

BOAS INTENÇÕES, MAUS RESULTADOS: NOTAS SOLTAS SOBRE INVESTIGAÇÃO E PROCESSO NA SUPERVISÃO FINANCEIRA

Pelo Dr. José António Veloso

SUMÁRIO:

1. Autoridades que investigam, autoridades que decidem?. — 2. Aventuras do contraditório: “contraditório” na investigação, com “limites”? — 3. Aventuras do contraditório: “delimitação” por despacho ministerial? — 4. Aventuras do contraditório: riscos de contaminação dos processos de ilícito de mera ordenação social. — 5. Outras boas intenções, vertidas em maus conceitos: a) Um princípio de “proporcionalidade”? b) Um princípio de “cooperação”? — 6. A esquecida questão dos limites dos direitos de informação em certas autoridades *sui generis*. — 7. Proposta. — 8. Observações melancólicas.

O presente escrito, do género rapsódico que dantes se chamava *silva de vária lição*, tem um tema e um pretexto. O tema são certas ideias confusas que cada vez mais se difundem entre nós acerca de princípios básicos do processo penal e de processos afins. O pretexto, por sua vez, são algumas leis recentes em que essas ideias confusas se manifestam de modo particularmente explícito, criando receios de que a partir delas se enraizem os consuetos processos domésticos que fazem que as boas coisas desapareçam facilmente, enquanto os erros se perpetuam e se reproduzem por si próprios. Como tivemos parte pessoal — ainda que muito contra-vontade, e quantas vezes com enjoo de mar encapelado — nos males que criticamos, por surpreendente que a confissão

pareça a quem não haja acompanhado as coisas de muito perto ⁽¹⁾, ninguém nos levará à conta de ofensa o que começa por ser penitência pública. E quanto à modesta forma e conceitos simples, sirva-nos de amparo poder dizer, com Burke: *we, on our parts, have learned to speak only the primitive language of the law, and not the confused jargon of Babylonian pulpits.*

1. Autoridades que investigam, autoridades que decidem?

Alguns anos de serviço público em autoridades de supervisão financeira familiarizaram-nos com os problemas práticos da investigação de ilícitos no quadro de processos de mera ordenação social. Alguns anos de *drafter*, com papel não despidendo na preparação de leis reguladoras da actividade financeira, fizeram-nos co-autor material do que sempre nos pareceu ser uma política legislativa inconveniente de transposição do regime do ilícito de mera ordenação social para as infracções graves da deontologia da actividade financeira, punidas com penas muito severas, e que extravasam por completo dos limites e sentido que os doutrinadores desse regime (Eduardo Correia, Figueiredo Dias, Costa Andrade, Faria e Costa) lhe atribuíram. Nunca tendo concordado com essa transposição — que supomos ter sido iniciada com o Código do Mercado de Valores Mobiliários — também nunca pudemos modificar o irresistível *trend*, e acabámos a procurar simplesmente, com ajustamentos *ad hoc*, reduzir os principais inconvenientes de uma política que não seguia a orientação que nos pareceu sempre preferível, a saber, separar claramente o que *cade* e o que *não cade* no quadro da mera ordenação social, criando para o que dele extravasa um *Direito e processo penal financeiro* — ainda que marginalmente modificado para contemplar as necessi-

(1) Sobre as condicionantes dos processos legislativos em que participámos, e na ausência de publicação dos trabalhos preparatórios, que se tomou lamentável hábito nacional, permitimo-nos remeter para estudos em vias de publicação, e especialmente “Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do Regime Geral das Instituições de Crédito”.

dades específicas dos mercados financeiros e aproveitar a competência técnica especializada das autoridades de supervisão.

Temos ainda a esperança de que venha a ser possível, com um esforço de reflexão colectiva, serenamente imunizada contra a propensão para o caos que caracteriza os nossos processos legislativos, reavaliar e redesenhar toda esta área crescentemente problemática, arrepiando caminho e tomando direcções mais salutares, sem esquecer que as mesmas evoluções inconvenientes se têm vindo a verificar em outros domínios, como o do ambiente e o da saúde pública, ainda que aí com a vantagem de existir um núcleo de incriminações especializadas no Código penal, o que reduz muito os perigos da administrativização a todos os azimutes. Numa sã concepção do processo de aplicação de sanções, a transplantação do processo de ordenação social para as infracções mais graves da actividade bancária, e seguradora, e bolsista, com contraditório perante a autoridade supervisora, que investiga e acusa, e que depois é também o juiz que decide, suscita por certo, salvo o respeito devido por quem a prefira, muito sérias reservas, e nem com todos os remendos que lhe introduzimos na lei bancária (circunstância atenuante do nosso pecado, mas que nunca diremos que seja justificação ou desculpa suficiente: essa só nos pode vir da obediência hierárquica!), e que depois foram reproduzidos em outras leis, e em parte na própria revisão do Decreto-lei de enquadramento realizada em 1995 — adquiriu estatuto suficientemente civilizado.

Debates instrutórios perante o próprio investigador e decisões por este, só são admissíveis em casos de escassa relevância, e com penas comensuráveis com essa escassa relevância. Assim o entenderam sempre os doutrinadores do regime da mera ordenação, e é esse o evidente espírito do Decreto-lei que o introduziu em 1982. Assim era também nas velhas contravenções, como é em toda a parte — ainda que houvesse na legislação anterior infracções administrativas atípicas, de competência governamental, e que saíam completamente fora dos quadros comuns do Código penal e do Código administrativo, entre elas, precisamente, as financeiras da banca e dos seguros. A utilização do regime da mera ordenação como instrumento de repressão e prevenção de infracções de grande gravidade — muitas das quais se contam entre as mais gra-

ves de que pode ser vítima uma comunidade, e nem por menos visíveis menos graves do que os crimes de perigo comum do Código penal, e quantas vezes de efeitos muito mais generalizados e perduráveis —, infracções frequentemente de averiguação altamente complexa, com sanções necessariamente muito severas, e julgadas desta forma administrativa, é, no contexto português (que outros contextos, deixemo-los aos *native speakers*), uma evolução altamente discutível. E na realidade, falar a este respeito de *evolução* é pouco próprio, porque se trata antes de *recuperação* ou *restauração* do espírito de leis dos anos quarenta e cinquenta, como o Decreto-Lei n.º 42 641, que sem dúvida *in tempore illo* cumpriram muitíssimo bem o seu papel (e não seremos nós quem diga mal do Decreto-Lei n.º 42 641, nós que não sabemos já escrever como quem o redigiu!), mas pertenciam a uma ordem de coisas totalmente desarmónica do contexto político e económico actual.

Não insistiremos aqui numa apreciação do estado de coisas presente à luz da filosofia do Direito e do processo penal, bastando que nos louvemos no magistério dos autores citados, a que nada é preciso acrescentar. O que pode ter cabimento sublinhar, porque parece ser menos frequentemente comentado, são as circunstâncias práticas, da ordem da eficácia e coerência da actuação das instituições, que receamos sejam ignoradas de muitos dos que não têm uma experiência vivida suficiente do modo como de facto se articulam, no sistema que se montou a partir do Código do Mercado de Valores Mobiliários, as autoridades administrativas, os tribunais e as expectativas racionais da sociedade.

Um processo em que a autoridade ao mesmo tempo investiga, organiza o contraditório e avalia os seus resultados, e no fim toma a decisão de punir ou absolver (embora sujeita a recurso para um juiz) constitui *também* — em todas as questões que não sejam de natureza e implicações muito banais — um absoluto absurdo *do próprio ponto de vista da eficácia da investigação*. Ensina a experiência universal (e ouvimos esse juízo de responsáveis de autoridades de países com modelos semelhantes) ⁽²⁾ que as autoridades

⁽²⁾ Não conhecemos aliás nenhum país em que a administrativização tenha ido tão longe, beneficiando todos os outros de múltiplas condições políticas e institucionais entre nós de todo inexistentes, e que corrigem contextualmente muitos dos defeitos dos seus sistemas, já de si bem menos graves que os do nosso.

que, em matérias complexas, têm também de decidir, *investigam muito pior e muito menos activamente* do que as autoridades que só têm que preparar uma acusação a ser decidida por um terceiro. E isto por múltiplas razões, que vão desde a dispersão de energias e natural receio de cometer erros — erros que, investidas que estão essas autoridades do poder condenatório, serão largamente irreversíveis, e nunca plenamente eliminados por um recurso judicial posterior — até às leis psicológicas fundamentais que ditam a incompatibilidade de, nas mesmas cabeças, se juntarem sem curto-circuito a *forma mentis* do investigador, e *a fortiori* a do acusador, com a *forma mentis* do julgador. Sabem-no perfeitamente os anglo-saxónicos, cujas autoridades administrativas, nas questões que não são de simples multas de trânsito, basicamente apenas preparam *cases* para decisão pelos tribunais. E são, como bem se sabe, *muito mais* eficazes.

