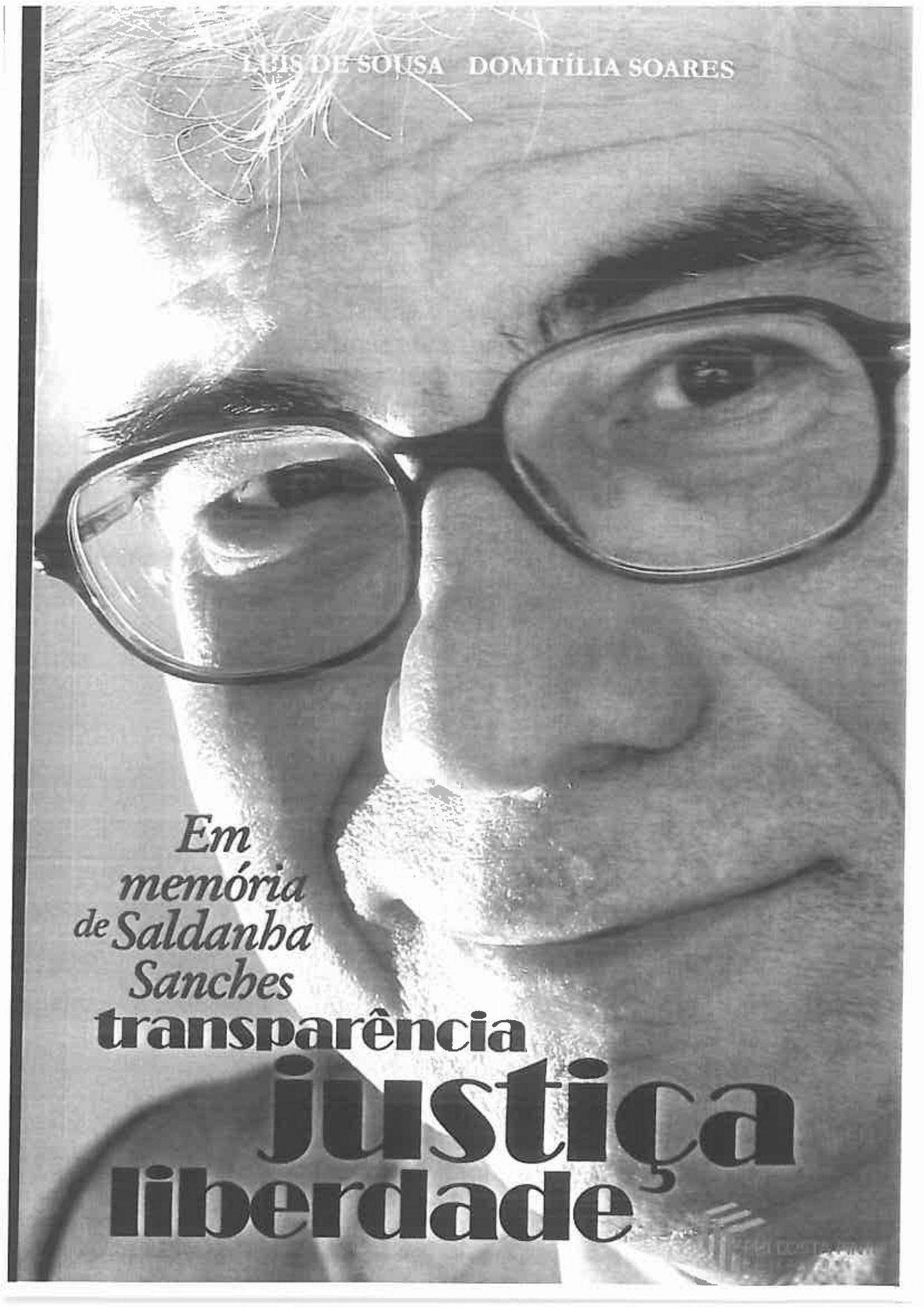




LEIS DE SOUSA DOMITÍLIA SOARES

*Em
memória
de Saldanha
Sanches*

transparência

**justiça
liberdade**

«O ordenamento jurídico (que atribui e tutela direitos) é o mais importante dos bens públicos fornecidos pelo Estado e é uma condição essencial para o funcionamento da economia e sociedade»²⁶. Desde logo, porque ainda muitas outras decisões judiciais serão proferidas ao arrepio do entendimento uniforme do Supremo Tribunal, criando desigualdades no tratamento jurídico de situações análogas em manifesta contradição com o princípio da segurança jurídica dos cidadãos/as na aplicação do direito.

