigentes estabelecerem mecanismos de controlo eficazes dirigidos à prevenção do cometimento em geral de ilícitos e, mais especificamente, penais. A motivação para assegurar o cumprimento devido das regras de controlo resulta, depois, de uma técnica simples, mas eficaz, conhecida como «da cenoura e do pau», em que as empresas valorizam de sobremaneira as possibilidades de não perseguição ou suspensão da perseguição penal e do estabelecimento de acordos ou ainda de isenção ou atenuação da pena. Sendo que, a este propósito, é ainda relevante destacar que os programas de *compliance* têm mais relevo para efeitos de responsabilidade penal das empresas, se se estiver perante um modelo de autorresponsabilidade empresarial, isto é, um modelo que procura construir a responsabilidade penal da empresa em pressupostos próprios e distintos da responsabilidade individual.

Neste contexto, assinala-se, assim, que a moderna estratégia de política criminal que é o *compliance* empresarial teve na luta contra a corrupção um dos seus motores. Nos Estados Unidos, logo em 1977, um dos traços inovadores da *Foreign Corrupt Practices Act* na política anticorrupção foi exatamente comprometer ativamente o setor empresarial privado na política criminal contra a corrupção². lado europeu, o paradigma é, no Reino Unido, a *Bribery Act*, de 2010, que fez assentar a responsabilidade penal empresarial pela prática de crimes de corrupção da empresa na falta de medidas de organização eficazes para a prevenir.

1.2 ... Mas o direito penal é «o último convidado»

Outro aspeto que importa assinalar é o de, tal como se apontou, esta estratégia de *compliance* fazer jus ao facto de que o direito penal é «o último convidado». Com efeito e desde logo, está agora em causa olhar para o *compliance* como uma instância de socialização – a socialização dos tempos atuais³. Isto significa reconhecer que o *compliance* é uma estratégia de aplicação da lei em que na atuação estadual se introduz um (novo) nível de aplicação da lei entre a (violação da) norma e a (aplicação da) pena. A atuação estadual não está, portanto, tão dirigida a punir, quanto a buscar a cooperação e a participação dos infratores (as empresas) com a finalidade de corrigir os defeitos que levaram à violação da norma. No fundo, através do

² Sobre o significado da *Foreign Corrupt Practices Act*: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico*, cit., p.48s; sobre o tema, especificamente: NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra corrupción*. In *El derecho Penal económico en la era compliance*. Luiz Arroyo Zapatero/Adán Nieto Martín (Directores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 191s.

³ Assim, RODRIGUES, Anabela Miranda: *Direito Penal Económico*, cit., p. 98s.

compliance, trata-se de os (as) tornar capazes de evitar, no futuro, comportamentos semelhantes. A eficácia do *compliance* assim compreendido assenta na consideração de que o cumprimento das normas, no contexto de risco e complexidade em que as empresas atuam, pode envolver dificuldades reais. O *compliance*, para ser eficaz, deve obedecer assim a um processo em três fases: envolve o compromisso da administração da empresa com o cumprimento; carece de aprendizagem, que apela ao desenvolvimento de conhecimentos e competências que permitem respeitar as disposições legais e as normas éticas; e, finalmente, da institucionalização do cumprimento, que o programa de cumprimento representa.

De acordo com esta compreensão das coisas, há ainda que lembrar, precisamente no domínio da luta anticorrupção, que pode contar-se, no plano normativo, com outros domínios, para além do penal, de onde procede a pressão de cumprimento, como sejam o direito das sociedades, o administrativo ou contraordenacional. Efeito similar que se alcança ainda com os procedimentos de *due diligence*, em que as empresas exigem aos seus fornecedores ou parceiros de negócios que disponham de programas de cumprimento como condição para estabelecerem relações negociais entre si, e que é também tido em vista com as *collective actions*, em que várias empresas que operam num mesmo sector de atividade, adotam determinados níveis equivalentes anticorrupção e exercem o devido controlo das medidas tomadas para este efeito através de organismos de supervisão comuns⁴. Nem deve esquecer-se o mecanismo das «listas negras» para excluir de concurso ou licitação empresas que tenham sido condenadas por corrupção, desenvolvido pelo Banco Mundial para as empresas privadas, no domínio da contratação pública - cuja dinâmica está também a ser utilizada na União Europeia⁵ -, segundo o qual contar com um programa de cumprimento permite às empresas encurtar o seu prazo de permanência na lista⁶.

⁴ Cf. PIETH, Mark. *Harmonizing Anti-Corruption Compliance*. In *The OECD Good Practice Guidance 2010*, Dike Publishers, 2011, p.57 s.

⁵ O pacote de Diretivas, que, entre nós, estiveram na base do Código de Contratos Públicos: Diretiva 2014/23/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão; Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos; e Diretiva 2014/25/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, energia, transportes e serviços postais.

⁶ Sobre o tema, cf. SELVAGGI, Nicola. *Las listas negras del Banco Mundial: Hacia un sistema global de sanciones?*. In *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Adán Nieto Martín, Manuel Maroto Calatayud (directores), Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 115s (p.120s); e FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Corrupción y public compliance*. In , LEJISTER.com, ponto 7., 7.4.

2. A corrupção e o seu controlo no setor público

Não é de estranhar, entretanto, que se tenha verificado, no setor público, um movimento crescente de preocupação com a luta contra a corrupção. Que, de acordo a perspetiva integrada que vimos assinalando, diversas Convenções – como é o caso, no âmbito das Nações Unidas, da Convenção contra a Corrupção (Convenção de Mérida), de 2003; ou, no espaço do Conselho da Europa, da Convenção Penal contra a Corrupção, de 2002⁷ - e distintos documentos da OCDE sobre ética pública e boas práticas na contratação pública⁸ procuram enquadrar, dispondo sobre medidas de prevenção da corrupção.

Historicamente, a corrupção foi sempre encarada como um problema do setor *público* - uma questão de funcionários e de políticos ímprobos - e de *ética* pública. Em alguns tempos e em alguns lugares encarada como um problema congénito e até benéfico para os países em desenvolvimento - no tempo da Guerra Fria e nos territórios marcados pela origem colonial -, foram a globalização, a abertura económica, os processos de democratização e os fenómenos de integração regional e internacional, aliados à era da informação e aos desenvolvimentos tecnológicos, que expuseram os malefícios da corrupção.

Com efeito, se o fenómeno era encarado como um problema típico das sociedades periféricas, as transformações mundiais verificadas, por um lado, vieram tornar impossível continuar a alimentá-lo na opacidade de regimes cleptocráticos, num jogo de branqueamento da corrupção que interessava aos países do bloco ocidental, e, por outro lado, fizeram emergir a corrupção nos vários continentes e disseminaram o seu conhecimento e visibilidade. Não foi só o caso dos escândalos que envolviam muitos países europeus, como a França, a Alemanha, a Itália ou o Reino Unido, e asiáticos - o Japão, designadamente -, mas, também, no continente americano, eclodia o caso *Watergate*, nos Estados-Unidos, com ampla repercussão mundial. Ao mesmo tempo que em lugares mais remotos a corrupção passa a ser encarada como uma ameaça em países que se abriam aos processos de democratização, a preocupação que suscitava generalizou-se, não só ocupando o espaço das democracias modernas mas também tornando-

⁷ Cf., também, Protocolo Adicional à Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República nº1/2015, DR I, nº1, de 02/01/2015. Uma referência expressa cabe ainda fazer à Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, adotada no âmbito da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº19/2000, de 31/03.