Outro aspecto digno de nota da situação portuguesa actual é a associação entre este tipo de processo e *o grau ínfimo de aceitação pública de programas punitivos adequados à gravidade dos delitos*. Enquanto nos países anglo-saxónicos as penas dos delitos financeiros são muito severas, e ninguém se preocupa com o facto de, por exemplo, a SEC pedir a um juiz dezenas de anos de prisão e milhões de contos de multa para um traficante — fora o *disgorgement* integral dos proventos —, porque tudo vai ao crivo múltiplo e seguríssimo do rito judicial, em Portugal levantam-se as pedras das calçadas quando se sugere que delitos que movimentam muitos milhões de contos sejam punidos com multas de envergadura também milionária. Mas não só em Portugal: acontece o mesmo em todos os países com processo semelhante, e logo na própria Alemanha, que nos deu o modelo da mera ordenação, apesar da muito maior confiança que os cidadãos desse País têm na sua Administração, e do âmbito muito mais restrito em que ele é aplicado, porque o essencial das infracções financeiras se mantém firmemente como matéria de Direito e processo penal comum, administrada pelo Judiciário e não pelo Executivo.

A razão deste repúdio — compreensível razão, razão que antes de ser razão é instinto! — é que *ninguém confia num processo em que as mesmas pessoas investigam, acusam e decidem*. E a existência de uma via de recurso judicial é conforto muito

pouco convincente, pois que pode levar anos e anos a produzir sentença revogatória.

Outro fenómeno curioso e notório é que os juízes de recurso, a quem naturalmente repugna o processo inquisitório que lhes vai parar às mãos, tendem inevitavelmente, e por um mecanismo psicológico inteiramente compreensível, a *sobrerreagir na preocupação de restaurar o equilíbrio das partes*. Atrever-nos-íamos a supor não ser outra a explicação de certas decisões, e sobretudo de certas orientações de audiência, dominadas por um espírito invulgarmente cáustico, e que, salvo o devido respeito, parecem querer menos julgar o recurso do que *castigar* as autoridades administrativas (que, coitadas delas, não têm culpa nenhuma de o legislador lhes ter imposto uma tarefa obnóxica!). Esta sobrerreacção característica presta-se a ser risonhamente aproveitada por advogados hábeis na jurisprudência das cautelas. Em boa verdade, hoje em dia, em muitos casos, e quando não haja risco de males intercalares irreversíveis, a melhor tática para liquidar um processo de mera ordenação — e humilhar uma autoridade — é *não se defender, não comunicar à autoridade as melhores razões de defesa* (que quantas vezes a autoridade, por mais boa vontade e espírito de imparcialidade que a anime, não consegue descobrir por si só), e depois despejá-las em bloco no tribunal de recurso, perante um juiz que naturalmente se escandalizará, ou com a *colossal inépcia* da autoridade, ou com a sua *evidente má-fé persecutória*... No mínimo, quando apesar de tudo a prova do essencial é inabalável, consegue-se com esta tática que a repugnância do juiz perante um processo tão deficiente o obrigue a substituir a pena por um quase-nada simbólico, mostrando de passagem à traumatizada autoridade que lhe não reconhece categoria para habitar os andares superiores do edifício legal ⁽³⁾.

⁽³⁾ Só quem tenha estado presente *in loco* pode saber das humilhações que personalidades eminentes, com um currículo esmagador de serviços prestados ao País em cargos de suprema responsabilidade — desde secretários de Estado e governadores de banco central até presidentes de institutos e empresas públicas — têm sofrido em audiência, perante juízes que compreensivelmente se empolam no seu sentimento do que, em matérias graves, deve ser a Justiça sancionatória, e — não podendo chamar ali à pedra o legislador, esse ente metafísico e intangível — se vão exprimindo sobre o que, e quem, lhes está mais à mão: e quantas vezes (não obstante o bom fundamento da repugnância que têm pelo sistema), muito fora do que aliás lhes deveria o digno e escrupuloso esforço

Engana-se pois quem supuser que nas autoridades de supervisão reina o entusiasmo da *power projection* a propósito das faculdades judicantes e sancionatórias que lhes são conferidas pelas leis. Nunca nos pudemos aperceber de tal entusiasmo. Momentos de adrenalina na investigação e na prevenção de perigos para o interesse público, *Deo laudato* muitos; mas aquilo que advogados veementes e representantes de classe suspicazes conjecturam, de facto nunca o sentimos nós, nem em outros o adivinhámos. Pelo contrário, o que sempre testemunhámos nas autoridades encarregadas destas tarefas impossíveis foi uma grande inquietação com as injustiças, e os erros, que facilmente brotam — em todos os sentidos, e também em favor do suspeito — de um processo defeituoso, além da resignada certeza de que nem sequer há vantagens de eficácia que pudessem, numa visão mais cínica das coisas, contrabalançar um pouco essas injustiças e erros.

Do que as autoridades financeiras precisam não é de poderes sancionatórios — é de *meios de investigação*, por um lado, e por outro de *providências cautelares* eficazes e de execução-relâmpago, as quais naturalmente, quando se justifique, devem carecer de decretação judicial. (Claro que sem horário: quase sempre terão de ser decretadas às duas ou três da madrugada...). Ora é isso que, nos processos legislativos em que participámos, nunca foi possível consignar de modo adequado. Não parece haver ainda entre nós uma consciência suficientemente amadurecida do que deve ser uma política de vigilância financeira ao mesmo tempo verdadeiramente *liberal* e verdadeiramente *eficaz*. Dá-se às autoridades de supervisão *aquilo de que não precisam*, e pior: *aquilo que é para elas positivamente um estorvo, quando não um pesadelo* — a toga de juiz e sanções de máximos monumentais — e *nega-se-lhes o instrumentário de que elas verdadeiramente carecem*: providências preventivas e conservatórias de execução imediata, desde o bloqueio dos mais novos e sofisticados processos de transferência de fundos e evasão de activos — hoje quantas vezes de efeitos ins-

posto pelas autoridades no cumprimento da lei, bem como a pertinência substantiva das providências e decisões tomadas contra indivíduos de comportamentos altamente reprováveis. Indivíduos que, de qualquer modo, vêm do processo administrativo já com penas muito tímidas, e facilmente saem do tribunal com sanções, no cotejo internacional, *menos que irrisórias!*

tantâneos, globalizados e irreversíveis —, até à trivial selagem de instalações e apreensão de provas ⁽⁴⁾. Esse o problema, essa a necessidade. O resto é ilusão.

Pessoalmente, depois de muito termos legislado, por dever funcional, sobre ilícitos de mera ordenação (procurando embora, como ficou dito, melhorar as coisas no que era possível, e multiplicando memorandos a pedir reformas globais, com críticas bem mais acerbas do que as que aqui ficam exaradas), e depois de termos acumulado, em processos delicadíssimos, alguns deles *causes célèbres*, um capital de experiência assaz significativo, não podemos deixar de aproveitar todos os ensejos, a tempo ou a destempo como dizia S. Paulo, para chamar a atenção para estes defeitos muito graves do nosso Direito financeiro actual.

Afigura-se-nos pois da maior urgência reflectir seriamente sobre os princípios, e sobre as condições de eficácia prática, da

⁽⁴⁾ Para dar um exemplo apenas: chegou-se ao ponto de ver contestada a consagração em lei até de coisas tão corriqueiras, tão óbvias e tão indispensáveis como a selagem de estabelecimentos ilegais — que ninguém contesta no caso de talhos com carne avariada, ou de restaurantes com população murina além do razoável... E assim, para, novamente, dar apenas um exemplo do que significa na prática isto de conceder à autoridade ciclópica poderes sancionatórios (aliás muitas vezes de facto inexequíveis), mas nulos instrumentos cautelares: em certo caso recente e particularmente grave de seguradora ilegal e de duvidosíssima sede e perfil caribes, que actuava clandestinamente em Portugal, a autoridade supervisora, por extraordinário que pareça, viu-se confinada à poderosamente energética iniciativa de ... publicar anúncios em todos os jornais diários, por duas vezes, para avisar o público do perigo que corria se contratasse com essa empresa; e além disso enviar cartas com o mesmo aviso a instituições públicas, câmaras municipais e — acreditar-se-á? — até tribunais e administração fiscal, que, mesmo depois da publicação dos anúncios, ainda aceitavam *cauções* da dita! *Fechar-lhe a loja e arrancar-lhe a tabuleta* é que não houve maneira, por dúvidas (a nosso ver im procedentes, mas causa suficiente de paralisia total das instâncias) quanto à base legal! Os prejuízos causados — os conhecidos, porque os há-de ter havido também totalmente ignorados — foram enormes. Sem surpresa para ninguém senão os lesados, a organização cobrava os prémios mas não honrava os compromissos. Houve, naturalmente, um processo, com interessantes citações pelo correio para uma ilha das Caraíbas, devolvidas como inertes ao fim de muitos meses; o processo redundou na aplicação de sanções severas e impossíveis de executar contra os representantes locais; os ditos mudaram-se e continuaram tranquilamente a sua útil actividade, e provavelmente sem redução significativa do valioso *goodwill*. Infelizmente, a ilha das Caraíbas não fazia parte de nenhuma jurisdição contactável, por exemplo a de algum Estado federado dos E.U.A.: porque se fizesse, ter-se-ia facilmente conseguido arrancar uma tabuleta e fechar uma porta em Lisboa — mediante uma queixa às autoridades supervisoras *americanas*. Malhas que o Direito tece! O problema da selagem de estabelecimentos ilegais foi entretanto esclarecido, não sem resistências várias e incompreensíveis, na nova versão da lei das seguradoras.

