

# CORRUPÇÃO EM PORTUGAL

AVALIAÇÃO LEGISLATIVA  
E  
PROPOSTAS DE REFORMA

ORGANIZADORES:

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

RUI CARDOSO

SÓNIA MOURA

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA

# CORRUPÇÃO PORTUGAL

AVALIAÇÃO LEGISLATIVA  
E  
PROPOSTAS DE REFORMA

**Título** Corrupção em Portugal.  
Avaliação legislativa e propostas de reforma  
**Organização** Paulo Pinto de Albuquerque  
Rui Cardoso  
Sónia Moura  
**Coleção** Comentários de Leis

© Universidade Católica Editora

**Revisão Editorial** António Brás  
**Capa** Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS  
**Conceção Gráfica** Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.  
**Depósito Legal** 483782/21  
**Data** maio 2021  
**Tiragem** 500 exemplares

**ISBN** 9789725407578

Universidade Católica Editora  
Palma de Cima 1649-023 Lisboa  
Tel. (351) 217 214 020/2  
uceditora@ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt



---

CORRUPÇÃO EM PORTUGAL  
Corrupção em Portugal : avaliação legislativa e propostas de reforma / org. [de]  
Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Ramos, Sónia Moura. – Lisboa : Universidade  
Católica Editora, 2021. – 752 p. ; 12 cm. – (Comentários de leis).  
– ISBN 9789725407578  
I – ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, org. II – RAMOS, Rui, org. III – MOURA,  
Sónia, org. IV – Col.  
CDU 343:35(469)

Organizadores  
Paulo Pinto de Albuquerque  
Rui Cardoso  
Sónia Moura

# CORRUPÇÃO EM PORTUGAL

AVALIAÇÃO LEGISLATIVA  
E  
PROPOSTAS DE REFORMA

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA  
Lisboa 2021



*Dedicamos esta obra ao Professor Doutor Augusto Silva Dias,  
não apenas ao eminente penalista e distinto filósofo do direito,  
mas também ao Homem de uma enorme generosidade  
de coração e de uma disponibilidade incondicional  
para servir a Universidade e a res publica.*



# ÍNDICE

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| <b>Apresentação da obra</b> ..... | 15 |
|-----------------------------------|----|

## CAPÍTULO I INTRODUÇÃO

|                                                                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>1. Discurso na abertura do Ciclo de Debates sobre Transparência do Estado e Combate à Corrupção: Francisca Van Dunem</b> ..... | 21 |
| <b>2. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção: Luís Menezes Leitão</b> .....                                                 | 26 |
| <b>3. Combate à Corrupção. Da Estratégia presente à Reforma futura: José Santos Cabral</b> .....                                  | 36 |
| <b>4. Por uma Estratégia Nacional Anticorrupção: Susana Coroado e Nuno Rolo</b> .....                                             | 64 |

## CAPÍTULO II PREVENÇÃO CRIMINAL

### Secção I NO SECTOR PÚBLICO

|                                                                                                                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>5. O Regime Geral de Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024): Inês Ferreira Leite</b> .....                                                               | 79  |
| <b>6. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção. Breves notas sobre o Regime Geral e o Mecanismo de Prevenção da Corrupção: Pedro Jacob Morais</b> .....                                    | 97  |
| <b>7. Os órgãos de controlo financeiro e a prevenção da corrupção – os casos dos grandes investimentos públicos, das autarquias locais e da contratação pública: José Mouraz Lopes</b> ..... | 109 |
| <b>8. Programas de Cumprimento Normativo no Sector Público: Flávia Noversa Loureiro</b> .....                                                                                                | 130 |

### Secção II NO SECTOR PRIVADO

|                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>9. <i>Vai e põe uma sentinela: a nova estratégia de prevenção criminal no sector privado</i>: Rui Patrício e Nuno Matos</b> ..... | 142 |
| <b>10. O combate preventivo à corrupção e ao branqueamento das vantagens ilicitamente obtidas: Carlos Casimiro</b> .....             | 154 |



### CAPÍTULO III REFORMA DO DIREITO PENAL

#### Secção I PRESSUPOSTOS DA PUNIÇÃO DAS PESSOAS COLETIVAS

11. **Uniformização do regime de responsabilidade penal das pessoas colectivas e programas de cumprimento normativo:** Inês Godinho ..... 167

#### Secção II FORMAS DO CRIME. TENTATIVA E CONSUMAÇÃO

12. **Corrupção: a questão da consumação material e as suas consequências:** Nuno Brandão ..... 178

#### Secção III PENAS ACESSÓRIAS E EFEITOS DAS PENAS

13. **Breves considerações sobre as linhas de ajustamento dos regimes de atenuação especial da pena, dispensa de pena e penas acessórias, adotadas no âmbito da Estratégia Nacional Anticorrupção//2020-2024:** Francisco Mota Ribeiro ..... 195
14. **Nótulas sobre as penas acessórias em sede da «Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024»:** André Lamas Leite ..... 204

#### Secção IV ESCOLHA E MEDIDA DA PENA

15. **Do acordo sobre a sentença penal à colaboração premiada: uma análise da ENCC 2020-2024:** Paulo de Sousa Mendes ..... 217
16. **Comportamento reparador e colaboração processual à luz dos valores do Estado de Direito:** Frederico Costa Pinto ..... 245
17. **«Tráfico de indulgências». Prémios penais, colaboração processual e acordos sobre a sentença no combate à corrupção:** Sandra Oliveira Silva ..... 260
18. **A tipificação do estatuto do arrependido colaborador:** Ana Raquel Conceição .... 284

#### Secção V UNIDADE E PLURALIDADE DE CRIMES

19. **Corrupção ou corrupções?:** Helena Moniz e Carla Cardador ..... 293

#### Secção VI PERDA DE VANTAGENS

20. **A dimensão patrimonial no crime de corrupção – dos direitos fundamentais à eficácia da repressão:** Hélio Rigor Rodrigues ..... 304
21. **Recuperação de activos (a decisiva importância da perda alargada e da cooperação internacional):** Euclides Simões ..... 316

### CAPÍTULO IV REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL EXTRAVAGANTE

22. **A reforma do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro (crimes contra a economia):** Sandra Tavares ..... 333

|                                                                                                                                                                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 23. Do Direito Penal das Sociedades Comerciais, revisitado à luz da Estratégia Nacional do Combate à Corrupção: José Manuel Tomé de Carvalho e Hugo Luz dos Santos . . . . .                                                                                                        | 343 |
| 24. A Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024 e os crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos e de titulares de altos cargos públicos: Maria do Carmo Dias . . . . .                                                                                        | 361 |
| 25. Os crimes de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e ativa no âmbito da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, Lei da Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos: reflexões jurídico-criminais à luz do ideologismo crítico: Fernando Conde Monteiro . . . . . | 386 |
| 26. Ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas: Manuel Soares . . . . .                                                                                                                                                                       | 399 |
| 27. Lei n.º 20/2008, de 21 de abril: corrupção no sector privado: Manuel Valente . . . . .                                                                                                                                                                                          | 412 |

## CAPÍTULO V

### REFORMA DO DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES

|                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 28. O direito das contra-ordenações necessário para um combate eficaz da corrupção: Alexandra Vilela . . . . . | 429 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## CAPÍTULO VI

### REFORMA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

#### Secção I

##### GESTÃO DE MEGAPROCESSOS

|                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 29. Gestão de «megaprocessos»: Reflexões: Joana Marques Vidal . . . . .                     | 441 |
| 30. Megaprocessos – fatalidade, estratégia, oportunismo?: Paulo Saragoça da Matta . . . . . | 448 |

#### Secção II

##### ESTATUTO DO ARGUIDO. PROCESSO CONTRA PESSOAS COLETIVAS

|                                                                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 31. Processo contra pessoas coletivas: Germano Marques da Silva . . . . .                                                                                  | 465 |
| 32. Processo contra pessoas colectivas: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português: Teresa Quintela de Brito . . . . . | 477 |
| 33. Processo penal de entes coletivos: «direito constitucional aplicado» ou inconstitucionalidade por omissão?: Jorge Reis Bravo . . . . .                 | 515 |

#### Secção III

##### TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 34. Prelúdios a uma revisitação da Lei do Cibercrime no âmbito da prova digital: Alexandre Oliveira . . . . . | 526 |
| 35. Buscas online: Tiago Caiado Milheiro . . . . .                                                            | 548 |

#### Secção IV

##### PROTEÇÃO DE DENUNCIANTES

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 36. O regime jurídico da proteção do denunciante: Pedro Freitas . . . . . | 572 |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                                                                                                       |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>37. O denunciante – entre a justa protecção e aquilo que «consome a <i>res publica</i> (<i>res publica exedere</i>)»: Pedro Garcia Marques . . . . .</b>                                           | <b>583</b> |
| <b>38. Remetidos à denúncia anónima no crime de corrupção: Ana Paula Guimarães. . .</b>                                                                                                               | <b>618</b> |
| <b>39. Reforma procedimental como condição de protecção de denunciante e outras pessoas que prestam informações nas investigações preliminares de eventual corrupção: Paulo Dá Mesquita . . . . .</b> | <b>629</b> |

Secção V  
INSTRUÇÃO

|                                                                                                                                             |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>40. A reconfiguração da fase de instrução no Código de Processo Penal e a Estratégia Nacional Anticorrupção: António Latas . . . . .</b> | <b>643</b> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

Secção VI  
RECURSOS

|                                                                                                           |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>41. Reformando o recurso em processo penal: Helena Morão. . . . .</b>                                  | <b>655</b> |
| <b>42. Nótula para uma reforma do regime de recursos em processo penal: Manuel Simas Santos . . . . .</b> | <b>664</b> |

**CAPÍTULO VII**  
**REFORMA DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

|                                                                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>43. O binómio DCIAP/TCIC: José António Barreiros. . . . .</b>                                                                                | <b>679</b> |
| <b>44. O DIAP Regional em busca de um Juízo de Instrução: João Rato. . . . .</b>                                                                | <b>691</b> |
| <b>45. Reforma da Organização Interna do Ministério Público e Processo Penal: Manuel da Costa Andrade e Paulo Pinto de Albuquerque. . . . .</b> | <b>705</b> |

# LISTA DOS AUTORES

**Alexandra Vilela**, Doutora, Professora Associada da ULP, Investigadora Integrada do CIDPCC, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona, alexandra.m.vilela@gmail.com

**Alexandre Au-Yong Oliveira**, Juiz de Direito, Docente no CEJ, alexuder@gmail.com

**Ana Paula Guimarães**, Doutora, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Portucalense, Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, na linha Dimensions of Human Rights, apg@upt.pt

**Ana Raquel Conceição**, Doutora, Professora Auxiliar Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho, Professora Auxiliar no ISMAI, ana.raquel@cmb-advogados.com

**André Lamas Leite**, Doutor, Professor das Faculdades de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Lusíada Norte (Porto), andre.lamas.leite@gmail.com

**Carla Maria Cardador**, Juíza de Direito, Assessora no Supremo Tribunal de Justiça, c.cardador@gmail.com

**Carlos Casimiro Nunes**, Procurador da República, DCIAP, carlos.casimiro@pgr.pt

**Euclides Dâmaso Simões**, Procurador-Geral-Adjunto jubilado, euclidesdamasosimoes@gmail.com

**Fernando Conde Monteiro**, Doutor, Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho, cmonteiro@direito.uminho.pt

**Flávia Novera Loureiro**, Doutora, Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho, Investigadora Integrada do JusGov, flavianl@direito.uminho.pt

**Francisca Van Dunem**, Ministra da Justiça, Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

**Francisco Mota Ribeiro**, Juiz Desembargador da Relação do Porto, motaribeirof@gmail.com

**Frederico de Lacerda da Costa Pinto**, Doutor, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Assessor do Conselho de Administração da CMVM, Investigador da Criminalia (Grupo de investigação do CEDIS, FDUNL -- Nova School of Law), fcostapinto@novalaw.unl.pt

**Germano Marques da Silva**, Doutor, Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, gms@ucp.pt

**Helena Moniz**, Doutora, Juíza Conselheira do STJ, helenamoniz@me.com

**Helena Morão**, Doutora, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, helenamorao@fd.ulisboa.pt

**Hélio Rigor Rodrigues**, Procurador da República no Gabinete da PGR, rigor.rodrigues@pgr.pt

**Hugo Luz Santos**, Doutor, Fellow at Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA, Oxford, United Kingdom, observador permanente junto dos Working Groups da UNCITRAL)/Fellow of the Royal Society of Arts of the United Kingdom

**Inês Fernandes Godinho**, Doutora, Professora da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, ines.godinho@ulp.pt

**Inês Ferreira Leite**, Doutora, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, inesfleite@fd.ulisboa.pt

**Joana Marques Vidal**, Procuradora-Geral-Adjunta junto do Tribunal Constitucional, joana-marquesvidal@tribconstitucional.pt

**João António Latas**, Juiz Desembargador da Relação de Évora, antoniolatas@gmail.com

**João Rato**, Procurador-Geral-Adjunto, Diretor do Departamento de Investigação e Ação Penal Regional do Porto, jaotar@gmail.com

**Jorge dos Reis Bravo**, Doutor, Procurador da República, Inspetor do MP, Investigador colaborador do Instituto Jurídico, jorgebravo@netcabo.pt

**José António Barreiros**, Advogado, ja.barreiros@jab-advogados.pt

**José António Henriques dos Santos Cabral**, Juiz Conselheiro jubilado do STJ, santoscabral@hotmail.com

**José Manuel Tomé de Carvalho**, Juiz Desembargador da Relação de Évora, tomedecarvalho@hotmail.com

**José Mouraz Lopes**, Doutor, Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas, jose.mouraz@gmail.com

**Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**, Doutor e Agregado em Direito, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, Bastonário da Ordem dos Advogados, profmleita-75091@adv.oa.pt

**Manuel da Costa Andrade**, Doutor e Agregado em Direito, Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, candrade@fd.uc.pt

**Manuel Guedes Valente**, Doutor, Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa, manuelvalente@icji.pt

**Manuel Simas Santos**, Juiz Conselheiro do STJ jubilado, simassantos@gmail.com

**Manuel Soares**, Juiz Desembargador da Relação do Porto, manuel.soares.asjp2018@gmail.com

**Maria do Carmo Dias**, Juíza Desembargadora da Relação do Porto, valverde@sapo.pt

**Nuno Brandão**, Doutor, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nbrandao@fd.uc.pt

**Nuno Cunha Rolo**, Vice-Presidente da Transparência Internacional-Portugal, nunocunharolo@gmail.com

**Nuno Igreja Matos**, Advogado, Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nimateos@mlgts.pt

**Paulo Dá Mesquita**, Doutor, Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas, Professor convidado na Faculdade de Direito da Universidade Católica, paulodamesquita@gmail.com

**Paulo Pinto de Albuquerque**, Doutor e Agregado em Direito, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Advogado, palbu@ucp.pt

**Paulo Saragoça da Matta**, Advogado, Membro da Direção da Agência Europeia de Direitos Humanos, Juiz *ad hoc* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, psmatta@smsb.pt

**Paulo Sousa Mendes**, Doutor e Agregado em Direito, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, paulosousamendes@yahoo.com

**Pedro Freitas**, Doutor, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, pfreitas@porto.ucp.pt

**Pedro Garcia Marques**, Doutor, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p.marques@ucp.pt

**Pedro Jacob Morais**, Doutor, Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador do JusGov, pmorais@direito.uminho.pt

**Rui Patrício**, Advogado, Professor Convidado na Nova School of Law da Universidade Nova de Lisboa, rpatricio@mlgts.pt

**Sandra Oliveira e Silva**, Doutora, Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Membro Efetivo do CJS – Investigadora do CIJE, sosilva@direito.up.pt

**Sandra Tavares**, Doutora, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, stavares@porto.ucp.pt

**Susana Coroado**, Doutora pelo Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Presidente da Transparência Internacional-Portugal, susana.coroado@transparencia.pt

**Teresa Quintela de Brito**, Doutora, Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, teresa.quintela.brito@gmail.com

**Tiago Caiado Milheiro**, Juiz de Direito, Assessor no STJ, tmilheiro@gmail.com



## Apresentação da obra

A presente obra dedica-se à análise da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de abril de 2021. Ela funda-se no conjunto de três conferências organizadas pelo Professor Doutor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e pelos Conselheiros JOSÉ MOURAZ LOPES e PAULO DÁ MESQUITA na Universidade Católica Portuguesa no período de debate público do documento preparatório da Estratégia, tendo intervindo nessas conferências a Excelentíssima Senhora Ministra da Justiça Juíza Conselheira FRANCISCA VAN DUNEM, o Juiz Conselheiro jubilado JOSÉ SANTOS CABRAL e a Procuradora-Geral-Adjunta JOANA MARQUES VIDAL.

Para tanto, convidámos juízes, magistrados do Ministério Público, advogados e professores universitários com doutoramento, que dedicaram ao longo de anos da sua prática profissional e da sua reflexão doutrinária uma particular atenção aos assuntos relativos ao combate à corrupção. Trata-se, pois, de um leque plural e multidisciplinar de distintos Autores que conhecem profundamente a realidade portuguesa. Com o seu contributo inestimável pretende-se realizar uma discussão científica serena e exaustiva das complexas questões jurídicas e dos delicados problemas práticos que envolve o combate à corrupção em Portugal, criando as condições para que o Legislador português tome uma decisão plenamente informada.

A obra tem, pois, dois objetivos fundamentais: proceder a uma avaliação objetiva do quadro legal vigente, quer na sua estática quer na sua dinâmica, e analisar as propostas legislativas sugeridas pelo Governo para resolução das insuficiências daquele quadro legal e dos estrangulamentos da *praxis* dos tribunais, das polícias e dos mecanismos de prevenção da corrupção, tanto no sector público como no sector privado.

Por isso, esta obra não pretende ser uma Contra-Estratégia e nem mesmo uma Estratégia alternativa à do Governo. O nosso propósito é apenas o de oferecer ao Legislador português um conjunto de propostas complementares das do Governo, provenientes da sociedade civil e dos profissionais da justiça que todos os dias se deparam com os problemas mais agudos na aplicação do quadro legal português.

As propostas de reforma dos Autores desta obra tiveram em conta os mais elevados padrões de eficácia no combate à corrupção resultantes do direito comparado e do direito da União Europeia e do Conselho da Europa e, em particular, do GRECO (*Group of States against corruption*), concatenados com as limitações decorrentes da Constituição da República Portuguesa e das obrigações internacionais do Estado português e, nomeadamente, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

A obra está dividida em cinco partes. Ela inicia-se, no capítulo introdutório, com o discurso da Excelentíssima Senhora Ministra da Justiça Juíza Conselheira FRANCISCA VAN DUNEM, proferido na Universidade Católica Portuguesa no dia 12 de outubro de 2020. Seguem-se os textos de análise geral da Estratégia do Ilustre Bastonário da Ordem dos Advogados Professor Doutor LUÍS MENEZES LEITÃO, do Juiz Conselheiro jubilado JOSÉ SANTOS CABRAL e da Doutora SUSANA COROADO e do Dr. NUNO ROLO, respetivamente Presidente e Vice-Presidente da secção portuguesa da Transparência Internacional.



O segundo capítulo da obra é dedicado à prevenção criminal, estando dividido em duas secções, uma sobre a prevenção da corrupção no sector público e outra sobre a prevenção da corrupção no sector privado. Na primeira secção, a Professora Doutora INÊS FERREIRA LEITE e o Professor Doutor PEDRO JACOB MORAIS analisam o regime geral de prevenção da corrupção na Estratégia. Após este enquadramento geral, o Conselheiro JOSÉ MOURAZ LOPES estuda os órgãos de controlo financeiro e a prevenção da corrupção e, em especial, os casos dos grandes investimentos públicos, das autarquias locais e da contratação pública. A Professora Doutora FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO pondera o impacto que os programas de cumprimento normativo podem ter na prevenção da corrupção no sector público. Na segunda secção, os Drs. RUI PATRÍCIO e NUNO MATOS refletem sobre a nova estratégia de prevenção criminal no sector privado e o Dr. CARLOS CASIMIRO sobre o combate preventivo à corrupção e ao branqueamento das vantagens ilicitamente obtidas, em especial nos casos dos ativos virtuais e das SPGS.

O terceiro capítulo incide sobre a reforma do direito penal, encontrando-se dividido em seis secções. Na primeira secção, a Professora Doutora INÊS GODINHO discute a necessidade de uniformização do regime de responsabilidade penal das pessoas coletivas, tendo em conta o efeito de programas de cumprimento normativo na conformação dessa responsabilidade. Na secção seguinte, o Professor Doutor NUNO BRANDÃO critica a teoria da consumação material do crime de corrupção e as suas consequências práticas, designadamente ao nível da prescrição do procedimento criminal. Na terceira secção, os regimes de atenuação especial da pena, de dispensa de pena e das penas acessórias são avaliados pelo Desembargador FRANCISCO MOTA RIBEIRO e pelo Professor Doutor ANDRÉ LAMAS LEITE. As múltiplas facetas do direito premial do arrependido colaborador e dos acordos sobre a pena são descortinadas, na quarta secção, pelos Professores Doutores PAULO SOUSA MENDES, FREDERICO COSTA PINTO, SANDRA OLIVEIRA E SILVA e ANA RAQUEL CONCEIÇÃO. Na quinta secção, a Conselheira HELENA MONIZ elabora sobre a manutenção da figura do crime continuado de corrupção em face do acantonamento que esta figura já sofreu nas reformas do Código Penal de 2007 e 2010. Por fim, a importância da recuperação de ativos e da perda alargada, quer a nível nacional quer da cooperação internacional, é salientada, na sexta secção, nos estudos do Procurador-Geral-Adjunto jubilado EUCLIDES SIMÕES e do Procurador da República HÉLIO RIGOR RODRIGUES.

O capítulo quarto debruça-se sobre a reforma das incriminações relativas à corrupção na legislação penal extravagante, tratando a Professora Doutora SANDRA TAVARES o direito penal económico e contra a saúde pública, o Desembargador JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO e o Doutor HUGO LUZ DOS SANTOS o direito penal das sociedades comerciais, a Desembargadora MARIA DO CARMO DIAS e o Professor Doutor CONDE MONTEIRO o direito penal dos titulares de cargos políticos, o Desembargador MANUEL SOARES a ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas e o Professor Doutor MANUEL VALENTE a corrupção no sector privado.

O capítulo quinto é votado ao direito das contraordenações, com um texto da Professora Doutora ALEXANDRA VILELA.

O capítulo sexto aborda a reforma do direito processual penal. Na primeira secção, a Procuradora-Geral-Adjunta JOANA MARQUES VIDAL e o Dr. PAULO SARAGOÇA DA MATTA escrevem sobre a gestão de megaprocessos. O estatuto da pessoa coletiva enquanto arguido e as espinhosas questões que coloca são apreciados, na segunda

secção, pelos Professores Doutores GERMANO MARQUES DA SILVA e TERESA QUINTELA DE BRITO e pelo Procurador da República JORGE REIS BRAVO. Os Juízes de Direito ALEXANDRE OLIVEIRA e TIAGO CAIADO MILHEIRO abordam as técnicas especiais de investigação, na terceira secção. A proteção de denunciantes é tratada na secção seguinte pelos Professores Doutores PEDRO FREITAS, PEDRO GARCIA MARQUES e ANA PAULA GUIMARÃES e pelo Conselheiro PAULO DÁ MESQUITA. O Desembargador ANTÓNIO LATAS discorre sobre a reforma da instrução na quinta secção e a Professora Doutora HELENA MORÃO e o Conselheiro jubilado SIMAS SANTOS sobre a dos recursos na sexta secção.

O quinto e último capítulo é destinado à reforma da organização judiciária e do Ministério Público. Os problemas candentes do DCIAP e do TCIC são enunciados pelo Dr. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS. A desarticulação entre os DIAP e tribunal de instrução criminal é denunciada pelo Procurador-Geral-Adjunto JOÃO RATO. O capítulo encerra com um texto sobre a reforma da organização interna do Ministério Público e o processo penal, da autoria dos Professores Doutores MANUEL DA COSTA ANDRADE e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

Os coordenadores da obra estão profundamente gratos aos Autores que, com sacrifício das suas vidas profissionais, se dispuseram a colaborar nesta obra, manifestando um espírito de grande dedicação à causa pública. Queira o Legislador dar a atenção devida a este esforço de participação cívica no processo legislativo e ponderar os resultados da avaliação legislativa e as propostas de reforma vertidos nesta obra e ela já terá merecido a pena.

Lisboa, 25 de abril de 2021

Paulo Pinto de Albuquerque  
*Professor Catedrático da Universidade Católica Portuguesa*

Rui Cardoso  
*Procurador da República, diretor da Revista do Ministério Público*

Sónia Moura  
*Juíza de Direito, diretora da Revista Julgar*



CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO



## 1.

# **Discurso na abertura do Ciclo de Debates sobre Transparência do Estado e Combate à Corrupção**

Francisca Van Dunem

Senhora Professora Isabel Capelo Gil, Digníssima Reitora da Universidade Católica,

Senhor Professor Paulo Pinto de Albuquerque,

Senhor Juiz Conselheiro José Mouraz Lopes,

Senhor Juiz Conselheiro Paulo Dá Mesquita,

Minhas Senhoras e meus Senhores,

As minhas primeiras palavras são de reconhecimento à Universidade Católica pela promoção deste ciclo de conferências sobre a Estratégia Nacional Anticorrupção que se encontra em discussão pública.

Com esta iniciativa, a academia, através da Universidade Católica, cumpre também a função de questionar, de interrogar, de estimular o confronto de ideias, colocando-se no centro do debate de uma das questões que mais vulnerabilizam a sociedade portuguesa.

O meu agradecimento ao senhor Professor Pinto de Albuquerque e aos senhores conselheiros Mouraz Lopes e Paulo Dá Mesquita que dinamizam esta iniciativa.

Começo por uma nota pessoal:

A minha primeira aproximação profissional às temáticas da corrupção e da fraude data do início dos anos 80, quando trabalhei dois anos e meio na Alta Autoridade Contra a Corrupção.

Era já magistrada do Ministério Público – estava em comissão de serviço – e desse período retenho a assunção de a ação atomizada do Estado nesta matéria, podendo gerar temporariamente uma perceção social de eficácia, rapidamente conhece o seu próprio refluxo, com a sensação de retorno ao ponto de partida.

A Alta Autoridade tinha uma grande capacidade de identificar e rastrear situações suspeitas de associação a práticas de corrupção e de fraude – mas trabalhava sem o Ministério Público nem a Polícia Judiciária. Por isso, muito do que fez morreu, já que não havia por parte do Ministério Público e da Polícia Judiciária uma organização que desse sequência aos complexos dossiês que a Alta Autoridade instruíra e lhes enviava.

Em meados dos anos 80, a expressão pública do ativismo do Ministério Público – então liderado por Cunha Rodrigues – no combate à corrupção devolveu a uma sociedade ansiosa de regeneração a esperança na capacidade repressiva do Estado – identificada como o grande antídoto contra um mal com séculos de corrosão de sociedades.

O caso Melancia ou o caso Costa Freire são emblemáticos desse tempo e dessa esperança, mas os seus resultados – ainda que conformes com as leis penais e com a lei de processo – foram socialmente percecionados como injustos ou decepcionantes.

Mas o Ministério Público não tinha, então, na Polícia Judiciária, nem noutro órgão de polícia criminal que o apoiasse, a organização e a vocação para investigar este tipo de criminalidade.

Foi nesse contexto que o País conheceu a maldição do Fundo Social Europeu e com ela a percepção amarga de que as instituições do Estado não tinham conseguido prevenir, nem reprimir adequadamente os casos de utilização fraudulenta.

Passaram quase 40 anos.

É inegável que nesse arco temporal se registaram iniciativas, com incidência processual e organizacional, que fizeram a diferença, tanto na dimensão da prevenção secundária como na da repressão.

Seria injusto não recordar que a partir de 1994 o Ministério Público e a Polícia Judiciária passaram a poder realizar ações de prevenção relativamente a crimes de corrupção, peculato, participação económica em negócio, fraudes e infrações económico-financeiras com dimensão transnacional, internacional ou praticadas de forma organizada<sup>1</sup>.

Seria também incorreto deixar de frisar os avanços representados, no plano organizativo, pela institucionalização dos Departamentos de Investigação e Ação Penal; pela criação do Departamento Central de Investigação e Ação Penal; pela criação do Núcleo de Assessoria Técnica da Procuradoria-Geral da República.

Pela criação, na Polícia Judiciária, da Direção Central de Combate à Corrupção e às Infrações Económico-Financeiras – com o acrónimo de DCCCEF –, por onde passaram magistrados com um currículo impressionante na luta contra a corrupção, como o Conselheiro Mouraz Lopes, aqui presente, Rosário Teixeira, Maria José Morgado ou o atual diretor do DCIAP, Albano Pinto.

Tal como no plano processual não se pode ignorar a força que os mecanismos criados pela Lei n.º 5/2002 introduziram na investigação, com a criação de regras especiais de acesso a informação bancária; a obtenção de prova por gravação ambiental em registo vídeo e áudio; e/ou o regime de perda alargada de bens, um instituto consensualmente identificado como idóneo para combater o enriquecimento sem causa de condenados pela prática de crimes de corrupção e análogos.

Representou ainda um passo digno de nota a criação de Unidades de Informação Financeira, nos serviços do Ministério Público e da Polícia Judiciária, que realizam ações de prevenção do branqueamento de capitais provenientes de atividades ilícitas.

Mas, apesar de todos esses avanços e da melhoria da capacidade de esclarecimento do crime, mercê da curva de experiência do Ministério Público e da Polícia Judiciária, a verdade é que, e agora entramos no domínio do senão, a persistência na morosidade da resolução de casos de corrupção se tornou socialmente insustentável e trouxe à luz a aleatoriedade e a assimetria da resposta repressiva.

Uma assimetria endo-processual, porque nas várias fases do mesmo processo se identificam descontinuidades na qualidade da resposta do aparelho repressivo.

---

<sup>1</sup> Lei n.º 36/94, de 29 de setembro.

Uma assimetria para-processual, porque nem sempre as investigações em que o sistema mais investe serão tidas como aquelas a que deveria votar maior atenção – o que decorre um pouco das imposições do princípio da legalidade.

Paralelamente, continuamos a não dispor de dados que nos permitam uma caracterização fiável dos fenómenos corruptivos; que nos assegurem um conhecimento tão aproximado quanto possível da extensão real do fenómeno e do nível de incidência nos diferentes domínios.

Ao mesmo tempo que assistimos à consolidação de uma percepção maioritária e socialmente inquietante de que as práticas corruptivas são generalizadas e estão profundamente enraizadas em determinados domínios da atividade do Estado.

Fala-se muito na prevenção. Mas a verdade é que ao longo dos anos a resposta se centrou muito na componente repressiva – com os resultados que conhecemos.

A criação, em 2008, do Conselho de Prevenção da Corrupção – que vem desenvolvendo uma atividade notável, mau grado todas as limitações que lhe são conhecidas – é a grande exceção a esse registo.

Finalmente, não existe um sistema que articule as dimensões preventiva e repressiva; que organize os esforços, os meios e as vontades disponíveis no conjunto da sociedade, para criar um ecossistema hostil à fraude e à corrupção.

A Estratégia procura ser uma resposta a esse estado de desarticulação, de desconhecimento, de anomia. A lógica é iluminar os espaços vazios, conectando-os e criando como que um halo de luz.

Temos o convencimento de que só uma visão de longo prazo, congregadora de esforços e geradora de dinâmicas ao nível dos diferentes poderes do Estado, das distintas áreas de Governação e dos sectores privado e social terá potencialidades para enfrentar coerente e consistentemente este fenómeno.

A Estratégia assume o compromisso de desenvolvimento de um conjunto de ações, articuladas e integradas, tendentes a permitir ao Estado agir a montante do fenómeno – prevenindo a gestação de contextos geradores de práticas corruptivas – assim reduzindo o espaço de necessidade de reação penal.

Na Estratégia faz-se uma opção clara pela prevenção: pelo reforço da qualidade da prevenção.

Do nosso ponto de partida, a prevenção é a única abordagem que nos permite ir às raízes do fenómeno e enfraquecê-las.

Sabemos que não é uma opção de retorno imediato. Mas se não a tomarmos levaremos mais 800 anos a falar da cultura, dos hábitos sociais e das formas de organização do Estado que favoreceram a sua captura por redes de influência e poder.

A nossa opção é claramente pela prevenção.

Sabemos que esta opção não é consensual. Que há quem entenda que a eficácia da repressão é o grande antídoto para tentações improprias.

Prevenir pelo conhecimento e pela formação, envolvendo a educação formal e a formação na Administração Pública; prevenir pela transparência e clareza nos procedimentos legislativos e administrativos; prevenir pela simplificação e pela redução de barreiras regulatórias, pela facilitação do acesso dos cidadãos a serviços públicos; melhorar a gestão pública e ativar mecanismos de controlo.



Envolver o sector privado neste pacto anticorrupção impondo às suas organizações – a partir de certa dimensão – a adoção de programas de cumprimento normativo em moldes idênticos aos que vigorarão no sector público: mapas de identificação de riscos, planos de prevenção, códigos de conduta, canais de denúncia e responsáveis pelo cumprimento normativo, com a aplicação de sanções em caso de incumprimento.

Dialogar com as instituições da sociedade civil que se dedicam, há anos, a trabalhar nestas matérias. Identificar novas tendências, riscos, ameaças; recolher, tratar e produzir com regularidade informação sobre a corrupção e a fraude.

Acompanhar a atividade das organizações internacionais.

Para dar corpo a estas missões e para garantir a efetividade de políticas ativas de prevenção da corrupção, a Estratégia aponta para a criação de uma entidade com poderes de iniciativa, controlo e sancionamento.

O que temos hoje são ilhas e precisamos de um sistema; de um modo que agregue numa dinâmica racional e holística o conhecimento, a formação, as necessidades e os meios do sistema.

O grande objetivo é *capacitar o sistema com uma compreensão completa do fenómeno, reunindo dados que permitam definir indicadores de risco, corrigir más práticas e concentrar a investigação, de forma inteligente e seletiva, nos principais focos de incidência da corrupção.*

A repressão é configurada na Estratégia como solução última, como *ultima ratio*, o momento reservado à intervenção do direito penal nas sociedades democráticas.

O diagnóstico que fazemos, no que se refere a esta específica dimensão, será relativamente consensual e aponta para a necessidade de:

- a) aproximação do início da investigação à data da ocorrência dos factos;
- b) criação de condições que facilitem o esclarecimento do crime, considerando as suas características de opacidade e a existência de pactos de silêncio;
- c) maior celeridade na tramitação processual;
- d) a exigência de maior eficácia e capacidade dissuasora das sanções penais.

É em linha com essas preocupações que a Estratégia se propõe desenvolver o regime de proteção de denunciante estabelecido na Diretiva *Whistleblowers*, estendendo-o aos casos de corrupção; que prevê alterações ao regime de dispensa e atenuação da pena, aplicáveis ao crime de corrupção; que se propõe intervir nas normas do Código de Processo Penal relativas a conexão de processos, favorecendo a cessação da conexão; que prevê a inscrição, no mesmo Código, do instituto dos acordos sobre a pena aplicável ou o agravamento das sanções acessórias aplicáveis aos condenados por crimes de corrupção.

É seguramente sobre todos estes temas que a academia se debruçará ao longo deste ciclo de debates.

Quando colocamos a Estratégia em discussão pública fazemos como que um apelo às armas! O que dizemos é: Venham! Vamos sair todos da grande zona de conforto que é o criticismo e vamos construir em conjunto as respostas que tenhamos como mais robustas e idóneas ao enfrentamento de um fenómeno que constitui uma das grandes tragédias das sociedades contemporâneas.

A Estratégia é um documento em construção. Não significa que não parta de escolhas. De opções. Nem seria compreensível que assim não fosse.

Mas é um documento aberto à reflexão; à busca do mais justo dos equilíbrios.

Antes de terminar, permitam-me uma palavra semifinal: uma palavra de reconhecimento aos membros do Grupo de trabalho que conceberam a versão inicial deste instrumento.

A senhora Professora Maria João Antunes que o liderou;

Ao senhor Conselheiro Carlos Almeida;

Ao Senhor Procurador da República, Dr. Sérgio Pena, em representação da Procuradoria-Geral da República;

Às senhoras Dr.<sup>as</sup> Saudade Nunes e Perpétua Crispim, da Unidade Nacional de Combate à Corrupção da Polícia Judiciária;

Aos senhores Prof. Paulo Costa e Dr. António Maia, em representação do Conselho de Prevenção da Corrupção;

Ao Dr. Gonçalo Cunha Pires, Inspetor-Geral dos Serviços de Justiça;

À senhora Dr.<sup>a</sup> Mónica Gomes da Direção-Geral de Política de Justiça;

e aos dois membros mais jovens do meu gabinete, Carolina Berhan da Costa e André Fortunato, que tiveram a audácia de se envolver neste projeto e que o acompanham com grande entusiasmo e dedicação.

E a palavra final é obviamente para todos os que nos seguem; os que nos seguem agora e os que nos transmitiram já o seu contributo, agradecendo a todos o sentido de cidadania com que se disponibilizaram para participar neste projeto.

# A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

## Sumário:

- I. A necessidade de um combate eficaz contra a corrupção
- II. O abandono das propostas iniciais do Governo
- III. A omissão de medidas relativas ao controlo do financiamento dos partidos políticos
- IV. A desnecessidade de criação de uma nova entidade administrativa
- V. A redução dos poderes de fiscalização do Tribunal de Contas
- VI. O afastamento dos titulares de altos cargos públicos da Lei de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos
- VII. A previsão de acordos sobre a pena aplicável
- VIII. As alterações aos regimes de dispensa de pena, atenuação especial da pena e suspensão provisória do processo
- IX. A introdução de buscas digitais
- X. Conclusão

**RESUMO:** Neste artigo analisam-se as principais medidas da Estratégia Nacional Contra a Corrupção criticando-se a omissão na mesma de medidas relativas ao financiamento dos partidos políticos, a criação desnecessária de uma nova entidade administrativa, e a redução dos poderes de fiscalização do Tribunal de Contas. Especialmente preocupante é a alteração do paradigma do nosso processo penal que essa Estratégia introduz, em virtude da previsão de acordos sobre a pena aplicável, de alterações ao regime de dispensa de pena, atenuação especial da pena e suspensão provisória do processo, e da introdução de buscas digitais.

## I. A necessidade de um combate eficaz contra a corrupção

A necessidade de um combate eficaz contra a corrupção torna-se evidente, em virtude dos sinais cada vez mais preocupantes que se verificam em Portugal, alguns deles com repercussão internacional. Basta ver que no índice da *Transparency International* de 2019 Portugal tinha obtido 62 pontos, caindo dois pontos em relação ao ano anterior, abaixo da média da Europa Ocidental, que foi de 64, e da União Europeia, que foi de 66, tendo, apesar disso, mantido o 30.º lugar no *ranking* global<sup>1</sup>. Em 2020, caiu ainda mais um ponto, atingindo agora 61 pontos, o valor mais baixo de sempre, cada vez mais distante da média da União Europeia, que se mantém em 66 pontos, e baixando ainda mais o seu lugar no *ranking*, ficando agora em 33.º lugar<sup>2</sup>.

Estes sinais preocupantes já resultavam do *Relatório da Comissão sobre o Estado de Direito na União Europeia 2020*, cujos dados são absolutamente devastadores para

---

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Índice de percepção da corrupção 2019*, disponível em <https://transparencia.pt/cpi2019/>.

<sup>2</sup> Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Índice de percepção da corrupção 2020*, disponível em <https://transparencia.pt/corruption-perception-index/>.

Portugal. O relatório refere que «grande parte das investigações relacionadas com corrupção termina sem que seja deduzida acusação. No que respeita à aplicação de sanções por crimes de corrupção, em 2017 apenas 10% dos arguidos condenados por corrupção foram condenados a penas de prisão efetivas e 83% tiveram penas suspensas. Em 2018, 12,3% dos arguidos foram condenados a pena de prisão efetiva e 73,6% tiveram penas suspensas»<sup>3</sup>. Por esse motivo, o Comissário Europeu para a Justiça, Didier Reynders, instou recentemente as autoridades portuguesas a fazerem mais pelo combate à corrupção, salientando que não basta aprovar um enquadramento legal, havendo pelo contrário que atribuir recursos e especializar as autoridades policiais para esse combate<sup>4</sup>.

A situação da corrupção existente em Portugal pode agravar-se ainda mais, uma vez que a *Transparency International* denuncia que se verifica um grave fenómeno de corrupção na saúde em todo o mundo em consequência da pandemia de Covid-19, com subornos, desfalques, sobrefacturação e favorecimento<sup>5</sup>. Os múltiplos episódios de desvios na aplicação das vacinas em Portugal constituem mais um triste exemplo de uma sociedade doente, em que a intenção de obter benefícios indevidos nem sequer cede perante o facto de por esta forma colocarem em risco vidas humanas.

É por isso necessária uma reformulação total do combate à corrupção em Portugal, sendo manifesta a insuficiência para o efeito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC), sobre a qual a Ordem dos Advogados teve ocasião de se pronunciar<sup>6</sup>. As conclusões a que chegámos foram a de que a referida estratégia em parte era ineficaz para combater a corrupção e noutra parte se apresentava perigosa para a protecção dos direitos fundamentais. Neste artigo iremos analisar as razões para termos atingido essas conclusões.

## II. O abandono das propostas iniciais do Governo

Relativamente à ineficácia da ENCC, salienta-se, em primeiro lugar, que ela ficou muito atrás do que tinha sido apresentado como objectivo pelo Governo. Na verdade, aquando do anúncio, em 5 de Dezembro de 2019, da criação de um grupo de trabalho, na dependência da Ministra da Justiça, referiu-se que o mesmo iria definir «uma estratégia nacional, global e integrada de combate à corrupção, que compreenda os momentos da prevenção e da repressão, e que envolva a participação de diferentes entidades e profissionais». Para esse efeito, o referido grupo de

<sup>3</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito*, 30.9.2020, SWD(2020), 321 final, estando o capítulo relativo a Portugal disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020SC0321&rid=9>.

<sup>4</sup> Cfr. «Comissão Europeia insta Portugal a “fazer mais” no combate à corrupção», em *Observador*, 2.2.2021, disponível em <https://observador.pt/2021/02/02/comissao-europeia-insta-portugal-a-fazer-mais-no-combate-a-corrupcao/>.

<sup>5</sup> Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, «2020 Corruption perceptions index reveals widespread corruption is weakening Covid-19 response, threatening global recovery», em <https://www.transparency.org/en/press/2020-corruption-perceptions-index-reveals-widespread-corruption-is-weakening-covid-19-response-threatening-global-recovery>

<sup>6</sup> Cfr. ORDEM DOS ADVOGADOS, «Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024. Posição da Ordem dos Advogados», disponível em [https://portal.oa.pt/media/131892/estrategia-nacional-de-combate-a-corrupcao-2020-2024\\_ordem-dos-advogados.pdf](https://portal.oa.pt/media/131892/estrategia-nacional-de-combate-a-corrupcao-2020-2024_ordem-dos-advogados.pdf).

trabalho deveria desenvolver os objectivos do programa do Governo, que passavam por: «instituir um relatório nacional anticorrupção; avaliar a permeabilidade das leis aos riscos de fraude; diminuir as complexidades legais e a carga burocrática; obrigar as entidades administrativas a aderir a um código de conduta ou a adoptar códigos de conduta próprios; dotar algumas entidades administrativas de um departamento de controlo interno que assegure a transparência e imparcialidade dos procedimentos e decisões; melhorar os processos de contratação pública; reforçar a transparência das contas dos partidos políticos; e obrigar as médias e grandes empresas a disporem de planos de prevenção de riscos de corrupção e infracções conexas»<sup>7</sup>.

Passados cerca de dez meses, foram apresentados pela Ministra da Justiça no dia 3 de Setembro de 2020 os resultados do referido grupo de trabalho<sup>8</sup>, consubstanciados num documento intitulado *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024*<sup>9</sup>, que colocou à consulta pública<sup>10</sup>. Não foi, no entanto, apresentado qualquer anteprojecto de diploma, sem o que é manifestamente inviável a sua discussão pública. E as propostas que constam da *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção* (ENCC) ficaram muito aquém do que tinha sido a proposta inicial, como iremos procurar demonstrar nas páginas seguintes.

### III. A omissão de medidas relativas ao controlo do financiamento dos partidos políticos

Parece-nos muito criticável que a ENCC, ao contrário do que tinha sido o anúncio inicial do Governo, se abstenha de tomar quaisquer medidas relativamente à transparência das contas e do financiamento dos partidos políticos. É do conhecimento público que a Entidade das Contas e Financiamentos Políticos, que funciona junto do Tribunal Constitucional, tem recebido do Estado um financiamento tão reduzido que nem sequer conseguiu analisar as contas anuais dos partidos políticos dos anos de 2010 e 2011, havendo assim risco de prescrição dos respectivos processos contra-ordenacionais, conforme já tinha declarado em Novembro de 2018 o Presidente desta estrutura, José Eduardo Figueiredo Dias<sup>11</sup>. Essa absoluta ausência de controlo dos financiamentos partidários torna ineficaz qualquer estratégia contra a corrupção.

<sup>7</sup> Cfr. GOVERNO DE PORTUGAL, «Governo prepara estratégia nacional contra a corrupção», 5.12.2019, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=governo-prepara-estrategia-nacional-contra-a-corruptcao>.

<sup>8</sup> Cfr. GOVERNO DE PORTUGAL, «Ministra da Justiça apresenta principais medidas da Estratégia de Combate à Corrupção», disponível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=ministra-da-justica-apresenta-principais-medidas-da-estrategia-de-combate-a-corruptcao>.

<sup>9</sup> Cfr. GOVERNO DE PORTUGAL, *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, 2020-2024*, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAABAAzNDxMQAAnRDZFAUAAAA%3d>.

<sup>10</sup> A referida consulta pública teve lugar entre 7/9/2020 e 20/10/2020. Cfr. [https://www.consultalex.gov.pt/ConsultaPublica\\_Detail.aspx?Consulta\\_Id=162](https://www.consultalex.gov.pt/ConsultaPublica_Detail.aspx?Consulta_Id=162).

<sup>11</sup> Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, «Contas dos partidos: “Sem equipa de recuperação, risco de prescrição é grande”», em *Público*, 8.10.2018, disponível em <https://www.publico.pt/2018/10/08/politica/noticia/sem-uma-equipa-de-recuperacao-o-risco-de-prescricao-e-grande-1846451>.

#### IV. A desnecessidade de criação de uma nova entidade administrativa

Por outro lado, a ENCC anuncia a criação de uma nova entidade administrativa, um «Mecanismo de Prevenção da Corrupção e da Criminalidade Conexa», que estaria incumbido da criação de um «regime geral de prevenção da corrupção, envolvendo obrigações para os sectores público e privado e estabelecendo consequências para o incumprimento», bem como da «recolha, tratamento e difusão periódica de informação»<sup>12</sup>.

Este Mecanismo deveria ser, segundo a ENCC, uma «entidade independente, operando em estreita articulação com as inspeções sectoriais e tendo como missão garantir a efetividade das políticas de prevenção da corrupção». Para esse efeito, o referido Mecanismo seria «responsável pelo controlo da implementação do RGPC, pela verificação das respetivas infrações, processamento das contraordenações e aplicação das correspondentes coimas, cabendo-lhe também estabelecer uma articulação entre as entidades públicas e privadas com intervenção em matéria da prevenção e repressão da corrupção»<sup>13</sup>.

Temos as maiores dúvidas sobre as vantagens desta iniciativa, ainda mais quando a própria ENCC refere a existência no nosso país de múltiplas entidades com essa competência<sup>14</sup>. Salienta-se, em primeiro lugar, a Unidade Nacional de Combate à Corrupção da Polícia Judiciária, a quem compete realizar, sem prejuízo da competência de outras autoridades, ações de prevenção relativas ao crime de corrupção, peculato e participação económica em negócio, nos termos do artigo 1.º, alínea a), da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e do artigo 8.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 42/2009, de 12 de Fevereiro. E existe ainda o Conselho de Prevenção da Corrupção, criado pela Lei n.º 54/2008, de 4 de Setembro, o qual, nos termos do artigo 1.º dessa lei, constitui uma «entidade administrativa independente, a funcionar junto do Tribunal de Contas, que desenvolve uma actividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infracções conexas»<sup>15</sup>. Não se vê assim razão para se pretender criar uma nova entidade, o Mecanismo Anticorrupção, a acrescer às existentes.

Esta proposta da ENCC de criar um Mecanismo Anticorrupção parece corresponder assim a uma tentativa de recuperar a extinta Alta-Autoridade Contra a Corrupção, que funcionou entre 1983 e 1993 e que se caracterizou pela ineficácia absoluta, apenas tendo acabado por iniciativa do seu próprio Presidente, que não viu qualquer viabilidade na sua continuação nos moldes em que estava a funcionar<sup>16</sup>.

Efectivamente, a corrupção é um crime, pelo que o combate à mesma não se faz com a criação de novas entidades administrativas, mas sim com o reforço dos quadros dos órgãos de investigação criminal e dos magistrados, o que deveria ser por isso a principal medida a anunciar numa estratégia de combate à corrupção.

<sup>12</sup> Cfr. ENCC, pp. 15-16.

<sup>13</sup> Cfr. ENCC, p. 41.

<sup>14</sup> Cfr. ENCC, p. 13.

<sup>15</sup> Na própria ENCC, p. 27, reconhece-se a importância do Conselho de Prevenção da Corrupção na formação dos jovens contra a corrupção, face aos sucessivos projectos que tem desenvolvido em todos os ciclos do ensino básico e secundário, como o *Imagens contra a corrupção*, já na 8.ª edição, e o *Mais vale prevenir*, na 2.ª edição.

<sup>16</sup> Cfr. as declarações de COSTA BRÁS, «Extinção da Alta-Autoridade contra a Corrupção», 3.6.1992, em <https://arquivos.rtp.pt/conteudos/extincao-da-alta-autoridade-contra-a-corrupcao/>.



Anunciar uma entidade administrativa independente com poderes para processar contra-ordenações e aplicar coimas corresponde a uma tentativa de desviar o combate à corrupção do foro penal, onde deve permanecer, o que é altamente criticável.

## V. A redução dos poderes de fiscalização do Tribunal de Contas

A ENCC afirma pretender o reforço da acção de controlo e fiscalização financeira do Tribunal de Contas, mas o que propõe é precisamente o inverso, propondo que «no que respeita à fiscalização prévia da legalidade de atos e contratos, deve ser atualizado o valor de dispensa dessa fiscalização, de modo a que o Tribunal de Contas concentre os seus recursos na análise dos atos e contratos de maior valor»<sup>17</sup>.