⁸ De referir é a *Recommendation of the Council on Public Integrity, Recommendation C (2017)5*, 26 January 2017, OCDE. Public Governance, objeto de uma Nota do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), de 02 de maio de 2018.

se, nos diferentes azimutes, uma questão de desenvolvimento económico⁹. Se, com a *Foreign Corrupt Practices Act*, o aspeto a destacar desta regulação é que ela se aplica unicamente à corrupção praticada por empresários, mas não por funcionários públicos, já de acordo com a feição pública ligada às suas origens, exatamente na mesma altura e na sequência de *Watergate*, reclamava-se a regeneração da vida económica e política - a que respondeu a *Ethics in Government Act*, aprovada em 1978, assinalando o nascimento da ética pública.

É neste contexto que a questão do controlo da corrupção passa a ser um dos grandes temas de discussão mundial, que diz respeito a todos os países. As investigações levadas a efeito relacionam-na com baixo crescimento económico, evasão fiscal e receitas deficitárias, despesas públicas desnecessárias e inúteis, distorções da concorrência na contratação pública, decréscimo de investimento estrangeiro ou diminuição da confiança pública na democracia.

Os organismos internacionais mobilizaram-se na prevenção e combate à corrupção, que se torna uma *responsabilidade* dos Estados de direito democráticos. Que estes, confrontados com a exigência e a necessidade de se protegerem contra o fenómeno - que mina a cidadania e a confiança dos cidadãos nas instituições, desencadeia prejuízos vultuosos ao nível económico e de justiça social e socava a democracia -, são chamados a assumir nos vários planos em que exercem as suas funções: legislativo, executivo e jurisdicional. Paradigmaticamente, a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção* estabelece, no seu Artigo 5-1, que cada Estado Parte «formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a transparência e a obrigação de render contas».

Neste contexto, a aplicação de políticas públicas de *transparência* e de mecanismos de *accountability* passaram a ser imprescindíveis à governação pública íntegra. Nas democracias modernas, a exigência de que o controlo devia ser inerente à atividade de administração pública teve expressão na separação de poderes. As propostas de *Montesquieu* e *Tocqueville* confortam

⁹ Sobre esta evolução, cf. FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O.. *Agências anticorrupção e administração pública: uma perspetiva comparada entre Brasil e outros países*. In *Questio Iuris*, Rio de Janeiro, vol.08, nº3, 2015, p. 1583s (p. 1585 e 1586); NASCIMENTO, Fillipi Lúcio. *A institucionalização de agências anticorrupção no Brasil: potencialidades e desafios*. In *Rev. Cadernos de Campo*, Araraquara, n.25, jul./dez. 2018, p.87s (p. 90s.). Vide, também, SCHLOSS, Miguel J. *Experiencias internacionales para fortalecer a gobernabilidad*. In *Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, vol. 4, nº1, 2010, p. 16s. Entre nós, SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto. A evolução das incriminações, a jurisprudência, o tempo para a investigação e a delação premiada*, Coimbra: Almedina, 2018, p.8 s.

precisamente a ideia de que nenhum Poder do Estado deve assumir atribuições que não possam ser controladas por outro Poder. Como muito justamente a este propósito se destaca,¹⁰ a sociedade humana, «sendo necessariamente incompleta, precisa de se organizar preservando o equilíbrio entre poderes, salvaguardando as iniciativas da sociedade e dos cidadãos, protegendo-se da apropriação ilegítima do bem comum por interesses egoístas».

Atualmente há mesmo a realçar que se agudizou a percepção e a consciência do significado da corrupção. Vive-se um tempo em que o fenómeno assume uma relevância particular, com expressão no tratamento do tema por especialistas nas mais diversas áreas científicas, mas, sobretudo, na vida do cidadão comum, que a reflete na opinião pública. Alimentada pela recente crise financeira e económica de 2008 e pela crise pandémica que estamos a viver do Covid-19, os cidadãos de todo o mundo, e designadamente europeus, perante a austeridade que lhes anda associada, colocam uma pressão adicional sobre os seus governos e esperam deles maior atenção na defesa e proteção de uma economia lícita face aos diferentes tipos de fraudes, aí incluída com especial ênfase a corrupção. Perante os sobressaltos económico-financeiros e de saúde pública, tornam-se necessárias mais garantias de integridade na vida e gastos públicos. Em tempos em que os cidadãos se voltam para os Estados e necessitam de segurança em vários domínios vitais para as suas vidas, a percepção é muito aguda de que os recursos públicos não são infinitos ou inesgotáveis, devendo ser escrupulosamente aplicados e escrutinados e protegidos de quem os queira desperdiçar e delapidar.

Cabe notar que todos os indicadores, tanto de percepção como empíricos, de corrupção apontam no sentido de que tem havido muito poucos avanços no seu combate, diferentemente com o que se verifica ao nível do aumento dos índices de consciencialização pública sobre a sua existência e seus efeitos perniciosos. O que, numa parte não desprecianda, pode ficar a dever-se ao facto de que, sobretudo na Europa, a abordagem desta fenomenologia tem sido tradicional, levada a efeito através de intervenções legislativas, sucessivamente sujeitas a alterações - mas que nem por isso deixam de ser lentas e burocráticas -, que não têm demonstrado possuir da flexibilidade adequada para fazer frente à versatilidade, destreza e imaginação dos agentes de práticas de corrupção. Nesta denúncia situa-se, mais recentemente, a União Europeia que,

¹⁰ MARTINS, Guilherme d'Oliveira. Discurso proferido na Sessão de Abertura da Conferência «Estado, Administração pública e Prevenção da Corrupção», Lisboa, 18 de outubro de 2011.

através da *Comissão*¹¹ salientou que a execução do direito da União continua a ser um desafio e enunciou o seu compromisso de colocar «maior ênfase na execução, a fim de servir o interesse geral». Em particular, realçou que «muitas vezes, quando um assunto é discutido – testes das emissões de automóveis, poluição da água, aterros ilegais, segurança e proteção dos transportes – o problema não é a ausência de legislação da UE, mas sim o facto de essa legislação não ser aplicada de forma eficaz (...)».

A questão da corrupção e o desenvolvimento que ela conhece exigem uma estratégia diferente de controlo da administração pública¹². Que passa, essencialmente, pela sua responsabilização na prevenção do fenómeno. Como não deixa de se fazer notar, é incoerente¹³ que o Estado tenha feito este caminho quando se trata do setor privado, através de uma crescente orientação no sentido da adoção, por parte das empresas, de programas e medidas de prevenção da corrupção e mostre menos empenho nesta via quando se trata da própria administração pública. Sabido que um dos motores da implantação de programas de *compliance* nas empresas foi a luta contra a corrupção, na mesma linha, defende-se que a nova estratégia anticorrupção pública passa por enriquecer a ética pública com os contributos colhidos das novas orientações de autorregulação. Assinala-se como *chocante*¹⁴ que o Estado, que em certos casos obriga mesmo as empresas a adotarem programas de cumprimento, no que vem sendo apontado como uma privatização da luta contra a corrupção, não adote, como organização, possibilidades similares. Aponta-se a menor pressão reguladora dos governos sobre a administração pública, muito forte sobre as empresas, sobretudo através de incentivos poderosos que resultam, no âmbito penal, da responsabilidade das pessoas coletivas, que se pretende afastar. Basta lembrar a técnica do «pau e da cenoura», a que já nos referimos, de obtenção de benefícios penais para as empresas que adotem medidas de prevenção eficazes em relação a determinados crimes. Sem que se deixe de se fazer notar, todavia, que a lógica que preside à responsabilização penal das empresas não é transponível, sem mais, para as entidades públicas onde a sua responsabilização penal como organizações não é uma aquisição

¹¹ Comunicação de 2016, intitulada «Direito da UE: Melhores resultados através de uma melhor aplicação» (C/2016/8600, JO C 18, p.10).

¹² Nesta via, NIETO MARTÍN, Adán. *De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. In Public Compliance. cit.*, p. 17s.

¹³ Assim, NIETO MARTÍN, Adán. *Public Compliance, cit.*, p. 18.