Claro está que, entretanto, as boas práticas podem fazer boas as más e tortuosas leis..., mas o ideal seria ter boas leis e melhores práticas.

²⁶ J.I.. Saldanha Sanches (2010, p. 23).

capítulo

Natureza social da fraude nas empresas

POR
Carlos
Pimenta



CARLOS PIMENTA É professor catedrático de Economia na FEUP. Fundador Centro de Estudos Africanos da Universidade do Porto e Presidente da Direcção do Observatório de Economia e Gestão de Fraude. É Vogal da Direcção da Transparência e Integridade - Associação Cívica, ponto de contacto nacional da *Transparency International*. Foi dirigente associativo estudantil durante a crise académica de 1968/70.

Estas singelas linhas são-te dedicadas.
Pouco coloquiais no seu estilo, mas com
a confiança que ainda possuam algumas
sementes dos sonhos que cultivastes e dos
desafios que fui aprendendo

Ajudaste a tecer as dobras da minha irreverência e utopia, a esculpir o machado que circuncidou os receios pueris moldados em anos de pacatez. Quando cheguei à Universidade ainda estavam vivas as pinceladas da crise académica em que participaste. O teu nome era bandeira pela amnistia dos presos políticos, assim como os comunicados apelando à tua libertação eram navios rasgando o oceano conducente a uma sociedade nova.

As cascatas das tuas e minhas ideias eram torrentes, quase sempre de águas agitadas pela rigidez das margens, desaguando em recantos diferentes. Ambas verdejando as margens com sonhos ou fazendo mover moinhos simbólicos. Assim se mantiveram.

Reencontrámo-nos no combate à corrupção, ponto de encontro de fraude fiscal e fraude económico-financeira, à luz das mesmas preocupações éticas.

Precisão do conceito

**Entre a impossibilidade racionalista de encontrar
uma definição completa e inequívoca e o ragmatismo
do conhecimento corrente que não necessita de uma
definição para reconhecer as situações**

Há que encontrar uma situação intermédia, que evite entendimentos diferentes conforme os interlocutores e que apresente a operacionalidade suficiente para categorizar relações sociais e permitir uma adequada acção de detecção e prevenção.

Esta necessidade é tanto maior quanto, no direito português, fraude é quase automaticamente adjectivada e identificada como fraude fiscal. Na linguagem corrente quase é sinónimo de “vigarice”, umas vezes, de “roubo”, outras.

Sendo comumente aceite, que a fraude é o resultado de um “comportamento desviante” ficam por identificar as normas que são violadas, em acto ou potência. Violação que tem impactos sociais, expressáveis em termos económico-financeiros.

Não há fraude sem logro, sem engano, mas pode haver logro ou engano sem que haja fraude, quer porque não é susceptível de produzir efeito, quer porque não tem os impactos económico-financeiros.

De uma forma mais pormenorizada podemos dizer que há fraude quando se combinam os elementos seguintes:

- Uma declaração material falsa, por engano ou ocultação;
- Conhecimento de que a declaração era falsa no momento em que foi proferida;
- Existência de vantagens (para os defraudadores) ou danos (para terceiros) daí resultantes (Pimenta, 2008).

Estes elementos constitutivos da fraude carecem de alguns comentários adicionais:

- Por vezes acrescenta-se como característica constitutiva a “confiança na declaração falsa por parte da vítima”, mas em determinados tipos de fraude pode ser abusivo, quer porque as vítimas não intervêm directamente no processo, não são confrontadas com a falsidade da declaração (é o que acontece, por exemplo, com um acto de corrupção garantindo a vitória num concurso público), quer porque as vítimas são difíceis de identificar, parcial ou totalmente (como, por exemplo, quando há manipulação dos relatos financeiros para justificar prémios mais altos aos administradores).
- Enquanto a existência de vantagens é inequívoca, nem sempre é clara a existência de danos. Uma leitura dialéctica da sociedade, como a que defendemos, não permite dissociar vantagens e desvantagens mas a forma como umas e outras se manifestam, os tempos e espaços de revelação e os seus actores podem dificultar o estabelecimento de uma relação, a identificação de uma ligação de causa e efeito. Por exemplo, como relacionar uma apropriação indevida de activos de uma empresa no momento t com a falência de empresas fornecedoras no momento $t+a$ ou com a redução de postos de trabalho em $t+b$?