Deve dizer-se que esta proposta da ENCC foi prontamente acolhida, até antes de a mesma ter sido publicada. Na verdade, o artigo 48.º, n.º 1, da *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC), aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com sucessivas alterações, estabelecia que «as leis do orçamento fixam, para vigorar em cada ano orçamental, o valor, com exclusão do montante do imposto sobre o valor acrescentado que for devido, abaixo do qual os contratos referidos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 46.º ficam dispensados de fiscalização prévia». Ora, esse valor há muitos anos que estava fixado em 350 000 € nos diversos Orçamentos de Estado, tendo sido igualmente mantido esse valor na Lei n.º 2/2020, de 31 de Março, que aprovou o Orçamento de Estado para 2020 (artigo 318.º).

Sucedde, porém, que, quatro meses depois, através da Lei n.º 27-A/2020, de 24 de Julho, foi alterado o artigo 48.º da LOPTC, cujo n.º 1 passou a dispor: «Ficam dispensados de fiscalização prévia os contratos referidos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 46.º de valor inferior a 750 000 €, com exclusão do montante do imposto sobre o valor acrescentado que for devido.» Verifica-se, assim, que o legislador, por um lado aboliu a fixação anual dos limites dos contratos dispensados de fiscalização prévia, e por outro lado mais do que fez duplicar o valor desses contratos, passando a abranger agora todos os contratos de valor abaixo de 750 000 €, quando anteriormente se limitava a 350 000 €. Trata-se de uma solução que contraria claramente o objectivo de combater a corrupção, que seguramente não é assegurado por medidas desta ordem, sendo por isso estranho que as mesmas surjam na ENCC. Propor iniciativas legislativas destinadas a reduzir os poderes de intervenção do Tribunal de Contas é exactamente o inverso do que se deveria fazer para combater a corrupção.

## VI. O afastamento dos titulares de altos cargos públicos da Lei de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos

Outra proposta que nos parece altamente prejudicial para o combate à corrupção é a proposta da ENCC de que os titulares de altos cargos públicos deixem de ser abrangidos pela Lei n.º 34/87, de 16 de Julho<sup>18</sup>, voltando-se assim ao regime anterior à Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro, que aditou o artigo 3.º-A a essa Lei. Trata-se de uma solução que nos parece totalmente contrária à necessidade de responsabilização penal dos titulares de altos cargos públicos em caso de prática

<sup>17</sup> Cfr. ENCC, p. 43.

<sup>18</sup> Cfr. ENCC, p. 55.

de crimes de corrupção, nos mesmos termos em que o são os titulares de cargos políticos. A argumentação usada pela ENCC para justificar este retrocesso de uma década – o de que o artigo 117.º, n.º 3, da Constituição não se refere aos titulares de altos cargos públicos – não nos parece fazer qualquer sentido.

## VII. A previsão de acordos sobre a pena aplicável

No âmbito da investigação criminal, perante a ausência de efectivo investimento do Estado nesta área, a ENCC optou antes por propor em seu lugar medidas altamente lesivas dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, como as negociações de penas e as buscas digitais. Trata-se de medidas que colocam em causa princípios fundamentais do Estado de Direito e que implicam uma verdadeira subversão do nosso processo penal.

Relativamente aos acordos sobre a sentença, a ENCC propõe «uma alteração ao Código de Processo Penal no sentido de prever a possibilidade de celebração de um acordo sobre a pena aplicável, na fase de julgamento, assente na confissão livre e sem reservas dos factos imputados ao arguido, independentemente da natureza ou da gravidade do crime imputado»<sup>19</sup>. Trata-se de consagração no nosso sistema do *plea bargaining* na linha do que tinha sido proposto há uma década por FIGUEIREDO DIAS<sup>20</sup> e pelos Juízes da Comarca dos Açores PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, PEDRO MENDES LIMA e JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES<sup>21</sup>. Nas palavras de NUNO BRANDÃO, a mesma corresponde a «uma apetência dos profissionais do foro para adoptarem procedimentos que maximizem as chances de obtenção de uma solução processual consensualizada, ainda que, não raro, à margem ou até em ofensa da lei instituída e com atropelo de direitos e garantias fundamentais dos arguidos»<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. ENCC, p. 63.

<sup>20</sup> Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O «Fim» do Estado de Direito ou um novo «Princípio»*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. Conforme explica o autor (p. 17), o modelo da *plea bargaining* permite ao promotor público e ao arguido (ou seu defensor) negociar, na fase preliminar, a acusação e os seus termos, e na fase de julgamento a questão da culpabilidade (*charge bargaining*) e a questão da sanção (*sentence bargaining*). O autor não considera, porém, este modelo adequado aos sistemas continentais, pelo que propôs antes a introdução do modelo alemão de justiça negociada, não necessariamente através de uma revisão legislativa, mas sim pela celebração de acordos na fase do julgamento que permitissem abreviar a audiência através de uma confissão livre e sem reservas do arguido (*passim, maxime* pp. 23 e ss., 31 e ss., 43 e ss. e 111 e ss.).

<sup>21</sup> Cfr. PEDRO SOARES DE ALBERGARIA / PEDRO MENDES LIMA / JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, «Uma proposta de Justiça Negociada», na *Revista do CEJ*, n.º 15, 2011, pp. 109-123. Estes autores propuseram uma alteração legislativa para impor ao Ministério Público, no fim do inquérito, uma obrigação de conferenciar com a defesa em ordem a propor a suspensão provisória do processo ou uma sanção em processo sumaríssimo. Segundo explicou posteriormente JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, «Acordos sobre a Sentença Penal: o acordo está aqui já!», na *Revista do Ministério Público*, 135 (Julho-Setembro 2013), pp. 37-64 (50), esta proposta inspirou-se no instituto italiano do *patteggiamento* (aplicação da pena a pedido das partes), introduzido em 1981 pelo artigo 77.º da *Legge* 689 e hoje previsto nos artigos 444.º e ss. do CPP italiano que permite a negociação das penas nos casos de pequena e média criminalidade. Cfr., sobre o mesmo, ROBERTO ANGELINI, «A negociação das penas no Direito italiano: o chamado *patteggiamento*», na *Julgar*, n.º 19 (2013), pp. 221-229.

<sup>22</sup> Cfr. NUNO BRANDÃO, «Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução», na *Julgar*, n.º 25 (2015), pp. 161-178 (162).



Efectivamente, alguns profissionais do foro mostraram logo grande apetência por este sistema. Assim, no âmbito do Ministério Público, em 13/1/2012, a Procuradora-Geral Distrital de Lisboa, FRANCISCA VAN DUNEM, emitiu uma recomendação aos Magistrados do Ministério Público do Distrito em sentido favorável à realização de acordos sobre a sentença em processo penal para «responder afirmativamente ao “apelo” do Prof. Figueiredo Dias», considerando haver base legal para esses acordos no artigo 344.º do CPP<sup>23</sup>. Essa recomendação viria a ser seguida pela Procuradora-Geral Distrital de Coimbra, nos Memorandos 2/2012, de 19/1/2012, e 4/2012, de 1/2/2012. Em consequência, alguns tribunais começaram a reconhecer a validade de acordos de sentença<sup>24</sup>.

A situação viria, no entanto, a ser corrigida através do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/4/2013, que se pronunciou claramente contra a admissão dos acordos de sentença no Direito Processual Penal, considerando prova proibida a obtenção de uma confissão do arguido com base na promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o arguido no qual se fixem os limites máximos da pena a aplicar<sup>25</sup>. Na sequência deste acórdão, a Procuradora-Geral da República JOANA MARQUES VIDAL emitiu a sua Directiva n.º 2/2014, de 21/2/2014, determinando que os Magistrados e Agentes do Ministério Público se abstivessem de promover ou aceitar a celebração de acordos sobre sentenças penais<sup>26</sup>.

A ENCC pretende assim reverter agora a posição, que consideramos a mais correcta, do Supremo Tribunal de Justiça e da Procuradora-Geral da República. Em ordem a conseguir esse objectivo, a ENCC propõe, como consequência do acordo, «dispensar a prova relativa aos factos imputados e dando como provados os confessados, com passagem imediata à produção de prova relevante para a determinação da pena»<sup>27</sup>. Trata-se mais uma vez de um passo altamente criticável, que vai muito mais longe do que actualmente prevê o artigo 344.º do CPP. Como também refere NUNO BRANDÃO, «decisiva para impedir que uma solução de justiça negociada resvale para um cenário incompatível com o princípio do Estado de Direito é a manutenção no tribunal do poder de sindicar a fiabilidade e a veracidade da confissão [...]»<sup>28</sup>. Ora, como se vê, a ENCC dá plena eficácia probatória à confissão, violando assim esse princípio.

O resultado desta alteração seria que o nosso processo penal se deixaria de basear nos julgamentos para passar a ser um sistema de acordos, como sucede no Direito norte-americano, o que violaria o princípio da reserva de jurisdição, sendo por isso inconstitucional (artigos 111.º e 202.º da CRP). Acresce que esse sistema nem sequer garante que o principal culpado da corrupção seja efectivamente condenado, bastando-lhe arranjar um bode expiatório, ficando o principal culpado automaticamente dispensado de pena. Tal poderia levar a que se apresentasse

<sup>23</sup> Cfr. PROCURADORA-GERAL DISTRITAL DE LISBOA, «Acordos sobre a sentença em processo penal [Recomendação n.º 1/2012, no SIMP]», disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc\\_mostra\\_doc.php?nid=153&doc=files/doc\\_0153.html](https://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html).

<sup>24</sup> Cfr. Ac. TRC 27/2/2013, processo 292/10.7GAMGL.C1 (FERNANDA VENTURA).

<sup>25</sup> Cfr. Ac. STJ 10/4/2013, processo 224/06.7GAVZL.C1.S1 (SANTOS CABRAL).

<sup>26</sup> Cfr. PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA, «Directiva n.º 2/2014, de 2014-02-21. Acordos de sentença em processo penal», disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>.

<sup>27</sup> Cfr. ENCC, p. 63.

<sup>28</sup> Cfr. NUNO BRANDÃO, *Julgar*, n.º 25 (2015), p. 167.

publicamente uma falsa imagem de maior eficácia no combate à corrupção, com a exibição de condenações de pessoas menos relevantes, mas não se estaria seguramente a fazer justiça.

### **VIII. As alterações aos regimes de dispensa de pena, atenuação especial da pena e suspensão provisória do processo**

Em consequência da sua proposta de admitir a negociação das penas, a ENCV propõe ainda alterações aos regimes de dispensa de pena, atenuação especial da pena e suspensão provisória do processo.

Neste âmbito, a ENCC sustenta o seguinte: «A complexidade da criminalidade económico-financeira, as dificuldades inerentes à sua investigação, como a necessidade de recorrer a meios de investigação mais eficazes, bem como as suas consequências na vida dos cidadãos, nas finanças do Estado e na economia, justificam que o Estado, enquanto legislador, dispense ou atenua a pena do arguido que denuncie o crime ou colabore ativamente para a descoberta da verdade, ou admita a suspensão provisória do processo não só para o crime de corrupção ativa, mas também para os crimes de corrupção passiva e recebimento e oferta indevidos de vantagem.»<sup>29</sup> Claramente que as propostas da ENCC estão a ir no sentido contrário ao que se deveria, já que a situação que se invoca como fundamento destas medidas deveria levar ao reforço da investigação criminal e ao aumento das penas e não à proposta de dispensas ou atenuação de penas e muito menos de suspensão provisória do processo.

Relativamente à suspensão provisória do processo, o actual artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, apenas a prevê para o crime de corrupção activa (artigo 374.º do CP), não se vendo qualquer razão para que a mesma seja estendida ao crime de corrupção passiva (artigo 373.º do CP). Naturalmente que o corruptor passivo pratica um crime muito mais grave do que o corruptor activo e precisamente por isso a lei estabelece uma moldura penal superior. Não há por isso qualquer justificação para que lhe seja estendida a suspensão provisória do processo, que representará um aligeirar da resposta penal a este crime.

Relativamente à dispensa da pena, a proposta propõe que «verificados, pelo juiz de julgamento, os pressupostos de que depende, deve tornar-se obrigatória a dispensa de pena, eliminando-se a previsão de um “prazo máximo de 30 dias após a prática do ato” como seu pressuposto»<sup>30</sup>. Se nada temos contra a eliminação do pressuposto da não ultrapassagem do prazo máximo de 30 dias para a denúncia do crime, hoje estabelecido no artigo 374.º-B, n.º 1, alínea *a*), do CP, já nos parece inaceitável a consagração da obrigatoriedade da dispensa de pena, que obrigaria o juiz a aceitar acordos celebrados entre o Ministério Público e os arguidos, dando assim a lei plena eficácia a esses acordos, nos termos que acima criticámos.

### **IX. A introdução de buscas digitais**

Outra proposta da ENCC é «a de visitar a Lei do Cibercrime, no sentido de regular mais adequadamente métodos de investigação em ambiente digital,

<sup>29</sup> Cfr. ENCC, p. 53.

<sup>30</sup> Cfr. ENCC, pp. 53-54.

nomeadamente buscas *online*, salvaguardando sempre que tais métodos deverão necessariamente obedecer às exigências da Constituição relativas à proteção dos direitos individuais». Em apoio desta proposta, a ENCC invoca as disposições do artigo 588 *septies* a da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola e os §§ 100a e 100b da *Strafprozessordnung* alemã<sup>31</sup>.

Antes de tudo, há que salientar que o artigo 588 *septies* a da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* não permite a utilização de buscas digitais para investigação dos crimes de corrupção. Na verdade, essa disposição apenas permite, mediante autorização judicial, a instalação de um *software* que permita de forma remota e telemática o exame de aparelhos ou sistemas informáticos nos casos de investigação de crimes cometidos no seio de organizações criminosas, terrorismo, crimes contra menores ou incapazes, crimes contra a constituição, de traição e relativos à defesa nacional, ou crimes cometidos através de instrumentos informáticos ou de qualquer outra tecnologia de informação e comunicação. Não é assim contemplada nesta disposição a investigação do crime de corrupção através de buscas digitais.

Já o § 100b, (2) n.º 1, *m*), da *Strafprozessordnung* admite a utilização de buscas digitais mas apenas nos casos mais graves de corrupção previstos no § 335 *Strafgesetzbuch*, não permitindo assim a generalização das buscas digitais para investigação em geral dos crimes de corrupção.

Actualmente a Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, 15 de Setembro) contempla como meios de investigação a preservação expedita de dados (artigo 12.º), a revelação expedita de dados de tráfego (artigo 13.º), a injunção para apresentação ou concessão de dados (artigo 14.º), a pesquisa de dados informáticos (artigo 15.º), a apreensão de dados informáticos (artigo 16.º), a apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhantes (artigo 17.º) e a interceptação de comunicações (artigo 18.º), sendo ainda permitido o recurso a acções encober-tas (artigo 19.º). Não existe na mesma a possibilidade de realizar buscas digitais mediante a introdução de programas informáticos em computadores alheios destinados a comunicar em permanência às autoridades tudo o que ocorre nesse computador.

Ora, a introdução deste método de investigação criminal em relação ao crime de corrupção é motivo de grande preocupação, uma vez que ultrapassa em muito as escutas telefónicas, em termos de intromissão na vida privada do visado. Na verdade, enquanto nas escutas telefónicas o acesso se limita às conversas efectua-das numa chamada telefónica, nas buscas digitais é vasculhada sem justificação toda a vida pessoal do visado, desde os filmes que vê, as músicas que ouve, os *sites* que consulta e as mensagens pessoais que envia aos seus familiares e amigos. Efectivamente, uma vez que a vida das pessoas decorre hoje em grande parte no ambiente digital, o que ainda se agravou com a pandemia, e nesse ambiente tudo pode ficar registado, as autoridades passariam a ter acesso a toda a vida pessoal dos cidadãos, sem que eles sequer se apercebessem dessa devassa. Tal transformaria Portugal num estado policial, sem qualquer respeito pela vida íntima das pessoas. A investigação da corrupção não se pode fazer em violação do Estado de Direito.

---

<sup>31</sup> Cfr. ENCC, p. 60.

## **X. Conclusão**

É por todos esses motivos que entendemos que a ENCC é por um lado ineficaz e por outro lado perigosa para o nosso Estado de Direito. Deve assim ser reformulada a benefício de um combate efectivo e eficaz à corrupção, o qual passa necessariamente pelo reforço dos meios de investigação criminal. Na verdade, o problema do combate à corrupção em Portugal não reside na falta de produção legislativa, que o País tem em abundância, mas sim no efectivo investimento na investigação criminal, a única capaz de intervir eficazmente na prevenção e repressão destes crimes.

## **Combate à Corrupção.**

### **Da Estratégia presente à Reforma futura**

**José António Henriques dos Santos Cabral**

#### Sumário:

- I. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Introdução
- II. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Aspectos Positivos
- III. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Aspectos Negativos
- IV. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Perplexidades
- V. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Discordâncias
- VI. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Direito Premial
- VII. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Investigação Criminal
- VIII. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Processo Penal e Organização Judiciária
- XI. Conclusão.

**RESUMO:** O aparecimento da Estratégia Nacional Contra a Corrupção poderá ser um instrumento fundamental na evolução dos paradigmas existentes sobre tal fenómeno, não só a nível criminológico e jurídico, como, também, a nível cultural. Contribuir positivamente para que o documento agora sujeito ao escrutínio público não seja mais uma exígua análise sobre o mesmo tema, a somar a tantas outras, ou para que as soluções apontadas não sejam um irrelevante repetir das mesmas, ou semelhantes, desadequadas respostas, é uma imposição de cidadania e uma obrigação perante as gerações futuras.

Essa a finalidade com que foi escrita a breve análise que se segue, tendo a noção de que estamos num domínio onde tem inteira validade a afirmação de Lincoln: «Podemos enganar alguns por todo tempo, todos por algum tempo, mas não podemos enganar todos por todo tempo.»

#### **I. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Introdução**

Com a cadência regular de um relógio suíço, o nosso quotidiano é invadido por notícias com foco na criminalidade económica, nomeadamente na corrupção<sup>1</sup>.

Nas áreas de risco, onde estão em causa grandes interesses económicos e decisões de enorme relevância na vida colectiva, que deveriam ser pautadas unicamente pelo bem comum, pululam indícios duma submissão à lógica dos interesses privados e ilegítimos. A degradação da qualidade, e da ética, no comportamento de alguns dos decisores públicos tem como contraponto uma sociedade civil muitas vezes ausente e distante, entretida no palco que lhe é oferecido na discussão das denominadas «questões fracturantes», que, com frequência, mais não são do que «jogos de sombras» que ocultam questões bem mais complexas, e fundamentais,

---

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> O texto consubstancia uma recopilação de Intervenção de 12 de Novembro de 2020 no Ciclo de Debates «Transparência do Estado e Combate à Corrupção», promovido pela Universidade Católica Portuguesa, elaborada em função de documento apresentado à discussão pública em 3 de Setembro de 2020.

onde se joga o nosso destino colectivo. Uma sociedade civil com fraca capacidade de intervenção, e pouca sensibilidade perante questões fundamentais do Estado de Direito, fica indefesa perante a captura deste<sup>2/3</sup>.

A «patrimonialização» da coisa pública, isto é, a captura do Estado por interesses privados, apresenta hoje a característica fundamental da sua globalidade e permanência.

Subverte o regime democrático e, invadindo todos os sectores do Estado, perde a natureza de uma mera deriva conjuntural, assumindo-se como estrutural e característica do regime. É transversal às principais forças políticas e determinante nas relações entre o sector público e privado

A ocupação de cargos públicos, em vez de ser o lugar nobre da realização da *res publica*, transforma-se num objectivo da luta política focado no mero exercício do poder em proveito próprio e dos «nossos». Em países débeis na fidelidade aos valores da democracia, a história dos partidos políticos é, muitas vezes, uma descrição da conquista do poder e de ocupação do aparelho do Estado. A luta política é, na realidade, muitas vezes uma luta dura entre oligarquias que se alternam, e substituem, dentro do mesmo sistema.

Quando coexistem, a democracia e a partidocracia cruzam-se com regras próprias, apenas formalmente constitucionais, em que estão perfeitamente definidas as fases de desenvolvimento do processo político e, nomeadamente, a ocupação do aparelho do Estado<sup>4</sup>. Reportando-nos às palavras de ALEJANDRO NIETO, a absorção torna-se efectiva, ocupando os instrumentos mais eficazes de controlo da sociedade: a Administração Pública em primeiro lugar e logo os meios de comunicação social, educação e cultura, sector público económico e, claro, os organismos de controlo<sup>5/6</sup>.

Acresce a tudo isto uma incapacidade frequente das instâncias formais de controlo, nomeadamente os tribunais, para, em tempo útil e de forma eficaz, responderem às exigências duma criminalidade complexa<sup>7/8/9</sup>.

<sup>2</sup> Segundo o Documento dos Serviços da Comissão Europeia – Relatório relativo a Portugal de 2020, «[e]mbora o indicador do Banco Mundial sobre o controlo da corrupção tenha permanecido relativamente inalterado nos últimos dois anos, os dados de inquérito mais recentes mostram que é crescente a percepção, por parte das empresas, de que a corrupção está a alastrar em Portugal (atinge 92%), contando-se entre as piores da UE. A corrupção é particularmente considerada um problema na contratação pública, onde 79% das empresas considera que a corrupção se encontra generalizada. O favorecimento e o nepotismo continuam a constituir um grande problema para 49% das empresas. A percentagem de pessoas que consideram que a corrupção constitui um problema para os negócios da sua empresa diminuiu ligeiramente desde 2017, mas continua a ser superior a 50% (Comissão Europeia, 2019e). O Índice de Percepção da Corrupção de 2019 regista também uma deterioração de dois pontos (Transparency International, 2020)» – <https://eurex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1584543810241&uri=CELEX%3A52020SC0521>.

<sup>3</sup> Cf. JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, «Ética e Corrupção», *Revista Julgar online*, Setembro de 2015, acessível em <http://julgar.pt/etica-e-corrupcao/>.

<sup>4</sup> Cf. *O Estado a que o Estado chegou*, Coordenação de Maria de Lurdes Vale, Lisboa: Editorial Gradiva/ Diário de Notícias, 2011.

<sup>5</sup> Paradigmática a afirmação cuja génese remonta a Maquiavel: «Para os amigos tudo, para os inimigos nada, para os outros cumpre-se a lei.»

<sup>6</sup> Cf. VÍTOR MATOS, *Os Predadores*, Lisboa: Clube do Autor, 2015.

<sup>7</sup> ALEJANDRO NIETO, *El Desgobierno de lo Publico*, Madrid: Grupo Planeta (GBS), 2008, p. 93.

<sup>8</sup> O processo denominado «Operação Marquês» iniciou-se em Julho de 2013; a denominada «Operação Furacão» iniciou-se em 2005; o processo «Monte Branco» iniciou-se em Junho de 2011;



A forma como a corrupção ou, mais precisamente, a grande criminalidade económica irrompeu, e corrompeu, o tecido social, político e económico do nosso país, tornando-se uma constante das últimas décadas, constitui uma das características do regime. Lenta, mas gradualmente, a mesma corrupção, e os fenómenos criminais conexos, aproximaram-se do núcleo central do poder<sup>10/11</sup>.

Na realidade, foi longo o caminho percorrido desde os primeiros sintomas, patentes no denominado caso do Aeroporto de Macau<sup>12</sup>, até aos dias de hoje. Num primeiro momento, de forma dispersa, mas na orla do poder, irrompendo em simultâneo com o afluxo de fundos comunitários ao nosso país, exprimindo-se em fenómenos tão diversos como os processos relativos ao Fundo Social Europeu, Junta Autónoma das Estradas, faturas falsas para financiamento partidário ou os perdões fiscais concedidos de forma atrabiliária. Sucederam-se situações que denotam já

---

o processo «Face Oculta» iniciou-se em Outubro de 2008; processo «Joaquim Raposo/Câmara da Amadora» iniciou-se em Dezembro de 2001 (e esteve parado cinco anos sem quaisquer diligências), terminando por arquivamento; o processo dos submarinos durou de 2006 a 2014 e terminou por arquivamento; o processo «Dias Loureiro» iniciou-se em Fevereiro de 2009 e decorreu até Abril de 2017, terminando por arquivamento; o processo «Freeport» iniciou-se em 2004 e terminou em 2012 com a absolvição da prática do crime de extorsão (esteve parado vários anos) e na decisão absolutória foi determinada a remessa de certidão ao Ministério Público porquanto «existiam suspeitas e indícios da prática de um crime grave que recaem sobre pessoa que exerceu o cargo de Primeiro-Ministro de Portugal» (*sic*). Não há notícia sobre o destino de tal certidão.

<sup>9</sup> No Relatório do GRECO de conformidade, aprovado em Junho de 2019, relativo ao quarto ciclo de avaliação, que incidiu sobre a prevenção da corrupção dos parlamentares, juízes e procuradores, constata-se que só uma recomendação sobre quinze foi implementada de forma satisfatória.

<sup>10</sup> Segundo refere DANIEL KAUFMANN, director dos Programas Globais do Instituto do Banco Mundial, apresentada num artigo publicado em 2005 na revista trimestral do Fundo Monetário Internacional, *Finance and Development*, «um país que melhore a sua governação e que parta de um baixo nível pode alcançar um bom termo de desenvolvimento e triplicar o rendimento *per capita* da população» – «Back to Basics–10 Myths About Governance and Corruption», *Finance and Development*, September 2005, Volume 42, Number 3, acessível em <https://www.imf.org/external/Pubs/FT/fandd/2005/09/basics.htm>. Nessa sequência defende que o fim da corrupção poderia colocar Portugal ao nível de um país como a Finlândia.

<sup>11</sup> Em 25 de Junho de 2019, no jornal *El Mundo*, era notícia: «Portugal, el país de Europa que menos lucha contra la corrupción» referindo-se que «se sitúa por detrás de Turquía, Serbia y Rumania en la lista de países que no aplican medidas contra el fraude, según un informe del Consejo de Europa», adiantando-se «Casi 40 altos cargos – entre ellos ministros, secretarios de Estado, altos cargos de comisiones gubernamentales y jefes de gabinetes de la administración – están conectados por matrimonio o parentesco, factor que ha generado acusaciones de nepotismo, llevado a la dimisión de varios individuos, y la elaboración exprés de una nueva ley que, en principio, veta el nombramiento de más familiares de altos cargos a puestos oficiales».

Segundo o jornal *El País* de 26 de Março de 2019, «Oposición y socios parlamentarios cargan contra los lazos familiares entre miembros del Gobierno portugués» En el Ejecutivo de António Costa hay un matrimonio y un padre y una hija tras la última remodelación ha pasado un mes desde la última remodelación del Ejecutivo encabezado por António Costa (Partido Socialista, PS), y sus socios parlamentarios (Bloco de Esquerda y Partido Comunista) y la oposición conservadora comienzan a cargar contra un Gobierno lleno de familiares. La endogamia política de un país pequeño con una clase dirigente escasa ha llegado hasta el extremo de que se sienten en el mismo Consejo de Ministros un matrimonio, y un padre y una hija. ... Todos son familiares.»

<sup>12</sup> Cf. RUI MATEUS, *Contos Proibidos – Memórias de um PS Desconhecido*, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1996.

uma clara afectação do poder central como os casos Portucale, BPN<sup>13</sup>, Freeport ou o denominado Processo dos Submarinos<sup>14</sup>.

Porém, é num terceiro ciclo que o núcleo central do poder é tocado, numa amalgama de relações promíscuas entre interesses privados e públicos e de instrumentalização do Estado em proveito próprio. Como numa paleta policromática, existem notícias de crimes dos mais diversos tipos, e formas, que vão desde o denominado Processo «Marquês» até à «Face Oculta», passando por Parcerias Público-Privadas; EDP; rendas da energia; Parque Escolar; PT; BES; BPP; BPN; Montepio; Imparidades bancárias, etc.<sup>15/16/17/18</sup>

Falamos de um universo de ilicitude corruptiva em termos globais que se vai repercutir em níveis mais restritos em áreas como as autarquias locais e transparece em instrumentos da administração pública como a contratação pública. É visível

<sup>13</sup> Cf. SÍLVIA FRECHES [et al.], *O Escândalo do BPN*, Lisboa: Gradiva/Diário de Notícias, 2012.

<sup>14</sup> Para uma visão impressiva e detalhada da evolução da corrupção no nosso país, cf.: JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção – O Labirinto do Minotauro*, Coimbra: Almedina, 2020; EDUARDO DÂMASO, *Corrupção*, Lisboa: Objectiva, 2019; CAMILO LOURENÇO, *Irresponsáveis*, Lisboa: Matéria Prima, 2014; LUÍS ROSA, *A Conspiração dos Poderosos*, Lisboa: A Esfera dos Livros, 2017; GUSTAVO SAMPAIO, *Os Privilegiados*, Lisboa: A Esfera dos Livros, 2013; RUI BARROSO, *Ligações Perigosas*, Lisboa: Matéria Prima, 2013; ANTÓNIO JOSÉ VILELA, *Segredos e Corrupção – O negócio das Armas em Portugal*, Alfragide: Casa das Letras, 2009; HELENA GARRIDO, *A Vida e a Morte dos Nossos Bancos*, Lisboa: Contraponto, 2016; LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES (editores), *A Corrupção e os Portugueses – Atitudes, Práticas e Valores*, Lisboa: Edições Rui Costa Pinto, 2008; JOÃO BERNARD GARCIA, *Freeport – Corrupção ou Perseguição*, Alcabideche: Prime Books, 2009; ANABELA CAMPOS e ISABEL VICENTE, *Os Negócios da China*, Lisboa: Oficina do Livro, 2016; PEDRO SANTOS GUERREIRO e FERNANDO SOBRAL, *A Teia do Poder – Amigos, Inimigos e Aliados*, Lisboa: Zebra Publicações, 2013.

Especificamente no que concerne às «Operações Furacão», «Monte Branco» e «Marquês», cf. ANTÓNIO JOSÉ VILELA, *Apanhados – As investigações judiciais às fortunas escondidas dos ricos e poderosos*, Lisboa: Manuscrito Editora, 2017.

<sup>15</sup> Em 2018, um estudo apresentado no Parlamento Europeu pelos Verdes identifica valores anuais de 18,2 mil milhões de euros em custos da corrupção no nosso país.

Em termos de custos, e a título exemplificativo, apontam-se os seguintes números: BES Angola – 5,7 mil milhões de euros; CGD – financiamento de risco – 1,7 mil milhões de euros; Novo Banco – 6 mil milhões de euros; BPN – 5 mil milhões de euros; Rendas eléctricas excessivas – mil milhões de euros; os encargos com as parcerias público-privadas ascendem em 2020 a 1500 milhões de euros. Segundo PAULO DE MORAIS, os portugueses irão pagar mais 11 mil milhões de euros pelas auto-estradas ex-SCUT do que aquilo que elas realmente valem (cfr. *O Pequeno Livro Negro da Corrupção*, Amadora: Influência, 2020, pp. 128 e ss.)

Especificamente sobre a gestão danosa da Caixa Geral de Depósitos – desde os investimentos em Sines (La Seda) até aos créditos ruinosos –, cf. HELENA GARRIDO, *Quem meteu a mão na Caixa – A história que envergonha o País*, Lisboa: Contraponto, 2018.

Nos últimos dez anos, as operações de capitalização à banca ascenderam a 23,7 mil milhões de euros (Dossiê Banca, jornal *i* de 14/02/2019).

<sup>16</sup> Impressiona a forma como, numa violação manifesta do dever de lealdade para com os accionistas da Portugal Telecom, gestores desta aplicaram 897 milhões de euros, provenientes da venda da operadora Vivo à Telefónica, na Rioforte, uma entidade virtual já então falida do universo GES/BES. Por tal forma não só causaram um gigantesco prejuízo aos accionistas, grandes e pequenos, como conseguiram destruir a maior empresa tecnológica do nosso país.

<sup>17</sup> Cf. FERNANDO ESTEVES, *Cercado – Os Dias Fatais de José Sócrates*, Lisboa: Matéria Prima, 2015; RUI COSTA PINTO, *José Sócrates – O Homem e o Líder*, Lisboa: Exclusivo Edições, 2009.

<sup>18</sup> Cf. PAULO PENA, *Jogos de Poder*, Lisboa: A Esfera dos Livros, 2014, e MARIANA MÓRTAGUA e JORGE COSTA, *Privataria*, Lisboa: Bertrand, 2015.



na forma como a administração central, e local, é colonizada por aqueles que são «afins» em termos partidários e até no próprio fenómeno das «portas giratórias» em que, a nível dos partidos do arco do poder, se transita deste para as empresas públicas<sup>19/20</sup>.

Procurando alguns dos denominadores comuns que são convocados pelo enfrentamento do fenómeno da criminalidade económica ao longo dos anos, é evidente o esforço persistente, quando não denodado, de alguns responsáveis do sistema judiciário com o objectivo de criar estruturas adequadas, e dotar de meios suficientes, os organismos vocacionados para este desafio. Assim, ao longo dos anos, foi criado o DCIAP e o Núcleo de Assessoria Técnica no Ministério Público ou nasceu a Unidade de Informação Financeira na Polícia Judiciária<sup>21</sup>.

Não obstante as dificuldades de percurso, igualmente se desenvolveu, ao nível da Magistratura do Ministério Público, um núcleo de Magistrados experientes, e empenhados, no combate a este tipo de criminalidade, usando os instrumentos legais que, entretanto, surgiram<sup>22</sup>.

Porém, a constatação de tal evolução não obscurece a evidência de, à excepção de breves períodos, inexistir uma estratégia global, e contínua, no combate à corrupção.

## II. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Aspectos Positivos

O documento ora apresentado como Estratégia Nacional Contra a Corrupção vale, essencialmente, como a demonstração de uma vontade efectiva de combater o fenómeno da corrupção. A afirmação pública *urbi et orbi* de um propósito firme de combater a corrupção serve de estímulo, e é um sinal positivo, de que se pretende mudar algo e ultrapassar o vazio que se tem seguido a sucessivas proclamações no mesmo sentido por parte de vários Executivos<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Um total de 13 ex-governantes foram administradores da Caixa Geral de Depósitos entre 2000 e 2015.

<sup>20</sup> A título de mero exemplo, o Vice-Presidente das Estruturas de Portugal foi assessor financeiro da concessionária da Algarve litoral, que hoje pede uma indemnização de 445 milhões de euros ao Estado (*Público* de 2-12-2019).

<sup>21</sup> A relação entre Ministério Público, Governo e Polícia Judiciária é particularmente impressionante na obra de dois dos principais intervenientes na década de 90 (com leituras distintas quando não contrárias sobre alguns dos episódios): CUNHA RODRIGUES, *Memórias Improváveis*, Coimbra: Almedina, 2020, e LABORINHO LÚCIO, *O Julgamento – Uma Narrativa Crítica da Justiça*, Lisboa: Bertrand, 2012.

<sup>22</sup> Leis n.ºs 17/2019, 55/2015, 109/2009, 20/2008, 19/2008, 5/2002 e 97/2001.

<sup>23</sup> Segundo o documento da Comissão Europeia referido na n. 2, «a prevenção da corrupção apresenta algumas lacunas em Portugal, nomeadamente devido à ausência de uma estratégia coordenada e à prevalência de uma fragmentação de responsabilidades (Comissão Europeia, 2019). A Comissão Eventual para o Reforço da Transparência no Exercício de Funções Públicas, do Parlamento, criada com o objetivo de racionalizar a legislação anticorrupção, concluiu em 2019 a sua missão de três anos. Todavia, não houve uma estratégia clara para orientar este importante processo legislativo, que resultou meramente em algumas revisões legislativas esparsas. Por exemplo, embora se preveja a nova Autoridade da Transparência no âmbito do Tribunal Constitucional para supervisionar as declarações de património e interesses, tal não foi complementado por uma reforma que permita uma divulgação mais eficaz das declarações de património e interesses (questão também levantada pelo Grupo de Estados contra a Corrupção

Permitimo-nos elencar alguns dos aspectos que entendemos mais relevantes, destacando-os do documento apresentados.

Assim sucede com: *a)* Importância da Prevenção acentuando o papel a longo prazo da inclusão dos *curricula* e formação cívica dos Jovens; *b)* Importância a nível da Administração desenhando linhas de orientação através de acções de formação; de códigos de conduta ética; de mecanismos de supervisão; *c)* A relevância da detecção de riscos nos diversos níveis e formas; *d)* Importância do Regulamento Geral de Prevenção da Corrupção; *e)* Relevância da Criação de uma Agência vocacionada para coordenar a corrupção, coordenando sinergias; *f)* Importância do transplantar para a economia privada o rigor ético e a imposição de directivas em termos de prevenção de corrupção; *g)* Relevância da interoperabilidade entre todos os actores do sistema através de plataforma comum; *h)* Relevância do Programa de cumprimento normativo; *i)* Análise de riscos e plano de prevenção; *j)* Implementação de canais de denúncia.

No plano das medidas repressivas em termos penais relevam: *a)* A criação de normas processuais específicas em matéria de responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas; *b)* A criação de normas processuais para os casos de perda de bens sem condenação, transposição da Directiva 2014/42/UE, sobre congelamento e perda de instrumentos e produtos do crime; *c)* A responsabilização das pessoas colectivas pelos crimes de corrupção activa e de oferta indevida de vantagens da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho; *d)* A elevação do limite máximo da pena acessória de proibição do exercício de funções; *e)* A previsão de penas acessórias que incapacitem temporariamente os titulares de cargos políticos para serem eleitos ou nomeados para tal tipo de cargos; *f)* A extensão da suspensão provisória do processo prevista no artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, quer ao crime de corrupção passiva quer aos crimes de oferta e recebimento indevido de vantagem; *g)* A alteração do Código das Sociedades Comerciais, no sentido de obrigar as empresas de grande e média dimensão à adopção de programas de prevenção e repressão da corrupção, quer de agentes públicos quer privados

### III. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Aspectos Negativos

Porém, sendo esses aspectos positivos, importa agora referir pontos que se afirmam menos conseguidos, ou negativos, no documento em causa.

1. O primeiro tema que nos interpela é a circunstância de a afirmação das necessidades da prevenção geral omitir a referência, quanto a nós essencial, da existência de um sistema eficaz na repressão deste tipo de criminalidade.

---

do Conselho da Europa). Na ausência de tal reforma, a Autoridade da Transparência pode enfrentar sérios problemas para trabalhar com eficácia na verificação das declarações e na imposição de sanções. Em setembro de 2019, foi adotada outra lei que estabelece novas regras para as nomeações políticas, na sequência da revelação, através da comunicação social, de diversos casos de laços familiares em altos cargos do governo e a nível de gabinetes. Os esforços para promover um projeto legislativo com vista a regular as actividades dos grupos de pressão não tiveram resultados, uma vez que o Presidente da República remeteu para nova apreciação um projeto aprovado pelo Parlamento em junho. Em dezembro, foi anunciada uma estratégia nacional de combate à corrupção, incluindo medidas como um relatório nacional sobre o combate à corrupção. É necessária uma estratégia clara para se criar um quadro legislativo e político coerente e inatacável em matéria de combate à corrupção».

Efectivamente, a opção de vontade pela prática de um acto ilícito pode residir em múltiplas razões, mas uma das mais importantes é a equação da relação custo-benefício, ou seja, a ponderação da possibilidade de se ser penalizado por aquela prática. A sucumbência da vontade do agente perante o apelo do ilícito reside, em grande parte, na expectativa forte de subtracção à responsabilidade criminal. O que está em causa, em última análise, é a existência de um modelo eficiente onde se conjugam uma investigação criminal proficiente e um sistema judicial eficaz<sup>24</sup>.

A existência de inquéritos e investigações criminais que demoram anos, ou de instruções e julgamentos que se prolongam ao longo do tempo, pode ser tudo, mas certamente não é factor de dissuasão deste tipo de criminalidade.

2. Inexiste uma visão estratégica, temporalmente balizada, com definição de objectivos concretos. Em causa um plano de acção com um caderno de encargos definindo as metas pretendidas e os meios para as atingir<sup>25</sup>. Salienta-se, ainda, a importância de uma análise retrospectiva com avaliação do resultado dos sucessivos programas de acção de diversos Governos e do Ministério Público<sup>26</sup>.
3. A estratégia enunciada omite um ponto relevante que é a necessidade de uma pronúncia sobre a corrupção política de alto nível que é nuclear em todo o sistema.
4. A mesma estratégia não desenvolve áreas mais sensíveis como a fiscalização, e sancionamento, das contas dos partidos e campanhas eleitorais.
5. Igualmente, o documento é omissivo numa forma particular de corrupção de poder que é a partidarização da Administração Pública. Importa distinguir, de forma precisa, os cargos de nomeação política, que cessam no fim do mandato, e a carreira na Administração Pública sujeita a concursos abertos e competitivos. Acresce a relevância que assumiria a proibição da passagem de membros de gabinete dos Governantes e cargos públicos directamente para a Administração Pública.

<sup>24</sup> Segundo o OCDE *Economic Surveys* sobre Portugal (Fevereiro de 2019), «[t]here is also a need to continue ensuring that the judiciary has the capacity to prosecute economic and financial crimes. The Public Prosecution Office and the Criminal Investigation Police must be allocated adequate resources to continue undertaking forensic investigations of economic and financial crimes, which can be long, complex and resource-intensive. When adjusting for price differences across countries, the funding of the public prosecution office on a per capita basis in Portugal is comparable with most other European jurisdictions, although it is notably lower than in some countries such as Switzerland and the Netherlands in which the available indicators suggest perceived corruption is very low. It should be noted that such comparisons of budget allocations do not take into account cross-country differences in the remits of public prosecution offices... Reliable judicial systems are crucial to make sure laws and regulations are actually enforced. In this respect, court judgement should be speedy and effective. To do so, court resources should be allocated efficiently through strengthening the governance structure and workload assessment (see Chapter 2). Also, specialised courts with national jurisdiction for corruption could be considered. Such courts currently operate in some other OECD countries, such as the Slovak Republic. The appeal procedures should also be reviewed to prevent abuse.» – [https://doi.org/10.1787/eco\\_surveys-prt-2019-en](https://doi.org/10.1787/eco_surveys-prt-2019-en).

<sup>25</sup> A Estratégia apresentada é um plano para três anos tendo em consideração o limite 2020-2024. Ultrapassa o final da legislatura, mas não é uma estratégia de longo prazo.

<sup>26</sup> Cf. Programa de Acção do Ministério Público Contra a Corrupção – Dezembro de 2015, acessível em <http://www.ministeriopublico.pt/es/node/3360>.

6. Por igual forma, e paralelamente à referência sobre o tráfico de influências e o exercício de *lobby*, a relevância que assume o desinvestimento nos serviços jurídicos do Estado e a sobrevalorização do papel dos grandes escritórios de advogados na elaboração, ou interpretação, de legislação<sup>27/28/29</sup>.
7. Igualmente patente a ausência de pronúncia sobre instrumentos essenciais da luta contra a corrupção, como o branqueamento de capitais em que avulta a necessidade de um recorte preciso no que toca à configuração que deve assumir o crime a montante para efeitos probatórios.
8. Não existe uma tomada de posição, qualquer que ela seja, sobre a criminalização do enriquecimento ilícito ou a relevância da prova indiciária<sup>30</sup>.
9. Para além da referência aos «megaprocessos», não se equaciona nenhuma medida relativa à celeridade processual e à eficiência do sistema judicial, na área específica da criminalidade económica<sup>31</sup>.

#### IV. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Perplexidades

Para além daqueles pontos, que fazem despontar a ideia da existência de áreas que não mereceram a atenção na estratégia desenhada, igualmente existem temas que nos fazem suscitar a maior perplexidade pela incongruência que existe entre a microvisão desenhada e as perspectivas macro que são fruto do próprio Programa de Governo ou dele decorrentes.

Assim,

1. Existe contradição entre o papel que se pretende atribuir a instâncias de controlo como o Tribunal de Contas, ou Inspeções, e as propostas e iniciativas

<sup>27</sup> No Orçamento para 2020, o Governo previa gastar mais de 119 milhões de euros apenas com estudos, pareceres, projectos e consultadoria de escritórios de advogados e outros especialistas. A despesa representava um aumento de 22% em relação aos 97,5 milhões orçamentados em 2019. Com pouca diferença tal verba equivale ao orçamento da Polícia Judiciária para o mesmo ano.

<sup>28</sup> Cf. SUSANA COROADO, *O Grande Lóbi – como se influenciam as decisões em Portugal*, Lisboa: Objectiva, 2017.

<sup>29</sup> Segundo notícia do jornal *Observador* de 23/02/2015, «[o] Banco de Portugal contratou dois assessores jurídicos, um português e outro inglês, para apoiarem o processo de resolução do Banco Espírito Santo (BES). Os dois contratos têm um valor igual, de 1,5 milhões de euros cada, e um prazo de duração que pode ir até três anos. O preço, que totaliza três milhões de euros, ainda é estimado e inclui trabalhos de assessoria jurídica à venda do Novo Banco. De acordo com os documentos divulgados no *site* dos ajustes diretos, os contratos foram adjudicados à Vieira de Almeida & Associados e à Allen & Overy em dezembro do ano passado».

<sup>30</sup> Cf. JOSÉ SANTOS CABRAL, «Branqueamento de capitais e prova indiciária», *Revista Julgar online*, Março de 2020, acessível em <http://julgar.pt/?s=branqueamento+de+capitais>.

<sup>31</sup> O que se passa neste momento com o processo BES é paradigmático da inadequação deste processo, patente nas dificuldades de obtenção de uma tradução da acusação, decorridos que são cinco meses sobre a prolação desta. Nesta fase processual preliminar assistimos já ao desfilarm de um catálogo de diligências dilatórias que vão desde a pretensão da concessão de anos para estudar o processo e poder deduzir o pedido de instrução até ao pedido de tradução de todo o processo, passando pela mudança de moradas para evitar a notificação da acusação.

legislativas existentes<sup>32</sup>. Saliente-se que a alteração legislativa constante de orçamento suplementar de 2020 veio a alterar o artigo 47.º da Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal de Contas isentando de visto prévio os contratos e demais instrumentos jurídicos que tenham por objecto a prestação de serviços de elaboração e revisão de projecto, fiscalização de obra, empreitada ou concessão destinada à promoção, reabilitação e aquisição de imóveis para habitação acessível ou pública ou o alojamento estudantil.

2. A valorização das instâncias de controlo, inteiramente de aplaudir, colide com a circunstância de se ter extinto o único instrumento que existia a nível de controlo autárquico, como foi a IGAL (substituído pela Inspecção das Finanças). A corrupção e o urbanismo são dois fenómenos que estão interligados e a gestão deste constitui uma das principais fontes do primeiro, nomeadamente através das alterações dos planos directores municipais<sup>33</sup>. Igualmente é certo que, segundo o Conselho de Prevenção da Corrupção, as autarquias constituem uma grande percentagem da corrupção – 48% (num total de 288). A maioria é proveniente de câmaras municipais (223), seguidos de juntas de freguesia (56) e de empresas municipais (9)<sup>34</sup>.
3. Não se ignora a importância das denominadas Agências Anticorrupção. A existência de uma entidade vocacionada para a repressão deste crime específico, dotada de meios adequados e de necessária autonomia, congregando os melhores investigadores, peritos e magistrados, constituiu um elemento fundamental no desenvolvimento, e transparência, de países e no seu desenvolvimento económico e social. Em termos de direito comparado, casos como Hong Kong, Singapura, ou, mais recentemente, de vários países de Leste, consubstanciam um exemplo da importância destas Agências,

<sup>32</sup> Segundo o jornal *Público* de 15/12/2019, a Lei de Financiamento dos Partidos, aprovada em Janeiro de 2018 com os votos favoráveis de dois terços da Assembleia da República, permitiu a prescrição de multas aplicadas aos partidos no valor de centenas de milhares de euros, além de multas de igual ordem cujo pagamento seria exigido a responsáveis partidários. De acordo com aquele jornal, as coimas que ficaram por pagar relativamente às contas anuais do ano de 2009 situam-se entre os 110 mil e os 4,245 milhões de euros, que são os valores de acordo com a moldura das coimas prevista para as irregularidades em questão.

<sup>33</sup> Recordando o documento apresentado pela Transparência e Integridade em 2 de Março de 2012, em Lisboa (acessível em [https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2020/11/TIAC\\_Corruptao-e-Urbanismo2012.pdf](https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2020/11/TIAC_Corruptao-e-Urbanismo2012.pdf)): «A revisão em curso dos Planos Directores Municipais não promove uma real discussão pública. A informação é apresentada aos cidadãos em documentos técnicos com centenas de páginas, em linguagem hermética e impenetrável. A discussão é corporativa e em circuito fechado. Os processos de revisão dos PDM culminam frequentemente na valorização dos terrenos daqueles que estão no poder ou têm capacidade de influência, quando não de nomeação, sobre os atores políticos. Na maior parte das autarquias, o licenciamento não é feito em função do planeamento aprovado, mas sim de forma lenta, ambígua e discricionária – por via duma legislação caótica, duma burocracia crónica e de regimes de delegação de competências nem sempre claros. Conflitos de interesses: os maiores escritórios de advogados do país elaboram grande parte da legislação com relevância económica, explorando depois falhas dessa mesma legislação em benefício dos seus clientes privados. A fiscalização é, na maioria dos casos, inexistente ou ineficaz. A Inspecção-Geral da Administração Local é inoperante e a Justiça parece não querer funcionar.»

<sup>34</sup> Cf., BÁRBARA ROSA e RUI OLIVEIRA MARQUES, *Má Despesa Pública nas Autarquias*, Lisboa: Alêtheia Editores, 2013, e LUÍS F. RODRIGUES, *Manual de Crimes Urbanísticos*, Lisboa: Guerra e Paz, 2011.

desde que devidamente implementadas. Não é esse o modelo que se desenha na Estratégia Nacional, mas sim uma instituição cuja actuação se cinge ao domínio da prevenção, impondo-se, então, a sua articulação com entidades com competências parcialmente coincidentes como o Conselho de Prevenção da Corrupção<sup>35</sup>.