¹⁴ NIETO MARTÍN, Adán, *op. cit., loc. cit.*

indiscutível¹⁵. Chama-se a atenção, com efeito, para que seria necessário admitir a responsabilidade penal do Estado para que possa funcionar eficazmente um programa de prevenção de riscos penais no domínio público. O que estes programas visam, no setor privado, é afastar ou atenuar a responsabilidade penal de pessoas coletivas por crimes cometidos por pessoas físicas a favor daquelas. O que raramente acontecerá no setor público, onde os crimes cometidos por funcionários, designadamente, serão cometidos no seu próprio interesse e responsabilizam-nos a eles próprios penalmente. Não serão muitos os casos de corrupção para beneficiar o Estado. Mesmo no sistema anglo-americano, por referência aos Estados Unidos e ao Reino Unido, onde se parte da admissibilidade da responsabilidade penal das entidades públicas, observa-se que existem casos de exclusão desta responsabilidade, na base da doutrina da «imunidade dos soberanos» (*sovereign immunity*), fundada na premissa histórica de que «*The King can do no wrong*». Dito de outro modo, a ética institucional do Estado pressupõe-se. A analogia que se queira estabelecer entre *compliance* privada e *compliance* pública é, pois, uma «analogia não análoga»¹⁶. Acresce que não se pode perder de vista que a «autorregulação regulada», em que se inscrevem os programas de *compliance*, apresenta características específicas no setor público¹⁷. À ampla margem de liberdade regulatória na conformação dos programas que cabe às empresas – que podem desenhar a sua estratégia de cumprimento normativo desde que cumpram as normas –, corresponde uma liberdade regulatória «oficial e estrita», que as entidades públicas se autoatribuem no âmbito das suas competências, de acordo com um quadro normativo, com cujo aval têm de contar. No setor público, a definição de um programa de gestão de riscos anticorrupção parte, por definição, do respeito rigoroso da Constituição e das leis, sendo que a liberdade da sua conformação – mais limitada do que no setor privado – sobressai quando se confrontam aspetos concretos do seu conteúdo, como alguns a que faremos referência adiante.

Nada disto invalida que se progrida e invista na promoção da ética pública.

Foi no mundo anglo-saxónico que surgiu com vigor a ideia de ética pública como mecanismo de controlo da corrupção na administração pública. Já em 1995, no Reino Unido, o

¹⁵ Veja-se a evolução legislativa verificada entre nós quanto à exclusão da responsabilidade penal das entidades públicas (cf. Artigo 11º, nº2, do Código Penal, na sua redação atual, cujo nº3 foi revogado em 2015, pela Lei nº 30/2015, de 22 de abril). Saliente-se, a este respeito, que a pressão regulatória não tem de proceder necessariamente, na administração pública, apenas do direito penal.

¹⁶ Assim, FERRÉ OLIVÉ, *legister.com, cit.*, ponto 1.

¹⁷ Neste contexto, refere-se a uma «regulação regulada», no setor público, por contraposição à «autorregulação regulada», no setor privados, onde se inscrevem os programas de *compliance*, FERRÉ OLIVÉ, ponto 2.

*Relatório Nolan*¹⁸ destacou o ponto de partida da nova estratégia. Acentuava-se, assim, que a introdução de melhoramentos na legislação não funciona, por si só, como um antídoto suficiente para prevenir as práticas de corrupção, sendo necessário potenciar medidas de autorregulação que potenciam e incrementam os controlos internos de cada organização. A tónica coloca-se, pois, na circunstância de que, considerados isoladamente, certos mecanismos não são suficientes, embora não se desvalorize a necessidade de dispor de uma infraestrutura ética, dotada de controlos externos à própria organização, como, por exemplo, um poder judicial independente, uma imprensa livre ou legislação contraordenacional, administrativa ou penal adequada. A experiência tem demonstrado que, no domínio empresarial, as reformas anticorrupção mais eficazes não têm tanto a ver com o nível legislativo, mas com novas estratégias de controlo que visam melhorar a aplicação da lei e a sua eficácia. E esta orientação para o *law enforcement* no reforço da ética pública não tem porque não ser prosseguida na administração pública, com as devidas especificidades.

Neste contexto, destaca-se, em Portugal, a recente adoção da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção//2020-2024, que, «assumindo o princípio de que a intervenção penal se deve prefigurar como *ultima ratio* e que a capacidade repressiva do Estado nunca será suficiente se não houver uma intervenção a montante que enfrente as raízes do problema», se centra essencialmente «na prevenção dos fenómenos corruptivos». Sendo que a «resposta identificada para assegurar a efetividade da prevenção» é – acrescenta-se – a criação de um «regime geral de prevenção da corrupção», que envolva obrigações para os setores público e privado, estabelecendo consequências para o incumprimento¹⁹. O estabelecimento do regime geral de prevenção «permitirá retirar do domínio da *soft law*, em termos gerais, a implementação de instrumentos como os planos de prevenção ou gestão de riscos, os códigos de ética e de conduta, os canais de denúncia e a designação de um responsável pelo cumprimento normativo», para o que se deverão prever «sanções, nomeadamente contraordenacionais,, aplicáveis quer ao setor público, quer aos setor privado»²⁰.

¹⁸ Cf. *Committee on Standards in Public Life, First Report on the Committee on Standards in Public Life, Chairman Lord Nolan*, May, 1995. Sobre o assunto, NIETO MARTÍN, Adán. *Public Compliance*. cit., p.21.

¹⁹ Cf. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, p. 15.

²⁰ Cf., Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, p. 40.

3. Public *compliance* e luta contra a corrupção

As medidas de autorregulação anticorrupção a adotar no setor público, para além de colherem inspiração nos modelos de programas de cumprimento desenhados para o setor privado, devem *fazer jus* às orientações contidas nos instrumentos internacionais, designadamente na *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, quando, no âmbito da promoção da integridade, honestidade e responsabilidade entre os funcionários públicos²¹, cada Estado Parte deve procurar a aplicação, nos seus ordenamentos institucionais e jurídicos, de «códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas»²² ou considerar a possibilidade de «estabelecer medidas e sistemas para facilitar que os funcionários públicos denunciem todo o ato de corrupção às autoridades competentes quando tenham conhecimento dele no exercício das suas funções»²³ ou de adotar «medidas disciplinares ou de outra índole contra todo o funcionário público que transgrida os códigos ou normas» éticos²⁴.

Trata-se, desta forma, desde logo, de colocar ênfase na necessidade da administração pública dispor, como eixo central dos programas de cumprimento das várias entidades, de códigos éticos ou normas de conduta²⁵. Tal como no caso das empresas²⁶, para além de serem a pedra angular do cumprimento normativo, também estes devem partir dos valores a serem cultivados na organização e não fazerem-se radicar prioritariamente em mecanismos de vigilância e controlo. E não só a participação na sua elaboração das pessoas mais afetadas pelas suas disposições bem como a sua adaptação e adequação a cada entidade (*tailor made*) podem, também no domínio público, ser vistas como chaves da sua legitimidade, aceitação e eficácia. É assim que, segundo a metodologia anglo-saxónica, se prescrevem regras cada vez mais

²¹ Cf. Artigo 8, n.º1, Convenção.

²² Cf. Artigo 8, n.º2, Convenção.

²³ Cf. Artigo 8, n.º4, Convenção.

²⁴ Cf. Artigo 8, n.º6, Convenção.

²⁵ Como se sublinha (NIETO MARTÍN, *Public Compliance*, cit., p.21), existem padrões elaborados por organizações internacionais, designadamente, as Nações Unidas (Código Internacional de Conduta para os Titulares de Altos Cargos Públicos; Resolução 51/59 da Assembleia Geral, de 12 de dezembro de 1996), o Conselho da Europa (Model Code of Conduct for Public Officials, publicado em 2000) ou a OCDE (Principles for Managing Ethics in Public Services) e, atualmente, praticamente todas as instituições internacionais contam com códigos éticos (por exemplo, a Comissão Europeia fez aprovar o seu Código de Conduta em 13 de setembro de 2000; e as Nações Unidas, para além de um Código de Conduta, dispõem de um Escritório de Ética Pública).

