

Justiça

Rui Patrício

Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa e Morais Leitão



Justiça: O problema central da desconfiança dos cidadãos

Diz a Constituição que aos Tribunais incumbe administrar a justiça em nome do povo, assegurando a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos públicos e privados. O que – para além de outras vertentes de análise, como por exemplo a soberania, a legitimidade, as funções do Estado e a configuração do regime – nos leva a ter em conta, sempre, a confiança que os cidadãos têm no sistema de Justiça, pois o mesmo vem deles e a eles se destina. Aliás, mesmo que a Constituição o não dissesse, assim seria sempre, num quadro de Estado de Direito Liberal e Democrático.

Podemos assim tentar contribuir para o diagnóstico do domínio da Justiça através da medição da confiança dos cidadãos na mesma, já que um sistema de Justiça terá sempre problemas, mesmo que noutras vertentes de análise seja satisfatório, bom ou até ótimo, se não merecer tal confiança. É verdade que a perceção pode amiúde não corresponder à realidade, seja em geral seja no que respeita à Justiça. Mas não importa se há ou não distância entre o que é e o que se percebe que é, pois, a perceção é em si mesma uma realidade, tanto mais importante quanto maior é o papel da confiança como critério de aferição do bom ou mau estado das coisas. Quando não há confiança há um problema sério, que se traduz no facto de a Justiça emanar de um povo e servir um povo que não confia que assim seja. Se porventura a Justiça em geral estiver bem, mas não houver essa perceção, poderemos ter um caso de hipocondria cidadã, mas essa hipocondria é ela mesma uma patologia.

A confiança dos portugueses na Justiça, nas duas últimas décadas, sempre se situou abaixo ou na casa dos 50 por cento¹, com oscilações, subidas e descidas, mas sempre entre cerca de 30 (pontualmente até menos)

e cerca de 50 por cento (nas ocasiões de melhor resultado), o que permite afirmar, para o lapso temporal analisado, que a maioria dos portugueses não confia na Justiça. A tendência de 2019 em diante é de descida, mas não é ousado afirmar que a pandemia de COVID-19 não contribuiu para esse facto, já que o fenómeno não parece ter uma incidência direta nessa confiança e, sobretudo, porque noutros anos os números e as oscilações são similares.

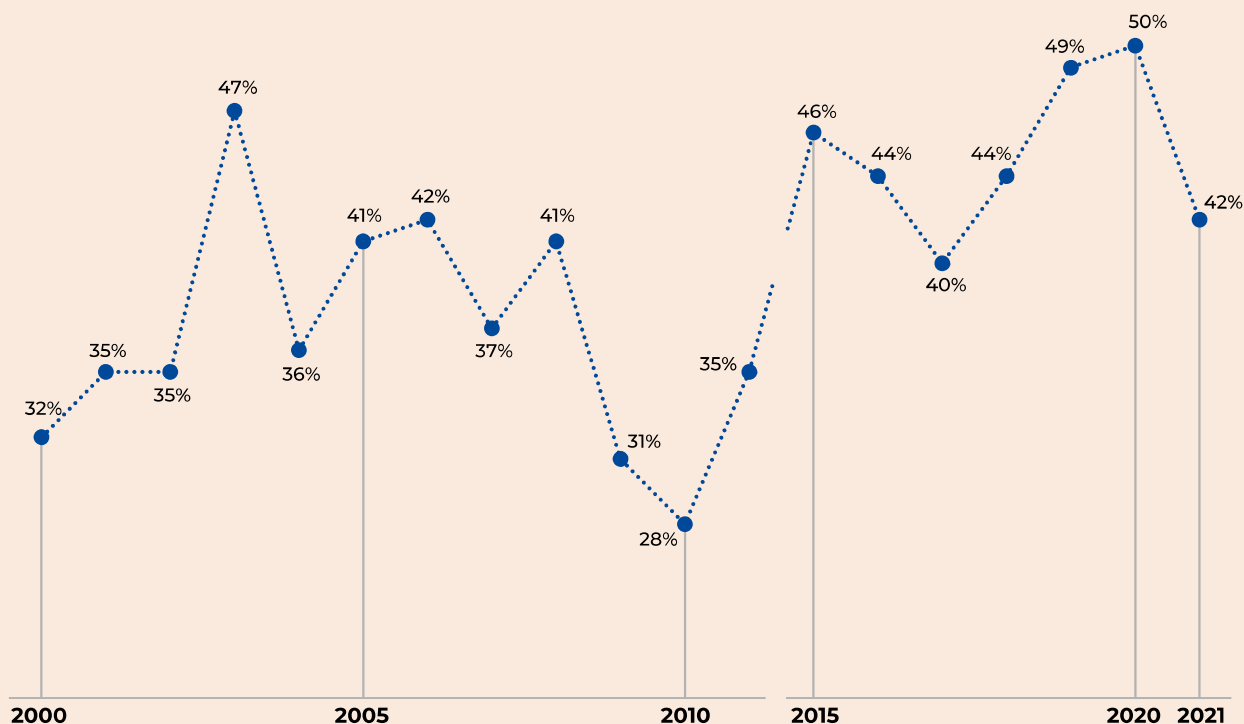
Temos, pois, um problema, que é grave e estrutural, e que obriga a formular pelo menos duas questões. Uma: quais as causas da falta de confiança? Outra, e sempre subsequente à resposta àquela: o que fazer para restaurar ou pelo menos incrementar os seus níveis? Responder cabalmente a uma e a outra não cabe neste texto, mas é duvidoso que alguém seja capaz de identificar bem as causas (e apontar caminhos).