regulamentação dos ilícitos e das sanções nas leis financeiras, e muito especialmente sobre a sua recondução à estrada real do Direito e processo penal comuns. Deve-se *limitar o sistema de mera ordenação social* àquilo a que verdadeiramente convém, e ponderar, com os melhores exemplos estrangeiros, a reorientação das autoridades de supervisão financeira, e de outras autoridades administrativas de vigilância de actividades reservadas, *para uma função processual de investigação e acusação perante o juiz comum, como ministérios públicos especializados*; função naturalmente acompanhada de todo o leque de *poderes cautelares e preventivos* que lhes devem assistir, na medida do necessário com intervenção do juiz, bem como da *jurisdição administrativa e disciplinar que, no que não tenha natureza verdadeiramente criminal*, lhes deve continuar a ser reconhecida.

Agora que está na ordem do dia uma reforma geral do nosso sistema de supervisão financeira, seria, a nosso ver, indispensável incluir na agenda também estes tópicos de reflexão.

2. Aventuras do contraditório: “contraditório” na investigação, com “limites”?

I. Onde as coisas estão mal definidas *ab initio*, não admira que até os remédios possam ser doença, e as boas intenções causem tanto ou mais receio do que as suspeitas de uma (hipotética) crueldade pagã. Encontrámos numa lei recente um exemplo muito curioso de mistura de uma louvável preocupação com os direitos dos arguidos, e que está nos antípodas da parcialidade que tantas vezes se atribui às autoridades que actuam neste contexto — com um remédio que só pode agravar os males. A lei é a nova lei orgânica da Inspeção-Geral de Finanças, por sigla IGF (Decreto-Lei n.º 249/98, de 11 de Agosto), e o remédio é a consagração do *princípio do contraditório* nas *inspecções e investigações* que esta importantíssima instituição realiza na sua, aliás muito vasta, esfera de competência.

As boas intenções a que obedeceu a redacção da lei estão acima de toda a dúvida, e chega a ser lástima ter de a utilizar como motivo de um afinamento de conceitos, em vez de qualquer outro

exemplo que não tivesse a mesma evidência de espírito de equidade e de serviço público. Mas por outro lado, pode precisamente valer a pena tentar esse esclarecimento, não a propósito de coisas grosseiras, e que não merecem atenção, mas a propósito de uma manifestação desse espírito, e de uma instituição com a excelência da IGF, exornada do justo prestígio de grandes serviços prestados ao Estado e ao País.

II. Reza o art. 17.º da nova lei orgânica da IGF, sob a rubrica “princípio do contraditório”:

“1. Sem prejuízo das garantias de defesa previstas na lei, e tendo em vista os objectivos de rigor, operacionalidade e eficácia da acção da IGF, esta conduzirá as suas intervenções com observância do princípio do contraditório, excepto quando tal procedimento for susceptível de prejudicar aqueles objectivos.

2. As modalidades e princípios orientadores da aplicação do princípio do contraditório referido no número anterior são fixados por despacho do Ministro das Finanças.”

Não é comum falar de *princípio do contraditório* no contexto de inspecções, fiscalizações, investigações e actos semelhantes. O contraditório é uma categoria do *processo* no sentido estrito e próprio do termo, e significa que ninguém pode ser condenado com fundamentos sobre os quais não tenha tido oportunidade de se pronunciar. Mas a investigação, o inquérito, a inspecção, a fiscalização não condenam ninguém. Como se sabe, a IGF tem, além dos poderes gerais de inspecção e análogos, também *poderes sancionatórios* em certas matérias de ilícito de mera ordenação social. É a propósito dos processos que instaure para esse fim que cabe falar em princípio do contraditório: não em toda a escala da sua actividade de inspecção.

O que, sem dúvida, alguém pretendeu exprimir com este art. 17.º foi outra coisa, muito diferente, a saber: que a IGF, na sua actividade de investigação, deve adoptar uma atitude *de serena imparcialidade e objectividade, considerando todos os pontos de vista, factos e interpretações relevantes para a descoberta da ver-*

dade, e portanto também, sempre — e exaustivamente — os que sejam favoráveis aos investigados. A IGF não deve actuar como um acusador empenhado exclusivamente em acumular argumentos para fazer uma acusação: deve ser um síndico imparcial, que busque a verdade plena e perfeita, e não a fundamentação artificiosa de um qualquer juízo predeterminado. Numa palavra, a IGF deve actuar como se espera que actue, por exemplo, o magistrado judicial que seja chamado — como os magistrados judiciais podem ser chamados — a fazer inquérito ou sindicância. O que implica necessariamente recolher, com a maior diligência e presteza, todas as explicações que nessa fase possam ser oferecidas pelos investigados; mas implica também não ficar à espera dessas explicações, e actuar oficiosamente para o apuramento integral da verdade, procurando por iniciativa própria averiguar todos os factos (muito especialmente no respeitante a suspeitas que, por ficarem cobertas pelo sigilo, não seja de prever que os investigados adivinhem ter toda a conveniência em refutar!). Mas este princípio, aliás fundamental, de imparcialidade e de verdade integral, *não pode* ser confundido com o princípio do contraditório.

Falar de “contraditório” neste contexto, ao contrário do que possa parecer a espíritos bem intencionados mas inexperientes, *não reforça a protecção do investigado* relativamente a uma correcta caracterização, no sentido indicado, dos deveres da autoridade. As confusões conceptuais são sempre perigosas, e *esta é das mais perigosas que pode haver* em leis que regulem investigações, inquéritos, processos por infracções e matérias análogas. Permita-se-nos que desenvolvamos um pouco este ponto, para que observações modestas, e que pretendem apenas *to speak the primitive language of the law*, não sejam mal-interpretadas.

II. *Garantias de defesa e processo contraditório* são categorias que obedecem ao princípio que os anglo-saxónicos ilustram com o famoso exemplo da gravidez: ou *existem na totalidade, ou não existem de todo.*

As investigações de delitos têm sempre uma fase preliminar em que *não pode haver ainda* processamento contraditório. E isto por múltiplas razões, que — ao contrário do que tantas vezes se diz — estão longe de ser só as da eficácia da investigação (por ex. evi-

tar que o suspeito oculte provas, fuja, etc.). Há outras razões não menos importantes, inclusive de protecção do próprio suspeito — por exemplo, evitar sujeição desnecessária aos incómodos e vexames do contacto com as autoridades judiciais, e muito especialmente, evitar a publicidade, ou pelo menos o alargamento do círculo de pessoas conhecedoras do processo, que logo implicaria a instauração de um contraditório.