²⁶ Sobre os códigos de conduta, como códigos éticos, no âmbito empresarial, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico*, cit., p. 103s.

detalhadas que concretizam princípios e valores fundamentais que devem reger a vida pública²⁷. Nesta linha, em Portugal, os programas de cumprimento normativo preconizados para o setor público na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção²⁸ devem incluir «códigos de ética ou de conduta», em cujo processo de elaboração se recomenda que estejam envolvidos todos os interessados, e, paralelamente, devem ser desenvolvidos manuais de boas práticas e medidas de controlo de conflitos de interesses²⁹.

A formação surge, então, como crucial para o cumprimento dos códigos ou normas de conduta, no contexto da criação de uma mentalidade do funcionário público que deve estar preparado para responder a conflitos éticos e não se limitar apenas a cumprir as leis e as ordens dos superiores e, assim, para ser motor do desenvolvimento da ética pública³⁰.

É sabido, entretanto, que outro pilar da autorregulação, para além do *compliance*, é a gestão de riscos. Um dos aspetos mais relevantes da ética pública tem a ver, precisamente, com a ênfase que deve ser colocada na análise de riscos da corrupção, fundamental para o estabelecimento de procedimentos de controlo internos³¹ que contribuem para o cumprimento de normas e de regras de conduta. O *public compliance* deve contrariar a tendência para confiar apenas na legislação que, de uma forma geral, dispõe sobre incompatibilidades, conflitos de

²⁷ Está aqui em causa, designadamente, prevenir conflitos de interesses, a que também alude a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Artigo 7, nº4). Neste sentido, as administrações públicas são chamadas a regular, por exemplo, durante quanto tempo deve ser impedida a contratação de pessoas que tenham ocupado altos cargos na administração pública ou no setor privado. A este propósito, refere-se como a mobilidade laboral entre os setores público e privado é importante para o funcionamento de uma sociedade moderna e pode trazer vantagens de monta para ambos os setores; no entanto, como também se sublinha, isto implica um risco potencial de que antigos funcionários públicos revelem informação sobre as suas funções anteriores que não devem ser tornadas públicas ou que antigo pessoal do setor privado assuma funções públicas que deem lugar a conflitos de interesses com o seu antigo empregador.

²⁸ Cf. Estratégia Nacional, cit., p. 39.

²⁹ Designadamente, da mesma forma que as empresas regulam cada vez com mais pormenor quando é que um funcionário público pode ser convidado para almoçar ou que ofertas lhe podem ser feitas, também os organismos públicos devem ter normas semelhantes.

³⁰ Neste sentido, dispõe a alínea d), do nº1, do Artigo 7, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que devem ser promovidos «programas de formação e capacitação» dos funcionários públicos «que lhes permitam cumprir os requisitos de desempenho correto, honroso e devido das suas funções e lhes proporcionem capacitação especializada e adequada para que sejam mais conscientes dos riscos da corrupção inerentes ao desempenho das suas funções», acrescentando-se que «tais programas poderão fazer referência a códigos ou normas de conduta nas esferas pertinentes».

³¹ Aponta neste sentido o nº2, do Artigo 5, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Note-se que, nos termos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, cit, p. 39, também se incluem na estratégia de *compliance* a análise de «riscos de corrupção e suborno» associados ao «tipo de atividades» que os organismos do Estado desenvolvem, à «natureza dos serviços que prestam» e «ao contexto em que esses serviços são prestados» e a elaboração de «planos de prevenção ou gestão de riscos», que identificam «os serviços ou atos mais permeáveis ao suborno, ao aproveitamento ou desvio de fundos e ao favorecimento pessoal ou de terceiros» e «as medidas a adotar para reduzir os riscos», para além, ainda, das «formas de reação face a práticas ilícitas».

interesses ou transparência, e investir e incrementar os controles internos³². A este respeito, o problema que se suscita tem a ver com saber a quem deve ser atribuída a responsabilidade da gestão de riscos anticorrupção, argumentando-se, de um lado, que a maior parte do setor público não dispõe de pessoal capacitado para fazer a análise pertinente de riscos e elaborar o respetivo plano de controlo – sendo, por isso, necessário recorrer a pessoal externo - e, de outro lado, que por aqui passa a opção de valorização do próprio setor público³³, abrindo a porta ao investimento para o qualificar. Cremos que a questão não se apresenta de forma dilemática. Acompanha-se a opinião do *Committee on Standards in Public Life*, cuja última publicação é de 2020³⁴, que sempre considerou a necessidade da intervenção de «estranhos» à organização para que a autorregulação seja efetiva. O que pode significar o apoio de pessoal de agências públicas de prevenção para o efeito³⁵ – no caso, para proceder a análise de riscos, elaboração do plano de prevenção e ainda sua revisão. Nada disto faz esquecer - acrescente-se, noutra linha - que, na administração pública, a auditoria pública assume um papel essencial no controlo dos gastos públicos. Revela-se, neste ponto, essencial a discussão em torno da função de controlo do Tribunal de Contas³⁶.

Entretanto, constituem elemento comum aos programas de cumprimento em organizações públicas e privadas a existência de mecanismos de deteção do incumprimento, designadamente por via da institucionalização de canais de denúncia³⁷. A doutrina lembra que

³² Em concreto, os exemplos são múltiplos e podem significar instaurar procedimentos para controlar gastos com cartões de crédito em entidades onde haja um grande número de funcionários a dispor deles; ou, noutra linha, criação de normas internas sobre a composição de júris de seleção de pessoal ou, na contratação pública, sobre a difusão pública de informação relativa a procedimentos (cf., a este propósito, os Artigos 7 e 9, da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção).

³³ FERRÉ OLIVÉ, *legister.com*, cit. ponto 4., 4.1., p.7, coloca o problema em termos de se estar aqui perante uma oportunidade de ouro para «enriquecer» as organizações públicas ou as empresas privadas de consultoria.

³⁴ *Committee on Standards in Public Life, Standards Matter 2*, 22 September 2020.

³⁵ Sobre isto, cf. infra.

³⁶ Sobre o tema, vide ONRUBIA FERNÁNDEZ, Jorge. *La lucha contra la corrupción en el sector público: fiscalización, intervención y control económico-financiero*. In *Public Compliance*., cit., p. 221s (*passim*).