As razões que determinam a falta de confiança na Justiça por mais de metade dos portugueses são muito diversas e precisam de ser mais estudadas

Primeiro porque as causas serão várias, de diversas naturezas e complexas, sendo que umas são suscetíveis de medida e análise estatísticas (e só as temos para alguns temas, não para todos) e outras não (pense-se em aspetos como a mediatização de alguns processos,

Cidadãos que «tendem a confiar» na Justiça (%)

Fonte: Fundação Francisco Manuel dos Santos | Portal da Opinião Pública



Nas duas últimas décadas, a percentagem de portugueses que afirma confiar na Justiça oscilou entre 28% e 50%, verificando-se uma tendência de melhoria na última década, mas um recuo em 2021.

as tendências sociológicas ou a influência que os ciclos económicos, *et cetera*, têm nas perceções sobre a Justiça). E certo é também que, mesmo quando estamos perante aspetos que podem ser e foram objeto de estatística, alguns (pela sua tendência negativa ou problemática) permitem compreender ou intuir algumas razões da falta de confiança, mas outros não, antes estando em contraciclo (para dar um exemplo, veja-se no site “O Estado da Nação em Números”² que as pendências civis e comerciais têm vindo a descer de modo consistente). A questão é, pois, poliédrica.

Impõe-se um estudo alargado, profundo, multidisciplinar e sério sobre as razões que determinam a falta de confiança de metade ou mais dos portugueses na Justiça. Talvez começando por lhes perguntar. Primeiro,

de forma aberta e, depois, tratando as questões que decorrem das respostas àquela pergunta e todas as que pareçam relevantes aos que se aventurem nesse estudo. Sem isso, podemos até ter dados estatísticos que revelem melhoria sobre certos pontos, mas enquanto se não “descascar” esse fruto, a desconfiança, continuaremos a ter um problema com efeitos de contaminação de outros aspetos essenciais da nossa vida em comunidade. ▶

¹ Veja-se o gráfico. Os dados são do Eurobarómetro, e podem ser encontrados em “POP – Portal da Opinião Pública” (parceria Fundação Francisco Manuel dos Santos e Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa).

² IPPS-Iscte / CoLABOR.

Programas de cumprimento normativo: a privatização do combate à corrupção

As entidades privadas têm agora a seu cargo uma tarefa de prevenção de crimes que tradicionalmente estava apenas reservada a entes públicos