O *verdadeiro* contraditório pressupõe necessariamente um *árbitro*, perante o qual a autoridade da investigação passe a ocupar a posição de *simples parte*, contraposta ao investigado segundo regras formais que tendam a assegurar uma ao menos aproximada igualdade de armas. Não há contraditório se não existe um árbitro terceiro, e se o debate entre investigado e investigador decorre... perante o próprio investigador. Um processo que só conheça esse debate, e em que o investigador, por um lado, seja parte do debate, e por outro lado, juiz dos resultados dele, não será um processo contraditório: será o que se chama (num dos sentidos do termo) *processo inquisitório, ou inquisitorial* ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ O processo penal, desde o Liberalismo, tem como dogma essencial o de que, a partir de certa altura — e de facto, o mais cedo que seja possível — o processo deve passar a ser contraditório, isto é, deve passar a decorrer perante um juiz imparcial, remetendo-se o investigador à posição de *simples parte*. No mínimo, isto acontecerá depois da acusação formal pelo procurador público: haverá então um debate perante o juiz, do qual sairá a pronúncia, ou uma absolvição pela recusa da pronúncia; e se houver pronúncia, o processo seguirá em contraditório até ao fim. Esta separação, como tem de acontecer nas verdadeiras separações em matérias penais, manifesta-se até *fisicamente*: o arguido passa a estar em outros ambientes, em outras salas, em outros prédios, com outra gente, os papéis vão para outros arquivos, etc., etc. (Há muitos exemplos históricos — pode-se mesmo falar de um *pattern* a este respeito — em que o pequeno começo de grandes desgraças consistiu, precisamente, numa concentração dos espaços físicos, a pretexto de, em si desejáveis, economias). Numa versão mais elaborada, antecipa-se o contraditório para a própria fase anterior à pronúncia. Para permitir ao suspeito livrar-se do pesadelo do processo penal o mais cedo possível, quando não há motivo para o continuar, deu-se-lhe nos Direitos continentais o poder de requerer instrução contraditória; no *common law* existe, para os crimes mais graves, um processo intercalar obrigatório perante o chamado *grand jury*, que desempenha ambas as funções que no processo continental cabem à fase da pronúncia e à fase contraditória da instrução. O essencial nesta introdução de uma fase de instrução contraditória é, mais uma vez, que tudo passe a correr perante um juiz imparcial, ficando o procurador público como parte. Nas formas ainda mais elaboradas, a instrução contraditória tomou-se, também no Continente, obrigatória para os crimes mais graves: tem-se então um paralelo do processo anglo-saxónico do *grand jury* — só que perante um juiz, e não perante um juiz e um júri.

Não há pois que falar em contraditório na actividade preliminar de investigação, enquanto decorre ainda e só perante o próprio investigador: e isto nem sequer na que se insere já na esfera de actuação de autoridades da justiça penal, como as investigações preliminares do Ministério Público em processo penal. Muito menos em inquéritos puramente administrativos, como os que, neste contexto, estão confiados à IGF.

Quer isto dizer que a autoridade de investigação não deva ouvir o mais possível o suspeito, não deva dar-lhe o mais possível oportunidades de se explicar, não deva investigar por si própria, e sem necessidade de estímulos exteriores ou de pedidos do investigado, todos os factos e interpretações, também nas perspectivas que sejam favoráveis a este, orientando portanto a investigação segundo critérios de máxima isenção, serenidade, e imparcialidade — na medida de que for humanamente capaz?

Obviamente, não. A ética da autoridade de investigação é e tem de ser uma ética de verdade integral, de isenção e imparcialidade máximas, e de investigação activa, por iniciativa própria (oficiosa, *ex officio*), de todos os factos relevantes. Nunca uma advocacia de parte, limitada apenas aos factos e interpretações que sejam favoráveis a uma possível acusação, e que lance sobre o suspeito todo o encargo de se defender — muitas vezes nem sequer sabendo contra quê, por causa do sigilo que cobrirá o essencial das hipóteses de pesquisa do investigador.

Nesse sentido, a ética da autoridade de investigação não difere da do magistrado ou juiz encarregado de uma sindicância. Nesse sentido, também o inspector da IGF deve proceder como procederia o magistrado no seu lugar.

Mas há uma *diferença abissal* entre reduzir a segurança do suspeito e a preservação da justiça a essa ética de integridade pessoal, e tomar outras precauções, materiais, objectivas, institucionais. O processo penal toma desde logo a, elementar, de partir do princípio de que há limitações psicológicas, epistémicas e morais do ser humano que impõem que a instrução seja sujeita a *control por um terceiro*, como árbitro, e mediante um *processamento de informação com estrutura totalmente distinta*.

Diga-se pois, se é necessário, na lei orgânica da IGF, que os inspectores têm de investigar a verdade integral, têm de ser

imparciais, serenos e isentos. Preferíamos que *não* se dissesse isso: primeiro, porque essas coisas não devem ser ditas com demasiada frequência nas leis, porque quanto mais se disserem, menos resultados se conseguirão (os meios de assegurar os resultados são outros); segundo, porque terá no caso presente uma conotação de remédio para vícios, e portanto de censura, que a IGF *não* merece de modo algum. O que menos se poderá desejar neste momento é que a IGF seja desprestigiada e perca a sua coragem e o seu espírito de iniciativa... como têm sido desprestigiadas, com resultados à vista, outras polícias e outras autoridades, sem excepção das financeiras.

O que não se pode dizer é que essa imparcialidade, essa isenção, esse empenhamento — *sejam garantias de defesa e processo contraditório*. Não são nem nunca serão.

III. E quem use essas palavras cruciais, abre uma caixa de Pandora. O uso dos termos “contraditório” e “garantias de defesa” neste contexto cria o perigo (que a experiência mostra ser de concretização quase certa) de que ocorra uma de duas perversões — e provavelmente ambas ao mesmo tempo — da compreensão que uma autoridade tem da sua actividade de investigação.

A primeira e mais imediata é que a auto-compreensão da autoridade *degenere num sentido de parcialidade acusatória*. Quanto mais se falar, neste contexto, de contraditório, e de garantias de defesa, mais tenderá o investigador, por um elementar e irresistível mecanismo psicológico, a dispensar-se do esforço de ser imparcial, de investigar todos os aspectos do caso — porque é sempre *esse* o grande, o enorme esforço de um síndico imparcial! —, e *descarregar todo o trabalho de averiguação dos factos favoráveis à defesa sobre o próprio investigado*. Se há contraditório, e se investigar com imparcialidade é o mais difícil e trabalhoso, a fraqueza humana ditará as suas leis: tem o investigado garantias de defesa, segundo o princípio do contraditório? — então que o investigado cuide de si. Humaníssima tentação, a que só os heróis hão-de resistir. (Serão depois *censurados* por atrasar desnecessariamente os processos, e terão má nota na avaliação de resultados, e serão preteridos nas promoções...).

Há, porém, uns *pequenos* óbices — *im Detail steckt der Teufel*. Um dos óbices é que, nesta fase, a eficácia da acção impõe *amplo sigilo*; logo, o investigado não se poderá pronunciar sobre muitos factos e interpretações, que serão quase sempre — os *essenciais*. O contraditório, as garantias de defesa serão — imagine-se! — “*limitados*”. “*Limitados*” pelo sigilo, “*limitados*” pelos imperativos (em si incontestáveis) da salvaguarda da eficácia da investigação. Com o alívio de consciência, irresistivelmente sedutor, das garantias de defesa e do contraditório (*limitados!*), a autoridade, livrando-se da enorme *maçada* de ser imparcial, e de averiguar por si própria *também* o que possa ser favorável ao investigado, cumprirá zelosamente os seus deveres legais dando ao investigado uma oportunidade de se pronunciar sobre matérias que *não prejudiquem* a investigação, e portanto não saiam fora dos *limites* do contraditório — e seguirá em frente sem rebates de consciência, com uma visão superficial, truncada, feita à pressa, do essencial.

A segunda perversão parece menos evidente, mas a experiência ensina que estas confusões produzem um efeito paradoxal sobre a auto-estima da autoridade de investigação. À medida que a autoridade inconscientemente se vai parcializando com o alibi fornecido pela satisfação formal da proclamação legislativa de pseudo-contraditórios, a que nada de autêntico corresponde na prática, *passa a atribuir aos seus juízos uma importância cada vez maior, e de facto muito superior* à que os investigadores imparciais, e que têm consciência de serem ainda e só investigadores, alguma vez atribuem aos seus. É típico que passe a pensar a sua actuação como *decisória ou condenatória*, ou como capaz de ser portadora de um juízo que *antecipe* a condenação. *Quanto mais parcial, mais judicial* — é a lei, sem dúvida paradóxica, deste outro aspecto do fenómeno. E sempre por causa das famosas “garantias de defesa” *limitadas*, e do famoso “contraditório” *sujeito a condições resolutivas...* Pois se o investigado *já se defendeu*, com garantias, e se perante a defesa do arguido o investigador (que não é *menos inteligente nem menos sábio* do que o juiz) concluiu honestamente, em *contraditório*, que o investigado delinuiu, em que mais há que perder o tempo? Protelar ou rever o juízo condenató-

rio chega a ser, além de deseconómico, verdadeiramente *desprimoroso* para o investigador!