³⁷ Neste sentido, entre nós, para o setor público, no âmbito da política anticorrupção, referindo-se à criação de canais de denúncia internos, cf. Estratégia Nacional, cit., p. 38 e 40, onde se dispõe que «os serviços e organismos públicos devem criar canais para denúncia interna para incumprimentos normativos ou atos de corrupção». Vide, também, Convenção das Nações Unidas, artigo 8, nº4. Atente-se, entretanto, no âmbito da Diretiva da União Europeia relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao Direito da União, que as pessoas - quer as que trabalham no setor público, quer no setor privado, que tenham obtido informações sobre violações em contexto profissional - que comunicam irregularidades são, como regra, obrigadas a utilizar primeiro os canais internos; e, apenas nos casos em que os canais internos e/ou externos não funcionem ou em que não seja razoável esperar que funcionem corretamente, se proporciona a flexibilidade necessária para que a pessoa que comunica irregularidades escolha o canal mais adequado em função das circunstâncias específicas do caso e, assim, comuniquem as informações às autoridades competentes. A este propósito, cf. *Proposta de Diretiva relativa à*

a legislação sobre *whistleblowers*, nos países anglo-saxónicos, surge, em grande medida, para potenciar a criação destes canais na administração pública³⁸, podendo as denúncias proceder de funcionários ou particulares. O aspeto central a ter aqui em atenção é o de saber se a denúncia é um dever por parte do funcionário público que resulte da sua relação com a administração pública, designadamente do seu dever de lealdade³⁹. Questão que não se confunde com o dever de denúncia que recai sobre qualquer funcionário de denunciar a prática de crimes de que tome conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas às entidades judiciais competentes – que decorre, entre nós, do Código de Processo Penal⁴⁰ -, cuja violação e respetivo sancionamento deveriam merecer atenção⁴¹. Em qualquer caso – e independentemente da resposta que se dê à referida questão do eventual dever geral de denúncia, no setor público, de irregularidades em matéria de corrupção -, existe acordo sobre a necessidade de assegurar uma proteção eficaz do funcionário público denunciante, para garantir que «quem cumpre a lei não se torna alvo de retaliações»⁴². A recente *Diretiva da União Europeia, relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União*⁴³, quer particulares quer funcionários públicos, satisfaz aquele propósito, o que faz em nome da salvaguarda do interesse público⁴⁴. A importância que assume esta proteção ressalta quando se atenta na redução do número de comunicações sempre que os potenciais denunciadores não se sentem seguros para apresentar as informações de que dispõem. Da «perda de oportunidades» de deteção e prevenção de infrações ao direito da União dá-se conta na *Exposição de Motivos da Proposta* da referida *Diretiva*, ao referir que «a partir de inquéritos como o Euro-barómetro Especial sobre a Corrupção, de 2017, é possível extrair indicações sobre a amplitude da subnotificação dos denunciadores: 81% dos

proteção das pessoas que denunciam infrações ao Direito da União, Bruxelas, 23.4.2018 COM (2018) 218 final, ponto 5.

³⁸ Cf. NIETO MARTÍN, *Public Compliance*, cit., p. 28.

³⁹ Sobre a questão, GARCIA-MORENO, Beatriz. *Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública*. In *Public Compliance*, cit., p.43s (*passim*).

⁴⁰ Cf. Artigo 242º, nº1, alínea b), do Código de Processo Penal Português.

⁴¹ Não deve deixar de se sinalizar que o sancionamento da violação do dever decorrente do disposto no Código de Processo Penal (cf. nota anterior) não está esclarecida. Outro aspeto a merecer também atenção é o do tratamento das denúncias anónimas (cf., entre nós, o disposto no Artigo 246º, nº 5, 6 e 7, do Código de Processo Penal).

⁴² Assim, na expressão feliz da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, cit., p. 40, onde, para além disso, se refere a necessidade de garantir uma adequada proteção dos denunciadores de violações dos planos de cumprimento normativo como «essencial».

⁴³ Diretiva (UE) 2019/1937, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União.

⁴⁴ Cf., a este propósito, Proposta COM (2018) 218 final, cit., ponto 1. Cf., também, Diretiva 2019/1937, cit., Considerandos 1 e 3., no mesmo sentido.

européus referiram que não comunicaram casos de corrupção de que terão sido alvo ou testemunhado»; e ainda que um estudo, também de 2017, realizado para a Comissão, «estimou que, só no âmbito dos contratos públicos, as perdas anuais de potenciais benefícios para o conjunto da UE devido à falta de proteção dos denunciantes seriam da ordem de 5,8 a 9,6 mil milhões de euros, ilustrando os seus impactos negativos no bom funcionamento do mercado único»⁴⁵. De qualquer modo, não é despidendo lembrar que o incentivo que se procura por esta via - da proteção dos denunciantes - proporcionar às organizações públicas para detetar e investigar as atividades ilícitas praticadas no seu seio, designadamente a prática de crimes de corrupção, não é acompanhado por benefícios equivalentes aos que podem resultar para o setor privado, em que a empresa é passível de ser responsabilizada penalmente e podem, por isso, os seus administradores ter interesse em cooperar com a administração da justiça, em ordem a obter uma atenuação ou mesmo não punição, nos sistemas jurídicos em que tal seja possível. Na verdade, neste contexto, as empresas e os seus dirigentes têm mais a perder se forem «maus polícias» do que as entidades públicas e seus dirigentes quando são «bons polícias». O que, em última análise, pode não motivar tanto ao cumprimento normativo quanto uma estratégia de *public compliance* tem em vista. E que deve, por isso, merecer atenção quando se tem em vista incentivar a autorregulação no setor público.

Merece atenção, neste âmbito de considerações, o sistema que vigora nos Estados Unidos, em matéria de contratação pública, de recompensas dos denunciantes particulares de atos de corrupção contra a administração pública, previstas já desde a *False Claims Act* de 1863. E segundo a qual um denunciante podia obter um benefício económico equivalente a uma percentagem elevada dos montantes recuperados pelo Estado. Este é um modelo vigente atualmente, que, dados os altíssimos valores em jogo, geraram a criação de um sistema quase profissionalizado de denúncias – há referências, designadamente, à existência, naquele país, de escritórios de advogados especializados em fazer a gestão de denúncias e proteger os whistleblowers de possíveis perseguições. Perante a possibilidade da sua eventual expansão a sistemas jurídicos continentais, deve afastar-se, do nosso ponto de vista, a hipótese de recompensas monetárias⁴⁶.

Cabe ainda uma última nota quanto às sanções para o incumprimento em sede de *public compliance* anticorrupção⁴⁷, em que as diferenças em relação ao setor privado são evidentes. Não é comparável o mecanismo de sanções internas optativas que pode criar uma empresa no seu programa

⁴⁵ Assim, cf. Proposta COM (2018) 218 final, cit., ponto 1.

⁴⁶ Sobre o tema, NIETO MARTIM, *Public Compliance*, cit., p. 29; e FERRÉ OLIVÉ, LEGISTER.com, cit., p. 12.

⁴⁷ São referidas na Estratégia Nacional, cit., p. 38, sem qualquer explicação adicional.

de *compliance* anticorrupção com o regime normativo sancionatório disciplinar que vale obrigatoriamente para todas as administrações públicas e relativamente ao qual um programa de *compliance* nada pode acrescentar. Subsistindo, além do mais, a questão de ser possível sancionar disciplinarmente as violações aos códigos de conduta⁴⁸. A questão que aqui perpassa exige uma reflexão sobre a função do direito disciplinar dos funcionários públicos, designadamente neste domínio da luta contra a corrupção. Se se quer implantar, neste âmbito, uma estratégia que promove e potencia a capacidade de autorregulação de cada organização, é contraditório privá-las de uma parte essencial dos programas que se querem ver instituídos, como é a que diz respeito à capacidade de sancionar os incumprimentos.

Resta acrescentar que não se vislumbra qualquer inconveniente ou dificuldade em aceitar a existência de um *Public Compliance Officer*⁴⁹, que, tal como nas empresas privadas vale para o *Chief Compliance Officer*, seja a figura central de um órgão de *compliance* nos organismos e serviços públicos. Que, também aqui, deve ser criado no âmbito de um sistema de delegações que estabelece claras responsabilidades de *controlo dos comportamentos* e de *controlo do controlo dos comportamentos* para evitar a prática de irregularidades, de ilícitos da mais variada ordem, também criminais. Com este tipo de órgão de prevenção – que deve ser funcionalmente independente e dotado de poderes autónomos de iniciativa (decisão) e controlo -, está em causa o estabelecimento de uma responsabilidade de controlo que é de coordenação, assessoramento e de supervisão por parte dos responsáveis pelos programas de cumprimento normativo.⁵⁰

4. Agências anticorrupção

Nas últimas décadas, as políticas públicas de *compliance*, no domínio da corrupção, passaram a ser geridas, em muitos países, por organismos especializados, dotados do conhecimento necessário e de autonomia para promoverem a prevenção e o controlo do

⁴⁸ A este propósito, deve referir-se a solução do ordenamento jurídico italiano que, na *Legge 6 novembre 2012*, n.190, inciso 14 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*), consagra que a violação das disposições relativas ao controlo da corrupção consagradas no plano de prevenção por parte dos funcionários constitui ilícito disciplinar.