- As vantagens podem ser efectivas ou potenciais. Serão, por exemplo, efectivas quando uma empresa paga impostos a quem do que lhe eram exigidos. Poderão ser apenas potenciais quando no preenchimento de um contrato de seguro de saúde se prestam informações erradas sobre doenças preexistentes.
- Em qualquer das circunstâncias, há uma intencionalidade, como se deduz facilmente. O engano ou a ocultação são praticados conscientemente, visando a obtenção de vantagens. Por vezes o “erro” ou a “falta de zelo” têm efeitos semelhantes, por vezes a fraude mascara-se de “erro” para ensaiar a viabilidade de sucesso, mas são situações a excluir destas considerações iniciais.

O que é violado num comportamento fraudulento? Quais são as normas em relação às quais há um desvio?

Em muitas situações, há a violação objectiva da lei, penal, civil ou outra. Violação reconhecida, ou não, pelas instituições competentes. Se muitas situações são claras, conduzindo a um reconhecimento da referida violação, em muitas outras a dificuldade da identificação das vítimas, o logro sempre presente e a camuflagem associada, a utilização da informática, o número reduzido de técnicos susceptíveis de interpretar as situações, o número e diversidade dos intervenientes, as diferenças conceptuais e terminológicas da Gestão e do Direito, assim como as características do direito positivo e consuetudinário vigentes podem inviabilizar esse reconhecimento efectivo.

Noutras situações, há a violação de normas, regulamentos internos ou políticas estabelecidas, admitindo-se que eles são conhecidos de quem está vinculado ao seu cumprimento.

Estas são situações claras que, apesar das dificuldades anteriormente aludidas, permitem identificar inequivocamente as fraudes. Contudo, há outras situações em que as fronteiras são bastante mais difusas.

É, por exemplo, o que acontece, quando são violadas condutas éticas ou quando não são respeitadas as expectativas do mercado, para utilizar a terminologia frequentemente adoptada em algumas definições

Numa primeira leitura, poderemos admitir que a violação da ética, que permite obter vantagens ou provocar danos, e a violação das expectativas do

mercado são duas faces da mesma moeda. Seria, contudo, uma leitura muito simplista. É preciso igualmente acrescentar que não há, longe disso, uma relação biunívoca entre ética e Lei.

Existem usos e costumes comuns a toda a sociedade, mas essa universalidade não permite encobrir a confrontação de diferentes éticas conforme as relações sociais em que indivíduos e grupos se inserem, conforme os limites objectivos das suas “consciências possíveis”, conforme a velocidade dos processos de transformação em que estão inseridos, conforme as ideologias e os conceitos metafísicos que perfilham. Em cada momento, existe em cada sociedade um xadrez de diferentes éticas, cada uma com a sua topologia própria. Certamente que umas serão dominantes e outras dominadas, umas mais vastas que outras, até porque “todo o sistema económico exige um conjunto de regras, uma ideologia para a justificar e uma consciência no indivíduo que o obrigue a lutar para mantê-las” (Robinson, 1964:18). Contudo, qualquer debate ideológico ou metafísico, subjacente a estas problemáticas, é inconclusivo.

A ética está em permanente mudança. O que, hoje, é considerado “normal” não foi o padrão de referência em épocas passadas e certamente perecerão em algum devir. As situações de crise social profunda, os momentos de transformação catastrófica são particularmente propensos a arrastar vincadas alterações éticas. Há um devir que altera sistematicamente o xadrez de complementaridades e conflitos. Sobretudo, pode gerar um conflito irresolúvel entre o instantâneo presente e premente de prevenção e detecção da fraude e o devir indeterminado da sua identificação.