Não se suponha há exagero no diagnóstico. Foi com estas *pequenas* confusões que se chegou entre nós a certos estados de coisas de todos conhecidos, e que escandalizam não só os juristas e os que lidam profissionalmente com o universo dos processos, das supervisões e das polícias, mas todos os cidadãos ⁽⁶⁾. São

⁽⁶⁾ Permita-se-nos uma observação complementar, que ajudará a compreender que não estamos perante nefelibatismos bizantinos, mas perante questões cruciais de que depende o *sim* e o *não* da civilização penal. Não é outra a razão última do espectáculo que vem oferecendo, com frequência, o nosso M.º P.º, quando os seus agentes se mostram *peossalmente ofendidos* por o juiz absolver. O homem comum espanta-se desse espectáculo — o jurista experiente vê nele apenas uma confirmação do seu diagnóstico de causas. O processo pelo qual o M.º P.º se parcializou e se reduziu cada vez mais a um simples advogado estatal de acusação foi acompanhado, por modo que só surpreenderá quem for de facto muito pouco perceptivo ou tenha visto muito pouco mundo, por este efeito paradoxico de excesso de auto-confiança e de supervalorização do juízo de acusação. Não por uma consciência acrescida da falibilidade dos juízos feitos nessa base tão frágil e limitada, mas por uma demasiado frequente tendência para atribuir a juízos unilaterais e puramente acusatórios *efeitos de condenação antecipada*, que nunca o velho M.º P.º — muito mais imparcial e diligente na procura de todos os aspectos da verdade, e quantas vezes o primeiro e mais solícito defensor da vítima de uma suspeição injusta! —, se atrevera a pensar sequer de longe pudessem ter os seus. O nosso M.º P.º começou por deixar que se turvasse a consciência, dantes muito nítida, de que deve ser uma magistratura imparcial, ainda que especializada na investigação para fins de acusação penal — imparcialidade que desde o Liberalismo constituía entre nós o alfa e o omega da compreensão do M.º P.º. (Isto apesar de o Liberalismo, sob a influência da concepção francesa, ter entendido o M.º P.º como representante do Rei ou do Estado — e do Governo. Antes, havia o Procurador da Coroa ou do Rei, o Promotor de Justiça, que nem sequer representava o Rei ou o Estado, e cujo nome — como toda a nossa linguagem jurídica tradicional, entre nós estupidamente abandonada — se conserva no Brasil; e outras funções exercidas por autoridades ou pessoas distintas, como o Procurador da Fazenda e o curador dos órfãos, funções que no séc. XIX foram concentradas no novo M.º P.º. Sobre a história do nosso Ministério Público v. Francisco José Velozo, Atribuições do Ministério Público em Portugal e no Brasil, in *Scientia Iuridica* 8 (1958) 15 ss; A intervenção do advogado na instrução preparatória, *Scientia Iuridica* 4 (1955) 382 ss, esp. 391s, 395.). Desde há tempos, o M.º P.º parece ter passado a conceber-se a si próprio apenas como uma espécie de advogado-de-parte-acusadora, com a só diferença de ser pago pelo orçamento do Estado. Esqueceu, de passagem, praticamente tudo o que dantes se integrava no conceito metonímico do *dever orfanológico geral* (e que não tinha que ver, claro, só com órfãos e menores, mas com a defesa do interesse público e dos interesses socialmente relevantes de pessoas ou grupos débeis), parte essencial da sua função tradicional, e de modo algum menos importante do que o serviço do processo penal. Descarregou crescentemente sobre os suspeitos, com imensa poupança de energias, o ónus de oferecerem, com o seu esforço próprio, todas as informações que lhes sejam favoráveis. Tudo isto à mistura com imensa verbiagem sobre debates, garantias,

muito perigosos os equívocos que perturbem o recto e entendimento do contraditório e das garantias de defesa, mesmo quando acompanhados das boas intenções que presidiram à redacção do art. 17.º da lei orgânica da IGF. Equívocos que ficam documentados logo na fórmula de abertura: “*sem prejuízo das garantias de defesa...*”. O simples facto de se pensar, e de *se pôr em lei*, que o conteúdo do art. 17.º, que regula uma investigação meramente administrativa, pode contender com as garantias de defesa, é um sinal de alarme.

contraditórios, constituição de arguidos na fase do inquérito, que vêm lançando uma nuvem de confusão sobre o que verdadeiramente está em causa. Debates, garantias, contraditórios, *hélas !* — é a natureza das coisas... —, “*limitados*” pelo *segredo de justiça*, pela *eficácia da investigação*, etc. Portanto nem o suspeito explica a tempo, porque nem sequer sabe o que há-de explicar, nem o M.º P.º investiga por si próprio para ilibação do suspeito — porque isso não lhe diz respeito como acusador que quer só ser. A natureza de magistratura entre nós tradicionalmente atribuída ao M.º P.º devia servir, precisamente (e servia de facto dantes), para impedir se instaurasse esta lógica perversa na fase da investigação, e para que o M.º P.º, antes de, pela acusação perante o juiz, se remeter à posição de parte acusadora, actuasse como um verdadeiro sindicante imparcial, capaz de dedicar a mesma atenção ao que pode fundamentar uma suspeita e ao que pode fazê-la desaparecer. (E ainda depois da acusação, o M.º P.º não passa a ser pura parte acusadora, porque pode propor absolvições e medidas favoráveis ao réu, e não apenas por acordo ou “*transacção*” com a defesa, como em países de puro processo “*adversarial*”, mas por iniciativa própria; e pode até recorrer da sentença, mesmo que a defesa o não acompanhe, para pedir redução de pena: o que é um dos aspectos mais notáveis da concepção tradicional do nosso M.º P.º como uma autêntica magistratura, embora especializada — e, no domínio da especialização, não menos imparcial do que a dos juízes). O Decreto-lei n.º 35007, criticado ridiculamente, na época, como iliberal, por alguns leitores de livrinhos *à la française* (com o *impressionante* argumento de que em alguns aspectos adaptava soluções da legislação alemã, em vez de vir todo de França numa condessinha, como sempre vieram os meninos e as leis, a começar pelos espécimes iliberais) teve, além das suas vantagens puramente técnicas, também sob este ponto de vista um magnífico efeito de reforço da imparcialidade da actuação do M.º P.º, por um lado, e do Juiz, por outro. O Juiz de instrução anterior, cópia do modelo francês, era um híbrido de investigador e julgador — coisa muito pior na Justiça do que na Administração; e nem por ser togado escapava muitas vezes a uma óbvia degradação do juiz em polícia, porque se o hábito não faz o monge, ainda menos a toga o juiz. O sistema que se implantou depois do Decreto 35.007, e que em grande parte subsiste, e bem, como base do sistema actual, tinha a superioridade de garantir *duplamente* aos cidadãos a imparcialidade da Justiça: imparcialidade na *investigação*, pela natureza de magistratura do M.º P.º; imparcialidade na *decisão*, pela absoluta separação entre a função do juiz e a do investigador. Foi de facto, pela primeira vez — e pormenores técnicos à parte, sempre relativamente fungíveis —, a consagração plena, em Portugal, do modelo de um processo penal liberal, que o sistema francês nunca realizou.

3. Aventuras do contraditório: “delimitação” por despacho ministerial?

I. Ao mesmo universo de confusão conceptual pertence o n.º 2 do art. 17.º, com a *regulação do conflito entre eficácia da investigação e garantias de defesa por despacho do Ministro*. É evidentemente impossível, por simples razões conceptuais, que as garantias de defesa conflituem com a eficácia da investigação, e que o conflito seja arbitrado por despacho de um Ministro. Mais uma vez: é fácil de perceber o que se queria dizer, e o que se queria dizer é razoável. Numa investigação administrativa — e deixe-se lá as “garantias de defesa”, que não vêm ao caso nem podem vir ⁽⁷⁾ — a autoridade encarregada do inquérito tem, para bem cumprir a sua função imparcial, de contactar o suspeito, e de lhe dar oportunidade de o mais cedo possível se explicar, e muito especialmente de apresentar as provas de que só ele dispõe. Mas as leis da investigação e da segurança podem ditar restrições — e podem ditá-las, precisamente porque *se não trata ainda* de garantias de defesa. (Logo que as garantias de defesa existam, a questão não se põe, porque se terá de revelar *tudo* o que se queira que fique a existir no processo, e possa ser considerado na decisão). E quando haja dúvidas sobre o que convém fazer, é natural que se leve a questão ao superior hierárquico. Mas para dizer esta coisa comezinha, não é preciso dar um exemplo legislativo de evisceração (involuntária embora) do conceito de garantias de defesa, e exarar em lei a ideia totalmente inaceitável de que as garantias de defesa podem ser limitadas pela eficácia da investigação, e o conflito arbitrado por despacho de um Ministro.

Não estando em causa, evidentemente, as excelentes intenções que ditaram a redacção destes preceitos, é indispensável revê-los com urgência, para não destoarem de modo gritante da linguagem de um Estado de Direito.

(7) Sem prejuízo, entenda-se sempre, da imparcialidade e da diligência, que implicam a audição dos interessados, para que se defendam, o mais cedo possível. Mas — perdoe-se que tanto insistamos no ponto — a imparcialidade, a diligência, o dever de audição dos interessados, que são da essência de qualquer investigação, não constituem ainda garantias de defesa. A questão é só com o conceito das verdadeiras e plenas *garantias* de defesa.