⁴⁹ Neste sentido, NIETO MARTÍN, *Public compliance*, cit., p. 35 e 36; e FERRÉ OLIVÉ, *lejister.com*, cit., ponto 5. Sobre a Administração de *Compliance*, o Administrador de *Compliance* e a responsabilidade penal deste, no âmbito empresarial, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico*, cit., p.116s.

⁵⁰ Vai nesta linha a Estratégia Nacional de luta contra a Corrupção, cit., p. 40, que, além disso, aponta exemplificativamente ao responsável pelo cumprimento normativo, nos vários serviços e organismos públicos, o exercício das funções – paralelas às que se identificam no caso do Administrador de *Compliance* no setor privado - de «participar na definição dos planos de prevenção ou gestão de riscos» e de «emitir parecer prévio sobre eles, zelando pela sua contínua adequação, suficiência e atualização»; de «participar na definição, acompanhamento e avaliação da política de formação ministrada aos dirigentes e funcionários»; e de «assegurar a centralização de toda a informação que diga respeito à construção, implementação e revisão dos programas de prevenção ou de gestão de riscos, incluindo as denúncias de práticas desconformes aos planos».

fenômeno. As agências anticorrupção podem ser conceptualizadas como órgãos «(de financiamento) público e de natureza durável, com uma missão específica de combate à corrupção e de redução das estruturas de oportunidade propícias para a sua ocorrência através de estratégias de prevenção e repressão»⁵¹.

A sua origem⁵² remonta ao processo de descolonização do pós-Segunda Guerra Mundial, no continente asiático. O Reino Unido, com histórica presença na região, promoveu a criação destas instituições em algumas de suas ex-colónias, numa tentativa de limpar a reputação das antigas administrações coloniais, conhecidas pelo elevadíssimo grau de corrupção, e apoiar os novos governos recém-independentes, num contexto de autodeterminação livre de antigos hábitos. As primeiras agências foram criadas em 1952 em Singapura – o *Corruption Practices Investigation Bureau* – e na Malásia – a *Anti-Corruption Agency* – e, em 1974, em Hong Kong – a *Independent Commission Against Corruption (ICAC)*.

Embora a institucionalização de agências anticorrupção não possa ser considerada uma panaceia para o problema⁵³, é uma via para o desenvolvimento e a aplicação de estratégias de luta contra a corrupção assumida como uma política pública. Um aspeto diretamente ligado à utilidade da criação de agências reside em estas poderem constituir uma fonte de conhecimento, apoio e acompanhamento da implantação de uma cultura de *compliance* pelas administrações públicas, residindo a sua vantagem na especialização das suas funções, dirigidas expressamente à prevenção e combate da corrupção⁵⁴. Nesta linha, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabeleceu a necessidade de os Estados Parte garantirem «a existência de um ou mais órgãos (...) encarregados de prevenir a corrupção (...)»⁵⁵.

É também nesta via que, nos termos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, se prevê a criação de um «mecanismo (ou agência) de prevenção da corrupção»⁵⁶, autónomo,

⁵¹ SOUSA, Luís de. *As agências anticorrupção como peças centrais de um sistema de integridade*. Revista da Controladoria-Geral da União, Ano III – Nº4, junho/2008, p. 20s (p.23).

⁵² Cf. SOUSA, Luís de. *Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance*. In *Crime Law and Social Change*, February 2010, p. 5s (p.6).

⁵³ Cf. SOUSA, Luís de. *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p. 23, que se refere às agências como «bastante apelativas do ponto de vista simbólico», que «carregam às costas o ónus do sucesso como um fardo»; id, *Crime Law and Social Change*, cit., p.11.

⁵⁴ Confirmando este movimento de especialização em todo o mundo, FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O. *Questio Iuris*, cit., p. 1589.

⁵⁵ Cf. Artigo 6, nº 1. No mesmo sentido, cf. Artigo III, 9, da Convenção Interamericana contra a Corrupção.

⁵⁶ Cf. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, cit., p. 41. No âmbito das suas funções, destaca-se, no contexto das presentes considerações, que o mecanismo (ou agência) deverá ser «responsável pelo controlo da implementação do regime geral de prevenção da corrupção, pela verificação das respetivas infrações, processamento das contraordenações e aplicação das correspondentes coimas» (id, ibidem).

com poderes de iniciativa, de controlo e de sancionamento. Deverá ser uma entidade independente, cuja função é garantir a efetividade das políticas de prevenção da corrupção. Sendo que o nosso país conta já hoje com a ação muito relevante, mas de alcance mais limitado do que o que agora se propõe para o mecanismo, do Conselho de Prevenção da Corrupção⁵⁷, que, na concretização das suas funções de prevenção, emite regularmente Recomendações incidindo sobre planos de prevenção da corrupção e ferramentas conexas.

4.1 Modelos e configuração

Em relação a organismos anticorrupção em sentido amplo, são referenciados não só vários modelos⁵⁸, consoante as funções que exercem, mas também quanto à sua configuração as soluções são variadas, obedecendo a uma perspetiva mais centralizadora ou descentralizadora.

Com uma vocação eminentemente *repressiva*, dirigindo a sua atividade para a investigação dos casos de corrupção, tendo em vista a sua perseguição penal, existem várias entidades⁵⁹, entre as quais podem apontar-se, entre nós, o *Departamento Central de Investigação da Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira, da Polícia Judiciária*, ou, em Espanha, a *Fiscalia Anticorrupción*, na Noruega, a *National Authority for Investigation and Prosecution of Economic and Environmental Crime*, na Bélgica, o *Central Office for the Repression of Corruption* e, na Roménia, a *National Anti-Corruption Directorate*. Por sua vez, o *Conselho de Prevenção da Corrupção* (CPC) português configura um exemplo de agência anticorrupção propriamente dita com funções exclusivamente *preventivas*⁶⁰. Tal como as agências francesa, da Macedónia, da Albânia, de Malta, da Bulgária ou o *Office of Government Ethics* norte-americano e o *Committee on Standards in Public Life* do Reino-Unido⁶¹ não têm qualquer poder de investigação de práticas de corrupção e limitam-se apenas a realizar estudos e a recolher e organizar informações sobre a corrupção, de maneira a identificar áreas de risco,

⁵⁷ Sobre isto, cf., infra, sob 4.1.

⁵⁸ Apesar de, em nosso entender, ser difícil identificar, em muitos casos concretos, o modelo seguido. De qualquer modo, concorda-se com Luis de Sousa (*Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p. 24) quando afirma que se tem assistido «a um crescente mimetismo e isomorfismo».

⁵⁹ Segue-se a classificação feita pela OCDE, no Relatório *Specialized Anti-Corruption Institutions: Review of Models* (2007), cit. in SOUSA, Luís de, *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p.24.

⁶⁰ De salientar, no presente contexto, a função de colaboração que o CPC é chamado a desempenhar, a solicitação das entidades públicas interessadas, na «adoção de medidas internas suscetíveis de prevenir a corrupção», tais como a elaboração de códigos de conduta ou a promoção de ações de formação (Artigo 2º, da Lei nº54/2008).