4. Uma outra perplexidade surge com invocada necessidade de transparência na contratação pública, propósito digno dos maiores encónios. Porém, tal propósito colide com a proposta de alteração ao Código dos Contratos Públicos pendente na Assembleia da República. A mesma, conforme foi anunciado pelo Governo, visa simplificar, desburocratizar e flexibilizar os procedimentos de contratação pública. As medidas ali consagradas visam alargar a intervenção e capacidade dos decisores públicos e autorizá-los a optar, em vários domínios, por processos de ajuste directo e de consulta prévia e, consequentemente, escolherem livremente as empresas que vão executar a obra. O exemplo histórico dos anos 90 não consagra um bom precedente e os fundos europeus, que se avizinham, vão constituir uma enorme fascinação, e um poderoso impulso, para repetir práticas e de «contactos secretos», de «concursos feitos à medida» ou de diligências análogas com relevância criminal<sup>36</sup>.
5. Um outro aspecto cuja relevância se afigura relevante numa perspectiva de transparência da Administração Pública é o recrutamento de quadros intermédios e superiores da Administração Pública. Entrecruzam-se aqui concursos públicos, que demoram mais do que um ano a ser decididos ou pedidos; nomeações em regime de substituição que se prolongam no tempo;

<sup>35</sup> Cf. o portal Anti Corruption Authorities em <https://www.acauthorities.org/> e o portal Anti-Corruption Agencies – U4 Anti-Corruption Resource Centre em <https://www.u4.no/topics/anti-corruption-institutions>.

<sup>36</sup> A Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.<sup>a</sup>, apresentada pelo Governo, mereceu no parecer do Tribunal de Contas (acessível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=45053>), a consideração de que: «(1) Por um lado, rompe com linhas de evolução legislativa desde 2008, em particular reveladas na revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111/-B/2017, *v.g.*, sobre as garantias de imparcialidade, transparência, igualdade, não discriminação, efectiva concorrência e ponderação de custo benefício em sede de contratação pública; (2) Por outro, algumas das propostas de alteração, chocar com orientações preconizadas em anúncios contemporâneos de políticas públicas, nomeadamente as constantes da “Estratégia Nacional de Combate a Corrupção 2020-2024”, recentemente colocada em discussão pública, e a importância da prevenção como vetor essencial nesse domínio, daí que nesse instrumento, depois de se destacar que a contratação pública é uma das áreas em que se justificam alterações ao quadro legal, no sentido de tornar os procedimentos mais transparentes e assim reduzir os contextos facilitadores da corrupção numa das prioridades apresentadas seja a adoção de alterações legislativas com esse desiderato e numa linha de continuidade com reformas anteriores. Devido às reservas suscitadas pela proposta e em sede de generalidade a proposta de substituição do procedimento do concurso público por um outro (em que cinco entidades são convidadas a apresentar propostas e depois há uma delas que é escolhida e aceite) só pode acontecer para contratos de valor até 750 mil euros. Foi criada uma comissão independente para acompanhar a contratação pública no âmbito dos contratos a realizar com os fundos europeus que começam a chegar a Portugal no próximo ano. Por outro lado, passa a ser obrigatório que os contratos públicos que não estejam sujeitos a visto prévio sejam enviados ao Tribunal de Contas num prazo de 30 dias após a sua concretização.»



candidatos que vencem os concursos depois de estarem há meses, ou anos, a exercer o cargo para o qual concorreram e várias transferências directas dos gabinetes do Governo para cargos de chefia na Administração Pública<sup>37/38/39</sup>.

## V. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Discordâncias

Não se concorda com:

### 1. Amplitude dos acordos negociados de sentença.

Aquele que constitui um dos principais, senão o principal, eixo das propostas constantes da Estratégia centra-se nos acordos negociados de sentença, que são justificados como «uma alteração ao Código de Processo Penal no sentido de prever a possibilidade de celebração de um acordo sobre a pena aplicável, na fase de julgamento, assente na confissão livre e sem reservas dos factos imputados ao arguido, independentemente da natureza ou da gravidade do crime imputado, constitui uma opção que devemos acompanhar».

Relativamente à inovação proposta, permitimo-nos referir que, posteriormente ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 2013, nenhum elemento foi aduzido que invalidasse os argumentos nele constantes, sendo certo que, por maior que seja o apreço pelas palavras do Professor Figueiredo Dias, pela excelência dos juristas alemães ou pela valia das directivas de algumas Procuradorias Distritais do Ministério Público, não serão tais circunstâncias que irão transformar uma ideia, porventura válida, em letra de lei.

Assumido tal ponto prévio, estamos em crer que uma precisão que se impõe à partida é determinar se aquilo que se pretende é dotar o sistema judicial de um instrumento que imprima uma maior celeridade, enfrentando o avolumar da carga processual, ou antes se pretende introduzir, de forma subliminar, uma forma de colaboração premiada. Na verdade, ou falamos de possibilidade de um acordo

<sup>37</sup> Regime de nomeação em substituição – Nos termos do disposto no artigo 27.º, n.º 1, do estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado, aprovado pela Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, e como também se previa nos anteriores estatutos (artigo 21.º da Lei n.º 49/99, de 22 de Junho, e artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro), os cargos dirigentes podem ser exercidos em regime de substituição nos casos de ausência ou impedimento do respectivo titular ou por vacatura do lugar; 2.ª – Em tal situação, e em conformidade com o disposto no n.º 6 do artigo 27.º da Lei n.º 2/2004, e como igualmente se estabelecia nos demais preceitos legais citados na conclusão anterior, o substituto tem direito à totalidade das remunerações e demais abonos e regalias correspondentes, em abstracto, ao cargo ocupado em regime de substituição e não à remuneração que o substituído concretamente auferisse por, nomeadamente, se encontrar já integrado em determinado escalão da sua categoria, ou mercê da titularidade, conferida por lei, de um específico estatuto remuneratório.

<sup>38</sup> Segundo o *Observador* de 6/05/2020 (<https://observador.pt/opiniao/o-ps-e-o-estado-aos-amigos-tudo-aos-outros-a-lei/>), nos últimos 145 concursos conduzidos pela Comissão de Recrutamento e Selecção para a Administração Pública (CRESAP) o PS dominou pelo menos 118.

<sup>39</sup> Jornal *Observador* de 3 de Outubro de 2019: «Há dirigentes a exercer durante meses ou anos sem concurso. Outros vencem o concurso, mas depois de já estarem no cargo. Como o regime de substituição beneficia os candidatos escolhidos pelo Governo» – <https://observador.pt/especiais/dirigentes-do-estado-das-nomeacoes-sem-concurso-aos-concursos-que-confirmam-nomeacoes-ja-feitas/>.

nascido de uma autoconfissão ou a génese deste mesmo acordo reside na heteroconfissão com a imputação a terceiros de responsabilidade criminal<sup>40</sup>.

Ultrapassada essa primeira questão, ficam por definir questões relevantes que passam pela determinação do momento em relação ao qual o acordo se pode concretizar, isto é, se o mesmo é admissível no inquérito ou se deve ser aferido unicamente na fase de julgamento. Paralelamente, questionamo-nos sobre qual o papel que se pretende atribuir ao juiz: será uma intervenção meramente homologatória, reportada à verificação dos pressupostos formais, ou deverá o mesmo assumir um papel activo na obtenção do acordo<sup>41</sup>?

Importa, ainda, ter presente o regime de impedimentos a que deverá ficar sujeito o mesmo juiz caso o acordo não seja obtido<sup>42</sup>.

Genericamente, diremos, ainda, que nos causa alguma perplexidade o apelo tão veemente a uma figura que consubstancia um corte com princípios que desde sempre nortearam o nosso direito processual penal sem que primeiro se extraíssem todas as potencialidades de diversificação processual, como é o caso da suspensão provisória do processo ou do processo sumaríssimo.

O que definitivamente não é admissível é que, a pretexto da necessidade de celeridade, e das exigências de eficiência, se estenda um instrumento vocacionado para a pequena e média criminalidade, ou seja, para crimes punidos com pena até cinco anos, a todos os crimes, qualquer que seja a sua gravidade e natureza, tal como se consigna na Estratégia.

---

<sup>40</sup> Essencialmente, o que está em causa na abordagem do direito premial é a colaboração ou delação premiada que existirá sempre que um arguido informa sobre factos penalmente relevantes que têm aptidão para fundamentar a responsabilidade penal de terceiro. A colaboração assumirá assim o duplo significado de auto e de hetero incriminação: o colaborador, em princípio, confessará factos com relevo criminal de que ele próprio tenha sido agente, pois que através dos mesmos obteve conhecimento de factos de terceiro e, mediante a expectativa dum prémio em termos da sua menor responsabilização criminal, delatará terceiros que com ele hajam participado em tais factos ou que hajam tido participação em outros factos que com esses tenham conexão.

As contrapartidas legais que poderão advir para o mesmo arguido podem ser múltiplas, incidindo a maior parte das vezes na redução ou a isenção das penas aplicáveis aos crimes que lhe sejam imputados, a aplicação de um regime de execução de pena mais favorável ou a dispensa de procedimento criminal.

<sup>41</sup> Em última análise, os denominados acordos negociados de sentença podem emergir de duas configurações totalmente distintas no que concerne ao papel do juiz. Na Alemanha, cabe ao Juiz presidente e à defesa o papel mais activo na negociação do acordo e o seu fundamento encontra-se na simplificação e de aceleração do processo. No celebrado *patteggiamento* italiano, a negociação efectua-se entre o Ministério Público e o acusado, celebrando um acordo que sujeitam à apreciação do Juiz nas fases preliminares ou de julgamento. A intervenção deste situa-se num plano formal, ou de mero controlo, examinando a adequação da qualificação e a razoabilidade da medida da pena proposta. O instituto aplica-se em casos cuja pena concreta não exceda os cinco anos de prisão com exclusão de determinado tipo de crimes.

<sup>42</sup> Igualmente importa elucidar de qual a situação dos participantes, quando apenas alguns confessarem? Por outro lado, será admissível o Acordo se forem imputados vários crimes em concurso que podem englobar, ou não, crimes puníveis com penas cujo limite máximo seja superior a cinco anos?



Não vislumbramos que tal mutação *coperniquiana* do nosso processo penal seja facilmente compreendido pelo cidadão comum<sup>43</sup>.

## 2. Não se concorda com a neutralização dos megaprocessos.

Argumenta-se que «importa alterar o artigo 30.º do Código de Processo Penal, estabelecendo expressamente a possibilidade de cessar a conexão quando esta puder levar ou tenha levado ao não cumprimento dos prazos de duração máxima da instrução a denominada Estratégia aponta para a redução do número de megaprocessos».

Tal objectivo da Estratégia surge na sequência da «cruzada» empreendida contra os grandes processos, ou megaprocessos, que surgiu nos últimos anos no mundo judiciário<sup>44</sup>. A mesma será mais compreensível quando oriunda de quem tem um interesse estratégico em que a visão parcelar dos factos oculte uma perspectiva global, e holística, dos mesmos.

Porém, pressupondo o bom cumprimento das regras de conexão, a existência de megaprocessos é inevitável perante uma megacriminalidade em que a complexidade, e gravidade dos casos, são um lugar-comum<sup>45</sup>.

Os processos complexos existem em todos os países e a forma de os enfrentar não é o caminho fácil de «partir em fatias» aquilo que é uma realidade única, mas dotar o sistema de instrumentos eficazes. Fundamentalmente, o que existe é uma criminalidade do século XXI e estruturas do século XX onde está ausente a especialização em áreas mais complexas ou inexistente a dotação de assessores, e peritos, que acompanhem a tarefa do tribunal.

A gestão processual continua a ser um terreno praticamente desconhecido em muitos dos nossos tribunais.

A separação de processos, valorando separadamente factos em que deveriam ser julgados em conjunto, pois que se articulam e conectionam, irá produzir um efeito em cadeia a partir do momento em que se inicie o primeiro julgamento originando o sequente transplante de provas, meios de prova e precedentes decisórios num sistema de vasos comunicantes<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> O acordo dirigido a uma fixação antecipada não pode colidir com o princípio da jurisdição, bem como o princípio da culpa. A determinação da medida concreta da pena do juiz compete ao juiz, e não ao Ministério Público, e deve obedecer ao disposto no artigo 59.º do Código Penal, consagrando a culpabilidade como factor relevante para a fixação do *quantum* da pena. Na sequência das palavras de FIGUEIREDO DIAS, «um acordo sobre a medida concreta da pena não pode ser considerado admissível, pois que tal significaria uma violação do princípio da culpa e aproximaria de novo o acordo da troca, negócio ou barganha. Ao tribunal, e só a ele, pertence ponderar todas as circunstâncias do caso que relevam para a culpa e a prevenção e, em função delas, encontrar o exacto *quantum* de pena» – *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*, p. 51.

<sup>44</sup> «Monstros ingeríveis», como foram apelidados na Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias em 10 de Março de 2012.

<sup>45</sup> O próprio conceito de megaprocesso é algo subjectivo, mas sem dúvida que o julgamento ora iniciado na Calábria contra os membros da *Ndrangheta* constitui o exemplo de uma realidade que só é compreensível no seu todo. Falamos de 355 réus, de 900 testemunhas de acusação e 400 advogados.

<sup>46</sup> Os processos relacionados com o Fundo Social Europeu ou como o fax de Macau (em que, separando-se os processos, se condenou o corruptor e se absolveu o corrompido) são um mero exemplo das consequências de uma inadvertida imposição legal de desconexão processual.

Como afirma a organização Transparência e Integridade, «[o]s chamados “megaprocessos” são aqueles que demonstram efectivamente reais os contornos, relações e abrangência dos fenómenos criminais, entre os quais a corrupção e a criminalidade conexas. Logo, a separação de processos para evitar os megaprocessos, essencialmente nos crimes de corrupção, pode resultar no bloqueio de respostas, tanto aos circuitos das vantagens eventualmente recebidas, como à génese da concordância entre corruptores e corrompidos. Isto é, as vantagens de determinada acção ou conduta, podem estar tão desfasadas no tempo ou nos níveis de intervenientes, que parcelar processos pode diluir o nexo causal entre estes e ferir o nexo causal, já tão difícil neste tipo de investigação».

Não se desconhece o tempo excessivo que demoram determinados processos e fases processuais como o inquérito, a instrução e o julgamento. Tais demoras são, em grande parte, imputáveis a factores exógenos ao processo e, outras, à própria gestão processual. Não será a alteração das regras processuais no sentido proposto que irá alterar tal circunstância.

Existem megaprocessos porquanto existe megacriminalidade.

3. A proposta relativa ao agendamento processual e à coordenação de datas é utópica em julgamentos mais complexos com um número elevado de intervenientes.

A necessidade de compatibilizar agendas irá provocar hiatos, e interrupções, em julgamentos que pela sua importância deveriam ser, tanto quanto possível, contínuos, sem quaisquer pausas que não as decorrentes da lei.

A ser considerada em letra de lei, a proposta irá ser mais um factor de demora, quando não de invocação de patologias processuais.

4. Como adiante se indicará, não se concorda com a minimização da figura de dispensa de pena.

5. A proposta apresentada aponta no sentido do termo da Lei n.º 34/87, o que igualmente não merece aplauso.

Argumenta-se que «considerando a génese e razão de ser da Lei dos Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos e a necessidade de afastar dúvidas jurídicas suscitadas pela alteração de 2010, se deve retirar os “titulares de altos cargos públicos” da Lei n.º 34/87».

O diploma em causa tem uma carga simbólica intensa e visa um bem jurídico concreto que se situa na especial responsabilidade em que se encontram aqueles que têm por função a gestão da “res publica”. Não se vislumbra por que motivo, num momento particularmente impressivo em termos de fortes indícios de actos ilícitos praticados por governantes, se entende por adequado abandonar o sinal de uma especial responsabilidade que sobre os mesmos recai.

## VI. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Direito Premial<sup>47</sup>

Relativamente às propostas relativas ao denominado direito premial, importa precisar que no nosso direito penal são diversos os afloramentos do mesmo.

<sup>47</sup> Cf. JOSÉ SANTOS CABRAL, «O direito premial e o seu contexto», *Revista Julgar online*, Fevereiro de 2020, acessível em <http://julgar.pt/o-direito-premial-e-o-seu-contexto/>.

Assim, na perspectiva de uma colaboração do agente do crime na actividade probatória, está prevista a atenuação especial da pena nos crimes de branqueamento de capitais, artigo 368.º-A, e corrupção passiva, artigos 373.º e 374.º-B do Código Penal. Igualmente estão previstas atenuações ou isenções da pena em legislação extravagante, a propósito de certas formas ou tipos de criminalidade. A Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, relativa ao Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira, prevê algumas medidas de valorização penal da colaboração do arguido. No âmbito do tráfico de estupefacientes, o artigo 31.º da Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, prevê também a possibilidade de atenuação ou dispensa da pena quando o agente auxilie concretamente na recolha e na investigação criminal de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Refira-se, ainda, que, no que respeita ao terrorismo, a Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto – Lei de Combate ao Terrorismo –, em que foi prevista a atenuação especial da pena quando «o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis» (artigos 2.º, 3.º e 4.º).

Existe uma diferença essencial entre este tipo de benefícios, cuja génética assenta na colaboração, e os previstos nos artigos 71.º e 72.º do Código Penal, cuja fonte é a figura do arrependido, assente na autoconfissão, e que consubstanciam normas genéricas, aplicáveis a todos os tipos de crimes.

A valoração das declarações de arguido «colaborador» só poderá ter lugar após a prestação das mesmas em audiência de julgamento com sujeição ao princípio do contraditório, valoradas em função da sua contribuição para a descoberta da verdade material no decurso do processo e nas diversas fases que o mesmo comporta. A avaliação do carácter decisivo das provas indicadas pelo «colaborador» deverá ser feita através de um juízo de prognose póstuma, o que se traduz na circunstância de o tribunal avaliar da relevância do contributo do arguido na fase de investigação, tendo em vista a sua eficácia para a descoberta de outros agentes do crime.

Entendemos que, actualmente, as normas supra convocadas que, por facilidade de comunicação, englobaremos no conceito genérico de direito premial, têm uma reduzida utilidade prática. Efectivamente, criaram-se mecanismos para premiar uma colaboração do arguido, mas os mesmos têm pouco efeito útil.

Tal sucede porquanto se retiraram garantias ao arguido que pretenda colaborar com a justiça. Contrariamente ao que sucede no Brasil ou nos Estados Unidos, não existe um acordo prévio entre o Ministério Público e o arguido que defina os termos da pretendida, e outorgada, colaboração, os seus objectivos e os seus limites. O arguido colaborador é solicitado para auxiliar concretamente na obtenção ou produção de provas decisivas para a identificação, captura de outros responsáveis ou para a descoberta da verdade material, sem que exista uma contrapartida certa e concretizada, ou mesmo meramente previsível, em relação à sua situação processual e ao benefício decorrente da pretendida colaboração.

No direito penal português, o arguido-colaborador é colocado numa situação de incerteza que o leva, na maior parte das vezes, a não assumir os riscos duma colaboração activa em troca do nada que lhe é oferecido. Em última análise, é uma questão de ponderação económica em termos custo-benefício.

Entendemos que a construção dum direito premial com um mínimo de eficácia passa, necessariamente, pelo reconhecimento efectivo do papel do arguido na colaboração que presta.

Adquiridos tais pressupostos, importa avaliar a bondade das propostas constantes da estratégia nacional contra corrupção.

As mesmas consubstanciam-se em dois eixos essenciais:

No que concerne à dispensa de pena, e nos termos do documento apresentado, refere-se que «a mesma pressupõe sempre que o crime seja denunciado em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal, eliminando-se a possibilidade de dispensa de pena associada à mera omissão da prática do ato mercadejado; verificados, pelo juiz de julgamento, os pressupostos de que depende, deve tornar-se obrigatória a dispensa de pena, eliminando-se a previsão de um «prazo máximo de 30 dias após a prática do ato» como seu pressuposto; deve estabelecer-se um regime diferenciado para a corrupção para ato ou omissão ilícitos: nas hipóteses de corrupção para ato ou omissão ilícitos, a dispensa de pena só deve ser admissível se o ato ou omissão contrários aos deveres do cargo não tiverem ainda sido praticados; nas restantes hipóteses, pode haver dispensa de pena mesmo que o ato ou omissão não contrários aos deveres do cargo tenham sido praticados ou tenha havido recebimento ou oferta indevidos de vantagem.

Deve ficar expressamente excluída a aplicação do arquivamento em caso de dispensa da pena nos termos do artigo 280.º do Código de Processo Penal, por se entender que é o julgamento a fase adequada para a aplicação do instituto, relativamente a este tipo de crimes».

O segundo *item* foca a suspensão provisória do processo que, no entender da proposta, «deve alargar-se a aplicação do instituto aos crimes de corrupção passiva e recebimento e oferta indevidos de vantagem, tornando-se admissível a sua utilização na fase de instrução».

Subjacente a esta opção está a ideia de que «não se pode excluir a hipótese de o corrompido decidir retratar-se, com as mesmas consequências, no plano político-criminal, já reconhecidas relativamente ao corruptor activo. A incorporação do recebimento ou oferta indevidos de vantagem inscreve-se numa lógica de igualização de tratamento relativamente à corrupção, considerando a similitude dos dois tipos legais».

Relativamente a tais propostas, causa perplexidade a falta de audácia que as mesmas consubstanciam. Na verdade, assumida a importância que assume a colaboração do arguido que contribui decisivamente para descoberta da verdade, fornecendo elementos relevantes, quando não essenciais, para apuramento da sua responsabilidade e de terceiros, e conhecida, ainda, a irrelevância que assumem os afloramentos de direito premial existentes actualmente no nosso ordenamento jurídico, admira como é que se propõe algo que, com pouca diferença, é o repetir do mesmo.

Efectivamente, a dispensa de pena é um instrumento de grande relevância e não pode ficar reduzido na sua eficácia à denúncia do crime antes da instauração do procedimento criminal.

Reduzir a possibilidade de colaboração ao momento antecedente à instauração do procedimento criminal pouco, ou nenhum, significado tem. Só perante a espada de Dâmocles que representa a possibilidade de ser responsabilizado criminalmente é que o arguido estará na disposição de sopesar a possibilidade de uma colaboração.

Assim, em nosso entender, deverá ser dispensado da pena quem denuncie o crime antes da instauração do procedimento criminal ou quem tiver contribuído de forma decisiva para a descoberta da verdade até ao encerramento do inquérito (artigos 374.º-B, n.º 1, do CP e 19.º-A, n.º 1, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, e artigo 280.º do CPP).

Questão distinta é determinar se, na dispensa de pena aplicada nestes moldes, deve ficar expressamente excluída a aplicação do arquivamento nos termos do artigo 280.º do Código de Processo Penal. Aqui não vislumbramos por que motivo se deverá criar uma excepção ao regime geral.

Concorda-se com a extensão do instituto de suspensão provisória do processo ao corruptor e, assim, na sua aplicação ao crime de corrupção, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, poderá suspender provisoriamente o processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se o arguido denunciar o crime ou contribuir decisivamente para a descoberta da verdade.

Por igual forma, deverá ser objecto de atenuação especial da pena o arguido que, até ao encerramento da audiência em primeira instância, confessar o crime e contribuir de forma decisiva na obtenção de provas decisivas para a sua responsabilização e a de outros participantes.

Para além do exposto, o reconhecimento da importância da colaboração só poderá ter respaldo numa admissão formal de tal importância pelo Ministério Público, que, ao encerrar o inquérito, e em face da valoração da prova que foi produzida na sequência da prestação do arguido colaborador, reclamará para este um estatuto processual próprio que conduzirá à atenuação especial, ou dispensa da pena, face às normas de direito premial que se encontram contempladas no direito substantivo (podendo inclusive estender tal reclamação à forma de execução da pena). Na verdade, a valoração da colaboração só poderá ser feita pelo detentor da acção penal, o qual tem a capacidade para, globalmente, equacionar o contributo do arguido colaborador.

O reclamar de tal estatuto de colaborador arguido deverá ser objecto de promoção expressa ali se aduzindo a respectiva fundamentação.

Em sede de julgamento, o arguido, que deve confirmar o seu contributo, será objecto da concessão de tal estatuto com as inerentes consequências a nível da pena aplicável e/ou da sua execução.

Caso entenda que não se verificam os pressupostos da concessão do estatuto processual de colaborador, com as consequências reclamadas a nível de atenuação, competirá ao juiz justificar a sua divergência em relação ao proposto pelo MP.

## VII. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Investigação Criminal

No seguimento desta análise da citada Estratégia, permitimo-nos, ainda, adiantar algumas breves considerações que o fenómeno da criminalidade económica suscita em termos estruturais. Uma área que merece a nossa melhor atenção situa-se no domínio da investigação criminal.

No que concerne, estamos em crer que, por melhores objectivos e competência que existam, não é um insuficiente núcleo de Magistrados do Ministério Público especializados ou um reduzido quadro de investigadores da Unidade de Combate à Corrupção da Polícia Judiciária que conseguem formar uma força operacional

com a capacidade efectiva para enfrentar da melhor forma os ciclónicos desafios que, em termos qualitativos e quantitativos, suscita, neste momento, o combate àquela criminalidade.

Acrescem as repetidas dificuldades de comunicação existente entre estes intervenientes, que, em lugar de congregar esforços, muitas vezes parecem apostados numa disputa pelo controlo da Informação<sup>48</sup>.

Existe, é certo, uma proliferação de legislação, quiçá evoluída, e que se pretende ao nível do que melhor se encontra nos países desenvolvidos. Porém, porque desacompanhada por estruturas que a implemente, é, figurativamente, um verdadeiro «leão sem dentes».

Em sede de investigação criminal, é tempo de procurar novos patamares de eficácia num domínio em que se entrecruzam valores fundamentais para a existência do Estado de Direito. Aqui, e genericamente, importa uma nova visão estratégica da investigação criminal neste tipo de criminalidade que aponte como travesseiros essenciais:

a) Uma abordagem policial, e judiciária, diferenciada da investigação criminal tradicional, dirigida por quem detém a necessária capacidade. O patamar de especialização de quem coordena e executa uma investigação direccionada para uma criminalidade complexa, e grave, não pode efectuar-se ao mesmo nível daquele que se exige a quem investiga, ou coordena, a investigação comum e generalista. Falamos de um outro saber e competência adequado à realidade criminal que se investiga.

Lidamos com as áreas mais complexas do universo criminal onde descobrir a verdade dos factos é, muitas vezes, uma tarefa quase ciclónica. Perante um universo de actos ilícitos convocados por este tipo de criminalidade com dimensões

<sup>48</sup> A questão do relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária é um dos temas quentes do sistema de Justiça e, ciclicamente, conhece novos episódios. Fundamentalmente, o que está em causa é a forma como se compagina a direcção do inquérito, o exercício da acção penal e a autonomia policial. Efectivamente, o sistema de dependência funcional, previsto nos artigos 56.º e 263.º do Código de Processo Penal, caracteriza-se pelo facto de as polícias investigarem sob a direcção funcional das autoridades judiciárias. Todavia, apesar de actuar na dependência funcional do Ministério Público, no âmbito da investigação criminal os órgãos de polícia criminal dispõem de autonomia técnica e tática nos termos do artigo 2.º, n.º 5, da LOIC. Uma das consequências dos diferendos suscitados pela diferente compreensão dos conceitos em causa é a forma como ciclicamente, e em processos relevantes, é desrespeitada pelo Ministério Público a competência reservada que assiste à Polícia Judiciária nos termos do artigo 7.º da LOIC, atribuindo-se a investigação a outros órgãos de polícia criminal.

Sobre o reflexo da ilegalidade da indevida atribuição no processo, admite-se como mais correcto entendimento de que o incumprimento de uma lei que não tem conteúdo de natureza processual não pode ter efeito a nível da mobilização de nulidades ou irregularidades processuais. Porém, a atribuição a outro órgão de polícia criminal de um espaço que está atribuído àquela Polícia não poderá deixar de ter consequências em termos de responsabilização disciplinar pela ilegalidade cometida.

Confrontar sobre o tema o Ac. TRL de 09-06-2016; ANDRÉ DE SOUSA PINTO, *A relação entre Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal. A prática delegatária do Ministério Público*, Universidade de Coimbra, Janeiro de 2017; MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 55; PAULO DA MESQUITA, «Polícia Judiciária e Ministério Público: Notas para o enquadramento das suas relações e funções no sistema português», *Revista do Ministério Público*, n.º 112 (Out. – Dez., 2007).



qualitativas e quantitativas absolutamente diferentes, devem existir prioridades na investigação, permitindo concretizar uma intervenção responsabilizadora do Ministério Público, devidamente maturada e justificada, que lhe permita uma gestão efectiva da investigação e, por isso, concretizar uma política criminal eficaz.

Igualmente é certo que a investigação criminal deste tipo de criminalidade pressupõe uma mobilização multidisciplinar consubstanciada numa conjugação de saberes. Perante os desafios suscitados por interacções criminais em constante e complexa mutação, com apelo aos meios mais evoluídos em termos tecnológicos e operacionais, só uma perspectiva global, fruto dos contributos dos diversos elementos da equipa, é susceptível, não só de tentar refazer o mosaico da actuação criminal, como de desenhar estratégias para a combater.

b) Um dos instrumentos mais poderosos susceptíveis de serem utilizados pela investigação criminal nestes novos cenários de actividade criminosa é a denominada *intelligence*<sup>49</sup>. A mesma assume uma natureza essencial numa área em que é cada vez mais evidente que a investigação do caminho do dinheiro «sujo» é a forma mais eficaz para localizar determinados tipos de delinquência e, também, na qual a privação dos produtos da actividade criminosa constitui um mecanismo de uma extraordinária eficácia dissuasora.

A convicção sobre o valor da informação financeira como elemento de *intelligence* é relativamente nova e alterou os aspectos financeiros das investigações. Abandonou-se a lógica de que as finanças seriam uma área a que seriam alheios os investigadores criminais e a ideia de que a *intelligence* é só a informação adquirida secretamente ou através de fontes confidenciais. Hoje, a *intelligence* na área financeira é o conhecimento derivado de análises dos dados financeiros que oferece pistas à investigação, mobilizando indicadores que contribuem para a detecção e a prevenção do delito.

Consequentemente, os países que mais se comprometeram na perseguição dos produtos financeiros do crime desenvolveram a criação de unidades de *intelligence* financeira. Estas são agências centralizadas com competência para analisar e comunicar às autoridades competentes informações financeiras que reflectem actividades nas quais se detectam indícios de criminalidade e cuja evolução é necessário seguir a fim de dificultar as actividades de branqueamento de capitais.

A missão da maioria das Unidades de Intervenção Financeira é de apoio e não de investigação; apoio à cooperação nacional e internacional; à recolha, análise e disseminação da informação; a assistência tecnológica e a implantação de novas tecnologias. Constituem a vanguarda de um conceito de segurança que concede, cada vez mais, maior atenção aos aspectos financeiros das investigações criminais e que reconhece como essencial, na formulação de objectivos tácticos e estratégicos, que se tome em consideração a opinião dos peritos acerca dos destinos prováveis

<sup>49</sup> Apesar da abundância de definições, o termo *intelligence* está precariamente definido e envolto em discussão no que toca ao seu sentido. Porém, todos estão de acordo em que não pode coincidir com uma soma de dados recolhidos a partir de várias fontes, mas sim que é o resultado de uma forma de conectar e analisar esses dados pelos próprios serviços de *intelligence* por forma a descobrir, compreender e valorizar os factos e prever a sua possível evolução com o fim de aplicar conhecimento especializado e estruturado permitindo ao Estado tomar as decisões adequadas e reduzir os riscos inerentes a toda a acção analisada.

do produto da actividade criminosa<sup>50</sup>. Se o crime persegue o dinheiro deve-se potenciar a capacidade para procurar esse dinheiro.

No nosso País, a importância da UIF começa a ser objecto de reconhecimento, sem embargo da exiguidade dos instrumentos legislativos.

c) Importa, ainda, reflectir sobre o eventual benefício de um modelo alternativo de luta contra a criminalidade económica e financeira. Ponto essencial de tal opção estratégica poderá passar pela constituição duma agência anticorrupção, convocando os Magistrados e Investigadores mais capacitados para esta área, assessorados por um grupo de peritos de escol. É certo que a mera criação duma entidade deste tipo não resolve, por si, os problemas, mas constitui um importante sinal do poder político da vontade de combater a corrupção. Esta vontade será tanto mais evidente quanto mais adequados forem os recursos alocados ao seu funcionamento respaldados num mandato conferindo as necessárias garantias de independência.

Efectivamente, a criação de agências vocacionadas para o combate à corrupção tem o potencial de promover uma melhor coordenação da luta contra a corrupção a nível nacional na medida em que concentra o poder numa única organização, mobilizando, em simultâneo, a especialização, a independência e a autonomia. Paralelamente, tal criação tem um valor simbólico, demonstrando o compromisso da classe política na luta contra a corrupção, contribuindo para a criação dum consenso nacional em torno desta tarefa colectiva

O alto nível de autonomia que deve ter uma agência anticorrupção é um dos seus activos mais importantes. Através da mesma garante-se que a organização é protegida contra a interferência política e as pressões indevidas, encontrando-se isolada das instituições e serviços que lhe compete investigar.

Além da especificidade do mandato e da necessidade de recursos adequados, a conveniência do seu estatuto, concedendo os poderes necessários para atingir objectivos num domínio tão específico, saliente-se a possibilidade de utilização de meios de investigação que vão para além daqueles que, normalmente, são concedidos aos corpos de aplicação da lei formatados para a criminalidade tradicional.

Paralelamente, e em contraposição, é necessário um equilíbrio nesta concentração de poderes, o que implica não só o cumprimento das garantias constitucionais como também a existência de uma adequada vigilância e controlo externo,

---

<sup>50</sup> Em termos genéricos, as FIU distinguem-se consoante a sua natureza administrativa, policial ou mista. As FIU administrativas têm um papel de mera triagem, análise e encaminhamento de parte das comunicações que recebem às autoridades competentes para a investigação. De modo geral, apenas acedem a informação de carácter genérico, necessitando de recorrer a outras entidades para responder a pedidos das congéneres. Quanto às FIU policiais, procedem à recolha de informação e análise de todas as comunicações suspeitas que recebem, encaminhando aquelas em que se confirmam os indícios da prática do branqueamento de capitais para as autoridades competentes para proceder à respectiva investigação em sede de inquérito. Tendo acesso a informação policial e a outra de carácter genérico e investigando as comunicações que recebem, estas FIU têm um carácter operacional, o que lhes permite uma recolha e análise de informação mais ampla. As FIU mistas, nas quais se incluem as que têm uma componente judicial, terão as características de uma ou outra das anteriores, sendo que o facto de também serem judiciais lhes atribui competências ao nível da investigação formal e de acusação desviando-se dos conceitos de FIU internacionalmente definidos.



nomeadamente do Parlamento<sup>51</sup>. Igualmente, é certo que a existência dum órgão deste tipo pouco significado tem se, a jusante, existir um sistema judicial ineficiente.

Como se referiu, existem múltiplos exemplos do sucesso deste tipo de entidades. Citam-se os casos de diversas agências especializadas na luta contra a corrupção, nomeadamente em Singapura, Hong Kong ou Nova Gales do Sul (Austrália). Estes exemplos são apresentados como paradigma de boas práticas e consubstanciando a resposta institucional adequada contra a corrupção na linha do preconizado no artigo 6.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUC), que expressamente convoca os Estados-partes para a criação de uma ou mais agências independentes para prevenir a corrupção e para fornecer treino, recursos materiais e pessoal especializado necessário para atingir os seus objectivos<sup>52/53</sup>.

Entendemos que a criação duma Agência deste tipo poderia constituir um instrumento essencial numa estratégia de combate à criminalidade económica.

### VIII. Estratégia Nacional Contra a Corrupção – Processo Penal e Organização Judiciária

Importa, ainda, nesta sequência, uma breve referência a temas que se inscrevem no âmbito específico do processo penal e da organização judiciária e que, de forma directa ou indirecta, marcam a forma como se desenrolam os processos relativos a este tipo de criminalidade. As mesmas não visam colocar em causa o papel nuclear que desempenham as garantias inscritas em termos constitucionais e que permitem assegurar o direito a um processo justo. Porém, tal afirmação não impede a

<sup>51</sup> Em Hong Kong, por exemplo, a Comissão Independente Contra a Corrupção tem quatro comités directores que auditam regularmente para fazer um balanço das actividades.

<sup>52</sup> A especialização neste tipo de investigação criminal implica o envolvimento de recursos humanos altamente especializados com especiais aptidões e um mandato específico para lutar contra a corrupção (OECD, 2007). As formas especialização podem variar de país para país em função do que as competências de combate à corrupção podem ser centralizadas num órgão autónomo ou centralizado ou distribuído entre as instituições existentes. Nos países da OCDE, a especialização tende a ser compartimentada entre agências governamentais e agências de aplicação da lei. Pelo contrário, nos países em transição e nos países emergentes e em desenvolvimento existe muitas vezes a tendência para agências anticorrupção autónomas em virtude do alto nível de corrupção existente.

O grau de centralização de agências anticorrupção também pode variar consideravelmente de país para país, de acordo com a sua área de especialização, o seu mandato, os poderes que lhe são atribuídas ou a sua competência. Muitas são as diferenças entre os países em função de recursos, capacidade operativa, prestação de contas e os mecanismos de supervisão e vigilância.

<sup>53</sup> A OCDE desenvolveu uma tipologia dos diferentes modelos de agências anticorrupção, distinguindo três principais tipos de instituições: *a)* Órgãos com objectivos múltiplos, tais como as agências anticorrupção existentes em Hong Kong, Singapura e Nova Gales do Sul, que são agências especializadas com múltiplas capacidades, concentrando os poderes preventivos e repressivos. São responsáveis por uma ampla gama de actividades (como educação e prevenção) que vão além de investigação criminal; *b)* Os organismos responsáveis pela aplicação da lei tomam a forma de unidades ou serviços especializados no seio de forças policiais ou Ministério Público. O Directório Nacional Anticorrupção na Roménia; o Gabinete Central para a Repressão da Corrupção na Bélgica ou a Unidade de Combate à Corrupção da Polícia Judiciária são exemplos deste tipo; *c)* As entidades vocacionadas para corpos de prevenção são instituições dotadas única e exclusivamente de funções preventivas, como o Serviço Central de Prevenção em França ou o Grupo de Vigilância da Corrupção na Albânia.

constatação da existência de situações de bloqueio processual cuja resolução em nada conflitua com tais garantias.

Indicamos três áreas do processo penal em que é manifesto o tom dissonante do itinerário processual com as exigências impostas pelo combate à criminalidade mais grave e organizada.

Assim,

a) Um primeiro ponto sobre o qual importa reflectir refere-se ao sistema de recursos actualmente vigente. Efectivamente, a versão inicial do actual Código de Processo Penal era dotada de lógica e racionalidade: das decisões do tribunal singular recorria-se em termos de direito e de facto para o Tribunal da Relação e das decisões do tribunal colectivo recorria-se em termos de direito para o Supremo Tribunal de Justiça<sup>54</sup>.

As sucessivas alterações do sistema de recursos, cada uma pautada por uma lógica própria, ausente de perspectiva global, conduziram a um sistema incoerente em que é o próprio tribunal recorrido que determina a recorribilidade da decisão proferida, o que é consequência da aferição da recorribilidade em termos da pena concreta aplicada e não da pena abstracta aplicável<sup>55</sup>.

Remetendo-nos a um estudo produzido sobre a reforma do sistema de recursos em processo penal<sup>56</sup>, também nós consideramos que o duplo grau de jurisdição, constitucionalmente imposto, abrange, segundo o Tribunal Constitucional, tanto o recurso em matéria de direito, como o recurso em matéria de facto<sup>57</sup>. Porém, o duplo grau de jurisdição em matéria de facto não tem, necessariamente, de consistir num reexame da prova produzida em primeira instância ou numa renovação da prova. Como se refere no citado estudo, perante um modelo como o do CPP de 1987, em que das decisões do tribunal colectivo e do tribunal do júri se recorria para o Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal Constitucional decidiu, já depois da revisão constitucional de 1997, que o sistema de revista alargada tal como está previsto no artigo 410.º, n.º 2, do CPP, «preserva o núcleo essencial do direito ao recurso, em matéria de facto, contra sentenças penais condenatórias proferidas por tribunais colegiais».

Tal conclusão surge, desde logo, porque, como se refere no Ac. n.º 322/93, um sistema de revista alargada, mesmo que incidindo sobre o texto da decisão recorrida e não sobre os elementos de prova constantes dos autos, «protege o arguido dos perigos de um erro de julgamento (designadamente, de erro grosseiro na decisão da matéria de facto); e, desse modo, defende-o do risco de uma sentença injusta». Além disso, e em considerações plenamente transponíveis para o tribunal do júri, «o tribunal colectivo (tendo em conta as regras do seu próprio funcionamento e as que

<sup>54</sup> O artigo 410.º do Código de Processo Penal constituía uma válvula de escape do sistema, permitindo a apreciação dos vícios da decisão, nomeadamente a incongruência em termos de matéria de facto.

<sup>55</sup> Artigo 400.º, n.º 1, alínea f), do CPP: não são recorríveis os acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos.

<sup>56</sup> MARIA JOÃO ANTUNES / NUNO BRANDÃO / SÓNIA FIDALGO, «A reforma do sistema de recursos em processo penal à luz da jurisprudência constitucional», *RPCC*, Ano 15, Tomo 4.

<sup>57</sup> Ac. do TC n.º 265/94. No mesmo sentido, cf., entre muitos outros, os Acs. n.º 610/96 e n.º 189/01. Cf., ainda, o Ac. n.º 573/98.

presidem à audiência de julgamento) constitui, ele próprio, uma primeira garantia do acerto no julgamento da matéria de facto». Ao que «há acrescentar ainda que, no recurso de revista alargada [...], sendo, também ele, de estrutura acusatória, há lugar a uma audiência; e, nesta, pode haver alegações orais». O mecanismo da revista alargada foi uma peça do sistema de recursos instituído pelo CPP de 1987, com o qual se procurou «potenciar a economia processual numa óptica de celeridade e de eficiência e, ao mesmo tempo, emprestar efectividade à garantia contida num duplo grau de jurisdição autêntico».

Não obstante o aval do Tribunal Constitucional a este entendimento, o certo é que uma percepção negativa quanto ao sistema de recursos legitimou a sua reformulação substancial na revisão do CPP de 1998. Com a mesma procurou assegurar-se um recurso efectivo em matéria de facto, eliminando-se a repartição horizontal de competência entre Relações e Supremo Tribunal de Justiça, e abriu-se a possibilidade de recurso para a Relação da decisão do tribunal colectivo, com a finalidade de apreciação da matéria de direito e da matéria de facto.

Argumentou-se, então, que a garantia constitucional do direito ao recurso tinha inscrita o recurso sobre a matéria de facto sem quaisquer limitações. Sendo essa a orientação que informou a referida reforma, a mesma subverteu por completo o regime de recursos instituído pelo CPP de 1987, criando as condições para um duplo grau de recurso, em determinadas circunstâncias, e um conhecimento amplo da matéria de facto.

Pensamos que a consagração do conhecimento amplo da impugnação da matéria de facto, defendida até à exaustão por uma grande parte da advocacia e, também, por alguns magistrados, constitui não só um entrave a um sistema de recursos eficiente em processo penal como, também, uma situação dúplice que todos conhecem, mas não reconhecem.

Na verdade, o *ratio* de juízes desembargadores português em relação a juízes de primeira instância é um dos mais elevados da Europa<sup>58</sup>, circunstância a que não é alheio o trabalho material imposto pela audição dos registos gravados que consubstanciam a prova a analisar em sede de impugnação da matéria de facto<sup>59</sup>.

Igualmente é uma constatação, imposta pela realidade dos factos, que, no quotidiano judiciário, tal audição apenas se concretiza em relação ao relator, o que implica a conclusão lógica de que, caso se cumprisse a exigência legal de audição das gravações pelo colectivo de juízes do tribunal de recurso, tal se traduziria na necessidade de um aumento substancial do número de juízes desembargadores, tornando ainda mais desproporcional aquele *ratio* e ingovernável o sistema.

Em termos de gestão de quadros, o aumento de serviço nos Tribunais das Relações, que é provocado pela impugnação da matéria de facto, implica a constante necessidade de mobilização de juízes de primeira instância, nomeadamente os mais

<sup>58</sup> 1442 Juízes de primeira instância/489 Desembargadores.

<sup>59</sup> Como referia o Presidente do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados no VI Congresso dos Advogados Portugueses, «E o certo é que, também na Relação, é perfeitamente possível cumprir os princípios da imediação e da oralidade, ainda que só haja gravação de som. Basta que se oiçam sempre as fitas magnéticas onde as declarações orais foram gravadas. E nada se leia – até porque a transcrição desvirtua o depoimento (todos sabemos como um «não» pode querer significar um «sim» quando entoado de uma certa forma)».

experientes e mais aptos. Estes mesmos juízes são a pedra angular no momento mais nobre e nuclear do processo, ou seja, o julgamento de primeira instância.

Acresce que o sistema de recursos actualmente vigente, configurado em termos abstractos, e tributários duma realidade criminal clássica, dificilmente se compaginará com um outro tipo de processos que começam a ser comuns e têm como perfil uma complexidade e dificuldade perfeitamente distintas. A admissão do segundo grau de jurisdição amplo em termos de conhecimento de matéria de facto nos denominados grandes processos, com centenas ou milhares de horas de gravação e milhões de documentos a examinar, implicará um inadmissível prolongamento no tempo, um ciclópico esforço físico e psicológico e um enorme dispêndio de recursos.

Consequentemente, e assumindo o risco de defender uma visão ultrapassada pelo tempo, diremos que grande parte dos problemas com que nos debatemos seria resolvido com o retorno à dualidade primitiva: das decisões do tribunal singular recorre-se de direito e de facto para o Tribunal da Relação; das decisões do tribunal colectivo recorre-se de direito, sem embargo do conhecimento dos vícios da decisão nos termos do artigo 410.º do CPP, para o Supremo Tribunal de Justiça.

Ainda em termos de matéria de recursos, permitimo-nos referir a mais-valia que poderia representar em termos de processo penal a instituição da revista excepcional, tal como no processo civil – artigo 672.º – quando esteja em causa uma questão cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito

Paralelamente seria de equacionar a possibilidade de alteração do regime de subida dos recursos dirigidos ao Tribunal Constitucional, nomeadamente no que toca ao seu efeito, evitando o prolongamento artificial dos processos criminais através de recursos que apenas visam um fim meramente dilatatório<sup>60</sup>.

b) A fase da instrução deve ter por fim apenas a comprovação judicial da decisão de acusar e não pode servir para outra finalidade que não esta que a lei lhe

<sup>60</sup> Reportando-nos às palavras de JORGE DOS REIS BRAVO, *Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário*, OBEGEF – Observatório de Economia e Gestão de Fraude, acessível em <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>: «No que toca ao sistema de controlo judiciário da criminalidade económico-financeira, cremos que o quadro é muito decepcionante: processos e “megaprocessos” arrastando-se em ritmos lentíssimos, de acordo com expedientes processuais legalmente consentidos – recursos, arguições de nulidades e esclarecimentos, reclamações, recursos para o Tribunal Constitucional –, que fazem retardar a decisão final e definitiva, muitas vezes tão distanciada da data dos factos que perde qualquer eficácia dissuasora (quando a pretenda ter) e virtualmente desajustada à realidade actual dos próprios envolvidos; procedimentos ruinosos, do ponto de vista do cálculo financeiro, pelo extraordinário dispêndio de meios na própria investigação, nos actos de logísticos de apoio e de secretaria, na realização de diligências e seu adiamento ou desdobramento, culminando em resultados surpreendentes.»

Acrescentaremos um breve exemplo como hipótese de trabalho em relação a um grande processo de natureza económico-financeira (v.g., BES): processo iniciado em 2014 e objecto de acusação em 2020 + 2 anos de instrução + 1 ano de recurso do despacho de pronúncia + 4 anos de julgamento + 2 anos de julgamento do recurso no Tribunal da Relação + 1 ano de recurso no Supremo Tribunal de Justiça + 1 ano no Tribunal Constitucional. Ou seja, termo do processo, numa perspectiva benévola, no ano de 2031 (17 anos sobre o seu início). Recorde-se que a audiência de julgamento do processo BPN demorou cinco anos.

determina. Designadamente, não deverá ser utilizada para repetir o que na investigação já se consumou; para a realizar de novo, ou como refere um autor para «permitir a adopção de uma estratégia prática de defesa consistente em considerar a instrução, mais não seja, como um ensaio geral de defesa, com futuros ganhos na sua maturação e aperfeiçoamento...»<sup>61</sup>.

Actualmente a instrução consiste, na quase totalidade dos casos, na repetição quase integral das diligências que tiveram lugar em sede inquérito, consubstanciando um pré-julgamento, o que, manifestamente, não é o seu objectivo.

Acresce que, normalmente, em processos complexos, a não pronuncia, parcial que seja, tem inscrita a normalidade do recurso para o Tribunal da Relação, com o dispêndio de tempo que tal representa.

Como refere NUNO BRANDÃO<sup>62</sup>, «[...] a mimetização antecipatória do julgamento na instrução é a todos os títulos indesejável. Transforma o julgamento num *déjà vu* e assim diminui-lhe o papel central que deve desempenhar na concreta realização do processo penal. Além disso, no caso de ter sido deduzida acusação, contribui para o protelamento injustificado da sujeição a julgamento da causa que afinal a ele deva ser levada, o que pode constituir prejuízo sério e grave para a prossecução das finalidades fundamentais do processo penal, designadamente, da realização da justiça pela descoberta da verdade material e da pacificação social»<sup>63</sup>.

Na esteira do pensamento de FIGUEIREDO DIAS, pensamos que chegou o momento de terminar com esta fase processual, exceptuando a possibilidade de comprovação de decisão de arquivamento<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> RAUL SOARES DA VEIGA, «O Juiz de Instrução e a Tutela dos Direitos Fundamentais», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Maria Fernanda Palma (Coord.), Coimbra: Almedina, 2004, pp. 183-220.

<sup>62</sup> «A Nova Fase da instrução», *RPCC*, 2 e 3, 2008.

<sup>63</sup> Como refere o mesmo autor (*ibidem*), «[o] legislador de 2007 decidiu manter a instrução como uma fase processual autónoma e não quis aproveitar a oportunidade para reconfigurar a comprovação judicial no sentido de a transformar num mecanismo processual mais simples e flexível.

Em todo o caso, deveria ter sido tomado em consideração que tanto do lado da doutrina, como do lado da jurisprudência comum e constitucional era largamente dominante o entendimento de que o quadro legal revisto oferecia uma concordância prática razoável e, não menos importante, conforme à Constituição entre os interesses e finalidades que aí se contrapõem. Um modelo legal em que já era dada uma adequada satisfação a um dos desígnios que terá determinado a revisão, conciliar a necessidade de eficácia com as garantias de defesa».