II. Anotaremos ainda que o n.º 2 não parece só criticável na sua evidente inconsistência de princípio, mas também quando reduzido a esse conteúdo comezinho que supomos ter sido o realmente desejado.

A subida ao Ministro de uma decisão sobre o que se há-de ou não dizer ao suspeito nesta fase poderá ser um exagero, e perturbar uma condição indispensável de toda e qualquer investigação em matéria grave: a solitude e a independência do investigador. Na investigação haverá naturalmente e sempre que tomar decisões sobre o que se pode e o que não se pode revelar ao investigado; mas essas decisões devem ficar exclusivamente confiadas à consciência e à integridade do investigador. Se o investigador não está à altura da função, arranje-se outro; mas a sua consciência tem de ser neste ponto soberana, e os riscos que envolva só podem ser remediados por outras vias. Entenda-se: isto não quer dizer que a decisão, quando ultrapasse certo nível de dificuldade, não possa ser deferida ao superior hierárquico. O que suscita reservas é a interferência de pessoas ou entidades alheias à investigação ⁽⁸⁾. E muito menos a de *entidades de outra natureza e com funções muito diversas* — e com tantas mil outras preocupações obsidianas e quotidianas! —, tal um Ministro.

A questão não é só de critério de decisão: é de percepção dos dados relevantes para decidir. Só o investigador ou os seus directos superiores hierárquicos, pelo contacto imediato e intuitivo com o caso, têm o conhecimento total, incluindo o irredutível *tacit knowledge* da experiência profissional adquirida, que é necessário para tomar uma boa decisão. O Ministro decidirá apenas pelo pouco que pode avaliar pelo que alguém lhe reporte, ainda que com o maior escrúpulo subjectivo e sem filtragens capciosas. Essa barreira epistémica, não a pode ultrapassar nem o mais penetrante e experiente dos decisores; e ela existe igualmente, de resto, nas próprias hierarquias internas: *ceteris paribus*, um director distante fará sempre mais erros, na avaliação dos pontos relevantes, do que o investigador pessoalmente responsável, ou um superior hierárquico mais próximo.

⁽⁸⁾ Para isso mesmo se fazem distribuições internas de processos, com separações estanques.

4. Aventuras do contraditório: riscos de contaminação dos processos de ilícito mera ordenação social

É também digna de ponderação a circunstância de a IGF ser ao mesmo tempo, para uns casos, simples investigadora, e ter para outros, em que instrui e decide *processos de mera ordenação social*, poderes de decisão e sanção. Há pois sério risco de que estas confusões nos princípios proclamados na lei orgânica da IGF, com aparência de gerais, venham a contaminar também os processos de mera ordenação social organizados dentro dos mesmos muros e confiados às mesmas pessoas — processos, esses, que têm uma fase com verdadeiro contraditório e verdadeiras garantias de defesa, ainda que também eles irremediavelmente distorcidos, sob outros pontos de vista, pelo vício fundamental de virem a ser decididos por quem ao mesmo tempo investigou e acusou. Ora, se esse vício é, sem uma reforma global, ineliminável, e não pode ser obviado na preparação de uma lei especial como a da orgânica da IGF, convém todavia não o agravar com vícios adicionais. E é muito de rezear que os estranhos conceitos dos artigos citados contaminem também, tarde ou cedo, os processos de ilícito de mera ordenação social, em que cabe à IGF decidir, e não apenas investigar. O art. 17.º, além de suscitar os problemas indicados nas investigações em que a IGF não é autoridade de decisão, poderia pois criar igualmente perturbações graves nos processos desse tipo para os quais ela tem competência, e nos quais aliás colidiria com o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

As leis são sempre muito mais eficazes na destruição do que é bom do que na correção do que é mau: e também essa verdade da experiência se deve ter presente, quando se trata de alertar para os perigos de um texto legislativo que poderia ter efeitos graves numa instituição com a excelência que ainda distingue a IGF.

Assim, e em perspectiva mais geral, a diluição dos conceitos de garantias de defesa e de contraditório, que, com boa mas imprudente intenção, a linguagem da lei orgânica da IGF pode contribuir para que se propague no futuro, não ameaça apenas a justa regulação das investigações ou inquéritos, ou inspeções administrativas. Esses conceitos avariados, se permitirmos que se enraí-

zem, tarde ou cedo hão-de invadir também os próprios processos dotados de uma fase formalmente contraditória, sobretudo os de mera ordenação social no universo da administração repressiva. (E ficou já dito o suficiente para justificar a impressão desconfortável de que, *subliminar e difusamente, ideias afins se instilaram já no próprio universo do Ministério Público e dos tribunais judiciais*). Se dispuséssemos, na linguagem corrente, de termos diferentes para esses conceitos degenerados, talvez escapássemos à pandemia semântica: mas não existem, e não é de prever que passemos a falar com índices ou subscritos, por exemplo *contraditório*₁ — o autêntico — e *contraditório*₂ — o “contraditório-inquisitório”, *limitado*, como diz esse absurdo art. 17.º, pelo sigilo, pela eficácia da investigação, e pelo mais que haja... Em boa verdade, precisaríamos ainda, pelo menos, de um outro termo com subscrito, *contraditório*₃, para designar o processo de mera ordenação social, que tem formalmente uma fase contraditória com garantias de defesa — mas é depois decidido pela entidade que investigou e acusou; e portanto, sob este ponto de vista, outra vez e só — processo inquisitório. Ainda mais fascinante seria termos de adotar, em paralelo, expressões como *garantias*₁, *garantias*₂, ... *garantias*_n!)

Assim sendo, quanto mais deixarmos meter o contraditório no inquisitório, maior perigo correremos de, perdida a noção clara das diferenças entre um e outro, um dia acordarmos — com *o inquisitório no contraditório*.

5. Outras boas intenções, vertidas em maus conceitos

Esta nota deveria provavelmente terminar aqui, porque a análise da lei orgânica da IGF não é o seu objecto; a outros mais doutos deixamos os juízos de doutrina, de política legislativa e de desenho institucional sobre o que possa e deva ser, no seu conjunto, a lei orgânica da IGF. Mas ainda nos abalancharemos a sublinhar dois outros pontos de crítica, não por ocorrerem nesta lei determinada, mas enquanto servem também de exemplo oportuno para considerações de índole geral, sugeridas do mesmo modo, não só pela experiência dos livros, mas pelo livro da experiência.

a) *Um princípio de “proporcionalidade”?*

A lei define, mais uma vez com excelentes intenções, um *princípio da proporcionalidade*. O princípio que estabelece com esta rubrica não tem, no entanto, nada que ver com o que na linguagem consagrada, não só no uso dos juristas, mas também no uso do legislador, designadamente das leis do Direito público, há muito se convencionou assim designar. O que o art. 12.º, com a epígrafe “princípio da proporcionalidade”, define é simplesmente uma *regra de optimização técnica dos recursos disponíveis*:

“No exercício das suas funções, os inspectores da IGF deverão pautar a sua conduta pela adequação dos seus procedimentos aos objectivos da acção.”

Denomina-se “princípio da proporcionalidade”, na terminologia jurídica consolidada, o princípio que, com linguagem menos opaca, se pode denominar “princípio do meio menos gravoso”, isto é, o princípio segundo o qual todo o acto humano, ainda que lícito, deve ser praticado de modo a causar o menor dano possível aos direitos e interesses alheios (cfr. art. 50.º do Código de Procedimento Administrativo). Este princípio é generalíssimo: vale para os actos meramente lícitos como para os que são praticados no exercício de direitos subjectivos, de poderes especiais, e de deveres; vale para o Direito privado como para o Direito público; vale para os actos dos particulares como para os actos do Estado; e vale até para as causas de justificação, por exemplo para a legítima defesa, para o estado de necessidade, para o exercício de direito, para o cumprimento de dever (que cobrem apenas as lesões indispensáveis à preservação autorizada de certos bens, sendo sempre ilícito causar a quem quer que seja, incluindo aos prevaricadores, lesões desnecessárias).

O art 12.º contém simplesmente uma regra técnica de optimização dos meios, um critério de gestão interna, enquanto tal excelente, mas em nada e por nada a garantia externa dos direitos dos indivíduos e das empresas que serão objecto da acção da autoridade, e que se designa precisamente com a fórmula “princípio da proporcionalidade”. Sendo indiscutível na sua esfera própria, que é a da gestão dos meios, não substitui o princípio ético e jurídico.

Considerando o investigado, simplesmente, como um *outro* meio técnico da investigação, o art. 12.º justificaria muitas vezes a imposição àquele não do *mínimo*, mas do *máximo sacrifício* alternativo. (*)

b) *Um princípio de “cooperação”?*

Menos esdrúxulo embora, mas também merecedor de reparo, é o art. 13.º, que traz a epígrafe *princípio da cooperação*. Reza o artigo:

“Sempre que não esteja em causa o êxito da acção ou o dever de sigilo, a IGF deve fornecer às entidades objecto da sua intervenção as informações ou outros esclarecimentos de interesse justificado que lhe sejam solicitados, no contexto da administração aberta aos cidadãos.”