⁶¹ Cf. Relatório da OCDE, cit.

aconselhar o poder público no estabelecimento de estratégias, acompanhar a aplicação dos diferentes instrumentos jurídicos e avaliar da respetiva eficácia. São ainda classificadas como *instituições especializadas com múltiplas competências* as agências anticorrupção que congregam uma atuação preventiva e repressiva. Podem, em certos casos, utilizar medidas sancionatórias de natureza administrativa. No entanto⁶², é comum, nesta modalidade, que a função de acusação seja atribuída a uma entidade externa, como o Ministério Público, «de modo a evitar a concentração excessiva de poderes num só organismo». Experiências deste tipo podem ser encontradas em Singapura, Hong Kong, Austrália, Botswana, Lituânia e Letónia.

Deve dizer-se que, atualmente, já não se pode falar de uma configuração típica, centralizada numa única agência, do lado europeu, e de soluções de natureza descentralizada nos países de tradição anglo-americana.

Em Singapura, o *Corruption Practices Investigation Bureau*, a agência responsável pela prevenção e combate à corrupção, é o único órgão competente para investigar atos de corrupção⁶³. As suas funções consistem em receber e investigar queixas de corrupção, tanto no setor público quanto no setor privado; investigar condutas desviantes e ilegais de agentes públicos; e examinar as práticas e procedimentos no serviço público, de modo a reduzir as oportunidades de atos de corrupção. Destacam-se os seus poderes de investigação, que têm vindo a ser incrementados pela legislação anticorrupção. O *Bureau* goza de forte apoio político e, organicamente, integra o Gabinete do Primeiro Ministro. Este aspeto conjuga-se com uma estratégia dissuasiva em relação a todas as práticas de corrupção, independentemente das suas formas ou dimensão, e com a aplicação de penas pecuniárias e de prisão de elevada gravidade, e é acompanhado, ainda, com a sistemática melhoria dos salários e condições de trabalho de determinadas categorias de funcionários públicos. A combinação da aplicação de medidas que visam a redução de oportunidades da prática de atos de corrupção e a repressão de todas as condutas ilícitas são apontadas como a chave do sucesso da política anticorrupção desenvolvida.

Apesar de a primeira agência anticorrupção ter sido a de Singapura, a maioria das iniciativas mais atuais sofreu uma forte influência da experiência de Hong Kong, que obteve resultados surpreendentes.

⁶² Cf. *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p.24 e 25.

⁶³ Segue-se NASCIMENTO, Fillipi Lúcio, *Rev. Cadernos de Campo*, 2018, cit., p. 99 s.

A *Independent Commission Against Corruption (ICAC)* foi criada⁶⁴ quando o território ainda estava sob administração britânica e surgiu como resposta a um quadro de corrupção sistêmica e na sequência de um escândalo que envolveu um quadro superior da força policial. A *ICAC* foi dotada e ainda hoje mantém competências que abarcam funções preventivas, pedagógicas e de investigação, que podem envolver a realização de detenções, buscas ou apreensões. De qualquer modo, para evitar a concentração e o abuso de poder, a dedução de acusações, tendo em vista a introdução dos factos em juízo, não é da sua competência, mas de outra entidade. Do ponto de vista orgânico, a Comissão é dirigida por um Comissário, nomeado pelo Chefe do Poder Executivo de Hong Kong, e dividida em três Departamentos: o Departamento de Operações, responsável por receber, avaliar e investigar casos de corrupção; o Departamento de Prevenção da Corrupção, que não só examina práticas e procedimentos de organismos públicos, tendo em vista a redução de oportunidades da ocorrência de práticas de corrupção, como também presta consultoria gratuita a entidades privadas que a requeiram; e o Departamento de Relações com a Comunidade, cuja função é a de pôr no terreno políticas de educação da comunidade.

Uma política anticorrupção sustentada no tripé «investigação-prevenção e educação» é apontada como um dos maiores legados da agência de Hong Kong. De acordo com os dados da *Transparência Internacional*, em 2018⁶⁵, Hong Kong ocupa a 14ª posição no índice de perceção da corrupção, com 76 pontos. Trata-se, ao lado do Japão, na 18ª posição, com 73 pontos, do segundo «país» asiático mais bem colocado no ranking, atrás apenas de Singapura, na terceira posição, com 85 pontos.

Neste contexto de influência, o Reino Unido dispõe do *Serious Fraud Office (SFO)*, criado em 1988. Trata-se⁶⁶ de um órgão especializado em casos graves de fraude e corrupção, com atuação na Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. O *SFO* representou uma novidade no sistema jurídico britânico, ao centralizar, no mesmo órgão, os poderes de investigação e acusação. O *SFO* é independente e responde apenas ao Procurador-Geral (*Attorney General*), que é responsável por indicar o seu diretor e fiscalizar as suas atividades. Nos últimos anos, tem sido o órgão responsável por aplicar a *Bribery Act*, a legislação anticorrupção britânica a que já

⁶⁴ Segue-se NASCIMENTO, Fillipi Lúcio, *Rev. Cadernos de Campo*, 2018, cit., p. 98 s., e FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O., *Questio Iuris*, cit., p. 1590 e 1591.

⁶⁵ Transparency International, *Corruption perceptions index 2018*. A título de comparação, observe-se que Portugal ocupa a 30ª posição, com 64 pontos.

⁶⁶ Segue-se FERREIRA; L. V.; FORNASIER, M. D. O., *Questio Iuris*, cit., p. 1591 e 1592.

fizemos referência. O Reino Unido ocupa a 11ª posição no Índice de Percepção da Corrupção que vimos referindo, com 80 pontos, situando-se, pois, atrás de Singapura, mas à frente de Hong Kong.

Já os Estados Unidos da América possuem um sistema de controlo da corrupção descentralizado e fragmentado, próprio da sua estrutura federativa⁶⁷. Dele fazem parte órgãos de distintas naturezas - o *Federal Bureau of Investigations*, (*FBI*), o *Office of Government Ethics* (*OGE*) e o *Government Accountability Office* (*GAO*) -, cada um atuando nos seus respetivos âmbitos de competências na prevenção e combate da corrupção. O *OGE*, que foi criado apenas em 1978, possui um pendor preventivo, elaborando orientações sobre ética pública para os funcionários federais, e exerce uma função consultiva e pedagógica, com competências na qualificação dos quadros de funcionários do Estado e na fiscalização dos códigos éticos dos serviços públicos; o *GAO*, ligado ao Congresso, exerce o controlo externo das atividades do Poder Executivo; já o *FBI* atua essencialmente ao nível da repressão, no caso, dos crimes de corrupção. De referir é a considerável liberdade que os Estados Federados detêm para organizar os seus próprios sistemas anticorrupção. A este nível, o exemplo mais próximo de uma agência anticorrupção é o *Department of Investigations* (*DOI*), da cidade de Nova Iorque, que possui funções de investigação e encaminha para o ministério público os casos suspeitos de práticas de corrupção levadas a efeito pelos seus funcionários públicos e atores privados que mantêm negócios no âmbito da cidade.

4.2. Condições de funcionamento das agências

Os Autores indicam, em geral, quatro condições para assegurar o êxito da atividade das agências anticorrupção: independência, especialização, competências amplas e poderes especiais e durabilidade (sustentabilidade a longo prazo)⁶⁸. Não sendo o caso de abordar aqui em detalhe o tema, imprescindível é lembrar, entretanto – sobretudo tendo em conta as funções sensíveis que exercem -, o suporte e apoio políticos que devem enquadrar a sua criação e o desenvolvimento da sua atividade por forma a responderem aos requisitos enunciados.

⁶⁷ Segue-se NASCIMENTO, Fillipi Lúcio, *Rev. Cadernos de Campo*, 2018, cit., p. 101 e FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O., *Questio Iuris*, cit., p. 1591.

⁶⁸ Assim, SOUSA, Luís de, *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p. 26s. Vide, também, do Autor, *Crime Law and Social Change*, cit., p. 13s. Cf., ainda, NASCIMENTO, Fillipi Lúcio, *Rev. Cadernos de Campo*, 2018, cit., p. 103s. e FERREIRA, L. V.; FORNASIER, M. D. O., *Questio Iuris*, cit., p. 1593s.