<sup>64</sup> Refere o mesmo Mestre que «[c]ontinuo todavia a prever o dia em que a instrução será eliminada como fase processual autónoma; [...]. Uma tal eliminação será consequência, por uma parte, de o modelo preconizado pelo CPP para esta fase – como simples comprovação por um juiz de instrução da decisão do MP de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito – não ter podido ser até hoje cumprido pela praxis; antes ter sido frequentemente desvirtuado em direcção a um simulacro de julgamento, antecipado e provisório, inadmissível à luz dos princípios gerais e de um mínimo de eficiência, jurídica e socialmente exigível, do processo penal. Distorção que persistiu mesmo depois que a revisão de 1998 tentou, timidamente embora, atalhar a esta perversão. E sem que possa prever-se com fundamento, como também opinou Nuno Brandão, que as alterações agora introduzidas façam esperar que a situação se modifique». Em «Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português», *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril-Setembro 2008.

c) Um outro tema que causa perplexidade é a forma como, muitas vezes, à afirmação da existência de uma nulidade ou de uma proibição de prova se segue, de forma sequencial e reflexa, a confirmação do carácter absoluto daquela proibição, ou nulidade, e a consequente invalidação sem restrições da prova alcançada e produzida.

No conflito entre valores igualmente merecedores de tutela constitucional, como é o caso das liberdades ou da garantia individual e o interesse da comunidade num processo penal justo e eficaz, importa uma ponderação das valorações conflitantes e, necessariamente a aferição da proporcionalidade entre a intensidade do vício e as suas consequências, o que, em muitas situações, conduzirá a um princípio do aproveitamento do actos processuais<sup>65</sup>.

Tal opinião encontra respaldo no Acórdão do Tribunal Constitucional 607/2003, nomeadamente quando ali se refere a necessidade, para afirmação de uma autêntica proibição de prova, de se equacionar uma ponderação dos interesses em conflito no caso concreto. É nessa sequência que se conclua por uma perspectiva dualista, que se afaste de uma aproximação monista da teoria das proibições de prova, em favor de uma sua consideração diferenciada que tome em conta no caso concreto os valores conflitantes e, sempre que possível, a sua optimização.

Pressupondo a afirmação de uma proibição de prova, importa, muitas vezes, aferir da concordância prática entre a proibição de prova com o direito ou interesse conflituante, sendo certo que, por tal forma, se «fará perder à proibição de prova um carácter pretensamente absoluto, em favor de uma natureza relativa que conduza pelo menos a uma tendência restritiva da sua consideração».

d) O julgamento de crimes relacionados com a área da criminalidade económica e financeira implica o apetrechamento com conhecimentos específicos que só poderão ser adquiridos através da especialização. Tal capacitação, que hoje já encontramos em núcleos da Magistratura do Ministério Público, necessita de ser implementada a nível da Magistratura Judicial.

Directamente relacionada com tal especialização encontramos a necessidade de criação de jurisdições especializadas<sup>66</sup>. Efectivamente, é no sistema judiciário, nomeadamente na fundamental fase de julgamento, que se nota com mais evidência a incapacidade para defrontar os novos desafios. Inexiste qualquer especialização e é manifesta a impreparação estrutural para o julgamento de crimes relacionados com a grande criminalidade económica e financeira.

Um outro caminho é admitir como normal a situação de julgamentos que demoram anos e anos num percurso infundável e, muitas vezes, incompreensível e ilógico, acabando por cair na indiferença dos cidadãos à revelia de qualquer um dos fins a que se propõe qualquer sistema criminal digno desse nome.

Sem a especialização não existe capacidade para avaliar todo o complexo labiríntico de informação, objecto de julgamento, ao qual só é possível aceder com a concentração de conhecimentos financeiros, contabilísticos e informáticos<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Elucidativo sobre o exposto, cf. Ac. TRL de 15-09-2011.

<sup>66</sup> Cf. SOFIE ARJON SCHÜTTE, MATTHEW C. STEPHENSON, *Tribunaux anti-corruption spécialisés: Une cartographie comparative*, Bergen: Chr. Michelsen Institute, 2017 (U4 Issue 2017:1), p. 32, acessível em <https://www.cmi.no/publications/6222-tribunaux-anti-corruption-specialises>.



A necessidade de existência de tribunais especializados na área da jurisdição penal económica é de tal maneira evidente que surpreende como é que o decisor político não teve ainda a consciência da fragilidade dos meios existentes perante a magnitude dos desafios que se vão suscitar. Tal necessidade não tem nada de novo e foi enfrentada por países em relação aos quais reclamamos afinidades em termos de organização judiciária, criando tribunais especializados com a mobilização dos recursos mais aptos para o respectivo julgamento.

e) Importa que o Conselho Superior da Magistratura tenha presente a destrinça entre o valor fundamental da independência do Juiz, que é intocável, e as regras de gestão normal, como a obrigação de cumprimento de prazos ou o obstar do inaceitável e artificial prolongamento de diligências processuais<sup>68</sup>.

## IX. Conclusão

Permitimo-nos, ainda, para terminar este breve excurso proporcionado pela necessidade de análise da Estratégia Nacional Contra a Corrupção apresentada pelo Ministério da Justiça, duas breves sugestões em termos de direito substantivo.

A primeira incide sobre a necessidade de rever o regime de prescrição das contra-ordenações aplicadas pelas entidades reguladoras. Entendemos por adequado aumentar o prazo da prescrição de oito para dez anos e a redução do número de testemunhas, bem como a ponderação da necessidade de reprodução de prova no julgamento da impugnação judicial<sup>69</sup>.

A segunda observação centra-se no decantado tema da necessidade de um tipo de crime de enriquecimento ilícito, sendo certo que esta é uma área em que importa dar cumprimento ao disposto na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, cujo artigo 20.º recomenda aos Estados-membros que: «Sem prejuízo da sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu sistema jurídico, cada Estado-parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infracção penal, quando praticado intencionalmente, o enriquecimento ilícito, isto é, o aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo.»

Este é um tema que, desde há vários anos, causa divisões em termos doutrinários que, estamos em crer, poderão ser ultrapassadas através da construção de um tipo criminal que, visando proteger como bem jurídico a imparcialidade, e transparência, do exercício de determinados cargos, nomeadamente os abrangidos pela Lei n.º 52/2019, se revele como uma acção típica do agente. Como tal se poderá configurar a obrigação de actuar daquele que, exercendo aquelas funções, e tendo

<sup>68</sup> Notícia do jornal *Público* de 28/12/2018: «Operação Marquês – Caso Sócrates: instrução será feita num máximo de cinco tardes por mês. O arranque está previsto para o final de Janeiro e já há diligências marcadas até Maio.»

<sup>69</sup> Em 4/04/2014, em 13 processos contra-ordenacionais analisados pelo jornal *i*, cinco prescreveram e três correm o risco de prescrever. No total, o Estado arrisca-se a perder 86 milhões.

o dever de declarar, não noticie, como é seu dever, uma posterior aquisição de património<sup>70/71</sup>.

Terminando como se começou, estamos em crer que o combate à corrupção, e criminalidade conexas, só será vencido quando a sociedade civil do nosso País tenha consciência da sua importância e exigir respostas que tardam.

Coimbra, 15 de Fevereiro de 2021

---

<sup>70</sup> Neste sentido, a proposta da Associação Sindical dos Juízes Portugueses constante do parecer sobre o documento em análise.

<sup>71</sup> Um dos mais precisos comentários relativos à pronúncia do Tribunal Constitucional português foi produzido por ISIDORO BLANCO CORDERO, «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués», *Revue Electronique de l'AIDPP*, 2013, acessível em <http://hdl.handle.net/10045/42235>.



## Por uma Estratégia Nacional Anticorrupção

Susana Coroado  
Nuno Cunha Rolo

### Sumário:

- I. Introdução
- II. Uma Estratégia Nacional Anticorrupção
- III. Combater a grande corrupção
  - 1. Gerir conflitos de interesse
  - 2. Promover o conhecimento sobre as decisões públicas
  - 3. Partidos políticos e campanhas eleitorais
- IV. Combater a corrupção no sector público
- V. Combater a corrupção no sector privado
- VI. Conclusão

**RESUMO:** O presente artigo visa contribuir para a discussão e análise da proposta de «Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024» (ENAC), tornada pública a 1 de Abril de 2021. A perspectiva adoptada é a da Transparência e Integridade, Associação Cívica (TI-PT), compreendendo as fases da formulação à implementação que uma estratégia nacional que vise combater o fenómeno da corrupção deve conter, bem como os demais elementos essenciais. Além da introdução e conclusão, o artigo está estruturado em três partes: grande corrupção, o sector público e o sector privado.

### I. Introdução

É consensual, dentre sociedades democráticas e organizações governamentais e mundiais, que o fenómeno da corrupção é uma das principais causas de empobrecimento económico e de erosão do desenvolvimento humano, incluindo em países desenvolvidos e populações qualificadas, e sobretudo em crises globais<sup>1</sup>. Tal é demonstrado pelos diversos estudos científicos e técnicos, barómetros da opinião pública e índices de percepção e população em geral<sup>2</sup>. E a dimensão do fenómeno compreende os níveis mundial, regional e nacional, cobre todos os sectores, Estados e continentes, abrange os planos institucional, governamental, académico e cívico, e impacta sistemas políticos, económicos, sociais, éticos, numa palavra, as pessoas.

---

Por opção dos Autores, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> Ver, por exemplo, S. GUPTA, H. DAVOODI e R. ALONSO-TERME, «Does corruption affect income inequality and poverty?», *Economics of governance*, 3(1), 2002, pp. 23-45 (<https://doi.org/10.1007/s101010100039>) ou S. AKÇAY, «Corruption and Human Development», *Cato Journal*, 26(1), 2006, p. 29.

<sup>2</sup> Consultar o Índice de Percepção da Corrupção da Transparency International (<https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>) ou o Eurobarómetro Especial 470: Corrupção da Comissão Europeia ([https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2176\\_88\\_2\\_470\\_ENG](https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2176_88_2_470_ENG)).

É comum afirmar-se que a corrupção é um crime sem vítimas, o que torna difícil a sua denúncia e, de certo modo, favorece a tolerância social. Contudo, a corrupção também pode e deve ser encarada como uma arma de destruição maciça das riquezas nacionais e naturais relativamente à qual ser humano algum está livre de ser sua vítima, seja como cidadão, contribuinte, trabalhador, empresário, familiar ou, simplesmente, indivíduo residente e/ou, nacional vinculado a determinado Estado. A corrupção empobrece as famílias que se vêm obrigadas a pagar subornos para aceder a serviços públicos, desvia o financiamento a investimentos públicos que servem as populações e aumenta os custos das empresas, que os reflectem no preço final aos consumidores.

A metáfora de origem bélica ganha ainda mais significado em face da panóplia de crimes, ilegalidades e ilícitos que aquele fenómeno representa, além das suas ramificadas forças e capacidades destrutivas, efectivas e potenciais, reais e percebidas, nas economias, mercados, democracias e populações.

Deste modo, a consensualidade referida, independentemente do grau e alcance, é assaz significativa entre especialistas e demais cientistas, políticos e empresários, técnicos e demais agentes e funcionários, e, portanto, a generalidade de governantes e governados.

Neste sentido, o combate à corrupção não é apenas um dever político e cívico, como não pode ser reduzido ao foro da justiça nem ao domínio da lei ou legalidade, e tampouco bastar-se com «resultados animadores», «melhores», ou retóricas e discursos, sob pena de se promover justificações estereis, inações perigosas, narrativas populistas ou extremismos moralistas.

Por tudo isto, é positivo e bem-vindo um compromisso estratégico governamental nacional, consubstanciado na proposta de Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024<sup>3</sup>, que assuma o combate ao fenómeno da corrupção no seu sentido mais lato e holístico, ou seja, a cujo âmbito abranja tanto a transversalidade política e jurídica, pública e não pública, do fenómeno, quanto às grandezas preventivas, detectivas e repressivas do combate em apreço.

Neste artigo, será breve e essencialmente expressa a perspectiva da Transparência e Integridade, Associação Cívica (doravante, TI-PT) sobre o documento em análise, sem prejuízo das responsabilidades eventualmente devidas aos autores.

## II. Uma Estratégia Nacional Anticorrupção

A concepção de uma estratégia política de combate à corrupção é da responsabilidade da Assembleia da República e do Governo, tanto pelas exigências de adopção de actos legislativos, quanto pelas competências de fiscalização e de execução de políticas e medidas legislativas. Porém, é fundamental que a participação pública seja levada a sério pelos órgãos políticos, ou seja, devem ser criados condições e mecanismos, ao detalhe, a fim de permitir uma participação aberta, efectiva, ponderada e simplificada, devendo todos os estudos, pareceres e documentos produzidos ou recebidos ser disponibilizados *online* e facilmente consultáveis na integralidade. Às instituições, associações e personalidades seleccionadas para

<sup>3</sup> A versão analisada é a que consta do Portal do Governo, <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=estrategia-nacional-de-combate-a-corrupcao-2020-2024>.

audições e consultas específicas deve ser disponibilizada, pelos órgãos e serviços responsáveis, aquela documentação.

Uma estratégia nacional deve estabelecer um discurso coerente, forte e efectivo em face dos objectivos determinados. Daí a importância de se construir uma visão baseada num diagnóstico nacional profundo e compreensivo<sup>4</sup>, idealmente comparativo, embora de natureza urgente, uma avaliação de custo-benefício e uma selecção de prioridades, antes dos objectivos, ou seja, não mais do que duas ou três perseguições absolutas estratégicas, sob pena de não passarem de meros manifestos.

Uma estratégia nacional não deve ser, portanto, «irrealista», ao ponto de querer priorizar todas as áreas e medidas, sabendo-se que, como diz a ciência e prática políticas, tal é o caminho andado para a não implementação ou efectividade dos resultados pretendidos, com o risco de produzir consequências não intencionadas.

Uma estratégia nacional neste domínio também não deve ser «legalista», sobretudo quando acoplada a um carácter abstraccionista, sob pena de constituir um «missal» de orações e súplicas vagantes, como é característico em documentos políticos, em especial vindos do Executivo, esquecendo amiúde o carácter formalmente neutro, normativo e de interesse público.

Outra essencialidade no processo de adopção de uma estratégia nacional anti-corrupção encontra-se na focalização das prioridades conforme os reais problemas do fenómeno a nível nacional, alocando a maior fatia dos recursos e investimentos públicos da estratégia nessa formulação.

Finalmente, sendo a corrupção um crime de oportunidade, importa diminuir a frequência e a probabilidade dessa oportunidade surgir, através de mecanismos de prevenção. Porém, é fundamental igualmente aumentar os instrumentos de detecção e repressão, de modo a diminuir os incentivos dos envolvidos quando se deparam com essa oportunidade. Assim, nas secções seguintes, debruçamo-nos sobre três áreas de risco – a política e a grande corrupção, o sector público e o sector privado – e possíveis soluções para reforçar as três dimensões do combate – a prevenção, a detecção e a repressão.

### III. Combater a grande corrupção

Uma estratégia desta natureza não pode ignorar a dimensão da corrupção política e da grande corrupção, por três motivos essenciais.

Em primeiro lugar, devido aos riscos inerentes ao exercício de cargos políticos ou de altos cargos públicos. Os detentores destes cargos têm nas suas mãos os poderes de legislar, fazer cumprir a legislação, assinar contratos e lançar grandes obras públicas, desenhar e implementar políticas públicas e gerir a administração do Estado. Por terem importantes impactos financeiros, económicos e sociais para o país e poderem tê-lo de forma distinta em diferentes grupos sociais, o exercício destes poderes – e logo, quem os exerce – deve ser particularmente escrutinado e os riscos de corrupção e criminalidade conexa devidamente acautelados.

<sup>4</sup> Não é feito, por exemplo, uma avaliação do Sistema Nacional de Integridade (<https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2020/11/Sistema-nacional-integridade.pdf>) desde 2012, por sinal, realizado pelo Instituto de Ciências Sociais e pela TI-PT. Tão importante, quanto uma tese de doutoramento não fazer o «estado da arte» do seu objecto de estudo.

Em segundo lugar, é sabido que a corrupção mina a confiança social e que a falta de confiança nas instituições políticas mina o funcionamento do regime democrático<sup>5</sup>. Ainda que se argumente que a opinião pública possa ter uma visão enviesada e sobredimensionada da corrupção, não se deve descurar esta aparente falta de confiança nas instituições políticas. É a confiança que gera a legitimidade do poder e a sua falta pode diminuir a capacidade das instituições de conseguirem fazer cumprir a lei e, no limite, manterem o regime democrático com níveis suficientes de apoio.

Finalmente, medidas de combate à corrupção política e de promoção de condutas éticas auxiliam na implementação da própria estratégia noutras áreas, numa lógica de liderança pelo exemplo. Nada pior para minar a legitimidade de uma política pública ou de uma medida legislativa que o sentimento de que «só se aplica aos outr».

## 1. Gerir conflitos de interesse

As medidas de combate à corrupção nas instituições do poder político e das organizações políticas começam, necessariamente, com a criação de normas ou a reforma das já existentes.

No entanto, não se podem limitar a estas, fazendo fé que a simples existência de normas garantirá o seu estrito cumprimento. É necessário incluir sanções proporcionais, mas dissuasoras, bem como instrumentos que permitam a monitorização do seu cumprimento e aplicação concreta das sanções previstas.

A regulação e gestão de conflitos de interesse dos detentores de cargos políticos e altos cargos públicos é um dos pilares essenciais na prevenção da grande corrupção. Um conflito de interesses surge quando os interesses particulares dos detentores daqueles cargos colidem com os interesses do cargo em si e/ou com o interesse público em geral. A mera existência de um conflito de interesses não implica necessariamente um comportamento impróprio ou corrupto, mas pode levar a tal. Sendo a corrupção um crime de oportunidade, quando não é evitado ou quando é mal gerido, um conflito de interesses pode levar o responsável político ou público a optar pelo seu interesse privado (como o usufruto de vantagem patrimonial, por exemplo) em detrimento do interesse público que está obrigado a defender pela natureza do cargo que ocupa.

O primeiro, mas não o único, passo na gestão de conflitos de interesse é a questão dos impedimentos e incompatibilidades no que toca às chamadas «portas giratórias», ou seja, após o exercício de funções públicas.

A revisão das incompatibilidades dos períodos de quarentena após funções públicas levada a cabo no pacote legislativo sobre transparência em 2019 não teve em consideração situações de particular sensibilidade como as parcerias público-privadas e os contratos de concessão, que, por implicarem relações de várias décadas entre o Estado e privados, tornam obsoletos os períodos de nojo de três anos para a passagem dos cargos públicos para o sector privado.

Por outro lado, os titulares de cargos sujeitos a períodos de nojo e incompatibilidades após o exercício de funções devem reportar a uma instituição a designar

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, B. ROTHSTREIN e E. USLANER, «All for all: Equality, corruption and social trust», *World Politics*, 58(1), 2005, p. 41 (doi:10.1353/wp.2006.0022).

os cargos que pretendem ocupar e aguardar aprovação, por exemplo, à Entidade da Transparência. As decisões nesta matéria referentes a cargos políticos devem ser tornadas públicas.

Os códigos de conduta são outro instrumento, já mais no âmbito disciplinar ou de *soft law*, que no seio das instituições definem normas com vista à prevenção e à gestão de conflitos de interesse. De resto, os códigos de conduta são um instrumento que a proposta de Estratégia Nacional Anticorrupção desenhada pelo Governo privilegia, tanto no sector público como no privado.

Contudo, o código de conduta que gere o Executivo apresenta falhas manifestas, como a ausência de sanções claras (a única norma que se assemelha refere apenas «responsabilidade política» sem definir o conceito ou estabelecer graus de responsabilização consoante a gravidade do eventual desrespeito pelas regras) ou a identificação de um guardião que zele pelo cumprimento do código e possa aconselhar os membros do Governo e dos respectivos gabinetes<sup>6</sup>. Estas falhas talvez possam, de resto, ajudar a explicar a ineficácia que o código de conduta do Executivo tem revelado em diversas ocasiões.

## 2. Promover o conhecimento sobre as decisões públicas

O acompanhamento dos processos legislativos e de decisão pública é outra dimensão importante no combate à corrupção. Por um lado, permite compreender melhor a evolução e a razão de ser das decisões públicas e políticas, gerando mais confiança e aceitação.

Por outro lado, contribuem para processos decisórios mais íntegros, porque, ao serem mais transparentes e monitorizados, desincentivam comportamentos irregulares ou ilícitos. Neste âmbito, a regulação da actividade de representação de interesses, vulgo *lobbying*, e a criação da pegada legislativa são instrumentos úteis.

A relação entre detentores de cargos políticos e públicos e os representantes de interesses deve ser regulada, através da criação de um registo de transparência único e obrigatório, que contenha informações sobre que interesses são defendidos, em que áreas temáticas, por quem, os gastos e/ou ganhos da entidade em questão com *lobbying* e com que financiamento. Esse registo deve fazer parte de um instrumento mais alargado de informação, um portal de transparência, por exemplo, que publique em formato simples, aberto e exportável as reuniões mantidas por titulares de cargos políticos, altos cargos públicos e instituições públicas com representantes de interesses, mais relatórios regulares de monitorização da implementação da regulação do *lobbying*, declarações pontuais de interesse e pedidos de escusa em situações de conflito de interesse por parte de membros do Governo e deputados, bem como o registo de ofertas e hospitalidade recebidas por instituições e titulares de cargos públicos e políticos.

## 3. Partidos políticos e campanhas eleitorais

A democracia tem custos e os partidos políticos necessitam de financiamento para levar a cabo as suas actividades. No entanto, o dinheiro na política comporta sérios riscos de corrupção. O financiamento político pode funcionar como uma

<sup>6</sup> Cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 184/2019, de 3 de Dezembro.

transacção ilegal ou ilegítima, no caso de ter origem privada, ou como um abuso de fundos ou meios públicos, caso tenha origem no sector público, quando não enquadrado na lei de financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais.

No nosso entender, a nível da legislação, existe um conjunto de conceitos operacionais que carecem de ser elaborados e/ou clarificados, para além de algumas áreas sensíveis que ainda não devidamente reguladas, como campanhas institucionais, actividades de *marketing* político ou a utilização de redes sociais e outras plataformas tecnológicas, criando zonas opacas ou alçapões legais.

Por outro lado, urge uma revisão do quadro sancionatório, de forma a que as penas surtam o efeito dissuasor e pedagógico necessário (por exemplo, importa equacionar a suspensão temporária de mercados públicos de contratação de empresas ou outras entidades privadas envolvidas em práticas de financiamento ilícito ou medidas de desqualificação eleitoral ou inelegibilidade para prevaricadores).

Em acréscimo e numa medida de esclarecimento e prestação de contas perante os eleitores, os orçamentos das campanhas eleitorais devem ser tornados obrigatórios e tendencialmente vinculativos. Os partidos devem apresentar, junto com o seu orçamento, uma lista de acções de campanha. Em caso de alterações ao orçamento original, as informações transmitidas devem ser actualizadas em tempo útil por meio do uso de uma plataforma electrónica.

Ainda neste âmbito, deve ser assegurada a clareza na responsabilidade relativamente às contas, gastos, orçamentos, negócios e donativos a partidos políticos. A transparência destes elementos deverá ser gerida através de uma plataforma comum, para que o organismo de supervisão e os eleitores tenham um conhecimento em tempo real da situação do financiamento político e das empresas com quem se relaciona (incluindo como contratante).

No que se refere à supervisão, o actual modelo não está conforme às boas práticas internacionais. Em primeiro lugar, tem-se revelado ineficiente, como se verifica pelos atrasos na fiscalização das contas anuais dos partidos e das campanhas eleitorais. Em segundo lugar, tem sido ineficaz, uma vez que não identificou e mapeou riscos, nem produziu dados ou conhecimento sobre regulação e informalidade no financiamento político em Portugal.

Finalmente, a criação da Entidade das Contas e Financiamentos Políticos (ECFP) junto do Tribunal Constitucional deixou algumas áreas a descoberto, nomeadamente referendos, formas indirectas de financiamento como o abuso da neutralidade dos órgãos públicos durante as campanhas eleitorais ou as eleições primárias dentro dos partidos políticos. Estas «pontas soltas» poderiam ser resolvidas, por exemplo, fundindo este organismo com a Comissão Nacional de Eleições, passando esta a ter um mandato mais amplo, uma maior independência operacional e um conhecimento mais prático da realidade partidária e eleitoral.

#### **IV. Combater a corrupção no sector público**

O sector público é, habitualmente, um dos principais sectores visados por estratégias de combate à corrupção, apesar das obrigações e restrições especiais, deveres e limitações específicos e exigências éticas e de boa conduta acrescidas para os titulares dos cargos e trabalhadores públicos.



Em face da natureza pública das atribuições, poderes e objectivos relativos ao exercício de funções públicas, algum combate estratégico nacional pode alhear das suas prioridades o universo da acção pública do Estado e da Administração Pública.

Porém, os princípios fundacionais e objectivos estratégicos de uma ENAC devem integrar a globalidade dos sectores, incluindo subsectores, e assentar no equilíbrio entre as dimensões preventiva, detectiva e repressiva dos fenómenos corruptivos.

No domínio preventivo, é positivo e promissor o estabelecimento de um regime geral de prevenção da corrupção, implicando vinculações e sanções para os sectores público e não público, bem como a criação de um Mecanismo de Prevenção da Corrupção e da Criminalidade Conexa, a bem da efectividade e da boa implementação daquele regime. Importa, contudo, neste âmbito, densificar o seu âmbito, poderes e recursos para se perceber, e aquilatar, da validade e viabilidade no terreno. Não se conhece uma monitorização e medição das propostas efectuadas pela ENAC, de forma a garantir os resultados pretendidos e a cumprir a calendarização e as aspirações da estratégia.

Também deverá estar claro o grau e alcance dos necessários poderes e responsabilidades de coordenação, monitorização e avaliação contínuas da implementação legislativa e administrativa, habitualmente pontos fracos do processo de reformas e demais políticas públicas. Sem esquecer o nível de recursos e a dotação orçamental em conformidade com a eficácia da referida governação colaborativa e integrada, assim como a transparência dos actos e processos de forma integral, actualizada, pública e digitalmente acessível.

Neste sentido, o combate à corrupção deve ser articulado com a promoção da transparência e da integridade pública e administrativa, em que cidadãos e demais interessados possam aceder, participar, colaborar e promover, em parcerias, acções e iniciativas em modo aberto, partilhado e colaborativo.

Além dos ganhos organizacionais e sociais, públicos e cívicos, certamente robustece tanto as instituições públicas como a confiança nelas pelos cidadãos e demais agentes da sociedade.

Também em nome da confiança pública, que está assaz correlacionada com as *competências* públicas, é essencial, ainda neste domínio preventivo, associar a implementação efectiva de um sistema de administração aberta, com vista a estabelecer um regime livre, aberto e gratuito de acesso à informação administrativa e ambiental, o reforço da infra-estrutura de metadados estatísticos públicos e, mais concretamente, que se efective um verdadeiro governo electrónico em todas as áreas de acção públicas identificadas como de risco no fenómeno da corrupção, particularmente, no domínio da contratação pública, da atribuição de subvenções públicas e gestão e administração de bens públicos.

Em concreto, a obrigatoriedade de publicação e disponibilização pública de todas as peças procedimentais relativas aos contratos celebrados por ajuste directo, complementada com uma justificação detalhada da escolha deste tipo de procedimento em «português claro»; apresentação de uma declaração obrigatória da entidade concorrente identificando a sua estrutura empresarial, com divulgação dos beneficiários efectivos nos termos da Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, devendo a informação sobre os beneficiários efectivos das entidades contratadas estar registada no portal dos contratos públicos (Portal BASE) ou acessível através deste; proibição absoluta de participação no procedimento concursal aos autores de qualquer tipo de assessoria ou apoio técnico na formulação do procedimento, sem



necessidade de prova do efectivo benefício daí adveniente; a inclusão dos cadernos de encargos no referido portal; implementação de um regime sancionatório para a não publicitação integral dos elementos contratuais, incluindo responsabilidade civil, disciplinar e financeira efectiva para os dirigentes superiores da Administração Pública, a qual promoveria uma maior transparência, rigor e imparcialidade do procedimento; alargamento dos pactos de integridade na Administração Pública, começando pelos serviços da administração com maior volume de e/ou, risco de corrupção na contratação pública, ideia esta que a ENAC parece ter acolhido, ainda que no plano intencional.

Seria não mais que efectivar o imperativo constitucional da administração aberta, consagrado constitucionalmente, se ao direito de acesso à informação pública se associasse, por extensão, o direito de ação popular para matérias relativas com a falta de transparência de todas as instituições ou organizações que, independentemente da sua natureza, perseguem fins públicos, após devida ponderação e prudência<sup>7</sup>. Defende-se, igualmente, que os pareceres da CADA sejam, em regra, vinculativos, e o reforço da executoriedade das suas decisões por parte dos entes públicos, e políticos.

Outras medidas são consideradas essenciais para efectivar a transparência activa de bom governo, nomeadamente, a publicidade e publicitação actualizada, digital, de acesso directo e gratuito, e por iniciativa própria da entidade visada de todos os dados e informação das Administrações Públicas, dos órgãos de poder legislativo e judicial, bem assim como dos demais órgãos constitucionais e legais (*i.e.*, partidos políticos, organizações sindicais e empresas públicas). Isto sem esquecer as entidades privadas que recebam subsídios ou subvenções públicas<sup>8</sup>, tornando o relacionamento com os cidadãos mais aberto, fácil, próximo e imediato, disponibilizando o acesso à informação administrativa de um modo mais eficaz, compreensível e acessível.

Neste âmbito, não se percebe como a publicidade das decisões dos tribunais de primeira instância ainda não é obrigatória, bem como, refira-se, a entrega de declaração única de rendimentos, património, interesses, incompatibilidades e impedimentos por parte de todos os membros dos gabinetes dos titulares e membros de órgãos de soberania.

Também no domínio da prevenção e detecção da corrupção se considera relevante instituir a obrigatoriedade de os serviços possuírem guias detalhados e claros relativos aos procedimentos, e respectivos intervenientes, com eficácia externa, sobretudo os utilizados pelos cidadãos, funcionando igualmente como vinculativos e critérios de aferição da conduta dos respectivos dirigentes e demais trabalhadores públicos.

A prevenção, detecção e repressão da corrupção, como se sabe, depende em muito das capacidades e recursos, humanos, financeiros e tecnológicos, ao dispor pelos órgãos, serviços e organismos públicos.

É, pois, essencial aperfeiçoar os mecanismos de ética, integridade, responsabilização e prestação de contas, em especial nesta sede estadual e administrativa. A consagração de expeditos e eficazes controlos administrativos internos de actos

<sup>7</sup> V., em particular, artigos 266.º, n.º 2, 268.º e 267.º, n.º 5, bem como artigos 48.º e 52.º, todos da CRP.

<sup>8</sup> Que não seja classificada ou reservada, nos termos constitucionais e legais.

e riscos de corrupção. Particularmente, auditorias permanentes e autónomas são desejáveis, mas sem culminarem em uma burocratização não demonstrativa e despendiça e colocar em causa a autonomia e inovação administrativa ou gestonária por parte dos dirigentes públicos, salvo em caso de violação legal ou ética.

Como refere a ENAC, «o Governo comprometeu-se a [...] a obrigar as entidades administrativas a aderir a um código de conduta ou a adoptar códigos de conduta próprios, a dotar algumas entidades administrativas de um departamento de controlo interno que assegure a transparência e imparcialidade dos procedimentos e decisões [...]» (p. 15). É uma proposta da TI-PT que defende há algum tempo e que fez chegar ao Governo através do processo de audição e de consulta pública, porém, verifica-se, e ainda mais se percebe, um padrão de mera formalidade na adopção destes códigos de conduta, além da reduzida eficácia e consequencialidade, designadamente ao nível sancionatório.

Os códigos de conduta devem conter normas geradoras de responsabilidade, nomeadamente disciplinar, pelo que a eventual violação dos deveres neles consagrados devem implicar um procedimento disciplinar, mudança que exige adequação legislativa, designadamente, na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

Além do mais, devem os códigos de conduta e ética para o exercício de funções públicas conter regras e práticas proibidas exemplificadoras, incluindo os conflitos de interesses, bem como um regime especial de funcionários públicos denunciantes, prevendo-se canais próprios e protegidos em nome dos valores de interesse público.

Outra proposta concreta defendida respeita à introdução da avaliação dos resultados em ética e integridade pública dos dirigentes e trabalhadores públicos, integrando e ponderando a «formação para a integridade» prevista na ENAC (pp. 14-15), bem como ideias e iniciativas destes neste campo, de modo a concorrerem para as suas avaliações, bem como dos serviços, no âmbito do SIADAP ou outro sistema de avaliação de desempenho aplicável. E, eventualmente, fazê-lo em articulação com o código de ética e de conduta adoptado ou a adoptar.

Refira-se, ainda, em face da brevidade do artigo, a quase inexpressividade de valores como a ética, integridade e liderança (em rigor, liderança ética), dos critérios de avaliação para o recrutamento e selecção e/ou nomeação de dirigentes superiores e intermédios, e demais lideranças públicas e políticas. É difícil de entender o que de mais importante pode assacar-se a um bom líder público que não seja as suas capacidades de liderança e de as efectivar de modo ético e íntegro, sobretudo no âmbito do Estado e da Administração Pública.

A valorização da ética, integridade e liderança pelo órgão recrutador e seleccionador de dirigentes públicos, de forma fundamentada, seria um bom exemplo a seguir, não dando azo a ditados como «faz o que eu digo, não faças o que eu faço», «o hábito não faz o monge» ou «em casa de ferreiro, espeto de pau».

Ainda neste âmbito, e sede de sector público, defende-se que a ênfase da avaliação de uma entidade como a actual CRE SAP, ou afim, não deve estar no recrutamento e selecção, antes na avaliação de resultados e valores que, aqui sim, podem ser integrados os doze que actualmente esta instituição usa para recrutar e seleccionar dirigentes. Por razões de confiança e execução política que os altos cargos públicos obrigatoriamente encerram, líderes políticos devem ser responsabilizados pelas escolhas que fazem, bem como os líderes públicos deveriam ter uma dupla

responsabilidade, perante os respectivos líderes políticos e perante os padrões de ética e conduta públicos predeterminados.

No domínio da acção pública e do exercício de funções públicas directivas, entende-se que os líderes devem ser avaliados pela sua liderança e prestar contas dela de forma sistemática, clara e efectiva, além do mero controlo formalista, político, superficial ou mediático. A renovação das respectivas comissões de serviço deveria, pois, estar dependente da apreciação positiva por parte da comissão competente, o que, mais do que constituir uma limitação para o decisor político, promoveria uma cultura de seriedade e integridade das condutas de liderança e também de resultados desejados.

Além do mais, traria mais verdade, responsabilidade e integridade ao sistema, avaliando antes aquilo que verdadeiramente interessa aos cidadãos: as competências e capacidades efectivas do dirigente público nomeado politicamente, de acordo também com a ética e integridade, e não com base num currículo ou entrevista, sobretudo quando avaliados de forma conservadora e na base da antiguidade de cargos e reprodução de comportamentos. Com o acréscimo de o dirigente público não poder permanecer em funções, por incompetência e/ou ineptidão. Este regime, a existir, também teria um carácter pedagógico e serviria de referência para fazer o que está certo e bem, para actuais e futuros líderes, públicos e políticos.

## V. Combater a corrupção no sector privado

O sector privado é uma peça-chave no combate à corrupção. Em primeiro lugar, uma parte importante dos riscos de corrupção tem lugar na relação entre o sector público e o privado, nomeadamente na criação de parcerias público-privadas, na contratação pública, em contratos de concessão, obtenção de licenciamentos ou no processo legislativo/regulatório que pode ter impacto directo em determinadas empresas. Em segundo lugar, a corrupção entre privados também ocorre com relativa frequência, através, por exemplo, do pagamento de subornos a funcionários de uma empresa por parte de outra que visa ser contratada ou aceder ao mercado da primeira.

Finalmente, a corrupção tem um impacto muito negativo na economia, na confiança de investidores externos e no funcionamento da livre concorrência nos mercados, uma vez que oferece vantagens a empresas rentistas e pouco eficientes, acabando por prejudicar as outras.

Assim, o sector privado deve ser chamado a contribuir para este combate. A prevenção e detecção da corrupção no sector privado comporta, assim, dimensões várias, como a criação de uma cultura de integridade nas empresas, a protecção de denunciantes e o combate ao branqueamento de capitais.

A Estratégia Nacional Anticorrupção, proposta pelo Governo em Abril de 2021, contempla a criação de programas de cumprimento normativo (PCN), obrigatórios para empresas de grande e média dimensão, podendo estas ser isentas de eventuais responsabilidades administrativas e contra-ordenacionais graças à implementação destes programas. Carece, contudo, definir em termos exactos os deveres que serão impostos às entidades ou quais os requisitos de um PCN.

De igual modo, a proposta do Governo não enfatiza a importância do *corporate governance*, da cultura organizacional ou da eficácia dos sistemas de controlo interno. À semelhança da prevenção e detecção da corrupção no sector público e

na política, as regras devem ser exigentes, mas claras e simples, a monitorização do cumprimento das regras deve ser implementada. A existência de sanções exequíveis e proporcionais é de igual modo indispensável.

De forma a melhor concretizar a exigência de programas de cumprimento normativo, importa por isso proceder a uma clarificação quanto às regras e exigências de *compliance* aplicáveis, consoante o sector, a dimensão e o risco de actividade, bem como à definição de métricas de avaliação e os procedimentos de controlo interno à boa aplicação do cumprimento normativo e das obrigações de reporte ao mercado. Havendo um responsável de *compliance* na organização, à semelhança do imposto pelo Regime Geral de Protecção de Dados, é crucial definir o seu papel, mandato, independência e grau de discricionariedade, uma vez que só assim é possível assegurar a sua eficácia.

A protecção de denunciantes é tão importante no sector público, como no sector privado, uma vez que é comum serem os funcionários das empresas privadas quem alerta para irregularidades. A transposição da directiva europeia de protecção de denunciantes deve ser concluída até ao final de 2021<sup>9</sup>.

Contudo, importa proceder a uma transposição que não se limite a ser quase apenas uma tradução da directiva ou uma incorporação minimalista das obrigações impostas ao Estado português. Uma lei de protecção de denunciantes pode e deve ser ponderada, inovadora, conhecedora da realidade prática de quem denuncia irregularidades (dificuldades, receios, necessidades profissionais, financeiras e outras, por exemplo). Só desta forma será possível obter uma legislação que ofereça confiança aos indivíduos e os incentive a denunciar crimes e colaborar com a justiça.

Nesta medida, é recomendável uma definição abrangente de denunciante que acomode a directiva de protecção de denunciantes com a obrigação de protecção daqueles que denunciam crimes de branqueamento de capitais, conforme o disposto na 4.<sup>a</sup> directiva antibranqueamento de capitais<sup>10</sup>; ter um amplo escopo de material cobrindo todas as violações da lei (nacional ou da UE) e as ameaças ou danos ao interesse público e não excluir assuntos relacionados à defesa, segurança e informação confidencial, mas sim prever esquemas específicos de denúncia ajustados a estas realidades.

Mais especificamente no seio de entidades privadas, é fundamental estender as medidas de protecção a pessoas que se crêem ou que sejam suspeitas de serem denunciantes (mesmo que por engano), a pessoas que pretendem fazer denúncias e a organizações da sociedade civil que dão assistência aos denunciantes; exigir que entidades privadas aceitem e acompanhem denúncias anónimas de violações da lei e determinar que os mecanismos de comunicação interna incluam procedimentos de protecção de denunciantes.

---

<sup>9</sup> Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, relativa à protecção das pessoas que denunciam violações do direito da União.

<sup>10</sup> Directiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Directiva 2006/70/CE da Comissão (Texto relevante para efeitos do EEE), artigo 38.º

Finalmente, uma estratégia anticorrupção não pode ignorar o combate ao branqueamento de capitais. O usufruto dos proveitos da corrupção faz-se através da inserção destes fundos de origem ilícita no circuito legal. A explosão e disseminação de várias formas de ocultação da origem dos fundos e a sua legalização, através, por exemplo, de empresas de fachada, contas bancárias secretas e a utilização de jurisdições opacas ou não cooperantes facilita o usufruto de subornos e outros fundos desviados de forma ilegal.

Ora, dificultar a criação e o acesso a todos estes mecanismos contribui para desincentivar a corrupção. Quanto mais difícil for o usufruto de bens e fundos de origem criminosa, menor será a disponibilidade dos indivíduos de correrem o risco de se envolverem em actos de corrupção ou crimes conexos. Defendemos por isso uma estreita articulação entre as estratégias de prevenção e combate a estes dois tipos de crime, *i.e.*, corrupção e branqueamento de capitais, através da introdução de um conjunto de medidas, em particular um compromisso mais forte com o cumprimento dos deveres de prevenção do branqueamento de capitais; *compliance* e sanções mais rigorosas às instituições financeiras e não financeiras que não cumpram as suas obrigações, com especial atenção a agentes intermediários; a extensão das obrigações de diligência e identificação de clientes às entidades públicas que, por exemplo, vendem imóveis em hasta pública sem intermediação financeira ou imobiliária e um desenvolvimento mais aprofundado do Regime do Registo Central de Beneficiários Efectivos.

Neste combate ao branqueamento de capitais, acresce ainda a necessidade de coerência entre diferentes políticas do Estado português. Por outras palavras, as políticas de prevenção ao branqueamento de capitais não devem ser minadas por outros instrumentos que anulem ou coloquem em risco estes esforços, como as Autorizações de Residência para Investimento (as ARI ou Vistos Gold) ou o funcionamento da Zona Franca da Madeira, ambas com altos riscos e baixo nível de monitorização. Assim, no que se refere às ARI, é crucial proceder à sua redefinição e a um reforço da supervisão do funcionamento do programa. No que toca ao quadro jurídico e à transparência da Zona Franca da Madeira (ZFM), importa levar a cabo uma análise de custo-benefício abrangente do impacto global económico, social e fiscal da ZFM conduzida pelas Autoridades Portuguesas; uma avaliação do sistema de integridade da ZFM sob a coordenação de um organismo internacional independente e obrigação de registo de todos os *trusts* criados na ZFM, independentemente da sua duração.

## VI. Conclusão

Em Portugal, o combate à corrupção é uma matéria urgente, mas não deve ser tratado às pressas. Implica avaliações aprofundadas dos anteriores pacotes legislativos e do funcionamento e recursos das instituições, directa ou indirectamente, associadas a este combate. Implica igualmente cooperação entre várias áreas e partes interessadas, tanto da política, como da administração pública, do poder judicial e da sociedade civil, incluindo organizações internacionais com experiência na matéria, empresas e associações cívicas, pelo que todas devem ser chamadas a contribuir com os seus conhecimentos para o desenho de uma estratégia que se assume como multidisciplinar e transversal. Apenas através de um processo

inclusivo na elaboração da estratégia é possível esperar que todos contribuam e façam a sua parte na implementação.

Neste sentido, cabe agora à Assembleia da República, através de audições, audiências e pedidos de pareceres, tornar este processo inclusivo. E cabe-lhe igualmente, através dos instrumentos que tem à sua disposição, como o Canal Parlamento e o *website* oficial, tornar o processo transparente e acessível aos cidadãos.

No entanto, importa não esquecer que o Parlamento é um conjunto de vontades e decisões políticas dos 230 deputados e dos grupos parlamentares que o compõem. As deputadas não inscritas e os partidos políticos representados na Assembleia da República têm aqui uma responsabilidade acrescida, mas também a oportunidade de fazer diferente e melhor, de construir e aprovar uma estratégia nacional de combate à corrupção que de facto funcione, que tenha medidas ambiciosas, mas realistas, que contenha metas e objectivos mensuráveis e que assegure aos cidadãos que algo está realmente a ser feito para combater este flagelo.

**CAPÍTULO II**  
**PREVENÇÃO CRIMINAL**





# Secção I

## NO SECTOR PÚBLICO

5.

### **O Regime Geral de Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024)**

Inês Ferreira Leite

Sumário:

- I. Introdução
- II. Hércules (Héracles) e a Hidra de Lerna: a futilidade das «estratégias de força» na prevenção da corrupção
- III. A corrupção como dupla ameaça democrática
- IV. O diagnóstico da prevenção
- V. A resposta: Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024), em especial, o Regime Geral de Prevenção da Corrupção
- VI. Conclusões

**RESUMO:** Analiso, neste artigo, algumas tendências principais do discurso anticorrupção, a propósito da aprovação, pelo Governo, da Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024). A partir da consideração dos muitos estudos, empíricos e teóricos, já feitos sobre a matéria, em Portugal e no estrangeiro, rejeito o modelo da «principal-agent theory», tendencialmente repressivo, que se concentra na dissuasão do agente individual, através do corte dos potenciais estímulos à corrupção e da imposição de sanções. A par das mais atuais tendências internacionais, justifico a preferência pelo modelo conhecido como «collective action». Entendo que a Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024) faz uma boa conciliação entre as tendências repressivas e a prevalência de uma abordagem preventiva não penal, mas concluo que se poderia ter ido mais além no que toca ao aumento da transparência no funcionamento da Administração Pública.

#### **I. Introdução**

Foi recentemente aprovada, pelo XXII Governo Constitucional, a Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024), ENA<sup>1</sup>. Trata-se de um documento relativamente extenso, que elege sete prioridades de ação no âmbito da prevenção e repressão da corrupção. Pede-se, neste trabalho, que reflita sobre a componente preventiva da ENA, tarefa que não pode ser levada a cabo sem que, previamente, vos dê conta de algumas breves reflexões criminológicas deste fenómeno.

---

<sup>1</sup> Disponível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=estrategia-nacional-de-combate-a-corrupcao-2020-2024>.

Fala-se de corrupção, por vezes, como se esta fosse uma pústula democrática<sup>2</sup>, algo de inerente à democracia ou símbolo da derrota desta<sup>3</sup>. Sabe-se, porém, que a corrupção é um fenómeno historicamente presente em qualquer sistema social ou político, qualquer que seja a sua natureza: monarca, republicana, oligárquica, autocrática<sup>4</sup>. Como se fosse impensável que a Democracia tivesse a ousadia de cair na tentação, como se fosse impensável que os homens (a esmagadora maioria dos arguidos e condenados por crime de corrupção, são homens<sup>5</sup>, o que é, em princípio, resultado do facto de haver mais homens em cargos de poder<sup>6</sup>) façam esta tremenda desfeita a quem colocou a sua fé na democracia. As notícias de corrupção são recebidas em sociedades democráticas com grande escândalo e indignação<sup>7</sup>. E, rapidamente, estas emoções, se não imediatamente apaziguadas com detenções públicas e longas penas de prisão<sup>8</sup>, conduzem, alternadamente, ou a um repúdio da própria democracia<sup>9</sup> ou à profunda descrença que caracteriza hoje muitas sociedades alegadamente democráticas<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> Assinalando esta tendência, LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, Cascais: RCP Edições, 2008, p. 80.

<sup>3</sup> Assim, criticamente, ANTÓNIO PEDRO DORES, «Espírito anticorrupção», *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., p. 167.

<sup>4</sup> Podendo ser mais prevacente em regimes autoritários, JAMES R. HOLLYER e LEONARD WANTCHEKON, «Corruption and Ideology in Autocracies», *Journal of Law, Economics, & Organization*, 31, 3, 2015, pp. 499-533; CLAY R. FULLER, *Dismantling the Authoritarian-Corruption Nexus*, American Enterprise Institute, 2019.

<sup>5</sup> ANTÓNIO JOÃO MAIA, *Corrupção: Realidade e Percepções – O Papel da Imprensa*, tese mestrado inédita, 2010, online, p. 221, disponível em [https://www.cpc.tcontas.pt/documentos/outros/corruptcao-realidade\\_e\\_percepcoes.pdf](https://www.cpc.tcontas.pt/documentos/outros/corruptcao-realidade_e_percepcoes.pdf).

<sup>6</sup> Porém, quatro estudos autónomos feitos junto de elites e cidadãos, em países e épocas distintas, concluem por uma maior tolerância ou menor censurabilidade dos homens aos fenómenos corruptivos quando comparados com as respostas das mulheres, PETERS e WELCH (1978, EUA, Senadores de diferentes Estados); ICAC (1994, Austrália, funcionários públicos do Estado de New South Wales); JACKSON e SMITH (1996, Austrália, eleitores e Parlamentares das duas Câmaras do Estado de New South Wales); MANCUSO *et al.* (1998, Canadá, cidadãos canadianos votantes, maiores de 18 anos), maiores desenvolvimentos em LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., pp. 50-52. Sustentando, como medida de prevenção, a aposta na participação das mulheres na vida política e económica, AUGUSTO LOPEZ-CLAROS, «The Moral Dimension of the Fight against Corruption», *Georgetown Journal of International Affairs*, 18, 2, 2017, p. 37.

<sup>7</sup> O que contraria a real elevada tolerância que os portugueses parecem conferir aos seus próprios atos de corrupção, como se conclui no estudo de LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, *en passim*. Sobre o papel da imprensa, ver ANTÓNIO JOÃO MAIA, *Corrupção: Realidade e Percepções – O Papel da Imprensa*, cit., *en passim*.

<sup>8</sup> Como resposta à crescente desconfiança dos cidadãos na justiça e percepções de que haveria uma justiça branda para com as elites (políticas e económicas) e inclemente para com os pequenos delinquentes, fenómenos detetados no estudo de LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., p. 128. Já assim, ANTÓNIO JOÃO MAIA, *Corrupção: Realidade e Percepções – O Papel da Imprensa*, cit., p. 223.

<sup>9</sup> CARLOS JALALI, «Vícios públicos, Virtudes privadas?», *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., p. 137.

<sup>10</sup> Neste sentido, sobre Portugal, ver o estudo de JOSÉ M. MAGONE, «Democracia neopatrimonial e corrupção política», *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, citado, pp. 104 e ss. e 110 e ss.