O texto pretende manifestamente consagrar o direito de informação dos particulares, hoje também amplamente reconhecido e regulado no nosso Direito administrativo. A rubrica, porém, substitui o termo técnico “direito de informação” pela fórmula “princípio da cooperação”. Como o conceito de cooperação é muito menos estruturado juridicamente do que o de direito de informação, o seu uso no art. 13.º pode redundar num *enfraquecimento*, e não num reforço, dos direitos de informação que, à luz da lei geral administrativa, seriam reconhecidos aos particulares. E de facto, se nos contextos do Direito público em que hoje falamos correntemente de direitos de informação dos particulares, passássemos a falar, ou a lei passasse a falar, de uma genérica e vaga “cooperação da Administração com os particulares”, sem dúvida que toda a gente pensaria ter ocorrido um enfraquecimento do direito de informação (9).

(*) Já depois de redigido o texto, tivemos notícia de outro exemplo deste uso impróprio da expressão “princípio da proporcionalidade”: v. o art. 12.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

(9) Que, note-se, nesta fase *também não é uma garantia*, porque está, e tem de estar, multiplemente limitado pelo dever de sigilo, imperativos da investigação, etc. como bem diz o art. 13.º A isso nada há que objectar, salvo na medida em que o conjunto da lei possa mais uma vez sugerir, subliminarmente ao menos, alguma assimilação indevida às verdadeiras garantias.

Não cabe aqui analisar os vários usos do termo “cooperação” nas leis administrativas. Tradicionalmente, fala-se de deveres de cooperação em dois contextos: *a)* como *deveres dos particulares*, para indicar o dever negativo de não obstruir a acção administrativa, ou o dever positivo de lhe facultar meios necessários; *b)* como *deveres de entidades administrativas*, para indicar os *deveres de assistência mútua dessas entidades* (note-se: assistência de entidades administrativas a outras entidades administrativas, não a particulares!). Naturalmente, não se tratando de um termo técnico perfeitamente consolidado, nada impede que se fale de cooperação das entidades administrativas com os particulares, e é provável que, percorrendo a biblioteca borgiana, se encontrem outras instâncias de uso do termo nesse sentido. Mas o que importa não é o gosto linguístico das escolhas de palavras, mas a estruturação das normas jurídicas às quais andam associadas.

A informação pode ser vista como um simples elemento em conjuntos mais ou menos amplos de práticas de colaboração entre indivíduos e autoridades. Mas dada a importância proeminente do dever de informação e a facilidade comparativa de o definir como dever especial, costuma-se sempre distinguir entre “dever de informação”, com o seu regime preciso e claramente estruturado, por um lado, e por outro lado todas as demais formas de colaboração, definidas de modo muito mais vago, e que, em surgindo litígios, terão de ser objecto de ampla apreciação — ampla e criativa — por parte dos tribunais. Daí que, em muitas leis, se contemple em separado o “direito de informação”, que é aquilo que basicamente interessa na esmagadora maioria dos casos práticos, e que não pode ser sujeito a dúvidas e ambiguidades, e se deixe para uma disposição *catch-all* os deveres de “colaboração”; como categoria decerto não puramente programática, mas nem de longe nem de perto com estruturação jurídica comparável à do direito de informação. Nem é preciso, para ilustrar este modo intuitivo de legislar, citar outra coisa que não o Código de Procedimento Administrativo. É o que este diploma fundamental precisamente faz: trata dos direitos de informação dos particulares, e dos concomitantes deveres de informar da Administração, nos arts. 61.º e seguintes; e no art. 7.º consagra como princípio geral do Direito administrativo o “princípio da colaboração da Administração com os particulares”. Toda a gente sabe

que, enquanto os arts. 61.º e seguintes são quotidianamente citados em petições e alegações, ao art. 7.º raramente se recorre, e assim continuará a acontecer, enquanto não for desenvolvido, pelos tribunais e pela doutrina, em especificações mais precisas.

É por isso que falar de “cooperação” a propósito de “informação” só pode criar equívocos e diluir a nitidez do direito de informação que, no âmbito muito limitado em que já exista nessa fase, se pretendeu afinal, e louvavelmente, reconhecer: e isto de modo gratuito, porque se nada se dissesse, valeria plenamente o disposto na lei geral — como aliás continua a valer, tendo-se embora dito o que se disse ⁽¹⁰⁾.

Mas há mais. A confusão sobre estes pontos delicados não fica por aqui. No art. 16.º aparece-nos a epígrafe “deveres de colaboração e informação”, e sob ela o texto seguinte:

“1. As entidades sujeitas à intervenção da IGF devem disponibilizar o acesso ou fornecer os elementos de informação que esta considere necessários ao exercício das suas competências e ao êxito da sua missão, nos moldes, nos suportes e com a periodicidade havida por conveniente, segundo os parâmetros da boa fé.

2. Os titulares dos órgãos das entidades sujeitas à intervenção da IGF estão obrigados a prestar-lhe ou a fazer prestar as informações e os esclarecimentos, a facultar documentos e a colaborar da forma que lhes for solicitada, no âmbito das suas funções, podendo, para o efeito, ser requisitada a comparência de responsáveis, funcionários e agentes dos serviços e organismos do Estado, nomeadamente, para a prestação de declarações ou depoimentos (...).”

⁽¹⁰⁾ Admitimos no entanto que a opção por uma terminologia *ad hoc* tenha resultado, precisamente, da preocupação com as implicações excessivas que poderiam ser lidas na expressão “direito”, ou “dever de informação”. Isto é, o receio de que um acesso muito limitado a informação, e sujeito plenamente ao prudente arbítrio da autoridade (porque não pode deixar de ser assim na fase da inspecção e investigação) fosse confundido com uma verdadeira garantia de defesa. Mas se esse foi o motivo da escolha da terminologia “cooperação”, “colaboração” e semelhantes, a solução acabou por criar mais confusões do que as que queria evitar. Teria sido bem melhor, ou regular *ex professo*, com o pormenor necessário, essa delicadíssima matéria (v. a propósito infra, n.º 6) — ou omiti-la por completo, deixando à jurisprudência a adaptação dos princípios gerais.

Quer dizer: na linguagem comum nas leis, designadamente financeiras, e no Código de Procedimento Administrativo, “coopeção” significa coadjuvação das autoridades pelos particulares ou por outras autoridades, e “colaboração” significa a assistência das autoridades aos particulares. Na lei orgânica da IGF, “cooperação” significa a assistência das autoridades aos particulares, e “colaboração” designa os deveres dos particulares de coadjuvar as autoridades. Idiossincrático é também o uso do termo “dever de informação”, que aparece na rubrica do art. 16.º, a propósito do dever de informação dos particulares, mas não na rubrica do art. 13.º, a propósito do dever de informação *da autoridade*, ficando nesta substituído pela fórmula difusa, e sem conteúdo técnico preciso, do “princípio da cooperação”.

Nada disto tem muita importância, dir-se-á? É entropia. E a entropia *tem* importância.

6. A esquecida questão dos direitos de informação em certas autoridades sui generis

O mais curioso é que as autoridades de investigação e supervisão financeira, como a IGF, *carecem urgentemente de uma cuidada elaboração dos problemas do direito de informação*. Como em outros lugares tivemos ocasião de explanar detidamente, *as normas gerais do Código de Procedimento Administrativo sobre direito de informação*, excelentes para a generalidade dos casos — v.g. câmaras municipais, repartições ministeriais, etc. —, *são gravemente inadequadas, em certos aspectos, à actuação das autoridades de supervisão financeira* (tal como o são, evidentemente, a instituições como a polícia judiciária e o ministério público, os serviços secretos ou os supremos comandos militares, no seu objecto de acção específico ⁽¹¹⁾). Esta inadequação está a

(11) Este problema tem sido ignorado, supomos, porque ainda não se generalizaram os pedidos de toda a documentação “nominativa”, nos termos do Código de Procedimento Administrativo, à Polícia Judiciária, ao Ministério Público e ao SIS. Mas já houve pedidos e recursos contra autoridades financeiras (de militares não sabemos) que reclamavam toda a documentação, inclusive memorandos internos e blocos de apontamentos, sem qualquer excepção de natureza, objecto, valor jurídico ou relação lógica com os verdadeiros direitos de defesa... Lá se chegará em breve, porém, se não houver o esclarecimento legislativo indispensável, e apesar da elevada qualidade da nossa jurisprudência e literatura administrativas.

ser reconhecida pelos tribunais, mas com dificuldades que a lei deveria prevenir em abstracto e *ex ante*, e com repercussões litigatórias que perturbam interesses públicos eminentes e redundam em desprestígio da magistratura e do Estado.