A percepção das “expectativas do mercado” é mais fácil de determinar. Porque o mercado é a expressão simbólica dos conflitos de vontade das pessoas, individuais ou colectivas, envolvidas em relações económicas. Falar em expectativas do mercado é uma forma enviesada de expressar as regras de funcionamento das relações de troca e de repartição de rendimento ditada pelos grupos hegemónicos. Numa época de mercados oligopolistas, tendencialmente monopolistas, de enfraquecimento político e económico dos Estados, de financiarização da economia e de relevância da especulação nos preços dos bens vitais para a reprodução do sistema, de profundas desigualdades económicas, com tendência para agravarem-se, admitir que a “igualdade de oportunidades”, a “transparência”, a “(livre) concorrência” são algumas das expectativas seria defraudarmo-nos na própria definição de fraude.

Enfim, a fraude é um acto de violação das normas sociais dominantes, utilizando intencionalmente o logro que acarreta vantagens económicas a quem as pratica

A sua detecção e combate passa pelas práticas sociais éticas e de “bons costumes”. O combate passa, essencialmente, pela adequação da Lei e a sua aplicação. A sua detecção exige um conhecimento das situações individuais, institucionais e sociais susceptíveis de romper o encobrimento em que se encontram. A sua prevenção faz apelo a tudo isso, ao reconhecimento generalizado de que há que garantir uma vida digna a todos os cidadãos e um robustecimento das relações éticas.

A detecção e prevenção da fraude exigem também um reforço interdisciplinar (da Economia à Criminologia, do Direito à Contabilidade, da Criminologia à Gestão, da Psicologia à Matemática, dos Sistemas de Informação à Estatística, etc.) e a criação de especialistas capazes de lidar com a complexidade da fraude.

Diversidade de situações

A abrangência do conceito de fraude anteriormente referida ressalta com evidência

São muito diversas as situações identificáveis como fraude. Também os critérios de classificação podem ser muito diversos. Limitamo-nos, de passagem, a dar alguns exemplos de classificação, reproduzindo o que já temos referido noutras ocasiões (Pimenta, 2008).

Pode ser classificada segundo o local (nas empresas, nas escolas, etc.), segundo o lesado (ao consumidor, ao Estado, ...), segundo quem a pratica, (dos empregados de uma instituição, dos políticos, etc.), segundo a natureza das consequências imediatas (económica em sentido estrito, desportiva, etc.). Pode ser classificada segundo a relação entre quem logra e quem é logrado (por exemplo, na burla quem logra tem de se relacionar com o logrado, na corrupção o logro exige a intervenção de terceiros, em vários outros casos é praticado “isoladamente”).

Na fraude económica nas instituições é habitual referir a fraude ocupacional e a fraude organizacional.

Estaremos numa situação de fraude ocupacional quando algumas das entidades que se relacionam com a instituição (funcionários, clientes, fornecedores, outros) a logram, causando-lhe prejuízos. Estaremos numa situação de

fraude organizacional quando ela é cometida em benefício da própria empresa, geralmente pelos centros de decisão e gestão.

Acrescente-se que:

- É possível optar por outro tipo de classificações (ex: fraude interna ou externa);
- Qualquer um dos termos de uma classificação é susceptível de novas decomposições e classificações, tudo dependendo dos critérios adoptados (por exemplo, a fraude ocupacional é decomposta pela ACIFE em setenta tipos e subtipos de fraude, designando-se habitualmente esse conjunto por “árvore da fraude”) (Wells, 2009);
- Há determinadas fraudes que são atípicas, difíceis de encaixar em qualquer tipo de classificação (por exemplo, a cópia da base de dados de uma empresa para vender a terceiros);
- Apesar das classificações “arrumarem” os diversos tipos de fraude (o que em muitas situações ajuda a explicitar as causas, as medidas preventivas, os planos de emergência a desencadear, etc.) cada caso é diferente de todos os outros.

Para terminarmos este ponto, quiçá secundário nas preocupações que nos norteiam neste texto, dois comentários adicionais.