Corrupção e democracia são hoje dois fenómenos interligados, é bem possível que as vicissitudes de uma possam vir a ditar o destino da outra<sup>11</sup>. E, provavelmente, poderemos mesmo ter de concluir que uma não existe sem a outra<sup>12</sup>. As democracias ocidentais enfrentam atualmente uma crise existencial que, embora motivada, mais recentemente, pela crise económica, e, desde 2020, pela emergência mundial decorrente da pandemia Covid-19, vai muito além da dicotomia bem-estar *vs.* liberdade. Em 1995, ano em que tomou posse o XIII Governo Constitucional de Portugal, liderado por António Guterres, como Primeiro-Ministro, em plena época de crescimento económico (ainda que, em grande parte, alimentado pelos apoios europeus<sup>13</sup>), a perceção da sociedade portuguesa sobre corrupção era mais negativa do que é hoje<sup>14</sup>. De acordo com o Índice de Avaliação de Corrupção da *Transparency International*, Portugal surge com uma avaliação de 55 valores<sup>15</sup>, de 0 a 100, em que os 100 representam uma incidência de 0 corrupção. Em 1998 – há 20 anos – Portugal tinha uma avaliação de 65 valores<sup>16</sup>. Em 2019, a avaliação ficou nos 61 valores (e tem vindo a decrescer sustentadamente). Porém, a ver pela perceção veiculada pelos meios de comunicação social, vivemos um período histórico flagelado pela corrupção. Terão aumentado os casos de corrupção ao longo destes anos? A ver pelas estatísticas da justiça, é forçoso concluir-se em sentido negativo<sup>17</sup>. Em 1995, foram julgados 40 casos de corrupção<sup>18</sup>. Em 2005 – e a tendência foi muito semelhante, com pouca variação, ao longo dos anos – foram julgados 47 casos. Em 2016, estavam em julgamento 36 processos pelo crime de corrupção<sup>19</sup>.

Se nada de substancial parece ter mudado, como explicar a mudança que é inegável na perceção social da corrupção e suas relações com o poder político,

<sup>11</sup> Ver ELISKA DRAPALOVA, ALINA MUNGIU-PIPIDI, BONNIE JO PALIFKA e JON VRUSHI, *Corruption and the crisis of democracy: The link between corruption and the weakening of democratic institutions*, Transparency International, 2019.

<sup>12</sup> Contemplando esta hipótese, especialmente em regimes democráticos ainda excessivamente burocráticos, CARLOS JALALI, «Vícios públicos, Virtudes privadas?», cit., pp. 134-136.

<sup>13</sup> No âmbito dos quais existiram elevados níveis de desvio e fraude, como se demonstra pela extensa doutrina em torno do assunto, de que são exemplo PEDRO VERDELHO, «As chamadas irregularidades nos subsídios do Fundo Social Europeu são crime ou apenas constituem ilícito civil?», *Revista do Ministério Público*, 17, 66, 2008, pp. 61 a 93; MANUELA REGO, «A definição legal de subsídio ou subvenção: artigo 21 do Decreto-Lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro», *Boletim do Ministério da Justiça*, 454, 1996, pp. 85 a 97; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Sobre os crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado», *Revista portuguesa de ciência criminal*, 4, 3, 1994, pp. 337 a 368.

<sup>14</sup> Fazendo a mesma avaliação, ANTÓNIO JOÃO MAIA, «A percepção social sobre a corrupção em Portugal: o papel da imprensa», online, 2011, disponível em [www.bocc.ubi.pt](http://www.bocc.ubi.pt/pag/maia-antonio-a-percepcao-social-sobre-a-corrupcao-em-portugal.pdf), <http://www.bocc.ubi.pt/pag/maia-antonio-a-percepcao-social-sobre-a-corrupcao-em-portugal.pdf>.

<sup>15</sup> Dados que podem ser consultados em [https://www.transparency.org/files/content/tool/1995\\_CPI\\_EN.pdf](https://www.transparency.org/files/content/tool/1995_CPI_EN.pdf).

<sup>16</sup> Dados que podem ser consultados em [https://www.transparency.org/research/cpi/cpi\\_1998/0](https://www.transparency.org/research/cpi/cpi_1998/0).

<sup>17</sup> No mesmo sentido conclui a ENA, p. 19.

<sup>18</sup> Dados que podem ser consultados em [http://www.siej.dgpg.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow\\_636658887663428750](http://www.siej.dgpg.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_636658887663428750).

<sup>19</sup> Dados que podem ser consultados em [http://www.siej.dgpg.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow\\_636658887663428750](http://www.siej.dgpg.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_636658887663428750).

a democracia e o Estado de Direito<sup>20</sup>? No quadro de uma profunda crise global, que está a ser vivida em tempo real (e não apenas em Portugal), torna-se mais difícil encontrar o distanciamento necessário para refletir com alguma racionalidade sobre estas questões. Poderia parecer, então, precipitada a aprovação de uma Estratégia global de anticorrupção. Porém, como se verá, esta apenas poderá pecar por ser tardia, pois os diagnósticos de prevenção estão há muito já feitos.

## II. Hércules (Héracles) e a Hidra de Lerna: a futilidade das «estratégias de força» na prevenção da corrupção

Antes de passar ao diagnóstico e à análise concreta da ENA, cumpre-me esclarecer desde já que rejeito uma abordagem principalmente assente no modelo comumente designado como de «principal-agent theory»<sup>21</sup>, tendencialmente repressivo, que se concentra na dissuasão do agente individual, através do corte dos potenciais estímulos à corrupção e da imposição de sanções; a par das mais atuais tendências internacionais, tenho preferência pelo modelo conhecido como «collective action»<sup>22</sup>, o qual, assumindo que todos os atores sociais são potencialmente suscetíveis à corrupção, escolhe a prevenção positiva, através de medidas universais de promoção da integridade, como prioridade.

Para ilustrar esta perspetiva, vou recorrer a uma metáfora mitológica, a do mito de Hércules e a Hidra de Lerna<sup>23</sup>. Numa primeira abordagem, de acordo com a lenda mitológica, Hércules usou a força para combater o monstro, Hidra. Porém, por cada cabeça destruída, outra(s) nascia(m) no seu lugar. Constatando a vanidade do esforço, Hércules contou com a ajuda do sobrinho Iolau. Enquanto Hércules cortava as cabeças, Iolau cauterizava-as para impedir o seu (re)nascimento. Assim foram eliminadas as oito cabeças mortais da Hidra. De acordo com a lenda, e este é dos sentidos mais interessantes da estória, a nona cabeça da Hidra é imortal, pois simboliza a tendência humana para o vício, a decadência, a destruição. A nona cabeça da Hidra foi também cortada, mas Hércules teve de a enterrar e mantê-la em constante vigilância. De modo não muito distante à crença que os gregos depositavam nos seus heróis, existe hoje uma crença, que apelido de mitológica, na capacidade que o Direito Penal tem de combater alguns fenómenos criminosos. Considero esta crença mitológica por duas ordens de razões: a) assenta em dados indemonstráveis; b) depende de uma contradição lógica.

Em dados indemonstráveis porque a base da presunção de eficácia do Direito Penal – a prevenção geral, como súmula da ideia segundo a qual a mera ameaça

<sup>20</sup> Em muito poderá explicar-se pelo aumento da visibilidade, com o aumento de notícias em contracorrente face à diminuição dos casos registados, ANTÓNIO JOÃO MAIA, *Corrupção: Realidade e Percepções – O Papel da Imprensa*, cit., pp. 226 e 230.

<sup>21</sup> Sobre os dois modelos, concluindo no mesmo sentido do presente estudo, BO ROTHSTEIN, «Fighting Systemic Corruption», *Daedalus*, 147, 3, *Anticorruption: How to Beat Back Political & Corporate Graft*, 2018, pp. 35-49.

<sup>22</sup> Sobre estes modelos e respetivas preferências de implementação, ALENA LEDENEVA, ROXANA BRATU e PHILIPP KÖKER, «Corruption Studies for the Twenty-First Century: Paradigm Shifts and Innovative Approaches», *The Slavonic and East European Review*, 95, 1, *Innovations in Corruption Studies*, 2017, pp. 8 e ss.

<sup>23</sup> Recorrendo à mesma metáfora, SARAH CHAYES, *Fighting the Hydra: Lessons From Worldwide Protests Against Corruption*, Carnegie Endowment for International Peace, 2018.

da pena funciona como dissuasão da prática de crime – é indemonstrável cientificamente e os poucos estudos que têm sido feitos apontam para a irrelevância da pena na decisão penal (pois demonstram que variações de penas substanciais têm efeitos nulos na atividade criminosa)<sup>24</sup>. Depende de uma contradição lógica – eleita a função por algumas correntes sociológicas e jurídicas (funcionalismo sistémico de LUHMANN, importado para o Direito Penal por autores como JAKOBS) – pois a prevenção geral apenas demonstra a sua eficácia caso sejam praticados (e detetados e punidos) crimes. É uma aposta estranha, a que subjaz a esta visão do Direito Penal: precisamos que sejam praticados alguns crimes, e que estes sejam detetados e punidos exemplarmente, para garantir que a generalidade da população não os pratica.

Numa tendência que se iniciou com a crise económica de 2008<sup>25</sup> – a escassez de recursos públicos, e seu impacto nos recursos privados, veio alterar radicalmente a perceção social da danosidade da corrupção e tornar urgente o seu combate e repressão –, a estratégia tem sido a de gerar enorme pressão para a aprovação de mecanismos excecionais na lei portuguesa (com especial destaque para o enriquecimento ilícito e delação premiada) e de punir exemplarmente os poucos crimes de corrupção detetados na esperança (vã) de que tais penas moralizem a restante sociedade<sup>26</sup>. Tendo sido uma estratégia iniciada em 2009, com as primeiras condenações severas aplicadas a partir da segunda década do século XXI, esperava-se que esta moralização já se tivesse iniciado...

Paralelamente, alertado pelos elevados níveis – crê-se, não existem dados estatísticos<sup>27</sup> – de corrupção na contratação pública, o legislador criou leis cada vez mais complexas, mais exigentes, com mais limites, requisitos, trâmites, relatórios, pareceres, com contraordenações e novos crimes. Na tentativa de criar (aquilo a que chamo) «leis à prova de bala» (da corrupção) – uma impossibilidade, naturalmente – o legislador criou um modelo tão complexo e exigente de contratação pública que várias empresas inflacionam os preços apresentados ao Estado para compensar o esforço (real, custoso) de compreensão do regime e tramitação interna para cumprimento da burocracia<sup>28</sup>. Portanto, na vã tentativa de eliminar a corrupção pelo

<sup>24</sup> Por exemplo, os estudos analisados por ANDREW VON HIRSCH e JULIAN V. ROBERTS, «Legislating Sentencing Principles: The Provisions of the Criminal Justice Act 2003 Relating to Sentencing Purposes and the Role of Previous Convictions», *The Criminal Law Review*, 2004, pp. 648 e ss.

<sup>25</sup> Sobre as perceções dos portugueses, relativamente ao legislador e ao Governo, antes e após a crise, ANA MARIA BELCHIOR, EMMANOUIL TSATSANIS e CONCEIÇÃO PEQUITO TEIXEIRA, «Representation in times of crisis: deputy-voter congruence on views of representation in Portugal», *International Political Science Review*, 37, 2, 2016, pp. 277-293.

<sup>26</sup> Estratégia que se tem demonstrado ineficaz no combate à corrupção (ALENA LEDENEVA, ROXANA BRATU e PHILIPP KÖKER, «Corruption Studies for the Twenty-First Century...», cit., pp. 1 e 13), mantendo-se as elevadas cifras negras nesta área, WIM HUISMAN e GUDRUN VANDE WALLE, «The Criminology of Corruption», *The Good Cause. Theoretical Perspectives on Corruption*, Gjalte de Graaf, Patrick von Maravić e Pieter Wagenaar, Verlag Barbara Budrich, 2010, p. 141.

<sup>27</sup> A ausência de dados estatísticos é um problema transversal na corrupção, claro, dadas as elevadas cifras negras, mas é um problema ainda mais premente em Portugal, onde são manifestamente fracas e insuficientes as estatísticas da justiça. Este é, aliás, um dos pontos focados na ENA, p. 15.

<sup>28</sup> Referindo, criticamente, um fenómeno semelhante nos EUA, DARRELL WHITMAN, «Anatomy of Corruption: Liberal Democracy and the Crisis of the Modern State», *Journal of Global Faultlines*, 5, 1-2, 2018, pp. 18-19. Concluindo que são os Estados com maiores níveis de delegação nos privados das tarefas essenciais do Estado e modelos de regulação onde é mais profícua a corrupção,

cansaço, os portugueses estão hoje a pagar mais por qualquer contratação do Estado, independentemente de sabermos se estas medidas legais tiveram algum impacto na diminuição da corrupção.

É assim contraproducente, como o mito ilustra, a utilização da força para combater algo que corrompe (a Hidra, que corrompia a água essencial para a sobrevivência da comunidade)<sup>29</sup>. Porém, as estratégias utilizadas em Portugal (e em vários outros países) têm assentado na força, atentos os seguintes pilares de intervenção: *a*) neocriminalização (criminalização máxima de comportamentos na esfera da corrupção: recebimento indevido de vantagem, corrupção para atos lícitos, corrupção no sector privado, recebimento indevido de vantagem, etc.); *b*) aumento das molduras legais; *c*) criação de mecanismos excepcionais de investigação criminal (possibilidade de prisão preventiva independentemente da moldura legal, meios ocultos de prova, delação premiada, etc.); e *d*) condenações exemplares.

Os contextos de pânico moral – e penso que vivemos um destes contextos a propósito da corrupção – são especialmente preocupantes para a democracia por duas razões centrais: dependem do falseamento de um problema (exagero, distorção e mesmo total falta de ligação com a realidade) que afeta e perturba substancialmente a perceção pública e social<sup>30</sup>; monopolizam as narrativas e os discursos públicos, constringendo e excluindo qualquer narrativa divergente, que é qualificada de «imoral». Estas duas razões são a base do populismo penal e da implementação de soluções punitivas simbólicas, porque ineficazes e desproporcionais. E se estamos no campo do populismo penal, já começamos a colocar em causa o Estado de Direito democrático.

Como o mito ilustra, sempre que Hércules arrancava uma cabeça à Hidra com a sua força bruta, outras duas (piores) nasciam no seu lugar. O que pretendo ilustrar aqui é que o recurso a estratégias de força (dentro do populismo penal) para combater a corrupção pode implicar que, ao lado da corrupção, sejam criados fenómenos ainda mais perigosos (potencialmente fatais para a democracia). Sendo certo que a corrupção coloca em causa as bases da democracia, é preciso ter cuidado para que o remédio não seja pior do que a doença. O caso italiano é paradigmático. Perante sucessivos escândalos de corrupção, houve uma progressiva erosão dos partidos historicamente democráticos, com o surgimento de novos movimentos alegadamente «antissistema», com forte inclinação populista<sup>31</sup>. Sem que se tenha notado

---

RANDALL G. HOLCOMBE e CHRISTOPHER J. BOUDREAUX, «Regulation and corruption», *Public Choice*, 164, 1/2, 2015, pp. 75-85.

<sup>29</sup> No mesmo sentido, defendendo antes uma abordagem positiva de promoção da integridade, PAUL M. HEYWOOD, «Combating Corruption in the Twenty-First Century», *Daedalus*, 147, 3, *Anticorruption: How to Beat Back Political & Corporate Graft*, 2018, pp. 83-97.

<sup>30</sup> Sendo que a própria normalização da corrupção no discurso público pode ser, em si, um fator que aumenta a tolerância social à corrupção e a própria prática desta, LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., pp. 84 e ss.

<sup>31</sup> Nos anos 90, a operação «mani pulite» (mãos limpas) – iniciada pela detenção de Mario Chiesa, gestor de um Hospital Público, enquanto recebia um suborno que, reputadamente, seria destinado ao Partido Socialista, deu origem a um conjunto de megaoperações anticorrupção e a uma profunda crise política. As investigações, que se estenderam a todo o país, abrangeram cinco ex-primeiros-ministros, mais de 500 deputados e ex-deputados, e incontáveis titulares de cargos públicos ou dirigentes de empresas privadas. A operação mãos limpas deu início a uma tensão civil entre a magistratura e a política, provocando o desaparecimento de vários partidos políticos principais (de destaque, o Partido Socialista e o Partido Democrata Cristão)



uma diminuição radical da corrupção<sup>32</sup>. Radicalização houve, sim, no discurso e na política. Se temos de inverter o ónus da prova em processo penal e construir condenações com base (exclusiva) numa pirâmide de presunções de culpa para combater a corrupção, o resultado ainda é um Estado de Direito democrático? Sem esta reflexão de base, não me parece possível, sequer, iniciar um debate sobre prevenção e repressão da corrupção.

Penso ser necessário, também, não afunilar o discurso público e dogmático em torno da alta corrupção. DURKHEIM tem razão<sup>33</sup>: o homem é (essencialmente) o produto da sociedade em que nasce, cresce, aprende a construir o seu carácter e a moldar o seu comportamento. Ninguém (quase ninguém) inicia a sua vida política como Primeiro-Ministro, ou a sua vida empresarial como administrador. O caminho para chegar a estes cargos é de progressiva aprendizagem. Quando se aprende a fazer política, nos partidos, aprende-se uma linguagem de trocas e favores essencial para a sobrevivência (política)<sup>34</sup>. Quando se aprende a fazer negócios aprende-se a importância dos contactos preferenciais, a estabelecer redes de trocas e favores e que, por vezes, um jantar ou outro tipo de oferta é crucial para «desbloquear» um problema administrativo<sup>35</sup>. Aprende-se – através do círculo vicioso segundo o qual a própria perceção de que existe corrupção é, em si, um fator que conduz à prática da corrupção – que há uma certa forma expedita – ou mesmo única – de comportamento sem o qual a sobrevivência económica fica em risco. A crença de que a corrupção é um fenómeno omnipresente é, por si só, a causa de si própria<sup>36</sup>, já que é com base nesta crença que muitas pessoas procuram alternativas ilícitas para a resolução dos seus problemas (pagar um extra para o carro passar na inspeção, para

---

e, já na década de 2000, à criação de vários partidos antissistema, a partir da descredibilização da política tradicional e da crença em movimentos apartidários de salvação nacional. O espaço deixado vazio pelos principais partidos, extintos, foi progressivamente ocupado por partidos fascistas, de extrema-direita ou populistas (como a Alleanza Nazionale e o Lega Nord), gerando uma profunda mudança no equilíbrio de poder e o que alguns autores caracterizam como a 2.ª República. Para mais detalhes, ver ALBERTO VANNUCCI, «The “Clean Hands” (Mani Pulite) Inquiry On Corruption And Its Effects On The Italian Political System», *online*, disponível em <http://opiniao publica.ufmg.br/site/files/artigo/Alberto-Vannucci.pdf>.

<sup>32</sup> DOMENICA FARINELLA, «L'État italien et la corruption», *Tumultes*, 45, *L'État corrompu*, 2015, pp. 57-74.

<sup>33</sup> DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 7.ª Ed., Paris: Librairie Félix Alcan, 1919, pp. 19 e ss.

<sup>34</sup> Já fazendo um diagnóstico crítico da atividade partidária em Portugal, JOAQUIM AGUIAR, «Partidos, estruturas patrimonialistas e poder funcional: a crise de legitimidade», *Análise Social*, XXII, 94, pp. 769 e ss. Sobre esta questão, de modo mais amplo, analisando o caso italiano, D. DELLA PORTA, «Political parties and corruption: Ten hypotheses on five vicious circles», *Crime, Law and Social Change*, 42, 2004, pp. 35-60. Ver, também, como obra mais compreensiva, RICHARD GUNTHER, JOSÉ RAMON MONTERO e MARIANO TORCAL (eds.), *Political Parties. Old Concepts and New Challenges*, Oxford University Press, 2002.

<sup>35</sup> LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., pp. 65 e ss.

<sup>36</sup> LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., pp. 8.4 e ss.; e JOSÉ M. MAGONE, «Democracia neopatrimonial e corrupção política», cit., p. 119.

ter uma consulta ou fazer uma operação num hospital público face a uma longa lista de espera<sup>37</sup>, para obter uma licença, um contrato, e por aí em diante)<sup>38</sup>.

É preciso compreender que a corrupção pode ser – reitero, na sua dimensão mais ampla – tão natural nas nossas sociedades como o ar que respiramos<sup>39</sup>. É preciso compreender também a insustentabilidade da ideia de que o crime não compensa. Na realidade, o crime económico e o crime político compensam<sup>40</sup>. O crime económico compensa, desde logo, porque ele faz parte de uma forma de fazer negócios<sup>41</sup>. Paralelamente, o crime político faz também parte de uma certa forma de fazer política<sup>42</sup>. O que implica – inevitavelmente – que haja uma forte tolerância social (real) aos fenómenos corruptivos menores<sup>43</sup> já que é impossível que esta seja uma forma de atuação generalizada (o que corresponde à percepção pública) sem que seja acompanhada de alguma tolerância social.

Voltando à sociologia, se conjugarmos estes dois fatores – normalidade cultural de alguns fenómenos corruptivos e forte tolerância social (pelo menos, da pequena corrupção) com a aposta exclusiva em estratégias de força (punitivas) – compreendemos que podemos estar a gerar uma situação insustentável. Ao construir um contexto social que depende da corrupção para se manter, criando, simultaneamente, a hipercriminalização dos fenómenos corruptivos, estamos a gerar categorias de criminosos cujos comportamentos desviantes vivem numa eterna ambiguidade: são considerados normais e toleráveis nos subsistemas de onde provêm<sup>44</sup>, beneficiando,

<sup>37</sup> Exemplo expressamente incluído no estudo de LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., p. 73.

<sup>38</sup> ANTÓNIO JOÃO MAIA, «A percepção social sobre a corrupção em Portugal: o papel da imprensa», *online*, 2011, já citado.

<sup>39</sup> Partindo desta potencial premissa, ANTÓNIO PEDRO DORES, «Espírito anticorrupção», cit., p. 162.

<sup>40</sup> CRISTINA DE ABREU, «A economia da corrupção – a análise económica da corrupção nas sociedades desenvolvidas contemporâneas», *A Economia da Corrupção nas Sociedades desenvolvidas contemporâneas*, coord. Cristina de Abreu, Porto: Fronteira do Caos Editores, 2011, *online*, pp. 17 e ss.

<sup>41</sup> LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., pp. 88 e 94. Com mais desenvolvimento, WIM HUISMAN e GUDRUN VANDE WALLE, «The Criminology of Corruption», cit., pp. 122 e ss. A partir de um estudo empírico, ERMIRA HOXHA KALAJ, «Doing business with corruption: an enterprise empirical analysis», *SEER: Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe*, 18, 1, *Economic development and quality of life in the western Balkans*, 2015, pp. 83-91.

<sup>42</sup> Analisando esta possibilidade, CARLOS JALALI, «Vícios públicos, Virtudes privadas?», cit., pp. 139 e ss. e 147 e ss.

<sup>43</sup> Ou, na terminologia dos autores LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, mais «cinzentos», explicando estes que «do ponto de vista do contexto ético-social, os resultados confirmam a ideia de que Portugal é um país propício para a corrupção não transactiva. O mesmo será dizer que os portugueses condenam essencialmente a corrupção enquanto suborno ou extorsão mas toleram as suas manifestações mais cinzentas, como, por exemplo, a prática que é vulgarmente conhecida por “puxar os cordelinhos”. Como se pode observar na linha da legalidade, a corrupção é sobretudo associada a práticas ilegais, – 36,8% dos inquiridos consideram que para ser corrupto o comportamento teria que ser ilegal e apenas 11,5% não tiveram dúvidas em considerar que comportamentos legais podem perfeitamente ser corruptos. Estes resultados permitem concluir que os portugueses são muito tolerantes em relação uma série de práticas não reguladas ou de difícil regulação, nomeadamente, conflitos de interesse, “cunhas”, “amiguismos”, favorecimentos, patrocínio político, etc.», *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., p. 68.

<sup>44</sup> Note-se que o estudo de LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES parece apoiar a percepção de que o argumento do «rouba, mas faz» (tornado popular nos anos 50, pelo político brasileiro Adhemar de Barros, no caso descrito, por exemplo, neste artigo <https://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/>

inclusivamente, de forte tolerância social em todo o sistema; são considerados como criminosos e muito graves pelo sistema de justiça e, quando noticiados pelos *media*, transformados em imperdoáveis crimes morais<sup>45</sup>.

O Direito Penal é uma ciência social e não uma ciência surreal. Quando ocorre um divórcio significativo entre o Direito Penal e a sociedade, já falhámos. Não que o Direito Penal deva caminhar ao sabor (volátil, caprichoso) de uma qualquer consciência social historicamente localizada (e nunca ao sabor dos pântanos morais). Há um tempo do Direito Penal e da justiça penal que é, e deve ser, cauteloso, precisamente para prevenir um seguimento inconstante das modas sociais. Porém, não há função preventiva do Direito Penal sem alguma harmonia constante entre a consciência social – a percepção do que é censurável, o que deve ser proibido e punido – e o Direito Penal.

### III. A corrupção como dupla ameaça democrática

Não quero com isto dizer que a corrupção não seja vista, de um modo geral, como algo nocivo para a sociedade. É. É objetivamente nociva. Posso identificar várias externalidades negativas (mais diretas) da corrupção<sup>46</sup>: *a*) colocação em causa da livre concorrência; *b*) ameaça à igualdade de oportunidades; *c*) risco de distribuição não equitativa de rendimentos (e injustiça fiscal como efeito mediato); *d*) inviabilização tendencial da meritocracia; *e*) inibição dos critérios de eficiência e de boa gestão do interesse público<sup>47</sup>; *f*) risco de quebra de confiança nas instituições (promoção da opacidade da decisão pública, já que a corrupção é sempre um fator decisório escondido); e *g*) ameaça à confiança na democracia. Estes são os grandes danos da corrupção, mas a lista poderá ser infundável se pensarmos nos pequenos e médios efeitos nocivos. Por exemplo, PARK fez um pequeno estudo empírico em que cruzou os dados da corrupção com os registos de «maus empréstimos» (em 176 países) e concluiu o seguinte<sup>48</sup>: a corrupção exponencia a atribuição de maus créditos

---

eugenio-bucci/noticia/2015/10/rouba-mas-faz-obra-social.html) tem grande implantação em Portugal: «[...] mais de 50% dos inquiridos concordam ou concordam totalmente que, se os actos praticados assim o forem por uma causa justa (52,8%) ou para o benefício da população em geral, não podem ser considerados como corruptos (61,3%). Não será assim de estranhar o apoio das populações a autarcas que justificam muitas decisões ruinosas, – tanto para os cofres dos municípios, como para os princípios democráticos –, com o alegado interesse público ou a nobreza do acto», *ob. cit.*, pp. 70 e 85.

<sup>45</sup> Sendo certo que esta dualidade existe também na sociedade, como concluem LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, no que respeita ao grau de tolerância face a fenómenos corruptivos privados e públicos ou aos comportamentos de privados («cunhas» e «cordelinhos») face aos comportamentos de quem exerce cargos políticos, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., pp. 71-2 e 89. Ver, também, CARLOS JALALI, «Vícios públicos, Virtudes privadas?», cit., pp. 131 e ss.

<sup>46</sup> CRISTINA DE ABREU, «A Economia da Corrupção – A análise económica da corrupção nas Sociedades desenvolvidas contemporâneas», 2011, cit., pp. 19 e ss.

<sup>47</sup> Num estudo realizado nos EUA, conclui-se que os Estados com maiores índices de corrupção há um maior gasto público, privilegiando-se o capital, a construção, os salários públicos e a polícia, e com baixo investimento na educação, saúde, apoios sociais, ROSE GILL HEARN, «Does Corruption Drive Government Spending?», *Public Administration Review*, 74, 3 2014, pp. 359-360.

<sup>48</sup> J. PARK, «Corruption, soundness of the banking sector, and economic growth: A cross-country study», *Journal of International Money and Finance*, 31, 2012, 907-929, online, disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0261560611001124>.

(aumentando a percentagem de crédito malparado) e gera um efeito distorcido no acesso ao crédito, promovendo a atribuição de crédito a projetos de alto risco e pouca solvabilidade, assim desviando potencial investimento em projetos sólidos de elevado retorno<sup>49</sup>.

Alguns estudos indicam que a corrupção pode ter um profundo impacto naquilo que as sociedades têm de mais valioso (especialmente nos países mais pobres ou em vias de crescimento): a confiança e o capital humano<sup>50</sup>. De acordo com um estudo de vários economistas australianos<sup>51</sup>, a corrupção tem um profundo impacto negativo no desenvolvimento do capital humano, das seguintes formas: *a)* afeta a justiça fiscal e justa distribuição de rendimentos, diminuindo os recursos disponíveis para financiar serviços públicos fundamentais, especialmente a educação e a saúde; *b)* aumenta o custo operacional corrente de funcionamento do Estado, reduzir recursos disponíveis para financiar serviços públicos fundamentais, especialmente a educação e a saúde; *c)* canaliza tendencialmente os recursos disponíveis para áreas mais permeáveis (mais atrativas) para a corrupção, como sejam as infraestruturas, obras públicas, sectores económicos de expansão ou fonte de riqueza, o que geralmente exclui a educação e saúde (no que toca ao investimento em capital humano); e *d)* inflaciona as despesas de manutenção, criando opacidade ou falseamento dos critérios de eficiência e qualidade no serviço público, o que prejudica a capacidade de o Estado melhorar, de um modo geral, a qualidade dos seus serviços.

Importa, assim, repensarmos os valores considerados como fundamentais, atualmente, nas sociedades capitalistas e reforçarmos os nossos vínculos sociais e comunitários. E não é só a luta pelo sucesso financeiro, num país de baixos salários, que alimenta a corrupção. A corrupção é também filha da opacidade. É porque existe ainda grande opacidade nos processos de decisão pública que se mantêm níveis elevados de corrupção<sup>52</sup>. É também porque se crê que a corrupção é necessária, porque se desconhecem os trâmites, porque se desconfia do funcionalismo público (elevada burocracia, complexidade, morosidade), que a corrupção surge como única alternativa razoável para a resolução de problemas.

Em contracorrente, é importante gerar narrativas diversas de sucesso pessoal para lá da narrativa oficial do capitalismo<sup>53</sup>. É crucial lembrar as nossas sociedades

<sup>49</sup> Outros casos referidos também em D. ASTERIOU, K. PILBEAM e I. TOMULEASA, «The Impact of Economic Freedom, Business Regulation and Corruption on Bank Profitability and Bank Stability: Evidence from Europe», *online*, 2016, disponível em <http://openaccess.city.ac.uk/16839/1/FreedomRegulationCorruption.pdf>.

<sup>50</sup> ASSIM, EDUARDO DUQUE e ANTÓNIO CALHEIROS, «A corrupção e a falta de segurança nas estruturas democráticas», *The overarching issues of the european space: society, economy and heritage in a scenario towards greater territorial cohesion = Grandes problemáticas do espaço europeu: sociedade, economia e património num cenário tendente a uma maior coesão territorial*, Universidade do Porto, Faculdade de Letras, 2017, pp. 130-147.

<sup>51</sup> ANDREW HODGE, SRIRAM SHANKAR, D. S. RAO e ALAN DUHS, «Exploring the Links Between Corruption and Growth. School of Economics, University of Queensland, Australia», *Discussion Papers Series*, 15, *online*, 2009, disponível em [https://www.researchgate.net/publication/46451433\\_Exploring\\_the\\_Links\\_Between\\_Corruption\\_and\\_Growth](https://www.researchgate.net/publication/46451433_Exploring_the_Links_Between_Corruption_and_Growth).

<sup>52</sup> AUGUSTO LOPEZ-CLAROS, «The Moral Dimension of the Fight against Corruption», *cit.*, p. 36; e EDUARDO DUQUE e ANTÓNIO CALHEIROS, «A corrupção e a falta de segurança nas estruturas democráticas», *cit.*, pp. 135 e ss.

<sup>53</sup> Identificando a narrativa tradicional capitalista, de sucesso económico individual, como causa possível para a corrupção moderna, WIM HUISMAN e GUDRUN VANDE WALLE, «The Criminology

que existem dois valores muito mais importantes do que o dinheiro: a confiança e o capital humano. Uma sociedade apenas vale tanto quanto valha o seu capital humano, pois é o capital humano quem gera dinheiro e faz mexer a economia. A confiança é o sustento invisível de qualquer sociedade saudável e próspera<sup>54</sup>. Sem um princípio de confiança, a mais básica interação social ou transação comercial transformar-se-ia num pesadelo. Viveríamos em constante impasse. Quando a confiança na ordem social ou a confiança interpessoal (transversal na sociedade) são fortemente abaladas, especialmente em contextos de crise económica, está criado um cenário muito propício ao aumento da corrupção<sup>55</sup>.

O contexto de pânico moral em torno da corrupção é especialmente danoso para a confiança social, colocando em causa a legitimidade e credibilidade dos partidos políticos e dos próprios políticos, gerando profunda desconfiança entre os pares, e promovendo um ambiente hostil à cooperação social. É um ambiente social propício à decadência democrática e ao surgimento de regimes populistas, fascistas, totalitários. Para evitar que o remédio seja mais perigoso do que a doença, é necessário desviar o foco da punição para a prevenção, do Direito Penal para medidas não penais; é necessário mudar a narrativa punitiva e criar uma narrativa construtiva.

#### IV. O diagnóstico da prevenção

O caso italiano é um bom exemplo do fraco sucesso de estratégias de força na prevenção da corrupção e um excelente exemplo dos terríveis efeitos possíveis de embarcarmos na lógica do populismo penal. Existem outros caminhos, outras estratégias mais eficazes. Só que são estratégias de médio e longo prazo, complexas, multidisciplinares.

Cumpre, em primeiro lugar, compreender as várias dimensões dos fenómenos corruptivos em Portugal. E temos um estudo compreensivo, relativamente recente<sup>56</sup>, que nos permite traçar um quadro bastante fiel do contexto sociocultural da corrupção. Porque se trata, também, de um fenómeno culturalmente enraizado<sup>57</sup>. Aliás, vários autores nacionais qualificam, com razão, as dinâmicas de poder em Portugal como neopatrimonialistas<sup>58</sup>. Apesar de uma aparente racionalidade burocrática, o poder é ainda exercido em Portugal numa dinâmica de obediência a um líder, subserviente a ideias arcaicas de lealdade e respeito pessoal, no âmbito das quais se perde de vista, tantas vezes, o interesse público.

O estudo de LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES comprova alguma da racionalidade intuitiva que partilhamos sobre a corrupção – a maior tolerância à corrupção privada

---

of Corruption», cit., p. 129. Responsabilizando também o moderno sistema de capitalismo global, DARRELL WHITMAN, «Anatomy of Corruption...», cit., 5, 1-2, 2018, pp. 19 e ss.

<sup>54</sup> Assim, JOSÉ M. MAGONE, «Democracia neopatrimonial e corrupção política», cit., p. 119.

<sup>55</sup> Especialmente elucidativo, o relatório da Transparency International, MARIE CHÊNE *et al.*, «Social cohesion and interpersonal trust», *Getting ahead of the curve. Exploring post-covid-19 trends and their impact on anticorruption, governance and development*, 2018, pp. 28-30, disponível em <https://images.transparencycdn.org/images/Getting-ahead-of-the-curve.pdf>.

<sup>56</sup> LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., *en passim*.

<sup>57</sup> LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., p. 91.

<sup>58</sup> Por exemplo, JOAQUIM AGUIAR, «Formas de dominação e sociedade: o caso do neopatrimonialismo», *Análise Social*, XXXIII, 96, 1987, pp. 241-278; e JOSÉ M. MAGONE, «Democracia neopatrimonial e corrupção política», cit., pp. 101 e ss.



ante a corrupção de titulares de cargos públicos<sup>59</sup>, a tolerância ao tráfico de influências, nepotismo, sistema de «cunhas» e «cordelinhos»<sup>60</sup>, por exemplo – mas também nos traz dados novos. Não se confirma a ideia de que os portugueses privilegiam a eficácia da Administração Pública acima de qualquer outro valor. Na verdade, os inquiridos colocaram a transparência em primeiro lugar (22%), muito a par da igualdade (20,3%), da legalidade (20,1%) e da eficiência (20,1%)<sup>61</sup>. Uma outra surpresa diz respeito à valoração do mérito absoluto da decisão pública. Ao contrário do que se poderia supor, apenas 3,3% dos inquiridos deram um valor prevaletente ao mérito das decisões<sup>62</sup>, o que aponta para uma preferência pela previsibilidade (transparência e igualdade de critérios e decisões) e pela eficiência (com respeito pela legalidade) da decisão.

Tendo em vista este e muitos outros diagnósticos<sup>63</sup>, vou deixar aqui algumas opções que me parecem fundamentais para uma boa prevenção e combate à corrupção:

A primeira e mais importante – mas a que tem um efeito mais distanciado no tempo – é a aposta na educação<sup>64</sup>: cumpre iniciar a aprendizagem de comportamentos anticorrupção no âmbito da educação para a cidadania, nas escolas, logo desde os 5 ou 6 anos de idade. Não só existem correlações fortes entre baixos níveis de educação e altos índices de corrupção<sup>65</sup>, como se sabe também que a prevenção da corrupção tem de passar por uma maior consciência cívica e, portanto, também educacional, dos cidadãos<sup>66</sup>. Como refere CRISTINA DE ABREU: «Essas novas gerações informadas, consciencializadas, serão potencialmente punitivas e intransigentes em matéria de má utilização dos dinheiros públicos, de ausência de transparência,

<sup>59</sup> LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., pp. 72 e 73. Também, CARLOS JALALI, «Vícios públicos, Virtudes privadas?», cit., pp. 131 e ss.; e ANTÓNIO JOÃO MAIA, *Corrupção: Realidade e Percepções – O Papel da Imprensa*, cit., p. 231.

<sup>60</sup> LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., pp. 75 e ss.

<sup>61</sup> LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., pp. 71-72.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> A título de exemplo, E. V. FERREIRA e M. L. BAPTISTA, «Práticas de Corrupção na Sociedade Portuguesa Contemporânea», *Revista Polícia e Justiça*, II Série, 3-4, Instituto Nacional de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, 1992, pp. 75-105; F. FERNANDES, *Turning a Blind Eye? A Moral and Theological Examination of Corruption in Current Portuguese Culture*, PhD Thesis in Social Ethics, Oxford, UK: Open University, 2006, *en passim*; ANTÓNIO JOÃO MAIA, «Os números da corrupção em Portugal», *online*, 2001/2, pp. 1-37; *idem*, ANTÓNIO JOÃO MAIA, *Corrupção: Realidade e Percepções – O Papel da Imprensa*, citado, *en passim*; e AA.VV., *A Economia da Corrupção nas Sociedades desenvolvidas contemporâneas*, coord. Cristina de Abreu, Porto: Fronteira do Caos Editores, 2011, já citado, *en passim*.

<sup>64</sup> Sobre o papel da educação na prevenção da corrupção, AA.VV., *Global Corruption Report: Education*, Transparency International, 2013, *online*, pp. 327 e ss.

<sup>65</sup> Entre muitos outros, ERIC M. USLANER e BO ROTHSTEIN, «The Historical Roots of Corruption: State Building, Economic Inequality, and Mass Education», *Comparative Politics*, 48, 2, 2016, pp. 228 e ss. Também, o já referido *Global Corruption Report: Education*, da Transparency International.

<sup>66</sup> Sabendo-se que há uma forte tendência para racionalizações neutralizadoras da danosidade da corrupção (como base da motivação para a própria prática do crime, p. ex., WIM HUISMAN e GUDRUN VANDE WALLE, «The Criminology of Corruption», cit., pp. 138 e ss.), a formação ética é crucial.

gerando então um clima social, o qual se traduzirá em custos marginais de produção acrescidos conduzindo à própria alteração das instituições ao longo do tempo.»<sup>67</sup>

Paralelamente, abandonando uma visão maniqueísta do trabalho, herdeira do capitalismo industrial e ainda hoje sobrevalorizada, importa apostar na construção e desenvolvimento de competências sociais e multidisciplinares, ao invés da falsa sobrevalorização de competências técnicas. Um trabalhador com boas competências sociais, boa capacidade de reflexão crítica, e consciência ética, promove comportamentos éticos e exponencia a recusa e/ou denúncia de comportamentos corruptivos<sup>68</sup>.

Simultaneamente, porque as nossas crenças contam, devem ser desenvolvidas campanhas públicas de promoção da cidadania, valorização de comportamentos éticos e repúdio da corrupção, utilizando exemplos reais, concretos, que ilustrem a plúrima danosidade social da corrupção (como se faz com a condução sob efeito do álcool, o ambiente, a fraude fiscal, o *download* ilegal de músicas)<sup>69</sup>.

No âmbito da administração pública, de forma mais imediata, há que institucionalizar os manuais de boas práticas (eticização da função pública, através de códigos de ética e/ou de conduta), a formação para as boas práticas (com sessões de esclarecimento e debate face a cenários potencialmente reais) e instituir comissões de ética. Estas comissões devem ser capazes de criar um ambiente propício à apresentação de denúncias (por parte do cidadão utilizador e por parte dos próprios funcionários). A crença de que vale a pena fazer uma denúncia – é levada a sério, tem seguimento, é investigada, tem consequências – bem como a garantia de proteção dos denunciantes têm sido dadas (na psicologia organizacional) como decisivas na própria inibição de comportamentos ilícitos<sup>70</sup>.

Num plano mais programático, é preciso combater uma das fontes da corrupção: a opacidade. Garantir a simplicidade e transparência da administração pública e da própria decisão pública são formas extremamente eficazes de diminuir a necessidade da corrupção e de aumentar a capacidade de fiscalização (prevenção). Cada serviço público deve indicar a pessoa responsável por cada decisão com impacto nos cidadãos e empresas, os seus contactos e horário de atendimento. Todos os cidadãos devem saber que têm acesso igual, em igualdade de circunstâncias, ao decisor público. Cada serviço público deve indicar os requisitos, condições e procedimentos necessários para a obtenção de uma decisão favorável ao cidadão/empresa<sup>71</sup>. A informação é uma das melhores armas contra a tentação da corrupção. É importante, também, que as decisões públicas sejam dadas em prazos razoáveis, já que a morosidade é dos grandes estímulos da corrupção.

<sup>67</sup> CRISTINA DE ABREU, «A Economia da Corrupção – A análise económica da corrupção nas Sociedades desenvolvidas contemporâneas», 2011, já citado.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> O estudo de LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES revela que a maioria dos inquiridos não apresenta uma consciência forte e consentânea na identificação do que sejam atos incluídos no conceito amplo de corrupção (e que são criminalizados), apontando para uma necessidade premente de campanhas de educação e sensibilização, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., p. 65.

<sup>70</sup> ANTÓNIO J. MARQUES DOS SANTOS, *A Ética Organizacional como Instrumento de Gestão na Prossecução do Interesse Público*, 2013, online, disponível em file:///C:/Users/admin/Downloads/AticaOrganizacionalComoInstrumentodeGesto\_INA.pdf.

<sup>71</sup> Já em sentido próximo, mas sugerindo também a rotatividade dos funcionários públicos, ANTÓNIO JOÃO MAIA, «Os números da corrupção em Portugal», cit., pp. 32-33.



Medidas semelhantes, claro está, devem ser implementadas no campo empresarial. A corrupção (enquanto fenómeno de Estado, político ou de regime) só existe no encontro de dois sectores: o público e o privado. Também nas empresas privadas é necessário tomar medidas não penais de eticização<sup>72</sup>.

## **V. A resposta: Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024), em especial, o Regime Geral de Prevenção da Corrupção**

Revelado o diagnóstico e suas principais linhas de ação, cumpre agora verificar se a ENA vai de encontro às estratégias identificadas em cima. A ENA apresenta sete prioridades, que são as seguintes: 1. Melhorar o conhecimento, a formação e as práticas; 2. Prevenir e detetar os riscos; 3. Comprometer o sector privado; 4. Reforçar a articulação; 5. Garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme; 6. Produzir e divulgar; 7. Cooperar. Destas sete prioridades, apenas duas (a 5 e a 7) dizem respeito à repressão da corrupção. À partida, portanto, a ENA revela uma aposta forte na prevenção, o que é de elogiar. Mais, adiante já, mesmo no que respeita às prioridades assentes na repressão, salienta-se a resistência à tentação do populismo penal, não se falando na criação de novos crimes (em especial, o inconstitucional «enriquecimento ilícito»), nem em aumento de penas ou criação de mecanismos excepcionais de investigação, e rejeitando-se a problemática «delação premiada». É certo que se incluem os «acordos de sentença», mas deixa-se claro que os mesmos devem acontecer em fase de julgamento, tendo em vista a celeridade e a poupança de atos inúteis, estando sempre sujeitos à validação do tribunal, e não tendo implicações especiais para potenciais coarguidos. Claro, saber se este potencial novo mecanismo será conforme à Lei Fundamental será tarefa que apenas se poderá fazer uma vez analisado o concreto regime legal que vier a ser proposto.

No que respeita às duas primeiras prioridades, que são as mais relevantes no plano da prevenção, as mesmas subdividem-se em diversas medidas concretas, que resumidamente se elencam. No âmbito da prioridade n.º 1 (*Melhorar o conhecimento, a formação e as práticas*) incluem-se as seguintes linhas de ação:

1. *Educar para a cidadania – a importância da escola*<sup>73</sup> (reconhecendo-se as raízes culturais da corrupção e a «fragilidade dos sentimentos de autocensura» na sociedade, propõe-se a criação de um programa sustentado para o ensino básico e secundário, ajustado a cada ciclo, que concretize a centralidade que esta temática justifica, sendo esta integrada nos domínios de Educação para a Cidadania e trabalhada por todos os alunos na disciplina de Cidadania e Desenvolvimento, no âmbito do 1.º Grupo, devendo ser produzidos, para o efeito, documentos que possam constituir-se como referenciais para as escolas);
2. *Formar para a integridade*<sup>74</sup> (propõe que, quer na formação inicial quer na formação subsequente, em todos os sectores da administração, se deverão incorporar conteúdos com uma forte componente de preparação para a probidade e de prevenção de práticas corruptivas);

<sup>72</sup> Opção que consta da ENA, pp. 44 e ss.

<sup>73</sup> ENA, pp. 27 e ss.

<sup>74</sup> ENA, pp. 29 e ss.

3. *Reforçar a transparência e a dimensão de integridade no exercício da atividade política e de altos cargos públicos*<sup>75</sup> (propõe melhorar a robustez das respostas às violações das regras de prevenção do fenómeno das «portas giratórias»; promover uma publicação mais eficiente das contas dos partidos políticos; a obrigatoriedade de registo de qualquer intervenção de entidades externas no processo legislativo, com a consagração de um princípio de «pegada legislativa»; a avaliação da permeabilidade das leis aos riscos de fraude, corrupção e infrações conexas, com a exigência de uma avaliação prévia das medidas de política na perspetiva da corrupção, e o aprofundamento do legislar claro, para prevenir obscuridades legais, contradições normativas ou labirintos jurídicos que favoreçam os comportamentos administrativos «facilitadores»; a aprovação de legislação sobre o *lobbying*; aperfeiçoar a base de dados de contratos públicos e o Observatório das Compras Públicas; aumentar a transparência na Governança de Fundos Públicos, com a criação de um mecanismo que possibilitará a consulta de informação individualizada sobre os investimentos financiados; a celebração de mais «pactos de integridade» em empreitadas públicas<sup>76</sup>; estabelecer o princípio dos «quatro olhos», sendo as decisões administrativas que concedam vantagens económicas acima de determinado valor tomadas por mais de um decisor, e publicitadas, para se garantir o escrutínio; reforço do carácter privilegiado do leilão eletrónico enquanto modalidade de venda judicial);
4. *Reduzir a burocracia/aumentar a eficiência*<sup>77</sup> (reconhece-se a necessidade de eliminar as barreiras administrativas e a complexidade regulamentar que dificultam a decisão, em tempo útil, das pretensões dos cidadãos e condicionam o acesso destes à informação e ao processo decisório, processo que será integrado com a Estratégia para a Inovação e Modernização do Estado e da Administração Pública 2020-2023<sup>78</sup>; propõe-se a criação de canais dedicados de comunicação entre os organismos e serviços e a correspondente tutela, através dos quais possam ser apresentadas propostas para melhorar procedimentos e identificar os atos inúteis; garantir a presença, em todas as entidades públicas, de normas de controlo interno – garantes de imparcialidade e cumprimento da legalidade –, devidamente publicitadas; integração dos sistemas de gestão financeira com os sistemas de inventariação e contratação no âmbito da Administração Direta e Indireta do Estado, estendendo-se estas ferramentas à Administração Regional e Local);
5. *Digitalizar as comunicações e informatizar os serviços prestados*<sup>79</sup> (aprofundar a desmaterialização dos procedimentos administrativos, em conformidade com

<sup>75</sup> ENA, pp. 32 e ss.

<sup>76</sup> Existe, neste momento, apenas um, o pacto de integridade, celebrado em 2018 entre a Associação Transparência Internacional e a Direção-Geral do Património Cultural, a propósito de obras de conservação e restauro a realizar no Mosteiro de Alcobaça.

<sup>77</sup> ENA, pp. 36 e ss.

<sup>78</sup> Disponível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=estrategia-para-a-inovacao-e-modernizacao-do-estado-e-da-administracao-publica-2020-2023>.

<sup>79</sup> ENA, pp. 38 e ss.

o Plano de Ação para a Transição Digital<sup>80</sup>; e garantir a segurança da informação agregada em função da desmaterialização);

6. *Facilitar o acesso e melhorar a qualidade da informação*<sup>81</sup> (disponibilização, de forma simples e em fontes acessíveis, por todos os serviços, da informação de que os cidadãos carecem para satisfação das suas pretensões; adoção, no Programa SIMPLEX, de uma medida destinada a oferecer aos cidadãos, no momento em que formulam um pedido, informação relevante sobre o tempo estimado para a tomada de decisão, a identificação dos responsáveis pela decisão e dos técnicos envolvidos no procedimento, bem como o valor a pagar pelo serviço prestado; e criação de guias informativos com a descrição dos serviços que prestam, dos requisitos da prestação, dos prazos médios de decisão e dos pagamentos associados, dispondo o cidadão de um guia prático de fácil consulta e linguagem acessível que lhe identifique os passos a seguir perante um determinado pedido à Administração Pública);
7. *Campanhas de sensibilização*<sup>82</sup> (conceção de campanhas que, em linguagem acessível, alertem para comportamentos quotidianos impróprios associados a fenómenos de corrupção; e escolha do dia 9 de dezembro, dia internacional contra a corrupção, como mês de sensibilização, com realização de ações contra a corrupção).