Em outros países, de inexcusável *rule of law*, esses problemas foram antecipados pela lei ou pela jurisprudência, e pura e simplesmente não são actuais, ainda que as suas leis sobre transparência administrativa sejam não menos, mas ainda mais exigentes do que as nossas. Por isso, *seria muito bem-vinda uma tentativa de esclarecer de modo explícito e exaustivo os aspectos específicos do direito de informação numa instituição como a IGF*. Esta é das questões em que se justifica verdadeiramente que uma lei especial exista, não para repetir o que já resultaria dos princípios gerais do Direito Administrativo, coisa sempre inconveniente, mas para os especificar e desenvolver em contextos que não correspondem ao paradigma comum para o qual foram pensados e formulados, e em que há imperativos indiscutíveis de sigilo e de protecção dos métodos de investigação e dos investigadores, sob pena de toda a actividade de vigilância soçobrar — ou até ficar ao serviço dos infractores...

Não parece, porém, que os textos citados produzam outra coisa que não seja o enfraquecimento do direito de informação, no âmbito (nesta fase muito limitado, e de modo algum conceptualizável como verdadeira garantia de defesa) em que deva ser reconhecido — sem ao mesmo tempo contribuírem em nada para essas grandes questões de fundo que carecem de solução urgente ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Uma observação sobre a linguagem do Decreto-Lei n.º 294/98. Ela merece reparo, por não corresponder ao que se espera de uma instituição com o prestígio da IGF. O uso e abuso de bordões e *clichés*, que não significam nada, ou pelo menos nada de conceptualmente preciso, ou precisável, diminui a qualidade de algumas declarações do diploma. Veja-se por exemplo o art. 8.º, n.º 1: “a observância da *política de qualidade dos processos e dos produtos operativos* da IGF”; o art. 30.º, n.º 1: “na organização e gestão a IGF adopta um *modelo flexível e participado*”; o art. 13.º: “a IGF, no *contexto da administração aberta aos cidadãos*”... Mas o que será a *política de qualidade dos processos* da IGF? E o *produto operativo*? E a administração aberta, numa instituição que deve servir para investigações super-confidenciais e de máxima urgência? E o *modelo flexível e participado de organização e gestão*? Os processos serão distribuídos por votação em RGI, reunião geral de inspectores? Ou trata-se antes de *outsourcing*? É óbvio que estas expressões não são para tomar à letra, nem ninguém as levará a tal ponto a sério que queira ler nelas algum significado. São frases de moda, tiradas dos programas de governo, mas que é melhor deixar nos contextos a que pertencem, e não transplantar para as leis.

7. Proposta

Para melhorar a lei orgânica da IGF, e limitando-nos a um simples ajustamento mínimo do texto, sem esboçar soluções de fundo (por exemplo para as delicadas questões da delimitação precisa do direito e dever de informação), faríamos as seguintes sugestões de alteração do articulado:

Artigo 12.º. — *Princípio da proporcionalidade.* — *A acção da IGF deve pautar-se pelo princípio da proporcionalidade, evitando sempre custos e prejuízos desnecessários às entidades sujeitas à sua fiscalização.*

Artigo 13.º — *Dever de informação* — Sempre que não esteja em causa (como no actual art. 13.º)

Artigo 15.º-A — *Optimização dos recursos* — No exercício das suas funções.... (como no actual art. 12.º).

Artigo 17.º. — *Audição* — *Salvaguardados os limites que decorram dos objectivos e condições de eficácia das acções de fiscalização, a IGF ouvirá sempre, em tempo útil, as entidades inspeccionadas* ⁽¹³⁾.

8. Observações melancólicas

Oxalá o leitor não conclua que a hesitação e relutância confessadas no início desta prosa deveriam ter tido mais peso, e paralisado a sequência... Desejaríamos sobretudo — mas será quase ridículo dizê-lo, com um passado de dedicação ao serviço público na regulamentação e na supervisão financeira —, que esta prosa não fosse confundida com certas logorreias que exsudam hostilidade às autoridades de supervisão financeira, e que relevam de uma ideologia *lumpen* para a qual as mais elementares normas de higiene são intoleráveis atentados à liberdade constitucional de viver (dizendo melhor, à liberdade constitucional de *obrigar os*

⁽¹³⁾ *Direito de audição*, e não “direito” ou “garantia de defesa”, “contraditório”, etc., é o termo técnico comum para o que se quer exprimir neste art. 17.º

outros a viver) em bairros-de-lata. Sempre nos preocuparam as garantias individuais; e na preparação de obra legislativa supomos ter deixado, apesar dos *trends* irresistíveis e dentro das possibilidades de manobra que restavam, alguns evidentes sinais, se não de progresso, pelo menos de travagem e evitação de males maiores. Mas causa-nos náusea a gritaria pseudo-liberal e pseudo-garantista dos que desejariam que tivéssemos o ordenamento financeiro... da Indonésia, e só cederam e cedem pela força das intervenções da União Europeia, sem as quais não teríamos conseguido nem sequer o ainda muito escasso grau de civilidade que nos vai permitindo respirar. Não anima pois esta nota, repetimos, qualquer reserva ou cepticismo quanto à natureza e função das autoridades de supervisão financeira em geral, nem, muito em particular, da IGF, que com injustiça objectiva acabou por nos servir de esteio argumentativo para considerações que não têm que ver com esta ou aquela instituição, mas com problemas gerais e graves do Direito doméstico; e preocupa-nos tanto o que as confusões conceptuais aqui denunciadas possam acarretar de incómodos e injustiças para com os interessados, como a corrosão e enfraquecimento dessas instituições — que redundarão em outras injustiças para muitos outros cidadãos, em regra menos *vocais*, às vezes demasiado pouco lembrados nos debates forenses, em que por definição não estão presentes, e que só poderão beneficiar da actividade das autoridades de investigação e supervisão, se *firme e eficaz* for.

Isto dito, porém, logo se insinua na meditação um elemento de melancolia compulsiva. Porque a questão, principal objecto desta nota, da garantia dos direitos dos indivíduos e das empresas que são objecto da acção das autoridades encarregadas de zelar pela limpeza dos nossos costumes financeiros (desde a IGF até ao Banco de Portugal, à Comissão da Bolsa, ao Instituto dos Seguros, à Administração fiscal), simultaneamente com o progresso indispensável na eficácia da defesa impertérrita da integridade dos mercados — *é provavelmente daquelas que não têm já solução no nosso País*. Parece estar irremediavelmente perdida entre nós a consciência mesma dos conceitos e das regras que, nos países que são o modelo universal da *rule of law*, possibilitam o equilíbrio e a conciliação entre a eficácia das autoridades financeiras e fiscais — que em muitos casos não pode ser menos de *fulminante* — e a

preservação dos direitos dos cidadãos — que em caso algum pode ser menos de *perfeita*. Gerou-se um dilema: de um lado, os excessos dos entraves e chicanas pseudo-jurídicos e pseudo-constitucionais, que paralisam a acção legítima das autoridades, possibilitam o *free-riding* generalizado dos prevaricadores sobre os cidadãos que cumprem a lei, fomentam poderosamente a corrupção em todas as suas formas, e ameaçam minar as próprias condições constitutivas da vida social e da actividade económica; de outro, os receios de gato escaldado, de que um reforço dos instrumentos de acção da autoridade, por falta de um contexto estruturado de regras e práticas civilizadas, produza efeitos de injustiça nos cidadãos cumpridores, produzindo efeitos nenhuns nos delinquentes, que arranjarão sempre modo de lhe ser imunes. Este dilema pesa, com uma fatalidade de fracasso, sobre todos os esforços de reforma. E é difícil fugir à suspeita de que tudo o que se queira fazer para tentar corrigir, por via legislativa, os vícios em que nos atolamos não produzirá outra coisa que não efeitos perversos de agravamento dos mesmos vícios, enquanto as condições contextuais da aplicação das leis forem as que são hoje. Só reformas políticas globais, de momento inimagináveis, poderiam criar as condições que nos faltam. ⁽¹⁴⁾ E reformas políticas globais, quem as espera, que não desespere?

⁽¹⁴⁾ A começar por reformas na Justiça (não nos papéis, mas na selecção e preparação dos Magistrados e na actuação do Tribunais e do M.º P.º). O juízo generalizado de que os Tribunais e o M.º P.º não estão em condições de lidar de modo adequado com a maioria dos casos graves de supervisão financeira tem sido determinante no recurso excessivo ao processo de mera ordenação. Compreende-se o expediente como solução transitória, e em desespero de causa..., mas seria detestável que se caísse, nesta matéria também, no velho vício nacional de perpetuar remendos provisórios para não atacar as questões de fundo.