Grosso modo, podemos dizer que uma fraude é um crime ou, pelo menos, uma violação grosseira da ética e das práticas comerciais habituais, mas os defraudadores podem ter características muito diversas: uns têm antecedentes criminais e outros são cidadãos exemplares até o dia em que a sua fraude seja descoberta; uns actuam individualmente, outros em conluio local, outros ainda pertencem a associações criminosas; uns são movidos por motivos e necessidades pessoais, outros são meros gestores racionais dos seus comportamentos desviantes. Muitas fraudes são crimes de colarinho branco. O perfil do defraudador é frequentemente igual ao do quadro empreendedor, dinâmico e ambicioso que qualquer empresa gostaria de ter entre os seus quadros²⁷.

Na apreciação das fraudes há que conjugar o formal e o material, quiçá dando mais importância a este último aspecto. As semelhanças formais de duas fraudes podem fazer esquecer as suas profundas diferenças qualitativas na sociedade. A funcionária da caixa que mete uma vez ao bolso o dinheiro de um cliente e não o regista no caixa e o comerciante que cria procedimentos

²⁷ Esta conclusão consta de vários relatórios sobre o defraudador actual.

sistemáticos para dissimular vendas cometem formalmente a mesma fraude, mas têm significados económicos bem distintos. O cidadão que suborna um funcionário público para tratar do seu processo mais depressa ou a empresa que suborna para obter vantagens num concurso de obras públicas cometem uma fraude, e violam preciosos princípios éticos, mas dos pontos de vista económico e social não são comparáveis.²⁶

A fraude e a “natureza humana”

A fraude sempre existiu, dirão alguns

Para fundamentá-lo recorrem à constatação de alguns lugares comuns: “o indivíduo dá mais importância ao seu bem-estar do que ao bem-estar da sociedade em que vive, existe uma fronteira entre o que é meu e o que é dos outros”. Uma ou outra referência histórica embeleza tais considerações: já na Mesopotâmia (2318-2311 a.c.), o rei Urukagina teve que lutar contra a corrupção. E se essas fontes de maior “peso histórico” faltassem poderiam sempre recorrer ao “Asterix nos Jogos Olímpicos” e à patriótica funcionalidade dos escaravelhos. Também não faltam os livros publicados nos últimos séculos incidindo sobre a fraude, não esquecendo a lusa “Arte de Furtar” (Costa, 1991).

Com tão antigo lastro, ninguém se choca com a incrustação da fraude na natureza humana, entendida como conjunto de propriedades espirituais e biológicas inerentes ao Homem. Dessa forma, se lê o passado à luz das práticas, dos valores e da cultura actuais. Dessa forma, se ignora que estamos a comparar relações entre os homens e sociedades totalmente diferentes. Dessa forma, se sobrevaloriza a semelhança formal de procedimentos, na melhor das hipóteses, ignorando totalmente as dinâmicas dos homens (e nem todos os “homens” pertenciam à “espécie humana”) e os contextos. Dessa forma, se ignora olímpicamente milénios de debate filosófico sobre o sentido da vida e a “essência humana”. Sobretudo, dessa forma, se insere a fraude no tempo circular, na inexorável sucessão de acontecimentos que não resultam da vontade humana, se desvaloriza a viabilidade de combater a fraude, de criar mecanismos para a sua prevenção.

²⁶ É uma matéria controversa. Esclareçamos, no entanto, que não é uma questão de montantes que está em causa, mas a teia de relações sociais em que se insere.

Se pretendemos uma abordagem científica da problemática da fraude, o ponto de partida tem de ser outro, assim como diferente tem de ser a metodologia de abordagem

O quadro social de referência é o capitalismo, o modo de produção que assume plenitude e universalidade com a Revolução Industrial.

É com o capitalismo que os conhecimentos sobre o “mundo dos negócios” abrangem todas as áreas da produção, troca e repartição do rendimento, adquirem coerência interna, constituem-se como um todo e pretendem formular leis. O conceito de produção desmaterializa-se e assume-se como relação social. Apesar da ciência económica se edificar sobre o hedonismo e o egoísmo estes assumem-se como reguladores da sociedade e durante séculos a fraude não surge como objecto de estudo. Adam Smith tem presente a ética e Marx esforça-se por mostrar que a mais-valia não é um roubo. É preciso esperar pela segunda metade do século XX para as problemáticas da ética impregnarem as análises económicas (reacção contra o início da degenerescência das relações éticas entre os homens) e é a partir dos anos 70 e 80 que a economia não-registada e a fraude, respectivamente, surgem como novas temáticas.