Emerge, assim, uma primeira consideração, para realçar a necessidade de independência do órgão para executar as suas funções. Não se trata⁶⁹ de «irresponsabilidade ou ausência de reporte ou controle externo à sua atuação», mas da «capacidade de poder exercer a sua missão sem interferência e intervencionismo político». Esta independência implica autonomia, administrativa e orçamental, com a garantia de recursos necessários para a realização de suas tarefas. Em segundo lugar, a crescente complexidade que assumem as práticas de corrupção exige que as agências, organismos com a missão específica de as combater, encontrem formas de especialização adequadas para as enfrentar. Não existindo uma solução universal para satisfazer esta questão, uma resposta pode passar pela captação de recursos humanos especializados e interdisciplinares. Neste contexto, por um lado, o procedimento de escolha do diretor da agência deve ser transparente, evitando-se, designadamente, que sua indicação seja realizada por uma entidade política de maneira solitária e, por outro lado, devem existir mecanismos de proteção quanto à sua exoneração ou à exoneração da direção por motivos meramente políticos. Em terceiro lugar, atribuir às agências competências de investigar casos complexos e de grande magnitude, como aqueles que envolvem políticos ou funcionários de alta hierarquia, incrementa a sua visibilidade institucional e o apoio público, elementos importantes para sustentar o funcionamento destas agências; mas, como de outra perspectiva se alerta⁷⁰, o enfoque em casos de «grande corrupção» pode «tornar-se fatal ao organismo, na sua fase inicial de institucionalização, quer pelo facto da sua capacidade de resposta ainda não ser proporcional aos objetivos fixados estatutariamente e esperados pela opinião pública, quer pelo facto de gerar um braço de ferro com o poder político que lhe pode ser desfavorável a vários níveis, em particular, no que toca a nomeação dos seus dirigentes e a orçamentação». Esta é uma questão que se prende com as suas competências, que podem ser muito amplas – de prevenção e de repressão – e ainda alargar-se para além do que é apenas o controlo do cumprimento de normas, designadamente de carácter penal. Estarão aqui em causa, designadamente, códigos éticos, e não administrativos ou penais. Por último, uma agência anticorrupção deve ser um projeto duradouro e não ocasional. A vontade política de criar uma agência deve ser sustentada e não precipitada apenas pelo calor de escândalos. A «sustentabilidade a longo prazo», aliada aos resultados práticos atingidos por estas instituições

⁶⁹ SOUSA, Luís de, *Revista da Controladoria-Geral da União*, cit., p. 26.

⁷⁰ *Id*, *ibidem*, p. 28.

no decurso do tempo, podem servir como antídoto ao desgaste ocasionado por uma ineficiência ocasional.

5. A concluir

A corrupção pública é geralmente associada a situações específicas, surgindo como uma consequência da interligação entre interesses públicos e privados. Nesta linha, é caracterizada como o abuso do cargo público para obter benefícios privados.⁷¹ Uma classificação útil é a que distingue entre “corrupção burocrática” e “corrupção política”⁷². A corrupção burocrática nasce da interação entre funcionários públicos de escala inferior e os cidadãos em geral. No caso da corrupção política, estamos perante ações realizadas na alta hierarquia do governo que distorcem políticas públicas ou o funcionamento central do Estado, permitindo que esses atores obtenham benefícios à custa do património público.

Destaca-se⁷³ que as práticas de corrupção encontram um ambiente propício ao sucesso sempre que uma autoridade pública exerce um poder discricionário sobre a distribuição de um benefício ou de um custo no setor privado. Refere-se, assim, que, de um lado, o Estado possui o poder de comprar e vender bens e serviços, oferecer concessões e distribuir subsídios (benefícios), bem como arrecadar impostos, impor regulamentações e exigir autorizações (custos). Do outro lado, existe um setor privado dotado de poder económico e disposto a pagar para ter acesso a esses benefícios ou reduzir os custos que foram impostos. Como todas estas atividades são inerentes ao funcionamento dos estados contemporâneos, a criação de incentivos para a corrupção é um fato inevitável.

A dinâmica da corrupção pode ser compreendida através do modelo «dirigente-agente-cliente»⁷⁴. O “dirigente” é representado como o funcionário de hierarquia superior dentro da

⁷¹ Esta conceptualização não desconhece um sentido sistémico e amplo de corrupção, em que qualquer sobreposição de lógica sistémica significa corrupção. Assim, por exemplo, quando as decisões políticas deixam de funcionar segundo uma lógica de «situação-oposição» que lhes é própria, de acordo com as expectativas generalizadas da sociedade, e passam a funcionar segundo uma lógica binária, típica, designadamente, da economia, fundada na contraposição entre «pagamento-não pagamento». Sobre o sentido sistémico da corrupção, cf. NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 42s; vide, também, FERREIRA, L. V.; FERNANDES, M. D. O., *Questio Iuris*, 2015, cit., p. 1583 e 1584.

⁷² Sobre a classificação, cf. ELLIOT, Kimberly Ann, *A corrupção como um problema de legislação internacional: recapitulação e recomendações*, In *A corrupção e a economia global*, Kimberley Ann Elliot (Org.), Brasília, Universidade de Brasília, 2002, p. 255s (p. 260).

⁷³ Assim, ACKERMAN, Susan-Rose. *A economia política da corrupção*. In *A corrupção e a economia global*, cit., p. 59s (p.59).

⁷⁴ Cf. L. V. FERREIRA/M. D. O. FERNANDES, *Questio Iuris*, 2015, cit., p. 1587, por referência a Robert Klitgaard, *A corrupção sob controlo*, Rio de Janeiro, Korge Zahar Editor, 1994, p.83.

administração pública; o “agente” como funcionário de hierarquia inferior e responsável por manter contato com o “cliente”; o “cliente” como a parte representando o setor privado. Todos possuem interesses e têm comportamentos independentes. O dirigente responsável por implementar uma política anticorrupção deve saber que o agente, apesar de inserido na estrutura estadual, faz os seus próprios cálculos com o objetivo de medir os lucros por aceitar um possível suborno e os prováveis custos por ser identificado e punido. Da mesma maneira, o cliente será compelido a tentar corromper o agente público com o objetivo de obter benefícios ou afastar custos, desde que não seja capaz de vislumbrar a possibilidade de punição.

Nesta linha, a corrupção é vista como uma questão de oportunidade.

Mais eficiência da administração pública, sobretudo se combinada com uma maior transparência, pode contribuir para atenuar os riscos de corrupção. Por isso, há que pôr em prática todas as medidas possíveis para prevenir e combater a tentação de obtenção de benefícios ilegítimos ou a perniciosa interação entre interesses públicos e interesses privados.

A luta contra a corrupção no setor público tem evidenciado a necessidade de se utilizarem estratégias que, no setor privado, vêm revelando potencialidades na prevenção da criminalidade que se desenvolve no seio de organizações empresariais. A aplicação do *compliance* ao setor público pode conter virtualidades para contrariar a resistência que esta fenomenologia criminal continua a demonstrar perante legislações cada vez mais abrangentes e repressivas. Impõe-se, neste contexto, enfrentar as especificidades dos programas de *compliance*, em aspetos tão relevantes como os que se ligam, designadamente, aos sistemas de denúncias, às sanções por incumprimento de deveres de *compliance* ou às penas a aplicar em caso de cometimento de crimes. Por sua vez, a existência de agências anticorrupção, dotadas de autonomia, independência funcional e de inteligência, favorece uma abordagem especializada na luta contra o fenómeno da corrupção. Cujos progressos passam ainda pelo fortalecimento e transparência das administrações públicas, participação da sociedade civil e – *last, but not the least* – apoio do poder político