No âmbito da prioridade n.º 2 (*Prevenir e detetar os riscos de corrupção na ação pública*<sup>83</sup>) incluem-se as seguintes linhas de ação: a *adoção de Códigos de Conduta* com prescrições simples em matéria de conflitos de interesses, de aceitação de convites, de recebimento de ofertas de bens e serviços e de recusa de comportamentos ativos ou omissivos norteados pela realização de interesses próprios; *elaboração de códigos de ética ou de conduta*, que descrevam de forma sucinta, objetiva e clara os comportamentos esperados de todos os trabalhadores; *adoção de programas de cumprimento normativo* no sector público (programas de *public compliance*), com a criação do cargo de responsável pela implementação dos programas de cumprimentos normativos; criação de *mecanismos de análise de riscos* e planos de prevenção ou gestão de riscos; criação de *canais de denúncia*; e criação de um *Regime Geral de Prevenção da Corrupção* (RGPC)<sup>84</sup>.

Importa determo-nos no RGPC, o qual, de acordo com a ENA, permitirá retirar do domínio da *soft law* a implementação de instrumentos como os planos de prevenção ou gestão de riscos, os códigos de ética e de conduta, os canais de denúncia e a designação de um responsável pelo cumprimento normativo. Sendo que se propõe que sejam previstas sanções, nomeadamente contraordenacionais, aplicáveis quer ao sector público quer ao sector privado. Este é, talvez, um dos aspetos mais inovadores da ENA, pois, como a mesma admite, implica a transição de um modelo de *soft law* de ética da administração para a criação de um regime legal a cujo incumprimento estão associadas reações sancionatórias. A construção deste RGPC não será tarefa

<sup>80</sup> Disponível em <https://www.dgae.gov.pt/comunicacao/destaques/plano-de-acao-para-a-transicao-digital.aspx>.

<sup>81</sup> ENA, pp. 39 e ss.

<sup>82</sup> ENA, pp. 40 e ss.

<sup>83</sup> ENA, pp. 41 e ss.

<sup>84</sup> ENA, pp. 45 e ss.

simples, por variadíssimas razões, das quais se destacam duas centrais: o nível de densificação das obrigações hoje vistas como *soft law* e a articulação da natureza destas com os tipos penais (poderão estas potenciais normas considerar-se como complementares às normas penais, de interpretação autêntica?); a seleção dos temas a incluir no RGPC, dada a amplitude das esferas preventivas e a possível sobreposição com outros regimes legais já existentes (incompatibilidades, declarações de interesses, declarações de rendimentos, etc.). Não sendo possível antecipar o conteúdo deste Regulamento, não me poderei pronunciar com mais detalhe. Sendo certo que a existência de um Regulamento Geral pode revelar-se útil, o risco de se confundirem num mesmo instrumento mecanismos de garantia de integridade (essencialmente de *soft law*) e verdadeiras obrigações legais, deve impor grande reflexão e cautela ao Governo. Por outro lado, dada a minha preferência pelo modelo positivo de «*collective action*», penso que se impunha uma mudança de nome para o Regulamento. Ao invés de agregar as várias medidas e mecanismos em função da sua vertente negativa/repressiva – luta anticorrupção – dever-se-ia dar primazia à sua função positiva/preventiva, de garantia e reforço da integridade. Enquanto a corrupção corresponde a um conceito polissémico de difícil densificação, ou mesmo consenso<sup>85</sup>, estando associado a uma visão deteriorada das instituições e relações sociais, a promoção da integridade das instituições é um objetivo absolutamente consensual, de reforço dos laços comunitários e da confiança, em torno do qual todos nos podemos congregar.

No que toca às concretas medidas de prevenção, destaco positivamente a aposta na educação para a cidadania (já que a falta de instrução e de educação cívica têm sido consistentemente associadas a maiores índices de corrupção), a formação cívica e ética dos funcionários públicos, sem a qual a criação de códigos de ética ou de conduta resulta pouco eficaz<sup>86</sup>, a realização de campanhas públicas de sensibilização, a desmaterialização dos procedimentos administrativos, e a promoção de maior informação e transparência. De facto, a nebulosidade no acesso à administração pública, bem como a convicção de que os processos não serão íntegros, é um dos fatores associados à tentação da corrupção. Pelo que a identificação dos responsáveis públicos decisores, das exigências legais e documentais, da tramitação, etc., são passos importantes para neutralizar a corrupção.

Penso, porém, que se poderia ter ido mais longe. Apesar de o referir<sup>87</sup>, a ENA não elege como proposta a inclusão obrigatória, em todas as provas de acesso à função pública, de uma componente destinada a avaliar a consciência legal e ética dos candidatos. Por outro lado, embora se proponham algumas medidas de reforço da transparência, penso que se deveria propor e prever o seguinte: identificação pública, nos sítios de cada serviço público, dos decisores para cada área, com um contacto público (que não teria de ser pessoal) para acesso dos cidadãos tendo em vista o esclarecimento de dúvidas prévias à formalização do procedimento

<sup>85</sup> LUÍS DE SOUSA e JOÃO TRIÃES, *Corrupção. Atitudes – Práticas – Valores*, cit., p. 65.

<sup>86</sup> Assim, criticamente, concluindo que a mera adoção de códigos de ética tem uma eficácia muito limitada, FELIPE FRÓES COUTO e ALEXANDRE DE PÁDUA CARRIERI, «The Other Side of Compliance Systems and Codes of Ethics», *Innovar: Revista de ciencias administrativas y sociales*, 30, 78, 2020, pp. 135-148. Sobre a questão, também, CATHERINE BOARDMAN e VICKI KLUM, «Building organisational integrity», in *Corruption and Anti-Corruption*, Peter Larmour e Nick Wolanin (ed.), ANU Press, 2013, pp. 82-96.

<sup>87</sup> P. 29.

administrativo; criação de um mecanismo de «agenda pública» de todos os decisores públicos (desde quadros médios ou superiores com responsáveis decisórias ou de contratação pública, incluindo presidentes de escolas, membros de órgãos colegiais, membros de gabinetes ministeriais, etc.), na qual fossem registados os contactos feitos, institucionalmente, com potenciais interessados em procedimentos administrativos ou contratação pública, ainda que fora da pendência de um concreto procedimento (o que implicaria articulação com a legislação que irá regulamentar o *lobbying*).

## VI. Conclusões

Em suma, considero o excesso punitivo como estratégia de prevenção socialmente mais nocivo (até do que a própria corrupção, em tese), pela ameaça que gera à democracia e ao Estado de Direito. Como cidadã e penalista, temo mais o populismo penal do que a corrupção. Penso, portanto, que a aposta prioritária – mantendo, claro, a ação penal na sua normalidade, sem excessos populistas nem condenações exemplares – deve residir em medidas não penais (até porque, geralmente, são estas as mais eficazes na resolução de problemas sociais). Entendo que a criação de mecanismos «excepcionais» (populistas), como a incriminação do enriquecimento ilícito, a institucionalização da delação premiada, ou outros que impliquem inversões do ónus da prova, incriminações simbólicas desproporcionais ou restrições abusivas de garantias de defesa, constituem, por si só, ameaças mais sérias ao Estado de Direito democrático do que qualquer fenómeno corruptivo.

Sendo certo, por fim, que a corrupção – enquanto vício e tentação – é como a nona cabeça imortal da Hidra: não pode ser eliminada. Nenhuma política de tolerância zero poderá ser bem-sucedida, pois a tentação humana para o vício, ou simplesmente para o erro, é inerente a nossa condição humana, imperfeita. Não mais se pode eliminar a corrupção quanto se pode eliminar o homem. Podemos, apenas, fazer o que Hércules fez: diminuir ao máximo a ameaça da corrupção e guardar a sua última cabeça, imortal, num local seguro sob vigilância constante.

# Estratégia Nacional de Combate à Corrupção

## Breves notas sobre o Regime Geral e o Mecanismo de Prevenção da Corrupção

Pedro Jacob Morais

Sumário:

- I. Uma Estratégia entre a prevenção e a repressão
- II. Uma Estratégia «nacional, global e integrada»?
- III. A formação e a informação
- IV. A prevenção e a detecção de riscos no sector público
- V. Uma verdadeira estratégia...

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção. Percorrendo os seus diversos vectores-guia, pretendemos analisar a dimensão pública da prevenção ínsita no documento, *maxime* através dos seus dois instrumentos centrais: o Regime Geral de Combate à Corrupção e o Mecanismo de Prevenção da Corrupção.

### I. Uma Estratégia entre a prevenção e a repressão

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC), documento estratégico do XXII Governo Constitucional submetido a consulta pública em 2020, surgiu da necessidade de tratar de modo holístico o complexo problema da corrupção e da respectiva criminalidade conexa. Necessidade escorada no reconhecimento de que a factualidade em causa convoca a erosão da imagem ética do Estado em dois planos. Em primeiro lugar, por lesar ou colocar em perigo a autonomia intencional do Estado<sup>1</sup>, bem jurídico que subjaz e legitima a incriminação da corrupção. Em segundo lugar, como corolário necessário do menoscabo dessa autonomia intencional, o pluriverso corruptivo convoca frequentemente fenómenos criminais tão variados como a organização criminosa, o branqueamento de capitais, o tráfico humano, de estupefacientes ou de armas<sup>2</sup>.

---

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> Para uma compreensão aprofundada das diversas possibilidades de declinação do bem jurídico protegido pelo tipo legal da corrupção, ver ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA – «Sobre o Crime de Corrupção: Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia “típica” das corrupções “activa” e “passiva”. Análise dogmática destes dois delitos», separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia* – 1984, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987, pp. 81 e ss.

<sup>2</sup> Colocando em evidência a proximidade entre a corrupção e «o jogo, o proxenetismo e a prostituição, os tráficos de pessoas, de migrantes, de droga, de armas, de órgão, de substâncias perigosas, de veículos de obras de arte», ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Criminalidade Organizada – Das fronteiras à cooperação judiciária», in Manuel Guedes Valente (coord.), *Criminalidade Organizada Transnacional. Corpus Delicti – I*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 37.



Em qualquer uma das mencionadas dimensões, verificamos o afastamento do Estado em relação às suas atribuições constitucionalmente previstas, afastamento susceptível de se consubstanciar na diminuição da sua autonomia intencional. Ora, a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico *autonomia intencional* mais não representa do que a erosão ontológica do tecido estatal ou, melhor, a fragilização do Estado de direito em sentido material. Dito de modo diverso, a corrupção encontra-se no centro das preocupações contingentes, na medida em que contém o gérmen da desestabilização do sistema normativo vivificado no esvaziamento material das atribuições estatais e também na perda da confiança da comunidade no Estado enquanto monopolista do poder<sup>3</sup>. Por um lado, o fenómeno corruptivo desvia recursos essenciais a sectores-chave de um verdadeiro Estado de direito, como o sistema de ensino, a segurança social ou o sistema nacional de saúde. Neste concreto sentido, constitui um atentado ao substrato axiológico que constitui a pedra de toque da mundividência consubstanciada na concreta *forma mentis* jurídica que, na (des)construção redutora de angústias do contratualismo social, decidimos acolher e proteger enquanto circunstância<sup>4</sup>. Por outro lado, a corrupção desestabiliza o poder legislativo, executivo e judicial perante a comunidade.

Para o que nos ocupa, a mencionada desestabilização revela-se particularmente preocupante quando se manifesta na desconfiança dos administrados em relação ao sistema jurídico-penal. Adentrando-nos um pouco mais nesta questão, a corrupção e a respectiva criminalidade conexas (em sentido amplo, note-se) compreendem uma ameaça ao *ius puniendi* estatal. Dito com clareza, a colocação em perigo ou a lesão da autonomia intencional do Estado debilita sobremaneira o sistema jurídico-penal, na medida em que ameaça a legitimidade do direito de punir junto da comunidade. Em rigor, o fenómeno da corrupção quebra a obrigação comum (*munus*) que enforma a comunidade (*communitas=cum munus*)<sup>5</sup> e, deste modo, promove o afastamento da população em relação ao sistema de justiça<sup>6</sup>. Pelo exposto, não é apenas a legitimidade da decisão judicativa em relação à corrupção e à criminalidade conexas que surge colocada em causa mas, num sentido mais profundo, toda e qualquer decisão judicativa.

Dito à guisa de síntese, o fenómeno em crise contamina a percepção comunitária, não apenas em relação ao seu concreto enquadramento jurídico-penal, mas a toda a criminalidade ou, melhor, em relação à estabilidade do sistema jurídico-penal entendido como um todo. Não surpreende, portanto, que a corrupção constitua solo fértil a eventuais fugas para a justiça privada (normativização deficitária) ou, até, ao surgimento de populismos penais radicados em visões neopunitivistas (normativização excessiva).

Perante a ameaça da desestabilização (uma verdadeira corrupção, diga-se) do Estado de direito em sentido material, a solução para o problema que enforma o

<sup>3</sup> Para uma aproximação ao conceito, ZYGMUNT BAUMAN, *A Vida Fragmentada: Ensaio Sobre a Moral Pós-moderna*, Lisboa: Relógio D'Água, 2007, pp. 149 e 150.

<sup>4</sup> Nas palavras de JOSÉ DE ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote – Ideas Sobre la Novela*, Madrid: Espasa-Calpe, S.A., 1964, p. 30, «[y]o soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo».

<sup>5</sup> Sobre o termo, ver ROBERTO ESPOSITO, *Communitas: Origen y Destino de la Comunidad*, Madrid: Amorrortu, 2003, p. 25, e ROBERTO ESPOSITO, *Immunitas: Protección y Negación de la Vida*, Madrid: Amorrortu, 2009, p. 14.

<sup>6</sup> Neste sentido, COSTA, *op. cit.*, p. 86.



presente trabalho passa por uma normativização que afaste o perigo da normalização da corrupção (anomia) e que simultaneamente obste à tentação-vertigem do neopunitivismo, tentação que nunca deixa de conter a semente do autoritarismo. Numa palavra, necessitamos de uma normativização adequada. Uma normativização que não se apresente meramente jurídica. Explicitemos. Tomando em linha de conta que a corrupção vem sendo assinalada nacional e internacionalmente<sup>7</sup> como um dos maiores desafios às democracias mais ou menos consolidadas, bem como a sua ligação recorrente à criminalidade organizada e transnacional, a factualidade que nos ocupa assume cada vez mais uma dimensão europeia, no sentido de compreender um desafio não desprezável à manutenção da União Europeia como um espaço de liberdade, segurança e justiça<sup>8</sup>. Ademais, assume muitas vezes uma natureza ou dimensão altamente técnica<sup>9</sup>, agudizando a dificuldade da sua prevenção e repressão. Pelo exposto, este parece assumir-se como o terreno de excelência para que o direito penal se reconheça e afirme como um elemento humilde do sistema de justiça penal. Um elemento sem dúvida relevante, mas que não deve permanecer encarniçadamente configurado como uma Pedra de Roseta capaz de resolver por si só o problema da corrupção.

Aproximando-nos do nosso objecto de estudo, o fenómeno da corrupção apresenta-se como o terreno adequado, tendo em conta a sua complexidade e a capacidade de subverter o *status quo* estatal, à afirmação de um verdadeiro sistema global de justiça penal<sup>10</sup>. Um sistema global que não se limite à rigidez da ciência conjunta do direito penal («gesamte Strafrechtswissenschaft»)<sup>11</sup> firmada no falso trinómio dogmática-criminologia-política criminal. Falso porque desde a sua génese lisztiana concedeu à dogmática um lugar de destaque, ignorando o direito penal adjectivo e relegando para segundo plano a política criminal e também a criminologia, como se de uma mera ciência auxiliar se tratasse<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Para um enquadramento preciso das dimensões europeia e internacional da corrupção e respectiva criminalidade conexa, ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal: À Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, pp. 968 e ss.

<sup>8</sup> Sobre o «espaço de liberdade, segurança e justiça», ver GRAÇA ENES, «A Política de Cooperação Criminal da União Europeia. Diversidade, Identidade, Complexidade», in Cândido da Agra, Marcus Alan de Melo Gomes (orgs.), *Criminologia Integrativa: Contributos Para uma Comunidade Criminológica de Língua Portuguesa*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, pp. 379 e 380. Com enfoque nos desafios para o direito penal após o Tratado de Lisboa, vide MÁRIO FERREIRA MONTE, «"Um Elevado Nível de Segurança": Objectivo do Tratado de Lisboa Para a União Europeia ou o "Pesadelo" de Arcádia?», in Alessandra Silveira (coord.), *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Lisboa: Quid Juris, 2010, pp. 268 e ss.

<sup>9</sup> Numa recolha testemunhal das dificuldades técnicas sentidas pela magistratura do Ministério Público nos inquéritos relativos à corrupção, LUÍS ROSA, *45 Anos de Combate à Corrupção*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, especialmente a pp. 65 e ss.

<sup>10</sup> A propor e a desenvolver o conceito de «sistema global de justiça penal», ver MÁRIO FERREIRA MONTE, *Apontamentos de Direito Penal. I: Fundamentos, Teoria da Lei Penal*, 2021 (exemplar policopiado gentilmente cedido pelo Autor), pp. 55 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. FRANZ VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin Walter Gruyter & Co., 1970, pp. 290 e ss.

<sup>12</sup> Para uma visão crítica da perspectiva de Liszt, ver FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «La Herencia de Franz von Liszt», *Revista Penal México*, n.º 2 (2011), pp. 59 e 60.

Ao invés, um verdadeiro sistema global de justiça penal, partindo sempre dos contributos ancilares do direito penal, não deve ignorar que o direito processual penal possui autonomia problemática, não se reduzindo a uma estéril funcionalização substantiva<sup>13</sup>. Ademais, os contributos da criminologia<sup>14</sup> devem ser assumidos como elemento irrenunciável da construção dogmática, capaz de impedir a queda no normativismo puro. Note-se que se trata de um processo de mútua perturbação ou interferência (constituição mutualista)<sup>15</sup>, na exacta medida em que a criminologia não pode permanecer alheia ao direito penal, sob pena de operar num espaço axiologicamente vazio e, nesse concreto sentido, avesso à problematização criminal. Por fim, a política criminal não deve confundir-se com a política geral, nem deve olvidar o esteio do direito penal (substantivo e adjectivo), bem como os contributos da criminologia. Uma visão isolada, *rectius*, a consideração da política criminal livre do direito penal e da criminologia surge invariavelmente como o escondedouro da facticidade pura, de uma *real politik* tão atentatória do Estado de direito em sentido material como o normativismo puro.

Pelo exposto, o sistema global de justiça penal apresenta-se como a desimplicação sintética final da teia de relações que medeia o direito penal, a criminologia e a política criminal. Desimplicação sintética final sempre ao serviço da realização da justiça penal material, ou seja, da protecção de bens jurídicos alcançada por via da prevenção geral positiva ou de integração e da prevenção especial positiva ou de (res)socialização. Dito com clareza, a justiça penal surge vivificada na protecção de bens jurídicos, uma protecção que apenas surge concebível no quadro dos (tardo) modernos Estados de direito em sentido material, com as suas sociedades abertas e pluralistas<sup>16</sup>, por via do respeito pela pessoa como *prius* axiomático. De onde resulta que a ressocialização dos agentes não se perfila como mera finalidade das penas desinserida da função do sistema de justiça penal. Pelo contrário, surge como parte integrante dessa função sistémica, na exacta medida em que a protecção dos bens jurídicos não se afigura exequível apartada da ideia-força da (res)socialização.

A consideração sistémico-global da justiça penal impede a concepção de uma dogmática penal desprovida de arraigo fáctico (normativismo puro), de uma criminologia afastada do direito penal (consideração epistemológica auto-referente e autopoietica<sup>17</sup> e, portanto, arredada do debate científico) e, por fim, de uma política criminal afastada dos referentes axiológicos do direito penal e da criminologia (fac-

<sup>13</sup> A propósito da importância do direito processual penal para a «realização integral do direito penal», veja-se o estudo aprofundado de MÁRIO FERREIRA MONTE, «Da realização Integral do Direito Penal», in Jorge de Figueiredo Dias, [et al.], *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Vol. 3, pp. 752 e ss.

<sup>14</sup> A propósito dos concretos contributos da criminologia para a correcta configuração da problemática da corrupção, ver RITA FARIA, «Corrupção: Descrições e Reflexões. Sobre a Possibilidade de Realização de uma Abordagem Criminológica ao Fenómeno da Corrupção em Portugal», *RPCC*, Vol. 17 (2007), pp. 142 e ss.

<sup>15</sup> Servindo-nos da terminologia do funcionalismo sistémico de matriz luhmanniana (cfr. NIKLAS LUHMANN, *Soziale System: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main Suhrkamp, 1991, pp. 148 e ss.).

<sup>16</sup> A distinguir os conceitos de sociedade aberta e fechada, KARL POPPER, *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos. Primeiro Volume: O Sortilégio de Platão*, Lisboa: Edições 70, 2015, pp. 218 e ss.

<sup>17</sup> Sobre estes conceitos, ver ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *O Funcionalismo Sistémico de N. Luhmann e os Seus Reflexos no Universo Jurídico*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 80 e ss.

tividade pura). Destarte, a tarefa de cumprir ou de fazer cumprir a justiça penal não ocorre tão-só no âmbito do direito penal (substantivo e adjetivo), terreno sempre mais reactivo do que preventivo, naturalmente fragmentário e subsidiário ou, numa palavra, de *ultima ratio*. Em bom rigor, a promoção da justiça penal, uma vez mais numa perspectiva sistémica e global, deve ocorrer a montante do direito penal, a montante da repressão<sup>18</sup>. Assim deve ocorrer, uma vez mais, porquanto o crime constitui um fenómeno complexo e que não se subsume apenas no momento da prática do facto.

O *iter criminis* surge como um percurso alargado, susceptível de múltiplas análises e intervenções, nem todas de cariz sancionatório. Bem observado, a oposição que medeia o binómio prevenção-repressão deve ser entendida *cum grano salis*, na medida em que os dois elementos surgem numa espiral hermenêutica. Se não, vejamos. O direito penal, para se poder afirmar como a *ultima ratio* do *ius puniendi* estatal, pressupõe a existência de mecanismos de prevenção, bem como de instrumentos sancionatórios, não especificamente penais. Neste contexto encontramos, a título de exemplo, as várias declinações do direito sancionatório público (mera ordenação social, direito disciplinar, ético-deontológico, direito tutelar educativo, entre outros), bem como diversos instrumentos informais tendentes à veiculação de informação a propósito da prevenção e detecção precoce de crimes (vias informativas e formativas de carácter não ideológico ou paternalista). Sem esta antecâmara preventiva em sentido lato, o direito penal revelar-se-ia impotente no cumprimento da sua função e na afirmação das finalidades das penas.

Tomando em linha de conta o que foi dito anteriormente, as finalidades das penas, manifestando-se após a comissão do facto criminoso, contêm dois corolários. Em primeiro lugar, surgem no estertor das medidas preventivas pré-delitivas (em sentido amplo) anteriormente mencionadas. Em segundo lugar, a estabilização normativa (prevenção geral positiva) e a ressocialização (prevenção especial positiva) associadas à sanção penal, enquanto mecanismo preventivo pós-delitivo (em sentido estrito), não dispensam a complementaridade dos instrumentos preventivos pré-delitivos. Ambas as declinações da prevenção surgem como elementos inalienáveis do sistema global de justiça penal. Em suma, a prevenção e a repressão não se perfilam como duas dimensões espacialmente apartadas e temporalmente diacrónicas. Pelo contrário, entre a prevenção e a repressão medeia uma relação de mútua referência num tempo sincrónico.

Aqui chegados, na senda de um tratamento verdadeiramente holístico da corrupção e dos respectivos epifenómenos, a ENCC não deve alienar o sinalagma existente entre a prevenção e a repressão. Não deve olvidar que toda a prevenção visa evitar a repressão e que esta se encontra preventivamente orientada, seja pela estabilização contrafáctica da norma, seja pela ressocialização do agente. Assim sendo, a Estratégia não deve insistir numa separação rígida entre a prevenção e a repressão, nem relegar aquela para um plano meramente secundário.

<sup>18</sup> Note-se que o termo «repressão» não deve ser confundido com «retribuição». Quando nos servimos do termo «repressão» pretendemos apenas designar a actuação do direito no estado posterior à lesão ou colocação em perigo do bem jurídico. Assim sendo, a repressão de que falamos apresenta-se compatível com a prevenção geral positiva e com a prevenção especial positiva, ao contrário do que ocorre com a mera retribuição.

Não pecaremos por excesso ao sublinharmos que a ENCC se apresenta como o terreno ideal para a efectivação de uma visão global e sistémica da justiça penal. Mais, a ENCC seria o terreno ideal para colocar lado a lado e em estreita colaboração as diversas ciências que enformam a justiça penal, ao invés da adopção de uma visão estreita e arraigadamente jurídica. Dito de modo diverso, o documento estratégico que serve de mote ao presente texto afigurar-se-ia como o *locus* ideal de uma normação verdadeiramente prospectiva ou, melhor, de uma normação não exclusivamente jurídica.

Contudo, não estamos seguros de que esse desiderato, *rectius*, essa orientação tenha sido seguida, apesar de, em abono da verdade, não podermos deixar de notar que a submissão do documento a consulta pública poderá ter amenizado semelhante pécado, pelo menos no que respeita ao Regime Geral de Combate à Corrupção (RGCC) e ao Mecanismo de Prevenção da Corrupção (MPC). Ademais, o documento apresenta-se omissivo quanto à prevenção geral positiva e quanto à prevenção especial positiva, sendo este um elemento particularmente importante e de difícil preenchimento em qualquer estratégia de combate à corrupção.

Uma nota final em relação à designação da presente Estratégia. Melhor seria tê-la designado como «Estratégia Nacional de Prevenção da Corrupção», na medida em que, desse modo, seria colocada a tónica no elemento verdadeiramente relevante, a prevenção (nas suas vertentes pré e pós-delitiva), ao invés de sublinhar o termo «combate», tão associado a uma visão punitivista do direito penal, *maxime*, ao Direito Penal do Inimigo<sup>19</sup>.

## II. Uma Estratégia «nacional, global e integrada»?

A ENCC encontra-se dividida em seis grandes áreas de intervenção preventiva, a saber: *i*) «melhorar o conhecimento, a formação e as práticas institucionais em matéria de transparência e integridade»; *ii*) «prevenir e detetar os riscos de corrupção no setor público»; *iii*) «comprometer o setor privado na prevenção, deteção e repressão da corrupção»; *iv*) «reforçar a articulação entre as instituições públicas e privadas»; *v*) «produzir e divulgar periodicamente informação fiável sobre o fenómeno da corrupção»; *vi*) «cooperar no plano internacional no combate à corrupção».

Os vectores em crise traçam a radiografia da urgência preventiva em torno da corrupção, indicando as principais áreas carecidas de intervenção e delineando os principais desafios que convocam. Assim, a Estratégia sublinha a necessidade de (re)pensar a formação e a informação, de detectar, bem como de prevenir o risco corruptivo, tanto na sua dimensão pública como privada. Como corolário necessário, assinala igualmente a necessidade de reforçar a cooperação entre as instituições privadas e públicas enquanto actores cruciais no tratamento do fenómeno e dos epifenómenos da corrupção. Mais não esquece a necessidade da produção de informação estatística confiável, bem como da sua divulgação periódica junto da população. Por fim, não deixa de referir a cooperação internacional no «combate» à corrupção, colocando em evidência tratar-se de um problema que há muito ultrapassou os estreitos limites das fronteiras estatais.

<sup>19</sup> Cfr. GÜNTHER JAKOBS, «Die Selbstverständnisse der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart», in Albin Eser [et al.], *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München: Beck, 2000, pp. 51 e 52.

Da economia da ENCC resulta uma particular ênfase em dois instrumentos preventivos: o Regime Geral de Prevenção da Corrupção e o Mecanismo de Prevenção da Corrupção. O RGPC visa a criação de programas e cumprimento normativo, bem como a obrigatoriedade da sua adopção e implementação na administração directa e indirecta do Estado, nas regiões autónomas, nas autarquias locais e no sector público empresarial. Por sua vez, o MPC surge como um instrumento (agência)<sup>20</sup> «independente, especializado e exclusivamente dedicado ao desenvolvimento de políticas anticorrupção, com poderes de iniciativa, controlo e sancionamento»<sup>21</sup>. Todavia, não podemos deixar de notar que tanto o RGPC como o MPC se encontram inseridos no título da Estratégia respeitante à prevenção e detecção dos riscos de corrupção no sector público, o que levanta algumas dúvidas e inquietações. Em primeiro lugar, o RGPC não parece contemplar a dimensão da Estratégia respeitante ao conhecimento, formação e informação. Tal como não parece dedicar particular atenção à dimensão privada da corrupção e à articulação entre as instituições públicas e privadas. Por sua vez, o MPC parece encontrar-se igualmente limitado ao sector público, nomeadamente à efectivação do RGPC.

Pelo exposto, mal se compreende uma Estratégia Nacional de Combate à Corrupção cujos dois principais mecanismos apenas respeitem à prevenção e repressão do fenómeno no sector público. Semelhante opção, ao colocar de parte as linhas-mestras relativas ao conhecimento, formação e informação, tal como a dimensão privada da corrupção, desvela-se no afunilamento de uma Estratégia que pretende ser «nacional, global e integrada»<sup>22</sup>. Aliás, uma Estratégia que, apesar de ser nacional, não deve esquecer que a corrupção, entendida enquanto problema sistémico, coloca em causa não apenas a estabilidade nacional mas o próprio funcionamento da União Europeia enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça<sup>23</sup>.

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção deveria esforçar-se para evitar a dispersão e a multiplicação legislativa, preocupação que, em abono da verdade, se encontra plasmada no documento. Todavia, semelhante preocupação revela-se gorada, na medida em que elementos essenciais à Estratégia são retirados do Regime Geral de Combate à Corrupção. Destarte, analisaremos criticamente as diversas linhas de fuga da prevenção da corrupção presentes na Estratégia, com enfoque na dimensão pública, não ignorando os mencionados elementos que deveriam fazer parte do RGPC.

### III. A formação e a informação

Uma das principais linhas motrizes da Estratégia – que no nosso entendimento deveria fazer parte do RGPC – passa pelo reforço da cidadania. A cidadania devidamente formada e informada constitui o substrato de qualquer Estado de direito

<sup>20</sup> As entidades administrativas independentes surgem «como resposta à necessidade de neutralizar certos sectores de intervenção pública. [...]». Para mais desenvolvimentos, consultar RITA RIBEIRO DE BARROS, Tese Mestrado: *As Agências Europeias no Direito Administrativo Europeu*, EDUM, 2014, pp. 24 e ss.

<sup>21</sup> ENCC, p. 78.

<sup>22</sup> ENCC, p. 7.

<sup>23</sup> Tomando em linha de conta a proximidade entre a corrupção e as preocupações de defesa, não podemos deixar de notar a ausência de diálogo entre a ENCC e o Conceito Estratégico de Defesa Nacional.



em sentido material. Assim sendo, a tarefa de formação para a cidadania deve ter início, como muito bem identifica a ENCC<sup>24</sup>, logo nos primeiros níveis de ensino, uma vez que os anos primevos do percurso académico dos estudantes permitem o estabelecimento das bases formativas ou, melhor, o desenvolvimento dos rudimentos do conceito de justiça nas suas diversas declinações (comutativa, distributiva, legal e protectiva)<sup>25</sup>.

Tomando em linha de conta a Estratégia Nacional de Educação para a Cidadania, a ENCC propõe a integração da formação no âmbito da corrupção, tanto no ensino básico como no ensino secundário, na unidade curricular de «Cidadania e Desenvolvimento». Para o efeito, seriam criados «documentos que possam constituir-se como referenciais para as escolas»<sup>26</sup>. Sem deixarmos de sublinhar a importância da formação para a questão da corrupção desde o ensino básico, julgamos que seria de ir mais além na Estratégia que nos ocupa. Ao invés de inserir a matéria da corrupção na Estratégia Nacional de Educação para a Cidadania, com a clara desvantagem pedagógica de introduzir a corrupção no seio de uma unidade curricular composta por matérias tão distintas como a saúde, a educação ambiental ou a interculturalidade, seria do maior interesse a criação *ex novo* de uma disciplina, a inserir desde os *curricula* escolares do ensino básico, dedicada ao estudo da justiça. Falamos de uma unidade curricular capaz de ensinar às crianças e jovens os rudimentos do Estado de direito em sentido material, mais especificamente, a sua organização, divisão de poderes e, para o que nos ocupa, dando um particular enfoque à sua dimensão ética. Não esqueçamos que a corrupção contende directamente com a imagem ética do Estado<sup>27</sup>, imagem que deve ser um dos pilares de uma cidadania responsável e, neste concreto sentido, um dos esteios da formação escolar, seja do ensino básico ou secundário.

No que respeita ao ensino universitário e politécnico, a ENCC também não é omissa. No respeito pela autonomia científica e pedagógica das universidades e politécnicos, a Estratégia considera que estes «não deverão deixar de assumir um papel relevante no plano de prevenção da corrupção, oferecendo unidades curriculares ou segmentos de unidades curriculares dedicados à matéria, menos no âmbito de cursos não directamente ligados ao tema, podendo ser avaliado, em função do curso e, até mesmo das saídas profissionais que proporcione, o enfoque a dar à formação»<sup>28</sup>. Não deixando de constituir um importante vector da Estratégia que retém a nossa atenção, consideramos, contudo, que a proposta poderia ser mais concreta. Dito de forma clara, seria importante identificar, ao nível do ensino universitário e politécnico, os cursos onde a necessidade de formação relativa à corrupção e criminalidade conexas surge mais urgente. De facto, nem todos os cursos apresentarão a mesma proximidade com o fenómeno que agora se visa prevenir e reprimir.

<sup>24</sup> ENCC, p. 27.

<sup>25</sup> Sobre estes conceitos, ver FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 47 e ss.

<sup>26</sup> ENCC, p. 25.

<sup>27</sup> Tomando de empréstimo a palavras de PAULO DE SOUSA MENDES, *Patrocínios, Escândalos e Factos Puníveis*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 61, o universo corruptivo (no caso concreto, os crimes de recebimento indevido de vantagem e de corrupção activa e passiva) surgem como «um desafio ao funcionário para se desviar da probidade, da imparcialidade e da retidão da função pública».

<sup>28</sup> ENCC, p. 28.

Destarte, seria essencial compreender em que áreas do saber e do labor humano hodierno os riscos da corrupção se fazem sentir com maior intensidade e, em seguida, melhorar a formação ética nessas áreas. Formação que poderá ser ministrada em unidades curriculares constantes dos *curricula* do 1.º, 2.º ou 3.º ciclo do ensino universitário, em cursos breves e nas mais diversas actividades extracurriculares. Ainda no que respeita às universidades, a Estratégia não esqueceu a Fundação para a Ciência e Tecnologia, nomeadamente o seu papel crucial no financiamento de programas de investigação e desenvolvimento destinados à prevenção e à repressão do fenómeno corruptivo.

No que tange ao ingresso laboral em funções públicas, a ENCC coloca a tónica na possibilidade de introdução, nas provas de admissão, «de módulos que permitam uma aferição inicial do domínio e grau de incorporação pelos candidatos de valores e princípios com reflexos na integridade [...]»<sup>29</sup>. Acresce que o conteúdo formativo respeitante à corrupção deve ser reforçado, nomeadamente no Curso Avançado de Gestão Pública (CAGP), no Programa de Formação em Gestão Pública (FORGEP) e no Curso de Alta Direcção em Administração Pública (CADAP), uma vez que estamos perante a formação de cargos dirigentes que devem encontrar-se naturalmente pautados pelo rigor das boas práticas. Gostaríamos de acrescentar, à proposta da Estratégia, a importância da formação no âmbito do Programa de Estágios Profissionais na Administração Central (PEPAC) e o Programa de Estágios Profissionais na Administração Local (PEPAL), por constituírem o primeiro contacto de muitos jovens profissionais com a administração central e local, representando um veículo privilegiado no quadro de uma cultura ética de responsabilização no exercício de funções públicas.

Ainda no que toca ao exercício de funções públicas, a ENCC indica a importância da formação contínua «em todos os setores da administração»<sup>30</sup>. Devendo constituir um objectivo ancilar de uma estratégia de combate à corrupção eficiente, sente-se a falta de uma maior concretização do plano de formação contínua no seio da administração do Estado. Seria de prever, no âmbito da ENCC e, mais especificamente, do RGCC, um conjunto de regras que permitissem a formação efectiva e periódica dos trabalhadores que exercem funções públicas. Um conjunto de regras que estabelecesse as prioridades formativas em quadros plurianuais delineados no âmbito político-criminal da prevenção da corrupção. Estes planos de formação deveriam ser naturalmente transparentes, escrutináveis e avaliados no final do quadro plurianual, de modo a rever as suas fragilidades e possibilitar que o plano formativo seguinte surja delineado com maior rigor. Seria igualmente de estudar a possibilidade da exigência da certificação na temática da prevenção da corrupção para trabalhadores integrados em áreas-chave da administração central e local. Uma certificação sempre acompanhada por códigos de ética a serem concretizados, explicados ou, melhor, descomplexificados na sua linguagem técnica e fiscalizados em cada serviço da Administração.

Note-se que a ENCC refere a importância do INA (Direcção-Geral da Qualificação dos Trabalhadores em Funções Públicas) na «promoção da formação de formadores no domínio das boas práticas em serviços públicos»<sup>31</sup>. Acrescentamos apenas que os

<sup>29</sup> ENCC, p. 29.

<sup>30</sup> ENCC, p. 29.

<sup>31</sup> ENCC, p. 30.



formadores devidamente capacitados surgem como protagonistas da prevenção da corrupção tanto na sua dimensão pública (INA) como privada (IEFP – Instituto do Emprego e Formação Profissional).

Uma pequena nota para as Ordens Profissionais, que não surgem referidas na Estratégia. Sem querermos macular a sua independência e autonomia, sublinhemos a sua importância na formação ético-deontológica dos futuros profissionais. Destarte, devem ser sensibilizadas para a ingente necessidade da formação no âmbito da corrupção.

Abordado o problema da formação, debruçemo-nos agora sobre os desafios da informação. Mais especificamente, a ENCC enfatiza a importância das campanhas de sensibilização dos cidadãos, por via de diversos meios, como cartazes colocados nos balcões de atendimento dos serviços públicos ou a publicidade institucional, apresentada e difundida através dos jornais, da rádio e da televisão. A presente dimensão não deve ser configurada como um recurso meramente lateral. Ao invés, os meios de comunicação social de massas, nos quais hoje se integram também as diversas redes sociais, bem como os sítios de divulgação de áudio e vídeo da *internet*, constituem um veículo privilegiado para a difusão da informação respeitante à corrupção. De notar que as mencionadas campanhas devem ser periódicas e não meramente esporádicas ou incidentais, devendo ser organizadas previamente em quadros anuais ou plurianuais. Acresce que não devem envolver tão-só os *media* públicos, mas igualmente os privados, de modo a abranger uma parcela significativa da população.

Ainda no âmbito da difusão da informação, *quid* fundamental à soberania popular, refira-se a importância dos guias informativos dos serviços e organismos da Administração Pública disponibilizados aos utentes. Estes guias surgem como um reforço da transparência dos serviços, devendo encontrar-se redigidos de forma clara e acessível ao leitor médio.

Uma palavra final para a necessidade do tratamento sistemático, descomplexificante, periódico e centralizado das estatísticas referentes à corrupção, bem como da premência da sua divulgação à comunidade. Constituindo este um ponto cuja fragilidade surge reconhecida na ENCC<sup>32</sup>, seria de atribuir a competência estatística ao novo Mecanismo de Prevenção da Corrupção. Tal como seria de atribuir ao Mecanismo, embora não surja proposto na Estratégia, a tarefa de monitorização de determinadas alterações legislativas. De facto, seria importante aferir, em termos estatísticos, os impactos de concretas alterações normativas, nomeadamente no que respeita às regras da contratação, na realidade contingente. Dito de forma clara, seria da maior relevância compreender se uma determinada alteração legislativa – pensemos, a título de exemplo, no Código dos Contratos Públicos – surte algum efeito no número de denúncias ou de investigações relativas à corrupção e respectivos crimes conexos.

#### IV. A prevenção e a detecção de riscos no sector público

No âmbito da prevenção e detecção dos riscos de corrupção no sector público, a ENCC prevê a adopção de programas de cumprimento normativo (*public*

---

<sup>32</sup> ENCC, p. 15.

*compliance*)<sup>33</sup> adaptados «às características dos organismos e serviços da administração directa e indirecta do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais e do sector público empresarial, envolvendo as funções *formulação* – identificar, definir e estruturar; *implementação* – informar, incentivar e organizar; *consolidação e aperfeiçoamento* – reagir, sancionar e aperfeiçoar»<sup>34</sup>. Os programas de cumprimento normativo serão desenvolvidos através de instrumentos diversos, como os planos de prevenção ou de gestão de riscos, códigos de ética ou de conduta e canais de denúncia. Encontra-se ainda prevista a designação de responsáveis pelo programa de cumprimento normativo.

Começemos pelos planos de prevenção e gestão de riscos. De acordo com a Estratégia, estes planos devem ser delineados tomando em linha de conta os serviços e, até, os concretos actos mais atreitos à corrupção e respectiva criminalidade conexa. Assim sendo, os planos de prevenção e gestão de riscos exigem um prévio labor de detecção e isolamento dos riscos que se fazem sentir em cada um dos serviços da Administração directa e indirecta, das regiões autónomas, das autarquias locais e do sector público empresarial. Semelhante tarefa, pela exigência que se antevê, deverá ser cuidadosamente planeada e implementada simultaneamente em todas as dimensões do sector público. Também aqui desponta a necessidade de uma abordagem sistémica e sistemática, uma abordagem concretamente definida em termos de objectivos e prazos para os atingir. Pelo que nos é dado observar, para que a tarefa da prevenção e gestão de riscos no sector público possa ser conduzida a bom porto, o RGCC deve ser claro quanto à previsão normativa dos mecanismos de *compliance*, evitando a tentação da *soft law* ou da aplicação descentralizada, *rectius*, nem sistémica nem sistemática destes mecanismos.

Não podemos deixar de notar que os programas de cumprimento normativo devem surgir devidamente integrados por via do seu responsável ou responsáveis. Em bom rigor, o programa de cumprimento normativo e o seu responsável constituem um binómio incindível. Um binómio que marca a necessidade e a importância da previsão e da estatuição normativas ou, melhor, da norma e respectiva vigência. Neste sentido, tanto o programa de cumprimento normativo como o seu responsável devem ser regularmente escrutinados.

No tocante aos códigos de ética ou de conduta, o principal desafio consubstancia-se na sua difusão e implementação. De facto, a implementação de normas de conduta, através de códigos de ética ou de conduta, não pode redundar apenas na criação de um *corpus* de regras. A criação de um conjunto de normas de conduta desacompanhado da sua explicitação e implementação efectiva mais não seria do que a sua semantização. Ora, mais do que códigos de conduta meramente semânticos, o que o ENCC, *maxime* através do RGCC, deve promover é a verdadeira realização das normas de conduta em causa. Numa palavra, os códigos de ética ou de conduta devem constituir um exercício de normativismo realizado e nunca de normativismo puro<sup>35</sup>, um normativismo desinserido da realidade contingente.

<sup>33</sup> Para uma reconstituição sumária da história dos programas de cumprimento normativo, ainda que debruçada sobre a sua dimensão empresarial, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Económico: Uma Política na Era do Compliance*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 83 e ss.

<sup>34</sup> ENCC, p. 42.

<sup>35</sup> A propósito dos conceitos em crise, ver GÜNTHER JAKOBS, «Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit», *HRRS*, n.ºs 8-9 (2006), pp. 290 e ss.

## V. Uma verdadeira estratégia...

Aqui chegados e em jeito de conclusão das presentes notas, cumpre salientar que a corrupção se assume como um problema verdadeiramente sistémico capaz de ameaçar o Estado de direito em sentido material. A prevenção e a repressão ou, melhor, a prevenção em sentido amplo da corrupção imbrica directamente na assunção da sua dimensão englobante e contaminante, bem como na configuração de uma solução que apenas se apresenta passível de ser perspectivada de modo sistémico e sistemático. Uma perspectiva sistémica da justiça penal que não se profile compatível com o normativismo exacerbado das mundividências estrita e estreitamente jurídicas, mas que coloque o direito penal adjectivo e substantivo em diálogo permanente com a criminologia, na busca de políticas criminais capazes de prevenir a erosão da autonomia intencional do Estado. Uma verdadeira estratégia de prevenção da corrupção deve partir deste referente axiológico.

# Os órgãos de controlo financeiro e a prevenção da corrupção – os casos dos grandes investimentos públicos, das autarquias locais e da contratação pública

José Mouraz Lopes

Sumário:

- I. A exigência da gestão adequada dos dinheiros públicos
- II. O sistema de controlo financeiro
- III. Patologias financeiras, fraude e corrupção
- IV. Risco, controlo e prevenção: grandes investimentos públicos, autarquias locais e contratação pública
- V. Conclusão

**RESUMO:** Partindo da constatação do valor elevado que conforma a receita e a despesa pública, explicita-se o quadro jurídico complexo que vincula a sua utilização e analisa-se o sistema de controlo financeiro interno e externo da administração pública estabelecido no quadro jurídico nacional. Numa segunda dimensão efetua-se o enquadramento normativo das patologias financeiras que podem desenvolver-se no circuito da utilização dos dinheiros públicos. Assumindo a relevância prioritária das políticas de prevenção da corrupção, efetua-se uma análise mais precisa sobre três situações concretas – os grandes investimentos públicos, as autarquias locais e a contratação pública – onde aquelas políticas se mostram prioritárias, salientando-se o papel que os órgãos de controlo interno podem desempenhar, evitando patologias, responsabilizando de forma eficaz os infratores e reintegrando os fundos públicos eventualmente desviados.

## I. A exigência da gestão adequada dos dinheiros públicos

É facto público e notório que o montante que conforma hoje quer a receita quer a despesa pública atinge um número elevadíssimo, com enorme repercussão na vida de todos os cidadãos.

Os valores financeiros que envolvem a dimensão da despesa pública e, concretamente, a concretização das políticas públicas que em grande parte lhes correspondem ultrapassa a dimensão estrita e meramente económica do discurso financeiro.

Como é referido pela doutrina, as finanças são o «nervo da República»<sup>1</sup> e, por via disso, a sua regulação normativa, em várias dimensões, tende, cada vez mais, a ter uma relevância jurídica mais autónoma, sedimentada e com suporte constitucional<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> GOMES CANOTILHO, «Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível», *Católica Law Review*, 2017, Volume I, jan., p. 39.

<sup>2</sup> Aprofundadamente, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Direito da Despesa Pública*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 24 e ss.

A utilização dos dinheiros públicos está assente em normas e princípios estabelecidos num quadro normativo complexo, exigente e diferenciado, nem sempre muito explícito.

Assim, na dimensão constitucional, no artigo 105.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelecem-se os «princípios gerais da constituição orçamental»<sup>3</sup>, ainda que desenvolvidos nas leis de enquadramento orçamental e, logo no artigo 107.º da CRP, refere-se o papel de fiscalização e controlo externo da execução do orçamento atribuída ao Tribunal de Contas (TdC). Dimensão constitucional densificada, ainda, no artigo 214.º na CRP, onde se definem, concretamente, as competências deste órgão.

Também na CRP se afirma a dimensão constitucional das finanças regionais (artigos 227.º) e locais (artigo 238.º) e ainda os princípios que devem vincular a administração pública, com aplicação direta no domínio financeiro, máxime os princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé (artigo 266.º).

Um segundo nível de vinculação normativa é efetuado nas leis de enquadramento orçamental (Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, e Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, ambas em vigor, parcialmente), que estabelecem, com relevância, o conjunto de princípios e regras que regem as políticas e regras orçamentais, bem como as relações financeiras no sector das administrações públicas (central, regional, local e da segurança social) e, também, as relações entre os vários sectores.

Importa salientar, para além da vinculação a princípios «clássicos» de natureza orçamental, como a *unidade e a universalidade*, a *estabilidade orçamental*, a *anualidade e plurianualidade*, a *não compensação*, a *não consignação e a especificação*<sup>4</sup>, a relevância aos princípios da *sustentabilidade das finanças públicas* («a capacidade de financiar todos os compromissos, assumidos ou a assumir, com respeito pela regra de saldo orçamental estrutural e da dívida pública»), da *equidade intergeracional* («distribuição de benefícios e custos entre gerações, de modo a não onerar excessivamente as gerações futuras, salvaguardando as suas legítimas expectativas através de uma distribuição equilibrada dos custos pelos vários orçamentos num quadro plurianual»), da *economia eficiência e eficácia* [a) utilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões e qualidade do serviço público; b) promoção do acréscimo de produtividade pelo alcance de resultados semelhantes com menor despesa; c) utilização dos recursos mais adequados para atingir o resultado que se pretende alcançar] e da *transparência orçamental* («disponibilização de informação sobre a implementação e a execução dos programas, objetivos da política orçamental, orçamentos e contas do sector das administrações, por sector»).

Igualmente, a legislação sobre a execução orçamental assume uma relevância importante no domínio da fiscalização e controlo da aplicação dos dinheiros públicos. Os diplomas que, em regra, anualmente, regulam a execução dos orçamentos, para além de constituírem a base normativa que enquadra o sistema de execução,

<sup>3</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 1105.

<sup>4</sup> Desenvolvidamente sobre os princípios, MARIA D'OLIVEIRA MARTINS, *Lições de Finanças Públicas*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 181 e ss. Sobre uma perspetiva da despesa pública, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *ob. cit.*, pp. 101 e ss.

contêm igualmente normas inibitórias relativas ao incumprimento das regras de execução fixadas<sup>5</sup>.

Finalmente, importa referir o quadro normativo que rege os vários sectores, nomeadamente a administração regional, com normas e estatutos próprios para as Regiões Autónomas da Madeira e Açores, para o sector da administração local e para a Segurança Social. Sublinhe-se a relevância da legislação aplicável ao sector local, na medida da sua importante dimensão financeira, bem como das questões que, em termos de controlo, suscita. Assim, a Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro (Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais), bem como um conjunto de legislação que envolve o «grupo autárquica», com enorme relevo na atividade financeira das autarquias, como o Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto).

Um conjunto de normas horizontalmente aplicáveis aos sectores públicos assume igualmente uma relevância essencial no domínio do controlo financeiro. Assim, a Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas (Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro), e o Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, por um lado, e, por outro lado, a aplicação e vinculação da administração ao Código de Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e todo o conjunto normativo com implicações financeiras que isso comporta.

No âmbito do quadro normativo-financeiro referido pode retirar-se, de todos os diplomas citados, uma ideia de aplicação direta de princípios estruturais relacionados com a utilização prudente e racionalizada, sempre constitucionalmente suportada, dos dinheiros públicos.