Não pretendemos com estas duas considerações centradas na história da economia fixar uma data para o aparecimento da fraude. Muitos autores nos alertam para a sua existência em datas anteriores ao entardecer do século XX.

Assim, por exemplo, Chardon (1828:2) afirmava: «De cette lutte naissent ce qu'on appelle en droit dol, fraude, simulation, etc. ; sujets si fréquents de difficultés judiciaires. Dans ces causes épineuses le magistrat est placé au plus haut degré de ses fonctions : la loi cesse de le diriger ; les règles du droit lui deviennent inutiles ; il est réduit à apprécier des faits équivoques, et des actes astucieusement disposés. Ou dus à la bonne foi et rendus suspects par des circonstances fortuites ; il faut enfin qu'il déchire le voile plus ou moins épais qui enveloppe la vérité».

Recordemos que o conhecido trabalho de Edwin Sutherland (1983) só foi publicado, pela primeira vez, em 1949, porque o autor era muito renitente em publicá-lo sem a indicação das setenta grandes empresas americanas que serviram de base ao seu estudo.

Todos conhecemos o adágio popular “todo o homem tem o seu preço”. Mas também conhecemos as descrições sobre a importância da honestidade no mundo dos negócios:

«(...) A tristeza de Alexandre não advinha de ter sido traído e roubado pelo amigo, mas pelo facto de este, doravante, passar a faltar às reuniões de domingo. Enfim, papá, compenetra-te do mal que ele nos fez! Por sua culpa, arriscamo-nos a arruinar-nos!. / Alexandre persistira. / Arruinar-nos, mais devagar! O pobre tipo vai perder muito mais do que nós! E acrescentou, solenemente, após um silêncio: Arrisca-se a perder a honra!». (Clézio, 2009: 101/2)

Pretendemos apenas concluir que a fraude (à qual também está associada o que a OCDE designa por economia não-registada):

- Assume em capitalismo uma nova natureza²⁹;
- Torna-se um problema socialmente relevante e preocupante durante o século XX;
- Molda (ou participa na moldagem) do próprio funcionamento da economia a partir das últimas décadas do século XX;
- Essa situação prolonga-se até aos dias de hoje³⁰.

Financiização da economia

Uma análise do sistema económico capitalista no último meio século

Mostra inequivocamente que nos anos 80 do século passado há uma mudança qualitativa na sua organização, nas leis do seu funcionamento (Pimenta 2004).

As inovações tecnológicas então verificadas, com particular destaque para a microinformática e as telecomunicações, são um factor permissivo das transformações verificadas desde então, mas dificilmente podem ser consideradas causas da nova realidade. Rasgavam novas possibilidades de evolução da economia mundial, sobretudo no longo prazo, mas deixavam múltiplas possibilidades de evolução, algumas diametralmente opostas das adoptadas.

Provavelmente, o mais importante nas transformações então verificadas foi o refinamento da ideologia liberal, que vinha tomando força política e

²⁹ Essencialmente nos países do centro, para utilizar a terminologia de Samir Amin. Para analisar alguns aspectos das suas especificidades nos países periféricos, ver, por exemplo, Khan & Jomo (2000).

³⁰ Provavelmente existiu um momento de possível ruptura, localizado no período mais agudo da crise financeira recente, mas a celeridade com que o poder político deu apoio ao capital bancário e, directa ou directamente, ao capital fictício operando nas bolsas financeiras, impediu essa ruptura, permitiu a continuação do modelo dominante de funcionamento do capitalismo, pelo menos durante mais algum tempo.

cultural há alguns anos. A oligopolização da economia mundial, a liberalização do capital (com excepção do capital humano). A teorização da impossibilidade ou inoperacionalidade da política económica, a promoção do Estado como estrutura ineficaz e obsoleta, a accitação deste princípio pelo próprio Estado que vai assumindo um papel subalterno, reduzindo a sua força económica e fazendo um haraquiri lento. Eis algumas das peças do *puzzle* de causas complexas. Possíveis pelo progressivo desaparecimento das economias socialistas, do aumento das desigualdades sociais e da precarização do emprego, pela atenuação da luta de classes.