A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, entretanto concretizada por vários diplomas legais no final de 2021, elegeu a “prevenção como vetor essencial ao enfrentamento” da corrupção e convocou, para esta missão preventiva, o setor público e o setor privado. A Estratégia pode ser lida a partir de três eixos principais: a aposta na formação e na educação éticas de todos, como forma de aprender o que é a corrupção, como a identificar, evitar e combater; a obrigação de criar e implementar, nas empresas públicas e privadas (de média e grande dimensão), programas de cumprimento normativo; e a criação de incentivos e prêmios para o bom funcionamento desses programas, como forma de estimular a boa autorregulação preventiva. Com estes intuitos, não só se alargou o universo de entidades obrigadas a adotar medidas de prevenção da corrupção (designadamente por via daqueles programas de cumprimento normativo ou *compliance*, na conhecida expressão inglesa), antes circunscritas a certos entes públicos ou, no campo privado, a setores específicos, como também se introduziram novidades no contexto criminal, no contexto das sanções contraordenacionais e no contexto processual. No âmbito criminal, ter ou não ter um programa de cumprimento normativo tornou-se critério de, pelo menos, atenuação da responsabilidade ou, de outro lado, de imposição sancionatória. No âmbito contraordenacional, a ausência ou deficiente aplicação de um programa de cumprimento normativo é agora causa de sanção, com possível severidade. Quanto ao contexto processual, a implementação de programas de prevenção criminal passou a ser condição para obter uma suspensão provisória do processo, instituto que permite (sob uma certa forma de “negociação”) que um processo penal seja suspenso e depois arquivado sem chegar a julgamento. Ou seja, acompanhando, tardiamente, as tendências internacionais, Portugal decidiu agora pôr o *compliance* em letra de lei, onerando as empresas com novos deveres, acompanhados por benefícios e sanções consoante o seu cumprimento ou incumprimento, a ser controlados e vigiados por uma futura entidade pública especializada para esse efeito (o MENAC, Mecanismo Nacional Anticorrupção).

Com a Estratégia, e sobretudo com os diplomas que no final de 2021 lhe deram forma, inaugurou-se, pois, uma nova era na vida das empresas: a era do *compliance* criminal. Para perceber as profundas incidências que esta alteração de paradigma terá (que só o tempo permitirá alcançar completamente, sendo agora o tempo da “corrida ao *compliance*”), interessa notar que as entidades privadas em geral têm agora a seu cargo uma tarefa de prevenção de crimes que tradicionalmente estava apenas reservada a entes públicos, como órgãos policiais, Ministério Público, Tribunais, etc. E que

ficam sujeitas a sanções se se demitirem dessa missão, estando inclusivamente obrigadas a ter mecanismos de receção e tratamento de denúncias e de investigação interna para detetar eventuais crimes que possam ocorrer no seio da sua organização. Ao exigir-se que as empresas criem e apliquem programas de cumprimento normativo criminal, o que se está a impor é um conjunto de novos procedimentos e sistemas que podem ser agrupados em quatro blocos: *i*) aprovação de normas internas de mitigação de riscos próprios da atividade da empresa e da sua exposição a fenómenos criminais, designadamente de corrupção (em sentido amplo); *ii*) fiscalização do cumprimento dessas normas; *iii*) deteção e sancionamento interno dos incumprimentos registados, mormente por via de mecanismos de denúncia e investigação; *iv*) garantias de independência dos responsáveis pelo *compliance*. Nesta senda, aquilo que é pretendido é que os programas de cumprimento normativo regulem todos os aspetos de organização interna e de funcionamento da empresa, reduzindo os espaços de atuação desregulados e introduzindo regras que possam mitigar os riscos da atividade em causa.

O novo paradigma da prevenção da corrupção é produto de um implícito reconhecimento de algum falhanço ou mesmo derrota por parte do Estado (que tem tido o monopólio preventivo-repressivo) e dos tradicionais instrumentos de regulação estatal. Um e outros mostraram-se incapazes de enfrentar, pelo menos, realidades empresariais globais e transnacionais e, não raras vezes, até de maior dimensão e influência que o próprio Estado. O recurso ao *compliance* criminal é, em certa medida, tributário desta derrota, porque vem assumir que a única forma de melhor precaver os complexos riscos suscitados hoje por uma empresa inserida na paisagem de uma economia global e de um mundo complexo é a criação de mecanismos de gestão no seio da própria entidade — afinal a única agência suficientemente especializada para perceber os riscos a que se sujeita, estando apta, por isso, a funcionar como “braço privado” do Estado na prevenção da e no combate à criminalidade.