Essa parece ser a matriz estrutural que perpassa em toda a dimensão normativa com refrações diretas em muitas normas cuja aplicação não é hoje passível de ser contornada pelos destinatários, por via da sua aplicabilidade direta e pelas consequências da sua deficiente, errónea ou pura e simples não aplicabilidade, nomeadamente em termos de responsabilidades que tais situações podem comportar.

O que está em causa é, em síntese, a proteção normativa dos recursos financeiros da comunidade, quer do ponto de vista nacional quer, hoje inequivocamente, do ponto de vista da União Europeia, assegurando-se que a sua utilização é vinculada exatamente ao cumprimento daqueles princípios.

Por isso, a importância, cada vez maior, do controlo normativo da execução financeira pública e sobretudo a emergência de uma dimensão efetiva de determinação das responsabilidades financeiras, tanto do ponto de vista administrativo, contraordenacional ou criminal, quer na sua dimensão nacional ou transnacional, por via da origem financeira dos fundos, nacional ou europeia.

## II. O sistema de controlo financeiro

O controlo financeiro do Estado, envolvendo toda a aplicação dos valores de natureza pública disponibilizados, quer à administração pública quer a entidades não públicas, mas que utilizam tais valores por via de vários instrumentos jurídicos disponíveis, consiste essencialmente na verificação das condições em que a administração, por um lado, e aquelas entidades, por outro lado, exercem e aplicam os fundos públicos que lhes estão disponibilizados.

<sup>5</sup> *Vd.*, a título de exemplo, o Decreto-Lei n.º 84/2019, de 28 de junho, relativo ao OE de 2019.



Toda a atuação dos sistemas de controlo financeiro (e a eles associados) comporta hoje, a nível da dogmática, desafios estruturais absolutamente relevantes, decorrentes quer, por um lado, das fragilidades detetadas que estiveram na origem de crises financeiras e institucionais, quer, por outro lado, pela concretização de uma cidadania mais interventiva e exigente em relação à boa governação dos dinheiros públicos<sup>6</sup>.

A relevância do controlo, que assume várias dimensões, comporta por isso, hoje, a concretização de mecanismos de controlo mais robustos, eficazes e efetuados em tempo cômruo. Sublinha-se a impressiva exigência relativa ao facto dos vários tipos de controlo, necessários num sistema eficaz de controlo, não se traduzirem, no entanto, num instrumento meramente burocrático ou bloqueador<sup>7</sup> da atividade administrativa e financeira.

O sistema de controlo financeiro do Estado engloba uma dimensão externa e uma interna, envolvendo, no primeiro caso, a intervenção direta do TdC e, na segunda, a intervenção das entidades da administração com competências próprias para o exercício de tal controlo, os chamados órgãos de controlo interno (OCI).

É evidente que esta competência primária de controlo financeiro não prejudica nem colide com a competência das autoridades em matéria criminal, máxime o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal, para investigar patologias de natureza criminal e, igualmente, as competências que especificamente assumem no domínio da prevenção criminal. Essa, no entanto, não é a perspetiva agora em análise.

O sistema de controlo financeiro público em Portugal tem no seu «topo» o TdC como órgão superior de controlo.

Nas suas competências, este órgão jurisdicional assume três «tipologias» de controlo efetivo. A fiscalização prévia, a fiscalização sucessiva ou concomitante, através de um leque variado e múltiplo de auditorias e o apuramento de responsabilidades financeiras a que se seguirá, se necessário, o julgamento e sancionamento adequado por via de um sistema próprio<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Cf. em geral e para o sistema espanhol em particular, PALOMAR OLMEDA/GARCÉS SANAGUSTIN (Diretores), *La Gestion de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, Madrid: Thompson Reuters/Aranzadi, 2013, pp. 49 e ss. Sobre o sistema francês, MICHEL BOUVIER, «La responsabilité financière publique confrontée à un système budgétaire en transition», *Revue Française des Finances Publiques*, n.º 139, 2017, p. 20. Em Portugal, cf. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *ob. cit.*, p. 226, e EDUARDO PAZ FERREIRA, *Ensaio de Finanças Públicas*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 305 e ss. (com uma perspetiva ligeiramente diferenciada).

<sup>7</sup> Sublinhando esta dimensão, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *ob. cit.*, p. 225.

<sup>8</sup> Cf. artigos 5.º, 6.º, 77.º a 79.º e 89.º e ss. da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas [Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro, 2/2012, de 6 de janeiro, 20/2015, de 9 de março (LOPTC)]. Desenvolvidamente, sobre a responsabilidade financeira, ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, JOSÉ MOURAZ LOPES, «O processo de responsabilidade financeira diante do Tribunal de Contas, à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos», in P. P. Albuquerque (org.), AA.VV., *Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Vol. II, 2019, p. 1228 (1228-1251), e, numa perspetiva de mudança, AA.VV., *Relevância e Efetividade da Jurisdição Financeira*, Lisboa: Tribunal de Contas / INCM, 2019.



Deve referir-se que a dimensão de auditoria não é exclusiva do Tribunal, competindo igualmente aos órgãos de controlo interno da administração esse tipo de controlo, circunscrito a cada órgão em concreto em função das suas competências. Trata-se, neste último caso, de atividade de auditoria autónoma, que poderá levar à intervenção posterior do TdC, se forem detetadas infrações financeiras e o Ministério Público despoletar a intervenção dos eventuais responsáveis, sempre e exclusivamente por imperativo constitucional naquele Tribunal.

Quer a fiscalização da legalidade das despesas públicas quer a efetivação da responsabilidade financeira são, em Portugal, um imperativo constitucional. Estas duas vertentes não são uma opção conjuntural e, por isso, o princípio do controlo da despesa e a fiscalização da legalidade das contas públicas atinge todas as entidades que gerem fundos públicos provenientes do orçamento nacional ou da União Europeia.

A responsabilidade financeira é uma outra dimensão que deve igualmente acompanhar esse caminho. Neste sentido, importa evidenciar o princípio da responsabilidade como «uma condição da confiança dos cidadãos nas suas instituições e, naturalmente, naqueles que as representam, decisores políticos e gestores»<sup>9</sup>.

Em termos simples, o controlo e a responsabilidade pelo uso adequado dos dinheiros públicos não prescinde de uma dimensão normativa sancionadora específica que permite responder aos diversos desvios, não necessariamente criminais, que isso comporta, recuperando os montantes indevidamente utilizados ou mesmo desviados. O TdC assume, desta forma, a jurisdição plena sobre a matéria da responsabilidade financeira.

As competências do TdC estão repartidas por três secções (1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup>), legalmente estabelecidas, de modo pormenorizado, nos artigos 77.º, 78.º e 79.º da LOPTC.

As competências jurisdicionais estão subdivididas, exclusivamente, entre a 1.<sup>a</sup> secção e a 3.<sup>a</sup> secção do Tribunal e, ainda, nas secções regionais.

À 1.<sup>a</sup> secção, nesta dimensão, estão atribuídas, em 1.<sup>a</sup> instância, competências de concessão ou recusa de visto prévio. Em 2.<sup>a</sup> instância, estão atribuídas competências de julgamento de recursos das decisões das subsecções, das secções regionais e das delegações, incluindo a parte relativa a emolumentos, bem como do julgamento de recursos de fixação de emolumentos pela Direção-Geral do Tribunal.

Nos termos do artigo 79.º da LOPTC, à 3.<sup>a</sup> secção, em juiz singular, compete em primeiro lugar a preparação e julgamento em 1.<sup>a</sup> instância dos processos de responsabilidade financeira. Em plenário, de três juízes, compete julgar os recursos das decisões proferidas em 1.<sup>a</sup> instância, na sede e nas secções regionais, incluindo as relativas a emolumentos, julgar os recursos de emolumentos fixados nos processos de verificação de contas e nos processos de auditoria, julgar os recursos de aplicação de multas proferidos nas várias secções e, finalmente, julgar os pedidos de revisão das decisões transitadas em julgado proferidas pelo plenário ou em 1.<sup>a</sup> instância.

Importa referir que os tribunais de contas nacionais são instituições de controlo externo no sistema europeu de controlo de fundos públicos, tendo por isso uma função relevantíssima em matérias que envolvem a aplicação dos fundos europeus aplicados nas economias nacionais. Os mecanismos europeus de controlo interno não excluem a intervenção daqueles órgãos nacionais de controlo externo (*v.g.*, Tribunais de Contas ou entidades similares) na possibilidade de conseguirem uma

<sup>9</sup> MICHEL BOUVIER, *ob. cit.*, p. 18.

maior eficácia na aplicação correta dos fundos públicos, ainda que com origem no Orçamento da União Europeia.

No domínio do controlo interno da administração financeira do Estado, o «sistema de controlo interno», designado por SCI, está colocado na dependência do Governo, em especial articulação com o Ministério das Finanças.

O Decreto-Lei n.º 166/98, de 25 de junho, que criou aquele sistema de controlo interno da administração financeira do Estado, compreende os domínios orçamental, financeiro e patrimonial e visa assegurar o exercício coerente e articulado do controlo no âmbito da Administração Pública.

O controlo interno consiste na verificação, acompanhamento, avaliação e informação sobre a legalidade, regularidade e boa gestão, relativamente a atividades, programas, projetos, ou operações de entidades de direito público ou privado, com interesse no âmbito da gestão ou tutela governamental em matéria de finanças públicas, nacionais e comunitárias, bem como de outros interesses financeiros públicos nos termos da lei.

Integram o sistema de controlo interno da administração financeira do Estado (SCI) as inspeções-gerais, a Direção-Geral do Orçamento, o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social e os órgãos e serviços de inspeção, auditoria ou fiscalização que tenham como função o exercício do controlo interno.

A amplitude da fiscalização da atividade financeira do Estado, envolvendo áreas diversificadas em sectores distintos e diferentes competências em áreas do conhecimento e da sua aplicação prática, exige uma dimensão múltipla de mecanismos de fiscalização que possa, com efetivo conhecimento sectorial, desempenhar essas funções de controlo de forma tecnicamente responsável, mas também legitimadora da sua atividade.

Por isso, a existência de órgãos de controlo diferenciados, tecnicamente especializados em áreas específicas, de modo a puderem atentar nas diferentes matérias sobre as quais têm de intervir.

Importa referir que as inspeções-gerais (ou entidades com funções equivalentes, neste domínio) são, atualmente, a IGF-Autoridade de Auditoria, a Inspeção-Geral da Administração Interna, a Inspeção-Geral Diplomática e Consular, a Inspeção-Geral da Defesa Nacional, a Inspeção-Geral dos Serviços de Justiça, a Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, a Inspeção-Geral do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, a Inspeção-Geral de Atividades em Saúde, a Inspeção-Geral de Educação e Ciência, a Inspeção-Geral de Atividades Culturais, a Inspeção Regional das Finanças (Região Autónoma da Madeira) e a Inspeção Regional da Administração Pública (Região Autónoma dos Açores). Exercem ainda funções inspetivas, nesta área, a Secretaria-Geral da Presidência de Conselho de Ministros e Secretaria-Geral da Economia.

A lei estabelece os princípios que devem orientar os órgãos de controlo interno (OCI) referidos, máxime quando planeiam, realizam e avaliam as suas ações, nomeadamente assegurando que devem ser articuladas, suficientes, complementares e relevantes.

Qualquer política de controlo deve, em todos os OCI, ter absolutamente presente que está em causa em qualquer ação que seja concretizada uma dimensão preventiva em relação a erros, ilegalidades ou outras patologias mais relevantes, com uma importância fundamental.

São as ações de controlo, ainda que cirúrgicas ou muito orientadas a determinadas áreas ou mesmo dentro destas em matérias ou assuntos específicos, que vão permitir desencadear muitas das inibições a comportamentos negligentes que vão ocorrendo e que se vão sedimentando. Ou mesmo agravando, em determinadas áreas.

Assim, os órgãos de controlo que integram o SCI planeiam, realizam e avaliam as suas ações de forma articulada, tendo em vista assegurar o funcionamento coerente e racional de controlo interno, baseado na suficiência, na complementaridade e na relevância das referidas intervenções.

A exigência de uma efetiva ligação entre os vários órgãos com atribuições de responsabilidades e a criação de sistemas de coordenação efetivos, onde vigore a política de partilha de informação, assume-se como mecanismo essencial para um funcionamento eficaz de um sistema de controlo. Recorde-se que o Decreto-Lei n.º 166/98, de 25 de junho, estabelece a atuação dos órgãos de controlo, no respeito pelas suas áreas de intervenção e pelos níveis em que se situam, «com concertação entre eles quanto às fronteiras a observar e aos critérios e metodologias a utilizar nas intervenções» – cf. artigo 5.º, n.º 3.

No âmbito de cada sector, a atuação dos órgãos de controlo deve ser efetuada de acordo com os poderes e competências que detêm. Tendo em atenção zonas de fronteira existentes que possam não ser muito claras, impõe-se que os OCI atuem em «concertação entre eles quanto às fronteiras a observar e aos critérios e metodologias a utilizar nas intervenções», assumindo assim o princípio da complementaridade entre todos os OCI (cf. artigo 5.º do Decreto-Lei citado). Situação que se mostra essencial para uma concretização de um processo eficaz de fiscalização das atividades de cada sector. Aliás, a inexistência de coordenação tem efeitos «colaterais» negativos, quer por via da duplicação de ações quer pela repercussão negativa nos próprios serviços onde estão a ser efetuados controlos e auditorias, nomeadamente nas entropias funcionais que causam ou possam causar aos serviços<sup>10</sup>.

De modo a assegurar o funcionamento coordenado de sistema de controlo financeiro, interno e externo, que possibilite, efetivamente, cumprir os objetivos pretendidos de maximizar o controlo da aplicação adequada dos dinheiros públicos, os OCI estão sujeitos a um dever especial de colaboração com o TdC (cf. artigo 12.º da LOPTC). Esse dever de colaboração tem um conteúdo específico. Assim, aquele artigo 12.º, n.º 2, estabelece que esse dever compreende: (i) a comunicação ao Tribunal dos seus programas anuais e plurianuais de atividades e respetivos relatórios de atividades, o (ii) o envio dos relatórios das suas ações, por decisão do ministro ou do órgão competente para os apreciar, sempre que contenham matéria de interesse para a ação do Tribunal, concretizando as situações geradoras de eventuais responsabilidades com indicação documentada dos factos, do período a que respeitam, da identificação completa dos responsáveis, das normas violadas, dos montantes envolvidos e do exercício do contraditório institucional e pessoal, nos termos previstos no artigo 13.º e, finalmente, (iii) a realização de ações, incluindo o acompanhamento da execução orçamental e da gestão das entidades sujeitas aos

<sup>10</sup> São conhecidas algumas críticas, justas, à realização de ações inspetivas simultâneas e sucessivas em determinadas entidades ou serviços que, por isso, têm de alocar funcionários e mesmo determinados departamentos em permanente «disponibilidade» para os órgãos de controlo, com prejuízos para o desenvolvimento normal das suas atividades.

seus poderes de controlo financeiro, a solicitação do Tribunal, tendo em conta os critérios e objetivos por este fixados.

Numa outra dimensão, não menos relevante, esse dever compreende a possibilidade do Presidente do TdC poder reunir com os inspetores-gerais e auditores da Administração Pública para promover o intercâmbio de informações quanto aos respetivos programas anuais e plurianuais de atividades e a harmonização de critérios do controlo externo e interno.

Sublinha-se a relevância do dever especial de colaboração com o TdC, órgão máximo de controlo externo, nomeadamente na concretização de políticas de controlo e prevenção como elementos essenciais de uma política articulada e efetiva que leve a bom termo as finalidades legais.

### III. Patologias financeiras, fraude e corrupção<sup>11</sup>

O destapamento de um conjunto de situações patológicas relacionadas com o mau uso de dinheiros públicos, a proliferação de situações de fraude ou mesmo de corrupção (ainda que não estritamente configuradas como crimes *qua tale*), o «desabamento» ou a «desconstrução» de impérios financeiros e bancários com a consequente visibilidade de muitas operações financeiras nada claras, contribuíram para colocar na «agenda pública» os problemas que rodeiam a corrupção.

A corrupção é uma patologia grave e extensa do sistema social, político e económico que afeta diretamente os cidadãos. É, por isso, um problema da sociedade e do modo como é bem ou mal governada.

Corrupção e Estado de Direito, corrupção e democracia, corrupção e *good governance*, economia e corrupção, são alguns tópicos através dos quais se vêm tratando várias questões patológicas dos sistemas de governo, ultrapassando de forma inequívoca a dimensão criminal do crime de corrupção.

A análise, o estudo e a definição de políticas contra a corrupção pressupõem o entendimento amplo deste conceito. Trata-se, aliás, de uma perspetiva que finalmente parece ter sido adotada por alguma doutrina, nomeadamente no âmbito da emergência de políticas públicas contra a corrupção. Por isso, alguns desenvolvem o aspeto proteiforme<sup>12</sup> da corrupção, exatamente no sentido de aí enquadrar vários tipos criminais «vizinhos», que, ainda que não envolvam a tutela de bens jurídicos idênticos aos da corrupção, no sentido estrito, tutelam a probidade no exercício das funções públicas ou outros bens jurídicos similares ou conexos.

Está em causa uma nova abordagem conceptual que, mesmo no domínio criminal, não é hoje sobreposta ao clássico conceito de corrupção como crime, e que apenas põe em causa a autonomia intencional do Estado.

A abrangência desta dimensão patológica comporta um conjunto alargado de crimes diversificados, mas também um outro conjunto de patologias não necessariamente de natureza criminal, que, pela sua ostensiva gravidade, põem em causa o que se entende por «boa governação».

<sup>11</sup> Parte do texto deste ponto está inserido e desenvolvido na obra do autor *Corrupção. O Labirinto do Minotauro*, Coimbra: Almedina, 2020.

<sup>12</sup> Assim, para a corrupção, LAURE-ALICE BOUVIER, «La Conception de la corruption dans le droit Pénal», in *Revue Française de Finances Publiques*, n.º 147, Septembre, 2019, p. 19.

Constata-se um «transvaze» da matéria da corrupção para domínios que vão muito para além das patologias criminais, nomeadamente nos estudos políticos, na economia, na criminologia, na sociologia, na ética ou mesmo na gestão.

Temos seguido um modelo de análise e compreensão em círculos envolvendo o conceito amplo de corrupção.

Assim, identificamos no núcleo um conjunto de tipos criminais que envolvem os crimes de corrupção *stricto sensu*, nas suas vertentes de corrupção ativa e passiva (artigos 373.º e 374.º do Código Penal), de cargos políticos (artigos 17.º e 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho), do recebimento indevido de vantagens (artigo 372.º do Código Penal), do recebimento indevido de vantagens de titulares de cargos políticos (artigo 16.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho) e do «enriquecimento injustificado ou ilícito», nos países em que este último configura um ilícito criminal. Num segundo círculo, mais alargado, encontramos os crimes de tráfico de influências (artigo 335.º do Código Penal), de abuso de poderes (artigo 382.º do Código Penal), de abuso de poder por titular de cargo político (artigo 20.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho), peculato (artigo 375.º do Código Penal), de peculato por titular de cargo político (artigo 20.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho), de participação económica em negócio (artigo 377.º do Código Penal), de participação económica em negócio por titular de cargo político (artigo 23.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho), de concussão (artigo 379.º do Código Penal), de administração danosa (artigo 235.º do Código Penal) e de prevaricação por titular de cargo político (artigo 11.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho), que tutelam bens jurídicos diferenciados, dando cobertura a realidades diversas do ponto de vista criminal, mas que põem em causa de uma forma ampla a «boa governação» do Estado e/ou da economia. Nesta dimensão podem enquadrar-se, igualmente, um conjunto de crimes que se prendem com patologias de natureza tributária, nomeadamente a burla tributária (artigo 87.º da Lei n.º 15/2001, de 15 de junho), a frustração de créditos (artigo 88.º da Lei n.º 15/2001, de 15 de junho) ou a fraude fiscal (artigos 103.º e 104.º da Lei n.º 15/2001, de 15 de junho), com reflexos diretos nas finanças públicas de um qualquer Estado. Ainda neste amplo círculo encontramos o crime de branqueamento (artigo 368.º-A do Código Penal). Num terceiro círculo, identificam-se as patologias indiretas ligadas à corrupção do sistema político, nomeadamente o financiamento ilegal ou irregular dos partidos políticos e das campanhas eleitorais (artigo 28.º da Lei n.º 19/2003, de 20 de junho), sendo que nos Estados de Direito democráticos é nos partidos políticos que se sustenta praticamente todo o «jogo democrático». Num quarto círculo, mais alargado, identificam-se as patologias que envolvem a corrupção passiva e ativa no sector privado (artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril) e a corrupção ativa no comércio internacional (artigo 7.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril). As distorções concorrenciais que decorrem desta situação afetam todo o funcionamento do mercado, com as consequentes perdas para empresas, países e cidadãos. Num outro círculo podemos identificar o domínio da corrupção ativa e passiva no âmbito do desporto (artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto) ou tráfico de influência no âmbito desportivo (artigo 10.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto), cuja relevância é atualmente indiscutível atenta a dimensão que a fraude neste domínio comporta. Sobre esta dimensão, que nos tempos mais recentes assumiu uma amplificação evidente sobretudo na área de alguns desportos profissionais, salienta-se o Parecer da PGR n.º 32/2017, onde expressamente se refere que «o conceito de infrações em matéria de corrupção não autoriza distinções». Sublinhe-se a referência expressa no Parecer



ao facto de que a «venalidade do comportamento corrupto não apresenta diferenças significativas entre os crimes de corrupção desportiva e os demais crimes de corrupção, não obstante a diversidade dos bens jurídicos a proteger e independentemente de motivações de filiação desportiva e de circunstâncias desportivas que envolvam a sua prática»<sup>13</sup>.

Ainda envolvendo a dimensão patológica do uso e gestão do dinheiro público, embora já não numa perspetiva criminal, importa identificar um círculo mais vasto, mas não menos relevante, envolvendo ilegalidades de natureza administrativa, contraordenacional e sobretudo financeira, que, pela sua diversidade e amplitude, são, quase sempre, omitidas nas abordagens académicas e legislativas. Neste círculo, assumem relevância, desde logo, as infrações contraordenacionais de natureza financeira envolvendo o sector bancário e, nalgumas situações, infrações de natureza económica e concorrencial, envolvendo sobretudo matéria relativa à concorrência. Mas, de uma forma específica e com especial relevo na matéria em análise, sublinha-se a dimensão da responsabilidade financeira, quer de natureza sancionatória quer reintegratória (artigos 59.º e 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto), com as suas especificidades dogmáticas, mas que, no limite, se enquadram ainda neste âmbito.

De igual modo é relevante a perspetiva conceptual envolvendo a matéria da fraude.

A noção de fraude, para efeitos de entendimento das políticas públicas, quer de natureza repressiva ou preventiva, da mesma forma que a corrupção, assume igualmente uma dimensão proteiforme.

Nesse sentido envolve, desde logo, conceitos jurídicos precisos para efeitos de tipologias criminais, nomeadamente os casos de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, fraude sobre mercadorias, desvio de subvenção de subsídio ou crédito bonificado, fraude na obtenção de crédito<sup>14</sup>, crimes fiscais e aduaneiros<sup>15</sup> ou fraudes no âmbito eleitoral<sup>16</sup>. Do ponto de vista penal, não será possível falar de fraude sem referir o crime, dir-se-ia matriz, que é a burla, nas suas várias dimensões e que continua a ser em muitos domínios a matriz estrutural de comportamentos enganosos que levam à afetação do património<sup>17</sup>.

A utilização do conceito de fraude envolve, no entanto, a sua utilização em dimensões na área do sancionamento administrativo, em políticas de controlo de desvios de fundos europeus, em políticas de gestão de conflito ou de fraude, em políticas de *compliance* no âmbito financeiro do direito penal, em políticas da proteção do consumidor, ou mesmo em áreas com relevância no domínio desportivo ou nos sistemas informáticos<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 32/2017, publicado no DR, 2.ª série n.º 76, de 18 de abril de 2018.

<sup>14</sup> Crimes tipificados nos artigos 23.º, 36.º, 37.º, 38.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro.

<sup>15</sup> Vejam-se os crimes aduaneiros tipificados nos artigos 92.º, 93.º, 94.º, 95.º, 96.º, a burla tributária, no artigo 97.º e os crimes de fraude fiscal e contra a segurança social tipificados nos artigos 103.º, 104.º e 106.º, todos do RGIT (Lei n.º 15/2001, de 5 de junho).

<sup>16</sup> Artigos 339.º e 341.º do Código Penal.

<sup>17</sup> Sobre a burla, cf. ANTÓNIO MANUEL ALMEIDA COSTA, *A Burla no Código Penal Português*, Coimbra: Almedina, 2020.

<sup>18</sup> Desenvolvidamente, em várias perspetivas, ANTÓNIO MAIA, BRUNO SOUSA, CARLOS PIMENTA, *Fraude em Portugal, Causas e Contextos*, Coimbra: Almedina, 2017.

Do ponto de vista da dimensão tributária, sublinha-se hoje a sua repercussão, quer no domínio nacional quer europeu, nomeadamente na uniformização de conceitos que envolvem as várias «fraudes», quer de natureza criminal quer de natureza administrativa sancionatória, com repercussão na troca de informações e também da repressão<sup>19</sup>.

Especificamente envolvendo a matéria dos interesses financeiros da União Europeia, importa também sublinhar a noção de fraude lesiva dos interesses financeiros da União<sup>20</sup>.

Assim, no que respeita a despesas não relacionadas com contratação pública, são consideradas fraude os atos ou omissões relativos: (i) à utilização ou à apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito a apropriação ou a retenção ilegítimas de fundos ou de ativos provenientes do orçamento da União ou dos orçamentos geridos pela União ou por sua conta; (ii) a não comunicação de uma informação, em violação de uma obrigação específica, que produza o mesmo efeito; ou (iii) à aplicação ilegítima de tais fundos ou ativos para fins diferentes daqueles para os quais foram inicialmente concedidos.

No que respeita a despesas relacionadas com contratação pública, pelo menos quando cometidos tendo em vista um proveito ilícito em benefício do autor da infração ou de terceiros, causando prejuízo aos interesses financeiros da União, são considerados fraude os atos ou omissões relativos: (i) à utilização ou à apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito a apropriação ou a retenção ilegítimas de fundos ou de ativos provenientes do orçamento da União ou dos orçamentos geridos pela União ou por sua conta; (ii) à não comunicação de uma informação, em violação de uma obrigação específica, que produza o mesmo efeito; ou (iii) à aplicação ilegítima de tais fundos ou ativos para fins diferentes daqueles para os quais foram inicialmente concedidos, que lese os interesses financeiros da União.

No que respeita a receitas distintas das receitas provenientes dos recursos próprios do IVA, são considerados fraude os atos ou omissões relativos: (i) à utilização ou à apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito a diminuição ilegal de recursos do orçamento da União ou dos orçamentos geridos pela União ou por sua conta; (ii) à não comunicação de uma informação, em violação de uma obrigação específica, que produza o mesmo efeito; ou (iii) à aplicação ilegítima de um benefício, obtido legalmente, que produza o mesmo efeito.

No que respeita a receitas provenientes dos recursos próprios do IVA, são considerados fraude os atos ou omissões cometidos no âmbito de esquemas fraudulentos transfronteiriços, relativos: (i) à utilização ou à apresentação de declarações ou de documentos relativos ao IVA falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito a diminuição dos recursos do orçamento da União; (ii) à não comunicação de uma informação relativa ao IVA, em violação de uma obrigação específica, que produza o mesmo efeito; ou (iii) à apresentação de declarações relativas ao IVA corretas para

<sup>19</sup> Cf. MIGUEL VIEGAS, *A Fraude e a Evasão Fiscal na União Europeia. Do «LuxLeaks» aos «Panama Papers»*, Vida Económica, 2018.

<sup>20</sup> Cf. artigo 3.º da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (Diretiva PIF).



fins de dissimulação fraudulenta do não pagamento ou da criação ilícita de direitos a reembolso do IVA.

Para efeitos do texto que agora se apresenta, será importante fixar-se a noção de fraude como qualquer ato ou omissão intencional destinado a enganar terceiros, resultando numa perda para a vítima e num proveito para o autor da fraude. Por exemplo, um beneficiário de uma subvenção que tente, intencionalmente, enganar o financiador com o objetivo de declarar despesas injustificadamente elevadas está a cometer fraude.

Finalmente, será importante sublinhar a dimensão de infração que consubstancia a «utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista»<sup>21</sup>, como tipologia de infração financeira sancionatória (e eventualmente reintegratória), com autonomia própria no âmbito do regime sancionatório, aplicável a quem gere ou utiliza valores públicos.

A importância do controlo das políticas emergentes, nomeadamente de natureza preventiva, não pode omitir a dimensão holística que vem sendo referida, assim permitindo compreender todo o circuito da utilização e uso de dinheiros públicos e as várias e diferenciadas dimensões ilícitas que comportam.

#### **IV. Risco, controlo e prevenção: grandes investimentos públicos, autarquias locais e contratação pública**

A compreensibilidade das competências e dos papéis desempenhados pelas várias entidades e órgãos intervenientes no sistema de controlo financeiro público evidencia, de forma clara, as potencialidades que o seu exercício efetivo permite, num modelo de prevenção e repressão de fenómenos patológicos envolvendo a corrupção, fraude e demais infrações, no sentido amplo que vem sendo referido.

As duas estruturas essenciais de um sistema de prevenção são, numa primeira vertente, criar condições para evitar a ocorrência de patologias, através de políticas concretas de informação, formação e controlo e, numa segunda vertente, assegurar a deteção precoce de eventuais infrações, ainda que com diferentes graus de concretização. Há, nesta segunda vertente, uma dimensão dissuasora absolutamente necessária que não pode ser omitida.

Como se referiu, em toda a aplicação de fundos públicos, de natureza exclusivamente nacional ou europeia, a vinculação normativa a um amplo conjunto de princípios e normas de diversa natureza é manifesta.

Em toda a intervenção financeira pública, independentemente da área concreta em causa, são exigentes os requisitos de legalidade que todos os intervenientes têm de cumprir.

É possível detetar, no entanto, determinadas zonas ou áreas onde o cumprimento da legalidade «sofre» de enormes pressões decorrentes quer de opções estruturais ou conjunturais, que impõem alguma rapidez na decisão dos procedimentos, quer por via da própria estrutura relativamente burocrática do procedimento ou mesmo por via da complexa, disseminada e diversificada área de intervenção.

Trata-se de contingências estruturais que, em função dos valores, da vulnerabilidade de sujeitos e entidades envolvidas ou da complexidade dos procedimentos

<sup>21</sup> Artigo 65.º, n.º 1, alínea i), da LOPTC.

e do sistema, potenciam zonas de «risco» ao desvio de legalidade e consequente infração, ainda que diversificadas na sua natureza.

Podemos identificar três áreas onde estão em causa essas vulnerabilidades: grandes investimentos públicos, autarquias e contratação pública.

Sendo áreas de risco elevado, impõem um especial dever de atenção no âmbito e concretização das políticas públicas que envolvem a prevenção da corrupção.

**IV.1.** No primeiro caso, em regra, está em questão a disponibilidade financeira de grandes montantes a serem utilizados em espaços temporais delimitados (em regra, coincidentes ou sobrepostos com períodos de «legislatura» política) com objetivos de concretizar opções de macropolítica.

Trata-se de áreas onde os fundos financeiros são, em regra, maioritariamente de origem orçamental dupla, nomeadamente nacional e europeia, em que os interesses financeiros da União se cruzam em permanência com os interesses das finanças públicas nacionais<sup>22</sup>, máxime no exercício do controlo orçamental que importam. Nesta dimensão assumem especial relevância os fundos europeus envolvendo os chamados Quadros Financeiros Plurianuais ou outros mecanismos de financiamento mais específicos ou conjunturais, como é o caso do recente Mecanismo de Recuperação e Resiliência.

Este último resulta da proposta da Comissão Europeia de combinar o novo quadro financeiro plurianual (QFP) 2021-2027, de 1100 mil milhões de euros com o instrumento de emergência pontual designado *Next Generation EU*, no valor de 750 mil milhões de euros, tendo como objetivo ajudar os Estados-membros a diminuir o impacto socioeconómico da pandemia, a recuperar e a relançar o crescimento sustentável, tendo sido aprovado pelo Regulamento (UE) 2021/241 de Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de fevereiro de 2021.

Com um orçamento total superior a 600 mil milhões de euros a preços correntes, o Mecanismo de Recuperação e Resiliência tem como objetivo proporcionar um apoio financeiro em larga escala aos investimentos públicos e às reformas que tornarão as economias dos Estados-membros mais resilientes e mais bem preparadas para o futuro. Sublinha-se o facto do Regulamento (artigo 4.º, n.º 2) referir expressamente o objetivo de se atingirem os marcos e as metas das reformas e dos investimentos previstos nos planos de recuperação e resiliência apresentados pelos Estados. Integra subvenções e empréstimos aos Estados-membros.

O Mecanismo apresenta um novo método de despesas, disponibilizando apoio financeiro sob condição da execução de reformas e investimentos favoráveis ao crescimento, em vez do reembolso de despesas específicas, que era, em regra, seguido nos programas de fundos europeus de investimentos e noutros programas da UE.

A afetação dos fundos dependerá da capacidade dos Estados-membros para cumprirem as condições do MRR. Para obter acesso a financiamento do MRR, os Estados-membros terão de elaborar planos nacionais de recuperação e resiliência

<sup>22</sup> Sublinhando as «intersecções sinuosas» que se verificam nesta área, JOSÉ LUÍS SILVA/JOÃO FILIPE GRAÇA, «Contratação Pública e Fundos Europeus Estruturais e de Investimento: Breves considerações sobre uma interseção sinuosa», *Revista de Direito Administrativo*, n.º 10, janeiro/abril, 2021, pp. 105 e ss. (105-112).

que definam os seus programas de reformas e de investimento para os anos de 2021 a 2023 e de os apresentar à Comissão até 30 de abril de 2021<sup>23/24</sup>.

Em todos estes programas (e agora, com especial acutilância, o do MRR), a dimensão financeira elevada assume repercussões diretas nas finanças públicas dos Estados. Por outro lado, a disponibilidade financeira que envolvem traduz-se, em regra, em concretos instrumentos jurídicos diferenciados por via da aplicação concreta dos investimentos exigidos.

Trata-se de matérias cuja estrutura sistémica está sustentada numa dimensão de *engineering* altamente complexa, assente em matrizes internacionais e transnacionais de elevadíssima complexidade e, sobretudo, acompanhados por especialistas exclusivos dotados de competências muito desenvolvidas, que rapidamente transformam um determinado comportamento, aparentemente ilícito, numa situação de risco, financeiramente justificável à luz de determinados *standarts* da própria «governança financeira».

São conhecidas as fragilidades no controlo financeiro dos fundos europeus, reconhecida pelo órgão de controlo financeira da União, o Tribunal de Contas Europeu (TCE)<sup>25</sup>, e, também, a execução de fundos nacionais em simultâneo, quando envolvem grandes valores. Torna-se necessário, por isso, ter bem solidificado um sistema de controlo e prevenção da corrupção e da fraude, neste domínio. Situação que no âmbito do MMR já foi objeto de dois «alertas» por entidades europeias, máxime o TCE<sup>26</sup>.

O Regulamento 2021/241 estabelece, de forma específica, que «ao executar o mecanismo, os Estados-membros, adotam as medidas adequadas para proteger os interesses financeiros da União e para assegurar que a utilização de fundos em relação a medidas apoiadas pelo mecanismo cumpra o direito da União e o direito nacional aplicáveis, em especial relativamente à prevenção, deteção e correção de fraudes, corrupção e conflitos de interesses. Para este efeito, os Estados-membros devem prever um sistema de controlo interno eficaz e eficiente e a recuperação dos montantes indevidamente pagos ou utilizados de forma incorreta». O Regulamento é, ainda, mais preciso e, por isso, obriga os Estados a (i) verificar regularmente que o financiamento disponibilizado foi devidamente utilizado de acordo com todas as regras aplicáveis e que qualquer medida de execução das reformas e projetos de investimento ao abrigo do plano de recuperação e resiliência foi devidamente executada de acordo com todas as regras aplicáveis, em especial relativamente à prevenção, deteção e correção de fraude, corrupção e conflitos de interesses e (ii) adotar as medidas adequadas para prevenir, detetar e corrigir situações de fraude, corrupção e conflitos de interesses, na aceção do artigo 61.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento Financeiro, lesivos dos interesses financeiros da União, e a intentar ações judiciais para recuperar os fundos que tenham sido objeto de apropriação indevida,

<sup>23</sup> Cf. Regulamento 2021/241, artigo 18.º

<sup>24</sup> No caso português, foi apresentado pelo Governo e posto em discussão pública o Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) em 15 de fevereiro de 2021 para ser apresentado na Comissão, após aprovação definitiva.

<sup>25</sup> Cf. TCE, Relatório Especial n.º 1/2019: *São necessárias ações para combater a fraude nas despesas da UE*; e TCE, Relatório Especial n.º 6/2019.

<sup>26</sup> Cf. TCE, *Parecer do Tribunal de Contas Europeu sobre o MRR, 2020*, e TCE, *Relatório «Riscos, desafios e oportunidades na resposta de política económica da UE à crise provocada pela COVID-19»*, 2021.

inclusive no que respeita a qualquer medida de execução das reformas e dos projetos de investimento ao abrigo do plano de recuperação e resiliência<sup>27</sup>.

Deve, finalmente, sublinhar-se a consagração expressa no Regulamento 2021/241 relativa à exigência de que os Estados ficam obrigados a autorizar expressamente a Comissão, o OLAF, o Tribunal de Contas e, se for caso disso, a Procuradoria Europeia a exercerem os seus direitos, tal como previsto no artigo 129.º, n.º 1, do Regulamento Financeiro, e a imporem a todos os destinatários finais dos fundos pagos para as medidas destinadas à execução das reformas e dos projetos de investimento incluídas no plano de recuperação e resiliência, ou a todas as outras pessoas ou entidades envolvidas na sua execução, a obrigação de autorizarem expressamente a Comissão, o OLAF, o Tribunal de Contas e, se for caso disso, a Procuradoria Europeia a exercerem os seus direitos e a imporem obrigações similares a todos os destinatários finais dos fundos desembolsados.

No caso português, o PRR<sup>28</sup>, quanto ao modelo de governação e controlo de toda a sua vasta dimensão e implementação, estabelece princípios estruturais que devem ser respeitados, como a simplificação, a transparência e prestação de contas, a participação, a centralização da gestão e descentralização na execução, a segregação de funções e a orientação para resultados.

Para a efetivação de tais princípios, no entanto, está prevista a existência de uma Comissão Nacional de Acompanhamento, presidida por uma personalidade independente de reconhecido mérito e que integra um alargado conjunto de entidades do sector empresarial, da ciência e conhecimento, da área social e cooperativa, e dos territórios, e concretamente sobre a dimensão fiscalizadora, interna, apenas está enunciada a intervenção do Inspeção-Geral das Finanças (IGF) em matéria de auditoria. O documento estabelece que será criado em, pressupõe-se, aditamento à intervenção da IGF, um «sistema de controlo interno eficiente e eficaz, que proporcione a verificação da realização física e financeira das intervenções, contribua para prevenir e detetar irregularidades e permita a adoção das medidas corretivas oportunas e adequadas»<sup>29</sup>.

Sublinha-se assim, e com relevo para a situação nacional, a necessidade dos órgãos de controlo financeiro interno e externo, nomeadamente o Tribunal de Contas e as autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal, concretizarem mecanismos de prevenção de fraude que permitam, em devido tempo, minorar as potenciais dimensões de fraude que o volume financeiro de transferências comporta, nomeadamente quando as mesmas serão concretizadas num curto período de tempo.

Nesse sentido, o acompanhamento, em tempo real, dos procedimentos de aprovação, num primeiro momento, das propostas e projetos de investimento que estão em causa e, num segundo momento, da sua execução poderá constituir um mecanismo eficaz de prevenção de patologias que possam ocorrer.

<sup>27</sup> Artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento 2021/2041.

<sup>28</sup> As referências efetuadas ao PRR decorrem da versão apresentada e colocada à discussão pública em 15 de fevereiro de 2021 até 1 de março.

<sup>29</sup> Referência que é replicada na Estratégia Nacional Anticorrupção, sublinhando-se aqui, que o modelo «mostra-se idóneo à prevenção e deteção dos conflitos de interesses, da fraude e da corrupção, através de um sistema de controlo interno que permite a verificação da realização física e financeira das intervenções, bem assim como a prevenção e deteção precoce de irregularidades» (p. 35).

Na primeira dimensão, acompanhamento em tempo real dos procedimentos, a sua concretização não comporta especiais dificuldades por via da dimensão eletrónica de todo o processamento que a realização dos projetos deve envolver. Trata-se apenas de assegurar que seja qual for o sistema ou mecanismo processual adotado, o acesso ao mesmo esteja disponível, sem limitações às autoridades de controlo. Naturalmente, só uma articulação coordenada entre os vários OCI, ainda que sob a alçada da IGF, o TdC e as autoridades com competências criminais, num segundo momento, poderão concretizar esse acompanhamento de forma efetiva com a possibilidade de puder levar a termo um controlo sobre práticas menos corretas ou outras patologias que sejam detetadas<sup>30</sup>.

**IV.2.** No segundo caso, as autarquias locais, estão em causa sistemas de organização política disseminado geograficamente por múltiplas entidades (308 municípios, 3092 freguesias, 20 entidades intermunicipais, 173 empresas locais<sup>31</sup> e 23 serviços municipalizados<sup>32</sup>), dotados de grande autonomia, nomeadamente os municípios, e também eles muito condicionados, na sua atuação concreta, pela dimensão temporal da sua «legislatura» (em regra não coincidente com a legislatura do Parlamento e Governo) e das condicionantes locais que envolvem os percursos eleitorais.

As autarquias comportam um duplo sistema de intervenientes subjetivos, que envolvem titulares de cargos políticos, ainda que sujeitos a regimes legais diferenciados, conforme exerçam funções executivas ou não<sup>33</sup>, e funcionários públicos, sujeitos a regimes normativos muito díspares, mas, neste caso, com cadeias de dependências hierárquicas muito acentuadas.

A relevância financeira das autarquias locais, no panorama das contas públicas, é inequívoca<sup>34</sup>. Tanto as receitas próprias como as transferências anuais assumem uma importância notável no panorama financeiro nacional. A título de exemplo, em 2019, as transferências efetuadas para os Municípios, quer providas do Estado, dos Fundos Autónomos e dos Fundos Europeus, atingiram o valor de 3435,8 mil milhões de euros<sup>35</sup>. Por sua vez a receita fiscal atingiu, no mesmo ano, o valor de 3569,6 mil milhões de euros<sup>36</sup>. Trata-se, naturalmente, de valores distribuídos por municípios de diversificada dimensão (grandes, médios e pequenos municípios), com uma matriz, no entanto, muito semelhante, ainda que proporcionalmente diferente, na execução dos orçamentos.

Quer os valores financeiros quer as competências estabelecidas na lei conformam às autarquias, ainda que de forma diferenciada, uma enorme autonomia financeira

<sup>30</sup> Sublinha-se, positivamente, a constituição do *THINK TANK – RISCOS DE FRAUDE RECURSOS FINANCEIROS UNIÃO EUROPEIA*, criada pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal no âmbito da PGR – cf. <https://thinktank-fundosue.ministeriopublico.pt> – e o papel que poderá desempenhar nesta matéria.

<sup>31</sup> Dados de fevereiro de 2021, segundo o Portal Autárquico.

<sup>32</sup> Dados de outubro de 2020, segundo o Portal Autárquico.

<sup>33</sup> Veja-se a título de exemplo o regime diferenciado a que estão sujeitos os autarcas para efeitos da legislação que obriga à entrega de declaração de rendimentos [cf. artigos 2.º, n.º 1, alínea i), n.º 2, e artigo 7.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho].

<sup>34</sup> Uma visão ampla e muito precisa sobre a dimensão financeira das autarquias, concretamente dos Municípios, pode ver-se no *Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses*, 2019.

<sup>35</sup> Dados constantes no mesmo *Anuário*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

que lhes permite desempenhar as funções e exercer as competências, cada vez mais densificadas e relevantes, em áreas tão diversificadas como os transportes, as infraestruturas, o ambiente, o apoio social, a educação, a cultura, entre outros.

Tanto a dimensão das competências como, sobretudo, os valores que estão envolvidos impõem um sistema de fiscalização da legalidade financeira adequado, nomeadamente que atente no número elevado de municípios, na sua diversidade e na relevância social que comportam. Por outro lado, como se referiu, trata-se de entidades cujo controlo político é muito condicionado por via da especificidade de cada município, nomeadamente em função da dimensão populacional, área e situação geográfica, e também da estrutura política (maiorias absolutas ou relativas) que estão na base da escolha dos eleitos locais de cada município.

Ou seja, a dimensão do controlo financeiro que o «grupo autárquico» comporta, pela sua variedade e tipologias, pelo número de decisores que envolve e pelas múltiplas tipologias de decisão que englobam, assume uma relevância estrutural essencial no âmbito das contas públicas<sup>37</sup>.

Por isso, a intervenção de sistemas de controlo financeiro externos (às próprias instituições) assume-se como essencial para o exercício de governação transparente. Quem fiscaliza não pode ter dependências relativamente ao fiscalizado.

Por outro lado, numa análise diagnóstica, ainda que tópica, sobre patologias financeiras e outras que envolvem o grupo autárquico, os números sobre acusações e condenações criminais participados ao Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), no âmbito do conjunto de crimes que envolvem o conceito amplo de corrupção, demonstram inequivocamente a prevalência do sector autárquico<sup>38</sup>. Também são conhecidas ações de natureza administrativa envolvendo perda de mandatos autárquicos, por via de ilegalidades cometidas no exercício das funções. Por outro lado, o TdC vem identificando situações complexas de ilegalidades envolvendo os municípios, quer no âmbito do visto prévio (e das consequentes recusas) quer em auditorias. Situação tanto mais grave quanto, como é conhecido, alterações legislativas que têm ocorrido no domínio autárquico, nomeadamente na exclusão do controlo prévio de contratos de grande relevância como é o caso das Parcerias Público-Privadas, quer no domínio da responsabilidade financeira, em que se afastaram mesmo os responsáveis políticos autárquicos de responsabilidade financeira, nomeadamente após a publicação da Lei n.º 42/2016, de 29 de agosto.

A estrutura ampla e complexa do grupo autárquico, por um lado, e o panorama histórico referido, envolvendo uma grande diversidade de tipologias ilícitas ocorridas, impõem a existência de um sistema de controlo interno específico nesta área.

A inexistência, hoje, de um órgão de controlo com essa característica, direcionado especificamente para as autarquias (municípios, freguesias e restante perímetro autárquico) surge por isso como uma das grandes fragilidades dos sistemas de controlo, que, obviamente, deixa um vasto campo de «ausência» de controlo efetivo interno e externo.

<sup>37</sup> Para uma visão aprofundada desta complexidade, cf. ERNESTO CUNHA, *Contas Certas por Direito Certo e Poder Local*, Cadernos IDEEFF, n.º 16, Coimbra: Almedina, 2014.

<sup>38</sup> No ano de 2020, a maior incidência de reportes judiciais foi identificada na Administração Local, com 382 casos, seguindo-se-lhe a Administração Central, direta e indireta, com 187 comunicações e as entidades com poderes ou funções públicas delegadas com um número total de 151 – cf. CPC, *Relatório Comunicações Recebidas 2020*, março, 2021.



Não é possível concretizar uma política preventiva que, assertivamente, pretenda consolidar os princípios já referidos referentes ao desencorajamento de patologias envolvendo a corrupção, a fraude ou as infrações financeiras, por via quer de uma política proativa de *compliance* quer sobretudo de auditoria e deteção rápida de situações patológicas, sem existir uma entidade autónoma com competências próprias que permita efetivamente abranger o vastíssimo âmbito do sector das autarquias locais<sup>39</sup>.

**IV.3.** No terceiro caso, a contratação pública, está em causa um sistema de decisão normativa, horizontalmente aplicável a quase toda a administração pública, tecnicamente complexo, passível, por isso, de muita incerteza jurídica.

Nesta última dimensão, importa sublinhar o facto de a contratação pública ser hoje, sem dúvida, um dos campos mais férteis, por via da sua estrutura procedimental relativamente burocrática, para o desenvolvimento de comportamentos ilegais ou ilícitos, nomeadamente envolvendo a corrupção<sup>40</sup>.

Trata-se de uma situação que aliás comporta alguma similitude entre o que se passa na União Europeia e em Portugal, como demonstram alguns estudos. Veja-se o estudo do Eurobarómetro relativo a 2017 que indica os contratos públicos como áreas onde as empresas evidenciam problemas graves de corrupção, nomeadamente como fator de impedimento em ganhar concursos públicos<sup>41</sup>. Igualmente no relatório de 2014 sobre a corrupção<sup>42</sup> são referidas várias situações concretas, nomeadamente que os funcionários responsáveis pelos contratos públicos consideram ter um papel muito limitado na deteção de práticas de corrupção que a eficácia da cooperação entre autoridades responsáveis pelos contratos públicos e autoridades policiais e serviços anticorrupção é muito variável ou que a cooperação é formalista.

São variadíssimas as matérias que podem comportar riscos maiores de situações envolvendo a má utilização dos recursos ou a distorção de regras e princípios fundamentais, como a legalidade, transparência e concorrência.

Mas é possível identificar situações muito preocupantes, por via da sua recorrência e também por via das suas consequências, como sejam a divisão artificial de contratos, o conluio entre empresas e o que este pode implicar para o funcionamento do mercado concorrencial, as situações que envolvem conflitos de interesses no processo de contratação ou a sobrevalorização do ajuste direto como procedimento concursal, menosprezando o princípio da concorrência (estes dois casos com muita frequência em praticamente todos os sectores da administração)<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Neste sentido não se compreende a ausência de qualquer referência à necessidade de densificar o «sistema de controlo autárquico» na Estratégia Nacional Anticorrupção. Menos se compreende, ainda, que se diga que «as específicas características da administração local reclamam uma atenção diferenciada que capte, para além do controlo da administração financeira da receita e da despesa públicas, as dimensões da ética e da transparência associadas ao exercício de funções em órgãos e serviços de autarquias locais» (p. 47) e, como consequência, se omita qualquer referência explícita ao poder local.

<sup>40</sup> Desenvolvidamente, JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção...*, cit., pp. 48 e ss.

<sup>41</sup> EUROBARÓMETRO, *Empresas e Corrupção*, setembro 2017.