As transformações verificadas manifestam-se em todos os aspectos da vida social. Todas as nossas acções quotidianas, individuais ou colectivas, mesmo as mais íntimas e recatadas, reflectem-nas ou são uma sua consequência directa. O mesmo se poderá dizer de todas as actividades económicas nesta fase mais recente da denominada economia de mercado, nomeadamente daquelas que se processam nas relações entre os países, no espaço económico-social mundial. Contudo é ao nível dos mercados financeiros que as mudanças são mais profundas. Esta é uma constatação que há uns anos poderia não ser tão visível, mas que hoje ninguém de bom senso se atreve a negar. O volume das operações diárias nos diversos mercados financeiros, a sofisticação dos produtos transaccionados, expressão mais da imaginação humana que da evolução da produção, a dependência das restantes actividades económicas desse processo (dos preços dos bens de consumo final ao preço da energia, das reformas de grande parte da população mundial ao financiamento das empresas e do Estado, das “expectativas” das famílias, à gestão das empresas, para referir alguns aspectos), o aumento exponencial do capital fictício em relação ao directamente associado à produção, enfim, a maior importância da repartição do valor acrescentado, em detrimento da criação desse mesmo valor, são vertentes da financiarização da economia.

A dimensão atingida por esta financiarização

O facto de esta não criar valor acrescentado, isto é produto, associado a outros aspectos (desde a mais desigual distribuição do rendimento ao aparecimento de novas economias emergentes) faz com que a economia não-registada seja conveniente, mesmo necessária, à reprodução do sistema económico-social. Os dados comprovam esta ligação, que não é fortuita mas essencial, inerente às novas características da economia mundial.

Economia não-registada que significa essencialmente fraude fiscal, actividades ilegais, branqueamento de capitais e maior probabilidade de fraude.

Acrescente-se a esta vaga de fundo a referência a mudanças de funcionamento das empresas que aumentam a probabilidade de fraude: o aumento da competitividade e da velocidade das transformações tecnológicas, a subalternização do longo prazo e a hipersensibilidade ao curto prazo, a relevância crescente das tecnocracias da gestão de topo, uma interligação estreita entre o Estado enfraquecido e as empresas fortalecidas, a aceitação pacífica e complacente do agravamento das desigualdades sociais, o controlo da opinião pública pelos meios de informação também oligopolizados. Enfim, uma degenerescência das relações éticas.

Que e como fazer

Como combater, reprimindo e prevenindo, a fraude, mais precisamente o empolamento da fraude ?

Há dois tipos de resposta. A primeira é muito simples de formular, logicamente irrepreensível, eticamente justa, mas politicamente inoperacional:

- Enfrenta hoje a justiça três desafios extremamente complexos: a criminalidade de colarinho branco (na esfera económica), a criminalidade juvenil, a criminalidade organizada em poderosas máfias (...) Em relação à primeira, multiplicam-se as iniciativas (...) mas (...) seguimos talvez uma pista que não conduz ao objectivo desejado. Escreveu Jacques Attali que não devemos perder tempo a atacar os jogadores, mas sim mudar as regras de jogo [sic]. O que chamamos corrupção não passa, salvo casos precisos, de regular funcionamento da economia na sua estrutura, e se queremos debelar o mal, temos é de mudar essa estrutura a não gastar demasiado na repressão do “crime económico”. (Godinho, 2010, 71/72)

A segunda resposta – que não entra em conflito, com a anterior, como o próprio autor referido reconhece: «O que todavia não significa que esta repressão não deva realizar-se» (72) – é menos categórica, exige um empenhamento quotidiano e mais não permite que vitórias parciais. Passa por formação, por alteração das relações laborais e da governação das empresas, por educação ética, por alteração do vector social tempo, por gestão e investigação, por repressão e condenação atempada e exemplar. Passa pelo aprofundamento e aplicação da Gestão de Fraude: prevenção e combate à fraude.

Como concretizar esta linha reformista?

Oh Sanches, esse é tema para outra conversa,
que esta já vai longa.