Os méritos dos sistemas de autorregulação são, pelo menos em teoria, facilmente visíveis. A autorregulação garante, em tese, uma análise de riscos personalizada, *tai-lor-made*, presumivelmente mais eficaz do que uma análise exterior, provinda de um centro público não especializado. Acresce que, ao fazer migrar a responsabilidade pela arquitetura e pela implementação da gestão dos riscos criminais para a empresa, o Estado desonera-se dessas construção e aplicação, cabendo-lhe apenas a sua monitorização, com ganhos para a boa economia regulatória e para a contenção da despesa pública — embora onerando, e amiúde muito, a despesa privada. Adicionalmente, a autorregulação tenderá a contribuir para uma crescente consciencialização das entidades sobre os riscos da sua atividade, elevando os níveis de fluência empresarial e jurídica e incentivando a criação de normas de boas práticas para todos os setores. De igual modo, a instituição de uma filosofia de *compliance* aproxima as diferentes empresas e, bem assim, estas e o Estado, o que, a jusante, pode levar ao aprimoramento dos canais de comunicação e da qualidade e consensualidade das intervenções públicas. Do estrito ponto de vista das empresas, a implementação de programas de cumprimento normativo constitui, além do mais, um mecanismo de maior controlo e minimização dos perigos que enfrenta. Uma empresa capaz de implementar um programa de cumprimento normativo adequado à sua realidade mitiga imediatamente a sua possível responsabilidade — sendo que, com isso, reduz também o impacto reputacional que sempre acompanha as situações de risco, hoje exponenciadas pelos múltiplos canais, alguns quase instantâneos, de comunicação social. E as mais-valias deste maior controlo exorbitam até a própria contenção do risco no

Em teoria, os sistemas de autorregulação têm virtudes e possibilidades frutíferas, mas são várias as dificuldades que se anunciam à sua concretização

Quer o legislador quer a jurisprudência têm de estar à altura dos desafios que se colocam, não podendo esperar que sejam as organizações privadas a enfrentá-los sozinhas

caso concreto, pois que uma empresa munida de um programa de *compliance* capaz e credível tornar-se-á mais atrativa para investidores e para possíveis candidatos a cargos de liderança, podendo mesmo o seu perfil *compliant* ser condição de negócio (em concursos públicos, por exemplo, ou perante privados mais exigentes) ou, pelo menos, vantagem de negócio.

O novo paradigma — mesmo que surja após um reconhecimento de falhanço e de insuficiência estatais — tem, por tudo isto, virtudes e possibilidades frutíferas. Mas também existem, e são abundantes, as dificuldades que se anunciam na concretização do *compliance* criminal privado. Sendo várias as causas destas possíveis complicações, enuncia-se três das mais importantes.

- › a ditadura da análise custo-benefício como condicionante da adesão das empresas aos deveres de *compliance*, o que significa que quanto mais oneroso for o sistema legal de prevenção criminal, maiores as tentações de incumprimento ou implementação defeituosa.
- › a ligação arterial deste sistema preventivo privado aos sistemas de repressão criminal que, se imprudentemente delineada e delimitada, pode tornar o *compliance* criminal num instrumento de manipulação das responsabilidades, condicionando e orientando um eventual futuro processo através da forma como o sistema é implementado numa organização, e também de manipulação do próprio exercício das funções do responsável de *compliance*, por falta de independência ou pela orientação para si mesmo de responsabilidades que seriam de outros, por exemplo;
- › finalmente, a articulação entre as obrigações de *compliance*, sobretudo nas vertentes de investigação e reporte às autoridades, a responsabilidade sancionatória punitiva das pessoas coletivas e a proibição da autoincriminação. Dito de outro modo, ao tornarmos as empresas polícias e juizes de si mesmas mediante ameaça de sanção, não estaremos, a um tempo, a corroer a presunção da inocência e os direitos de defesa (da empresa e das pessoas que a integram) e, por isso mesmo, a colocar em causa a investigação pública, fazendo-a depender de uma colaboração probatória inválida? E não estaremos, quando impomos obrigações de *compliance* (incluindo investigação e reporte) e ao mesmo tempo não asseguramos uma exclusão de responsabilidade de pessoas coletivas, mas apenas uma atenuação, a querer o melhor de dois mundos? Isto é, queremos que empresas colaborem e que sejam ao mesmo tempo responsabilizadas pelo resultado da sua colaboração, o que implica que não lhe estejamos a dar um estímulo forte para colaborar (exclusão de responsabilidade) e, também, que lhe estejamos a oferecer um instrumento para porventura decidirem não colaborar (a proibição de autoincriminação).

São alguns imbróglis (entre vários outros) que podem, em larga medida, comprometer os propósitos desta nova era da vida das empresas e que só o tempo, a prática e o estudo atento e cuidadoso poderão revelar e solucionar, sendo certo que quer o legislador quer a jurisprudência têm de estar à altura dos desafios que se colocam, não podendo esperar que sejam as organizações, sozinhas, a navegar com êxito por mares nunca dantes navegados. Seja como for, está aí um novo tempo, e não há regresso ao passado, não só porque os ventos não sopram para aí, mas também porque se assume que o passado, de certa forma e em certa medida, falhou ou, ao menos, revelou algumas insuficiências. ▶