<sup>42</sup> COM, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. Relatório Anticorrupção*, 2014.

<sup>43</sup> Sobre esta matéria a Estratégia Nacional Anticorrupção refere a necessidade de intervir numa «mais ampla publicitação do procedimento contratual; do aperfeiçoamento do regime de impedimentos; de uma mais rigorosa densificação do princípio da imparcialidade, estendendo o



Tratando-se de questões reconhecidas como áreas de risco na contratação pública<sup>44</sup> e que se evidenciam em quase todas as áreas de intervenção dos vários OCI, a atividade de controlo e fiscalização destes, nas várias áreas onde assumem competências específicas, não podem deixar de priorizar políticas internas de *enforcement* relativamente a esta tipologia de questões<sup>45</sup>.

À fiscalização do cumprimento das Recomendações do Conselho de Prevenção da Corrupção que foram emitidas, não podem deixar de seguir-se concretas ações de fiscalização a áreas determinadas, em função dos graus de risco identificados, pelos vários OCI, ainda que diferenciados em função das áreas de competência específica. Essa dimensão proativa comporta uma vertente preventiva relativamente eficaz, não apenas na deteção de eventuais irregularidades, mas sobretudo no potencial inibitório que comporta para os agentes públicos intervenientes nos procedimentos de contratação.

Importa igualmente salientar que a LOPTC, desde 2006, através da Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, estabeleceu no âmbito da responsabilidade financeira reintegratória (artigo 59.º, n.º 5) que «sempre que da violação de normas financeiras, incluindo no domínio da contratação pública, resultar para a entidade pública obrigação de indemnizar, o Tribunal pode condenar os responsáveis na reposição das quantias correspondentes».

O legislador entendeu especificar, de forma inequívoca, como passível de conformar uma situação de responsabilidade financeira reintegratória, a violação de todas as normas financeiras no domínio da contratação pública das quais resulte uma obrigação de indemnização.

Para além disso e com enorme relevância prática, desde 2011, por via da Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro, o artigo 65.º, n.º 1, alínea l), 1.ª parte, da LOPTC, estabelece como infração sancionatória específica a violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública.

A alteração da LOPTC, nesta parte, visou assegurar um mais eficiente controlo por parte do TdC, desde logo por força dos compromissos assumidos pelo Estado português no Memorando de Entendimento com a Comissão Europeia, o BCE e o FMI. Nomeadamente e em especial, o compromisso de «assegurar auditorias/

---

conflito de interesses à fase da preparação do procedimento de formação de contrato público; de um melhor recorte das entidades relacionadas para efeitos de escolha de convidados a participação no procedimento; da determinação da obrigatoriedade das entidades adjudicantes assegurarem que os operadores com quem se relacionam garantem o respeito pelas normas aplicáveis em matéria de prevenção e combate à corrupção» (p. 34).

<sup>44</sup> Sobre isso vejam-se as Recomendações específicas do Conselho de Prevenção da Corrupção de 2015 e 2019.

<sup>45</sup> Afigura-se, muito débil a referência explícita na Estratégia Nacional Anticorrupção, sobre os OCI, onde apenas se afirma que «as inspeções-gerais, entidades equiparadas e inspeções regionais desempenham um papel fundamental no sistema de prevenção da corrupção no interior da Administração Pública. Os seus titulares podem integrar o Mecanismo e os seus planos de atividade devem ter uma forte componente de identificação de ações ou omissões com reflexo no afrouxamento da ação preventiva em matéria de corrupção. Estes organismos desenvolvem já hoje atividade muito relevante nessa matéria, facilitada pela ação do Conselho de Prevenção da Corrupção que emite regularmente recomendações incidindo sobre planos de prevenção de corrupção e ferramentas conexas» (p. 46). Simultaneamente aponta-se «no sentido do reforço do papel das Inspeções sectoriais, enquanto garantes da permanente atualização dos Planos de Prevenção da Corrupção e de Infrações Conexas» (p. 46).

/verificações *ex ante* relativas a contratação pública por entidades nacionais competentes (principalmente o Tribunal de Contas), como uma ferramenta para evitar e combater a prática de adjudicações ilegais de obras/serviços adicionais e de aumentar a transparência» bem como «adotar medidas para tornar os administradores das entidades adjudicantes financeiramente responsáveis pela falta de cumprimento das regras de contratação pública»<sup>46</sup>. Estava em causa, sobretudo, melhorar a eficiência da despesa pública, sempre subjacente à contratação pública, mas também, como é referido no proémio da matéria envolvendo as medidas a tomar pelo Estado português na contratação pública, «assegurar um ambiente de negócios mais transparente e competitivo» por parte de quem está no «mercado público».

A alteração introduzida no âmbito da Lei n.º 61/2011, citada, comportou, para a contratação pública, uma novidade substancial, na medida que passa a sancionar os responsáveis públicos, individualmente identificados por via das suas competências, pelos procedimentos de contratação pública que colidam com os normativos legais.

Trata-se, por isso, de uma norma com um intuito muito claro de alargamento do *iter* sancionatório existente em termos de responsabilidade financeira, mas sobretudo uma norma cujo alcance é notoriamente expansivo do ponto de vista subjetivo, na medida em que envolve os responsáveis por todas as entidades adjudicantes, de qualquer área do mercado de serviços ou obras públicas, que efetuem procedimentos ao abrigo das regras de contratação pública, em colisão com as normas legais vigentes.

A amplíssima dimensão dos destinatários da norma financeira, em todos os sectores e áreas da administração pública, comporta, por isso, uma dimensão preventiva subjacente manifesta, no sentido de sinalizar a necessidade de todos os responsáveis públicos com competências na área da contratação pública, qualquer que seja o sector, a cumprirem, de forma adequada, as regras de contratação pública.

Sabido que em matéria de corrupção, como foi referido, a área da contratação pública, em várias e concretas dimensões, conforma uma das áreas de risco onde os mecanismos de prevenção devem ser mais efetivos e eficazes, a atuação dos OCI na deteção de irregularidades financeiras nas diversas áreas de competência em que intervêm, bem como o seu reporte ao TdC, conforma, para além do mais, um concreto mecanismo de dissuasão relevante de tais patologias.

## V. Conclusão

O controlo da atividade financeira do Estado, em sentido amplo, envolvendo toda a aplicação de fundos públicos nacionais e europeus, ainda que geridos e utilizados por entidades não necessariamente públicas, impõe uma dimensão de controlo e auditoria que é essencial para identificar situações que não correspondem, de todo, às finalidades ou práticas inerentes à aplicação de tais dinheiros públicos. Igualmente, permite a correção de práticas menos apropriadas e, por via disso, efetuar recomendações às entidades gestoras, de acordo com as boas práticas internacionais.

Não estando em causa matérias de natureza criminal, na medida em que as competências nacionais neste domínio competem exclusivamente ao Ministério Público

<sup>46</sup> Cf. pontos 7.26 e 7.27 do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, de 17 de maio de 2011.

e aos órgãos de polícia criminal com competências exclusiva nesta matéria, assumir plenamente o controlo do amplíssimo domínio da prevenção e deteção das irregularidades que podem vir a resultar em situações sancionatórias não criminais é hoje uma inevitabilidade para conseguir atingir os objetivos da boa gestão financeira pública.

Mas é sobretudo uma, dir-se-ia, «emergência» em áreas ou situações de altíssimo risco, como as que foram analisadas.

Os órgãos de controlo financeiro assumem assim um papel insubstituível na concretização de um sistema de controlo efetivo dos dinheiros públicos. Nomeadamente por via de uma intervenção proativa, coordenada e maximalista, através dos vários OCI em função das suas específicas competências no âmbito do controlo interno e sobretudo através do controlo externo do Tribunal de Contas e da sua competência exclusiva no domínio da efetivação da responsabilidade financeira, quer na sua dimensão sancionatória quer reintegratória.

Esta perspetiva permite concretizar os dois patamares de uma política de prevenção da corrupção e fraude, no sentido amplo referido, nomeadamente evitar a ocorrência de patologias com dimensão financeira e, numa segunda vertente, assegurar a deteção precoce de eventuais infrações e, sendo caso, disso responsabilizar os seus autores e fazer reintegrar os fundos públicos nos orçamentos públicos devidos.

## Programas de Cumprimento Normativo no Sector Público

Flávia Novera Loureiro

### Sumário:

- I. Introdução: a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 e a adoção de Programas de Cumprimento Normativo no Sector Público
- II. Os programas de cumprimento normativo e a *public compliance*
  - 1. Os objetivos dos programas de cumprimento normativo e a sua transposição para o sector público
  - 2. A (titubeante) responsabilidade penal de pessoas coletivas públicas
- III. O conteúdo do programa de cumprimento normativo
  - 1. O responsável pelo programa de cumprimento normativo
  - 2. Os canais de denúncia
  - 3. As investigações internas
- IV. Conclusão

**RESUMO:** A aplicação de programas de cumprimento normativo ao sector público, proposta na Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 como elemento fundamental na prevenção (e repressão) da corrupção, configura uma novidade significativa deste documento e obriga-nos a refletir sobre muitos dos seus postulados. Neste texto, faz-se uma análise sumária dos principais aspetos que a este propósito são tratados naquela Estratégia e procura-se refletir sobre aquele que poderá ser o caminho a seguir em sede de concretização legislativa em alguns dos seus pontos mais problemáticos. Trata-se, por isso, a natureza dos programas de cumprimento normativo e a sua possibilidade de transposição para as entidades públicas, nomeadamente tendo em consideração a especial relação que estes programas mantêm com a responsabilização (penal) de pessoas coletivas. Analisa-se, igualmente, os principais elementos propostos para tais programas e discute-se, em particular, o papel que será desempenhado pelo responsável pelo programa de cumprimento normativo, as suas funções e responsabilidade, bem como os problemas que são suscitados pelos canais de denúncia interna, que deverão ser implementados, e pelas investigações internas.

### I. Introdução: a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 e a adoção de Programas de Cumprimento Normativo no Sector Público

A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, recentemente aprovada pelo Governo português, coloca expectável ênfase na prevenção dos fenómenos corruptivos, encarada como pedra de toque do sistema, que deve ser aprofundada e melhorada. Nesse sentido, para além de uma preocupação transversal com a instituição de mecanismos preventivos, a sua implementação e efetivação no que concerne à ação pública ganha destaque, sendo que a prevenção e deteção de riscos de corrupção neste domínio é mesmo considerada uma das sete prioridades definidas naquele documento (dolosamente colocada logo em segundo lugar, depois da melhoria do conhecimento, da formação e das práticas institucionais em matéria de transparência

e integridade – aspeto que, aliás, se entrecruza fortemente com a referida prevenção, muito embora não dizendo apenas respeito à ação pública)<sup>1</sup>.

Para a concretização deste desiderato, a Estratégia propõe como uma das peças fundamentais a adoção de programas de cumprimento normativo (programas de *public compliance*), quer como forma de promoção da ética na ação pública, quer como complemento das obrigações formativas também fixadas na Estratégia, de modo a proporcionar a criação de um verdadeiro sistema de prevenção da corrupção. Visa-se, portanto, trazer para dentro do sector público os programas de cumprimento normativo que têm vindo a vulgarizar-se, um pouco por todo o mundo, no sector privado, devendo dar-se especial enfoque, de acordo com aquele documento, à necessária adaptação às características específicas dos organismos e serviços da administração direta e indireta do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais e do sector público empresarial, envolvendo as funções: formulação – identificar, definir e estruturar; implementação – informar, incentivar e organizar; consolidação e aperfeiçoamento – reagir, sancionar e aperfeiçoar.

No que aos elementos dos programas de cumprimento respeita, a Estratégia elenca aqueles que considera serem os aspetos a tratar necessariamente: *a)* análise de riscos e planos de prevenção ou gestão de riscos; *b)* código de ética ou de conduta; *c)* mecanismos de controlo do cumprimento das normas; *d)* formação dos destinatários e difusão do programa de cumprimento; *e)* mecanismos de deteção do incumprimento, designadamente por via da criação de canais de denúncia interna; *f)* sanções para o incumprimento; *g)* investigações internas; *h)* designação do responsável pelo programa de cumprimento normativo; *i)* avaliação periódica e sempre que se justificar; *j)* documentação da atividade.

Assim, depois desta sucinta apresentação daquilo que vai estabelecido na Estratégia Nacional Anticorrupção a propósito do tema que escolhemos tratar, convém estabelecer alguns pontos de partida que nortearão o esforço de reflexão que nas páginas seguintes se leva a cabo.

Em primeiro lugar, devemos começar por afirmar a nossa concordância de princípio com a estratégia gizada no que diz respeito à proeminência da prevenção. É indiscutível – e de há muito reconhecido – o papel fundamental que a prevenção assume neste domínio, não só porque é certamente preferível a um modelo reativo, como sucede em muitos outros âmbitos, como porque, no que diz respeito à corrupção, dados os bens e interesses que estão em jogo, nomeadamente de cariz público, a atuação preordenada à evitação do dano adquire ainda maior importância, desde logo tendo e vista a mensagem que se pretende transmitir à população<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cf., quanto a todos estes aspetos, a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, aprovada através da resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, *Diário da República*, n.º 66/2021, I Série, 6 de abril.

<sup>2</sup> Como, aliás, temos vindo a repetir – cf. FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, «A Cabeça de Janus da Corrupção: Da Autonomia Intencional do Estado à Criminalidade Organizada Transnacional», in *Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti II*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 79-94; «A corrupção e as corrupções: da compreensão do fenómeno à atuação sobre ele», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 343-359; «A Corrupção na Era Global: reflexão breve sobre o alcance e os limites da intervenção penal», in *Direito na Lusofonia. Cultura, direitos humanos e globalização*, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 161-170.

De outro lado, devemos desde já clarificar que o estudo que aqui encetamos se dedica apenas à matéria dos programas de cumprimento normativo, não cabendo nesta sede, por razões de ordem formal e substancial, o tratamento de outros aspetos preventivos – e, já agora, das respetivas configurações repressivas. Ainda assim, tendo em conta o conjunto de variáveis de que aqueles programas deverão tratar, não nos eximiremos de, sempre que consideremos conveniente e adequado, alargar o nosso estudo a tais matérias, designadamente para demonstrar implicações, decorrências ou incoerências do sistema proposto.

Por último, tendo em conta a multiplicidade de aspetos que os *compliance programs* tocam e as questões que, implicativamente, colocam, só trataremos neste trabalho daqueles pontos que, seja por ação seja por omissão, a Estratégia Nacional Anticorrupção em análise especialmente nos suscita. Bem sabemos que muitos outros haveria a tratar, mas as circunstâncias de tempo e de modo desde estudo não o autorizam (razão acrescida para que a reflexão que aqui se deixa seja lida em articulação com as demais que compõem esta obra).

## II. Os programas de cumprimento normativo e a *public compliance*

O primeiro aspeto que julgamos merecer alguma ponderação, quer pela sua importância teórica quer pelas consequências práticas que transporta consigo, é o da escolha dos programas de cumprimento normativo como instrumentos privilegiados para a prevenção da corrupção no sector público (em articulação, conforme resulta da Estratégia, com a adoção de um Regime Geral de Prevenção da Corrupção). Como sabemos, os mecanismos de *compliance* são típicos do sector privado, área que os viu nascer e na qual têm prosperado, tendo surgido para dar resposta a uma concreta conjuntura político-económica em que o Estado, tendo-se afastado da economia num movimento desregulador neoliberal, se viu obrigado, ainda assim, a exercer algum controlo «à distância», avançando para uma «autorregulação regulada»<sup>3</sup>. A estrutura própria do sistema capitalista, com empresas de cada vez maior dimensão e onde os órgãos decisores se afastam progressivamente dos proprietários, e a multiplicação de normas e regras a que tais empresas estão sujeitas, fizeram com que se estabelecessem modos de atuação próprios para a governação destas entidades (*corporate governance*), assumindo aí papel de destaque o estabelecimento de mecanismos de garantia e controlo desta atuação (*compliance programs*).

### 1. Os objetivos dos programas de cumprimento normativo e a sua transposição para o sector público

Não cabendo aqui escarpelizar nem a referida conjuntura nem, tão-pouco, o sentido e o alcance da noção de *compliance*, a verdade é que ela está genética e

<sup>3</sup> Cf., neste sentido, ADÁN NIETO MARTÍN, «El programa político-criminal del Corporate Government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 11, 2004, pp. 259-284; e *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Valencia: Tirant lo Blach, 2015, pp. 27 e ss. Ver, entre nós, o que a este propósito diz ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 45 e ss. Cf., ainda, o que mais detalhadamente dissemos sobre esta matéria em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 39 e ss.



estruturalmente ligada à necessidade de uma gestão eficaz das empresas, construída de acordo com os *Principles of Corporate Governance* gizados nos Estados Unidos da América<sup>4</sup> e estribada em três pilares fundamentais: *governance*, *risk management* e *compliance* (o modelo GRC). E se cada uma destas premissas traz consigo, como não poderia deixar de ser, um conjunto de exigências particulares (que vão da necessidade de estabelecimento de padrões de atuação técnica e ética, à essencialidade de avaliação e gestão de riscos, sob a supervisão de um órgão próprio e funcionalmente independente), todas elas contribuem para a adequada estratégia de governação da empresa, com vista à sua afirmação concorrencial, redução de custos e perdas e otimização de funcionamento<sup>5</sup>.

Neste contexto, e focando-nos agora essencialmente no aspeto de *compliance*, os programas de cumprimento normativo assumem-se como visando atingir pelo menos um de dois objetivos: criar mecanismos internos que evitem a responsabilização da organização (*maxime*, a responsabilização contraordenacional e penal), ou promover uma estrutura organizativa comprometida com a ética e os padrões da correta atuação empresarial. E se é certo que, em abstrato, tais desideratos podem ser concebíveis tanto para entidades privadas como para entidades públicas – como, aliás, se reconhece internacionalmente, havendo expressas referências a tal, por exemplo, nas normas de referência dos padrões de qualidade ISO ou UNE<sup>6</sup> –, a verdade é que a sua implementação nos suscita algumas interrogações e reservas.

Ninguém discutirá, naturalmente, a importância de que os organismos públicos atuem de acordo com altos padrões éticos, incorporando no quotidiano das respetivas organizações formas de atuação promotoras de uma cultura de legalidade e transparência, mas já não se pode aceitar sem mais a importação de uma perspetiva de resistência à responsabilidade com vista à redução de custos ou ao afastamento de consequências jurídicas que eventualmente lhe sejam assacáveis. De modo porventura mais claro: toda a organização, incluída – se calhar até principalmente – a de natureza pública, deve planear-se no sentido de impedir ou diminuir a criação de situações que gerem perigos ou danos; mas nem todas podem orientar-se de modo a gizar uma estrutura que evite a sua responsabilização quando isso aconteça (se isso não é certamente desejado nas entidades privadas, é totalmente inadmissível no sector público).

Vale isto por dizer, portanto, que sendo certo que não é essa a intenção da Estratégia e dos mecanismos aí propostos, deve manter-se uma vigilância apertada sobre as concretas medidas que serão implementadas, de modo a garantir que em nenhum momento elas possam ser desvirtuadas neste último sentido.

## 2. A (titubeante) responsabilidade penal de pessoas coletivas públicas

Uma referência especial nos merece, neste âmbito, a responsabilidade penal de pessoas coletivas públicas, uma vez que, tal como dissemos, uma das principais

<sup>4</sup> Cf. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Philadelphia: ALI, 1994.

<sup>5</sup> Em sentido convergente, RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ, «Compliance», in Jesús-María Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona: Atelier, 2020, pp. 97-119.

<sup>6</sup> Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 56, e RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 98.



razões para a implementação de um programa de cumprimento normativo dentro de uma organização é a de evitar a eventual responsabilização (criminal) da própria entidade coletiva pelos atos que sejam praticados no decurso da respetiva atividade, nos ordenamentos jurídicos e nas hipóteses em que tal seja previsto. Ora, muito embora Portugal (re)conheça a responsabilidade penal de pessoas coletivas há muito tempo e a tenha mesmo acolhido em sede de Código Penal desde 2007, a verdade é que o artigo 11.º do CP desde o primeiro momento pretendeu excluir de uma tal possibilidade o Estado e as demais pessoas coletivas públicas<sup>7</sup>. E as modificações que, entretanto, foram sendo introduzidas no n.º 2 daquele artigo, ainda que uma delas tenha respeitado a este específico aspeto, não mudaram significativamente este estado de coisas – onde antes se exigia a existência de uma pessoa coletiva pública agora demanda-se que a pessoa coletiva exiba prerrogativas de poder público, o que, podendo dar alguma margem interpretativa<sup>8</sup>, não resolve com segurança o problema.

Ao pretender estabelecer-se uma obrigatoriedade de implementação de um programa de cumprimento normativo dentro de todos os organismos públicos (entidades da administração direta e indireta do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais e do sector público empresarial, para utilizar a expressão da Estratégia), e muito embora se compreenda – e concorde – que o seu primeiro e mais relevante papel é o de fixar um padrão ético, de criar um código de conduta pelo qual possam pautar-se todos aqueles que lidam com a «coisa pública», de detetar, avaliar e prevenir riscos, não pode ignorar-se a importância que nesse horizonte desempenha a previsão de sanções para o respetivo incumprimento, nomeadamente pelo papel preventivo que necessariamente cumprem. Tais normas sancionatórias poderão existir – como, aliás, a própria Estratégia exige – quer no que diz respeito a todos os indivíduos que, agindo sob a égide da entidade pública, devem respeitar e fazer cumprir diariamente o fixado no programa, quer para aquele que assume a responsabilidade pelo programa de cumprimento (o *compliance officer*), e que, nos termos que melhor referiremos a seguir, poderá ser eventualmente responsabilizado, mas não poderão gerar, nos termos do citado preceito do CP, responsabilidade penal

<sup>7</sup> Cf. o que a este propósito dissemos em MÁRIO FERREIRA MONTE e FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, «Responsabilidade penal das pessoas jurídicas em face das patologias corruptivas – perspetiva portuguesa», in *Interlocuções Jurídicas Luso-Brasileiras – Interlocuções sobre Direito*, Braga: AEDREL – Associação de Estudos de Direito Regional e Local, 2019, pp. 187-200; ou em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, «A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas – o que mudou no Código Penal quase oito anos depois e qual a sua relevância para o tratamento da criminalidade económico-financeira», in *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal – Memórias*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 27-44. Ver também as considerações de SUSANA AIRES DE SOUSA, *Societas publica (non) delinquere potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português*, disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>; TERESA SERRA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «A exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas – Da inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal», in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. IV, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 65-111; e TERESA QUINTELA DE BRITO, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas de direito público? O problema em geral e perante o crime de corrupção», in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, vol. IV, Lisboa: Universidade Católica Editora 2020, pp. 2795-2832.

<sup>8</sup> Ver, com profusas referências, TERESA QUINTELA DE BRITO, *op. et loc. cit.*

da própria organização (pessoa coletiva) – ou só a poderá gerar através de uma interpretação ainda pouco consolidada no nosso país<sup>9</sup>.

Uma tal opção levanta-nos as maiores reservas.

Em primeiro lugar, reservas que estão relacionadas com a exclusão destas entidades da responsabilização penal em sede geral, como já noutros lugares tivemos ocasião de referir<sup>10</sup>.

Depois, e no que especificamente diz respeito ao objeto aqui tratado, reservas que, como resulta da epígrafe deste ponto, vão beber à natureza e razão de ser dos *compliance programs*. De facto, estes programas estão intrinsecamente ligados a uma conceção de entidade coletiva (empresa) e é em função dela que são estabelecidos, dirigem-se à sua organização e gestão, à sua estrutura e forma de atuar. O «cumprimento» que está em causa só em segunda linha, só de modo derivado é o dos trabalhadores, funcionários ou agentes – o «cumprimento» que se pretende garantir é o da própria entidade ou pessoa coletiva. No pensamento que parece presidir à Estratégia, deteta-se algum risco de entorse desta ideia, que com probabilidade deslocará a eventual responsabilidade decorrente do incumprimento das regras previstas no programa para os funcionários, agentes ou titulares de órgãos e, sobretudo, antevê-se, para o responsável pelo programa de cumprimento, pois que não se esclarecerá a questão da responsabilidade coletiva (já que por diversas vezes se diz naquele texto que se não pretende rever o disposto no artigo 11.º do CP). Esta ausência, cremos, será duplamente nefasta para o efeito que se deseja lograr com a implementação dos programas de cumprimento normativo: não responsabiliza a entidade coletiva e, nessa medida, alija o encargo e o seu peso, o que pode pôr em causa o grau de empenho e compromisso com o objetivo; sobrecarrega os indivíduos, funcionários e agentes, que estão já sujeitos a normas disciplinares superlativas por força das funções que desempenham, com consequências que, em boa verdade, são (ou deveriam ser) atribuíveis à organização, pondo também por aqui em causa o *compliance* desejado.

Em terceiro lugar, e olhando agora para o panorama geral que resulta da Estratégia, essa escolha parece-nos ser também penalizadora na comparação com pessoas coletivas privadas, uma vez que se pretende tornar obrigatórios os programas para médias e grandes empresas, fazendo com que quer essa imperatividade quer o conteúdo mínimo dos programas sejam fixados no Regime Geral de Prevenção da Corrupção (e reconhecendo-lhe efeitos ao nível da determinação da medida da pena, em sentido amplo<sup>11</sup>). As entidades privadas poderão, nessa medida, ser responsabilizadas pela sua falta de *compliance* – em termos que não nos cabe explorar

<sup>9</sup> Cf., a propósito, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de junho de 2018 (proc. n.º 1535/13.0 TDPRT), segundo o qual a exclusão de responsabilidade prevista no n.º 2 do artigo 11.º do CP só é concedida às pessoas coletivas que, no caso concreto, atuem no exercício de *ius imperii*.

<sup>10</sup> Cf. FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>11</sup> O que, neste caso e por outro lado, pode trazer ínsito o perigo de esvaziamento da responsabilidade penal de pessoas coletivas via programas de cumprimento normativo. Veja-se que, de acordo com a Estratégia, «[a] adoção ou aperfeiçoamento dos programas de cumprimento normativo incentiva-se por via da sua repercussão positiva na responsabilização penal, administrativa ou contraordenacional das pessoas coletivas e entidades equiparadas. Isentando-as de responsabilidade, atenuando a sua punição e prevendo soluções e meios processuais diferenciados e menos restritivos, o Estado promove uma cultura empresarial de cumprimento normativo

neste momento, mas que resultam incontestáveis daquela Estratégia –, mas uma entidade pública não o poderá ser por falha semelhante (ou apenas o será quando se entenda que devamos afastar o respetivo *ius imperii*)<sup>12</sup><sup>13</sup>.

Seria, pois, importante, aproveitar a oportunidade para clarificar esta questão, não apenas no que diz respeito à responsabilidade penal de pessoas coletivas públicas, como quanto ao seu eventual afastamento por força da implementação e respeito dos programas de cumprimento normativo, bem como quanto à sua articulação com a eventual responsabilidade do *compliance officer* e dos funcionários ou agentes.

## II. O conteúdo do programa de cumprimento normativo

No que tange, agora, com o concreto conteúdo dos programas de cumprimento normativo, a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, como já referimos, especifica quais os pontos que tais programas devem necessariamente tratar. A base desses instrumentos, como se sabe e até agora tem vindo a ser promovido pelo Conselho de Prevenção de Corrupção<sup>14</sup>, são os planos de prevenção ou gestão de riscos, por um lado, e os códigos de ética e de conduta, por outro. A esses elementos, que agora passam a integrar os programas, um conjunto de outros se soma, relacionados com a sua implementação e execução. Anotaremos aqui apenas três dos aspetos que nos suscitam maiores interrogações.

### 1. O responsável pelo programa de cumprimento normativo

Figura central de todo o modelo de *compliance* que na Estratégia se pretende instituir é o responsável pelo programa de cumprimento normativo, que tem por obrigação, falando ainda de modo lato, garantir a criação, implementação e execução daquele programa. Este responsável poderá ser uma pessoa individual ou um órgão coletivo e deve agir com autonomia e independência funcional, de modo a que possa tomar decisões livres sobre as necessidades a que o programa deve responder e a melhor forma de as cumprir. Tendo por base o exemplo já existente em Portugal<sup>15</sup>, lança-se mão da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, e prevê já este *compliance officer* (artigo 16.º), assacando-lhe um conjunto de tarefas para as

---

assente na responsabilização penal e contraordenacional das pessoas coletivas e entidades equiparadas» (p. 29).

<sup>12</sup> Tal como sustentam TERESA QUINTELA DE BRITO, *op. et loc. cit.* e respetivas referências, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015 (3.ª edição), pp. 133-134.

<sup>13</sup> Já não será assim sem mais na responsabilidade contraordenacional, uma vez que o RGCO, no seu artigo 7.º, não exceciona as pessoas coletivas de direito público e vários regimes sectoriais a preveem ou aceitam. Cf., a propósito, o Parecer n.º 11/2013 da Procuradoria-Geral da República, *Diário da República*, n.º 178/2013, Série II, de 16 de setembro de 2013.

<sup>14</sup> Desde 2009 que o Conselho de Prevenção da Corrupção vem emitindo recomendações relativas aos planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas: [https://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes\\_cpc.html](https://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes_cpc.html).

<sup>15</sup> O exemplo, aliás, que foi modelo em toda a União Europeia, como explica ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 75 e ss., especialmente pp. 128 e ss.

quais agora se remete: participar na definição dos planos de prevenção ou gestão de riscos e emitir parecer prévio sobre eles, zelando pela sua contínua adequação, suficiência e atualização; participar na definição, acompanhamento e avaliação da política de formação ministrada aos dirigentes e funcionários; assegurar a concentração de toda a informação que diga respeito à construção, implementação e revisão dos programas de prevenção ou de gestão de riscos, incluindo as denúncias de práticas desconformes ao plano.

Em primeira linha, não será despendendo sublinhar que o problema da autonomia e independência do responsável pelo programa de cumprimento normativo – que se coloca, genericamente, para todas as hipóteses de *compliance officer*, desde logo no sector privado<sup>16</sup> – nos parece poder ter aqui contornos mais delicados, uma vez que está em causa a ação pública e esta está vinculada a distintas regras e deveres. Desde logo, não será sempre fácil configurar como se processará esta autonomização em estruturas que obedecem a deveres de obediência e se encontram profundamente hierarquizadas, seja jurídica seja faticamente. A opção por uma externalização da função (de que não se fala expressamente na Estratégia, mas que vem prevista na Diretiva que, a este propósito, lhe serve de referência) também não será fácil nem pacífica, pelo menos num grande número de casos, já que falamos de entidades e organismos públicos, em cuja atuação vai ínsita informação que muitas vezes não pode ser partilhada e está mesmo adstrita a diversos tipos de sigilo.

Por outro lado, no que respeita às funções que este responsável terá de cumprir, a Estratégia, como se disse, acompanha muito de perto, ainda que apenas exemplificativamente, o n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 83/2017. Duas diferenças fundamentais, todavia, devem ser anotadas. Primeiro, a omissão das tarefas constantes na alínea e) daquele n.º 2, onde se atribui ao *compliance officer* o papel de «interlocutor das autoridades judiciais, policiais e de supervisão e fiscalização, designadamente dando cumprimento ao dever de comunicação previsto no artigo 43.º e assegurando o exercício das demais obrigações de comunicação e de colaboração». Depois, a expressa referência à obrigação de assegurar a concentração das «denúncias de práticas desconformes ao plano», que não encontra paralelo naquela lei. Ora, se é certo que, nesta sede, não existe dever semelhante ao que consta do artigo 43.º da Lei n.º 83/2017<sup>17</sup>, não deixamos de questionar-nos sobre o que deverá o responsável fazer com as denúncias que tem de recolher quando estas contenham matéria suscetível de ter relevo disciplinar, contraordenacional e penal. Se, quanto ao primeiro domínio, os problemas podem ser mitigados pela aplicação da lei correspondente (sendo que, ainda assim, o responsável pelo programa de cumprimento normativo funcionará aqui como um instrutor de processo disciplinar), quanto aos outros dois, em especial quanto ao criminal, questões de complexidade adicional se somam. Basta

<sup>16</sup> Cf. as considerações que a este respeito tece PAULO DE SOUSA MENDES, «*Law Enforcement & Compliance*», in *Estudos Sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018 (2.ª edição), pp. 11-20; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 129 e ss.; SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 123 e ss., *maxime* 137 e ss.; ou DUARTE RODRIGUES NUNES, «Posição de garante do *compliance officer* na criminalidade de empresa?», in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora 2020, pp. 651-680.

<sup>17</sup> Preceito que estabelece o dever de comunicação de operações suspeitas ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal da Procuradoria-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, pelas entidades obrigadas nos termos daquele diploma.

pensarmos que aquele responsável será, por regra, um funcionário ou agente, que, nos termos da lei processual penal, está vinculado a denúncia obrigatória quanto a crimes de que tomar conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas (voltaremos a esta questão *infra*, quando tratarmos dos canais de denúncia) – teríamos aqui, portanto, como que uma obrigação qualificada de denúncia, sobre a qual a Estratégia Nacional Anticorrupção não se pronunciou. Obrigação essa que, a não ser cumprida, daria origem a responsabilidade do próprio responsável pelo cumprimento. Haverá, portanto, que clarificar estes aspetos.

Por último, e em relação com o que dissemos no ponto precedente quanto à responsabilidade individual e coletiva neste domínio, não nos parece curial omitir toda e qualquer referência à eventual responsabilização do *compliance officer*, sobretudo tendo em conta que este é um dos aspetos que mais se tem discutido a este propósito<sup>18</sup>. Se é certo que, como já explorámos, a dificuldade de imputação penal a pessoas coletivas públicas torna eventualmente menos relevante a questão de saber se o responsável pelo programa de cumprimento pode servir como «testa de ferro» para a responsabilidade da organização (mas não a afasta, como é óbvio, quando se entenda que tal imputação pode e deve existir), não é por isso que deixam de colocar-se interrogações quanto à sua eventual responsabilização pelas falhas, erros ou incompletudes do programa, por um lado, e pelo atos ou omissões que sejam praticados em desrespeito pelo programa ou na decorrência daquelas falhas, por outro. Problema que se agudiza, segundo cremos, pelo facto de, a haver relevância penal, ele poder ser o único responsável.

Não cabendo no escopo deste trabalho a análise da eventual responsabilidade (contraordenacional e penal) do *compliance officer*, escarpelizando se está ou não este investido num dever de garante que possa sustentar tal imputação<sup>19</sup>, não se nos afigura aceitável que a obrigação de implementação de programas de cumprimento normativo, seja nas entidades públicas, seja nas privadas, possa ser equacionada sem a devida clarificação deste aspeto. Tão mais relevante, se bem vemos, quando está em causa a «coisa pública» e não podem existir dúvidas sobre quem e em que termos é responsável pela sua defesa e garantia. Por outro lado, se, como já vimos, o Estado e as pessoas coletivas públicas não são – ou podem não ser – criminalmente responsáveis, a ausência de disciplina nesta matéria pode passar a errada mensagem de que estamos perante normas programáticas ou meramente simbólicas, que afirmam as obrigações, mas não assacam consequências ao seu desrespeito – o que será certamente comprometedor na prevenção e repressão dos fenómenos corruptivos.

## 2. Os canais de denúncia

Um dos aspetos reconhecidamente mais relevantes em matéria de prevenção e repressão da corrupção (mas não só, naturalmente) é aquele que diz respeito ao estabelecimento de canais de denúncia apropriados dentro das organizações, de modo a garantir que aqueles que por qualquer forma têm contacto com ou conhecimento de atos ilícitos possam dar notícia deles, de modo simples, claro e seguro, e sem riscos de sofrerem perseguições ou retaliações de qualquer tipo. Estes canais, como se sabe,

<sup>18</sup> Ver, entre nós, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *op. et loc. cit.*; Susana Aires de Sousa, *op. et loc. ult. cit.*; ou DUARTE RODRIGUES NUNES, *op. et loc. cit.*

<sup>19</sup> Cf. por todos, SUSANA AIRES DE SOUSA, *op. et loc. ult. cit.*



podem ser de natureza interna ou externa, sendo que a implementação de canais internos de denúncia impõe, por regra, uma dificuldade diretamente proporcional à sua importância. A inequívoca aposta que a Estratégia faz nestes mecanismos, em alinhamento, como se diz, com o que está disposto na Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019<sup>20</sup>, deixa, todavia, muitas dúvidas quanto ao modo como estes se operacionalizarão.

Importará atentar, por isso e desde logo, nos concretos requisitos que se venham a fixar para o estabelecimento destes canais internos de denúncia<sup>21</sup>. Impor-se-á esta obrigatoriedade a todas as entidades e organismos públicos ou permitir-se-á, à semelhança do que faz a referida Diretiva, que municípios com menos de 10 000 habitantes ou menos de 50 trabalhadores, ou outras entidades públicas com menos de 50 trabalhadores, estejam dispensadas<sup>22</sup>? Num país onde, dos 308 concelhos existentes, mais de uma centena não atinge os 10 000 habitantes, uma tal opção poderá criar ainda mais desigualdades entre municípios e dificultar a deteção de práticas de corrupção nos locais que, por regra, obtêm menor visibilidade pública e/ou mediática e onde os canais externos são também menos comuns ou praticáveis. De uma outra perspetiva, mas ainda no mesmo sentido, não se compreende bem que tais entidades estejam obrigadas à implementação de programas de cumprimento normativo, conforme parece resultar da Estratégia, mas possam estar dispensadas de um dos seus elementos essenciais.

Naturalmente, não se desconhece a dificuldade que certamente se enfrentará na criação destes canais, sobretudo nas entidades de menor dimensão. Poderá ser opção aí, tal como também resulta da referida Diretiva, a partilha entre municípios de canais de denúncia ou a sua gestão por autoridades comuns<sup>23</sup>, mas isso implicará um maior esforço na adaptação destes canais às diversas situações que podem ser reportadas. Não pode esquecer-se que tais canais, para serem efetivos, devem adequar-se aos riscos detetados em cada organismo, permitindo a denúncia verbal ou escrita, por telefone, por mensagem (ou por meio digital, juntaríamos), ou mesmo presencialmente, se tal for pretendido, e garantindo sempre a confidencialidade da identidade do denunciante e de terceiros que eventualmente sejam mencionados. E que, por outro lado, não basta estabelecer o instrumento de comunicação, é preciso depois assegurar o adequado seguimento a dar a tais denúncias, por forma a tornar operativo o sistema, e proteger os denunciantes das retaliações que, ainda assim, podem vir a suceder ao longo do eventual procedimento que se siga<sup>24</sup>.

Uma última nota breve, quanto a este ponto, a respeito da articulação entre os canais de denúncia internos e os externos. Será preciso ter em conta, na nossa perspetiva, o facto de estarmos aqui a falar de entidades públicas e não de organizações

<sup>20</sup> Diretiva relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União: JO L 305/17, 26 de novembro de 2019.

<sup>21</sup> A Estratégia nada diz a este propósito. Na Diretiva UE 2019/1937, os artigos 7.º a 9.º tratam da questão.

<sup>22</sup> Nos termos do § 2 do n.º 9 do artigo 8.º

<sup>23</sup> Estabelece o § 3 do n.º 9 do artigo 8.º que «[o]s Estados-membros podem dispor que os canais de denúncia interna possam ser partilhados entre municípios ou operados por autoridades municipais comuns, de acordo com o direito nacional, desde que os canais de denúncia interna partilhados sejam distintos e autónomos relativamente aos canais de denúncia externa aplicáveis».

<sup>24</sup> Esta obrigação de seguimento resulta também da referida diretiva, que no seu artigo 9.º disciplina os procedimentos de seguimento das denúncias internas a serem implementados.

privadas e, nessa medida, equacionar o dever de denúncia que impende sobre os funcionários (na aceção do artigo 386.º do CP), nos termos da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 242.º do CPP, a que já nos referimos acima. Uma tal obrigação pode ser cumprida quando a denúncia se faça através de um destes mecanismos internos ou terá de ser directamente apresentada a autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal? Questão tão mais relevante, segundo cremos, quanto a importância dos canais internos assenta na garantia de confidencialidade e não retaliação, dificilmente compagináveis com as regras do direito processual penal. Situação que se agudizará ainda nas hipóteses de denúncia anónima, que a Estratégia não refere especificamente e que a Diretiva deixa em aberto<sup>25</sup>. Acomodarão estes canais internos este tipo de denúncias? E estabelecer-se-ão específicos procedimentos quanto ao seguimento a dar-lhes ou regerão as mesmas regras? A questão das denúncias anónimas tem já, em Portugal, longa história, nomeadamente em sede de CPP, pelo que será crucial fazer a devida ponderação destes aspetos.

### 3. As investigações internas

Merece-nos ainda referência, se bem que necessariamente perfunctória, a questão das investigações internas, que vem apenas indicada na parte da Estratégia dedicada ao sector público e aos respetivos programas de cumprimento normativo, aparecendo, depois, um pouco mais trabalhada quando se trata do sector privado. Efetivamente, a exigência de que os *compliance programs* estabeleçam regras quanto à condução de investigações internas que permitam aferir do (in)cumprimento do programa suscita problemas de grande profundidade, que se entrelaçam com os mais basilares princípios do direito sancionatório e do próprio Estado de Direito democrático.

Dificuldades que tangem, numa dimensão, com os poderes da entidade (pública) empregadora, com a condução de investigações aos seus funcionários ou agentes e o respeito pelas garantias que, disciplinarmente, lhes estão asseguradas, seja através das regras da função pública, seja através do código de trabalho (uma vez que, hoje, umas e outras podem ser aplicadas a «trabalhadores públicos»). Mas obstáculos que se prendem, sobretudo, com a utilização que depois poderá ser dada aos elementos recolhidos através dessas investigações, nomeadamente em processos contraordenacionais ou penais. O problema não é novo e tem vindo a ser discutido pela doutrina e pela jurisprudência em diferentes matizes, mas convoca sempre o direito à não autoincriminação, em sentido amplo, a sua natureza e o seu âmbito, e a possibilidade de levarmos, no limite, para dentro do processo penal um conjunto de elementos e provas que foram recolhidos *pre* e *praeter* processo, sem respeito pelas suas regras e garantias, esvaziando assim (alguns *d*) os direitos de defesa constitucionalmente estabelecidos<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Nos termos do artigo 6.º, n.º 2, «[s]em prejuízo das obrigações existentes de possibilitar denúncias anónimas por força do direito da União, a presente diretiva não afeta a competência de os Estados-membros decidirem se as entidades jurídicas do sector privado ou público e as autoridades competentes são obrigadas a aceitar e dar seguimento a denúncias anónimas sobre violações».

<sup>26</sup> Cf., por todos, AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Poderes de



Fala a Estratégia – ainda que apenas a propósito do sector privado – da necessidade de se estabelecerem regras quanto ao aproveitamento da prova produzida nestas investigações internas e respetiva valoração em processo penal e contraordenacional. Assume, portanto, ainda que o diga de modo um pouco enviesado, que tais elementos deverão ser aproveitados e valorados – opção que, estamos em crer, necessitará de (maior) fundamentação à luz dos princípios que regem o direito sancionatório português. E, a admitir-se, posição que não partilhamos à partida, exigirá uma reconfiguração dos direitos dos indivíduos (e das pessoas coletivas – privadas), com a eventual discussão da aplicação do direito à não autoincriminação, na vertente de direito ao silêncio e, eventualmente, na de direito à não autoincriminação em sentido estrito a procedimentos não penais (como estas investigações internas)<sup>27</sup>. A questão afigura-se-nos de relevância capital para o nosso sistema processual penal para a introduzirmos subtilmente na lei criminal, a propósito da prevenção e repressão da corrupção (como em outras ocasiões tem já acontecido).

#### IV. Conclusão

Em jeito de ponderação final, não podemos senão reforçar o nosso alinhamento com uma estratégia que enfrente a corrupção a partir, desde logo e sobretudo, da prevenção. Que assim tem de ser resulta claro, segundo cremos, quer do percurso que tem sido feito nesta matéria – em Portugal como em outros países –, quer da perceção, cada vez mais generalizada, de que a corrupção não pode ser tratada de uma perspetiva jurídico-penal estrita. Não pode significar isso, todavia, que esqueçamos as repercussões que as medidas que adotemos neste domínio possam vir a ter na esfera de indivíduos e pessoas coletivas, sobretudo quando falamos de programas de cumprimento normativo que, por definição, hão de estabelecer consequências para o respetivo desrespeito.

O caminho que a Estratégia aponta é apenas isso, deixando ainda muito por fazer para aqueles que se ocuparão de dar concretude aos objetivos e princípios que nela se traçam. Julgamos que, nessa tarefa, há muitos aspetos a considerar e diversas arestas que podem ainda ser limadas. Aqui deixamos o nosso breve contributo sobre alguns desses pontos que julgamos merecerem reflexão adicional antes da sua normativização.

---

Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas», in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 11-56; LILIANA DA SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte *versus* o direito à não auto-incriminação», *Revista do Ministério Público*, n.º 107, 2006, pp. 121-63; JOANA COSTA, «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, n.º 128, 2011, 117-83; PAULO DE SOUSA MENDES, «A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras», *Anatomia do Crime*, n.º 1, 2015, pp. 129-150; e FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, «O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono», in *Direito na Lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono*, vol. II, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 21-29.

<sup>27</sup> Cf. ADÁN NIETO MARTÍN, «La privatización de la lucha contra la corrupción», in *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013, pp. 191-210; ou ANA ISABEL ROSA PAIS, *Criminal compliance and the risk of criminal procedure privatization. The problem concerning “borrowed evidence” and the violation of the privilege against self-incrimination*, <https://www.gestaodefraude.eu/i2fc/2015/DOCS/Pais.pdf>.

## Secção II

# NO SECTOR PRIVADO

9.

### *Vai e põe uma sentinela: a nova estratégia de prevenção criminal no sector privado*

Rui Patrício  
Nuno Igreja Matos

Sumário:

Introdução

I. A bivalência da corrupção no sector privado

II. O sector privado na Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024: louvor e simplificação

III. Alguns desafios do novo paradigma da auto-regulação privada ou o risco de infortúnio das virtudes

IV. Síntese final

**RESUMO:** A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, aprovada por Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de Abril, assume como vector primordial a prevenção da corrupção. Sob esse desígnio, atribui ao sector privado um protagonismo inédito. As propostas inscritas na Estratégia Nacional pretendem alinhar o direito português com o paradigma internacional e de direito comparado em matéria de prevenção da corrupção, sobretudo no que concerne à institucionalização legal do designado *compliance* criminal a todas as empresas de média e grande dimensão. O presente texto, partindo de uma sintética referência ao fenómeno da corrupção pelo e no sector privado, em particular das suas explicações e motivações criminógenas, procura iniciar uma discussão sobre os riscos da eventual concretização da Estratégia Nacional no que respeita a algumas das principais componentes dos sistemas de prevenção empresarial abrangidas pela proposta governativa.

### Introdução

A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 aprovada por Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de Abril, que serve de dínamo a estas linhas, elege a «prevenção como vector essencial ao enfrentamento» do fenómeno corruptivo<sup>1</sup>. Com uma atenção e extensão que há muito não se via, a Estratégia

---

Por opção dos Autores, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 foi inicialmente divulgada, em letra de forma, em: <https://justica.gov.pt/Portals/0/Estrategia%20Nacional%20de%20Combate%20a%20Corrupcao%20-%20ENCC.pdf> [último acesso em 02.04.2021]. A Estratégia foi subsequentemente aprovada por Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de Abril.

Nacional atribui ao sector privado uma inédita responsabilidade pela defesa da ética nas relações com o sector público e entre privados. Acompanhando, ainda que extemporaneamente, o ritmo das tendências internacionais, e amparando-se literalmente no axioma de que «não há corrompidos sem corruptores», o novo planeamento governativo converte esse protagonismo numa oneração dos deveres a cargo das entidades privadas. Às inevitáveis implicações societárias e financeiras daí resultantes contrapõe-se, agora, a recompensadora possibilidade de esses deveres isentarem as empresas de responsabilidades – além das presumíveis *mais-valias* na redução da criminalidade. E assim começa, ou pelo menos se faz anunciar, uma nova era no *compliance* criminal, já não do exclusivo labor doutrinário e jurisprudencial, nem sequer limitado a sectores especiais, mas da responsabilidade da Lei e alargado a todas as empresas de média e grande dimensão.

Um exame mais profundo à Estratégia revela que esta filosofia de *compliance* criminal vem consolidar o novo conceito de prevenção criminal já celebrizado pela imagética expressão *preventive turn*<sup>2</sup>. Dois dos traços característicos desta *guinada* preventiva – a maior incidência subjectiva e material das ferramentas de prevenção criminal – são observáveis na fisionomia da Estratégia Nacional Anticorrupção. Em primeiro, porque atribui às entidades privadas uma missão de prevenção de crimes que tradicionalmente estava apenas reservada a entes públicos, mormente aos órgãos políticos e outras instâncias formais de controlo, potenciando deste modo a «privatização» da prevenção criminal e abrindo até a porta, como se verá, à «privatização» da própria investigação criminal. Em segundo, porque incorpora nessa arquitectura preventiva alguns mecanismos accionados no momento repressivo – seja através do recurso a meios sancionatórios (e já não apenas de fiscalização), seja por incluir a detecção do crime como uma das tarefas do *compliance* criminal das entidades privadas (e já não unicamente a monitorização genérica e prévia a qualquer indicição criminal). Compulsando a Estratégia Nacional, podem isolar-se dois exemplos corroboradores desta interpenetração de manifestações repressivas no seio dos sistemas privados de prevenção: a criação de um regime sancionatório para quem violar os novos deveres preventivos de *compliance* criminal, a cargo de uma futura entidade pública especializada para esse efeito, e, igualmente, a inclusão na regulação preventiva de um dever de implementar mecanismos dirigidos à detecção de práticas ilícitas, por via de denúncias ou de investigações internas.

O presente texto tem como desiderato analisar a Estratégia Nacional Anticorrupção em matéria de prevenção no sector privado, em particular estes propósitos de «privatização» e «musculação» dos sistemas de prevenção criminal. Para ajuizar os préstimos das novas propostas, corporizadas sob a forma de uma cultura legal de *compliance* privado, importa, primeiramente, isolar sinteticamente os traços característicos e criminológicos deste fenómeno da corrupção privada (ponto I). Uma vez radiografado o conceito, os seus traços e dinâmicas, proceder-se-á, então, a uma descrição das propostas inscritas na Estratégia Nacional Anticorrupção (ponto II). Seguidamente, serão sinalizados, de modo tentativa e desejavelmente construtivo,

<sup>2</sup> A propósito deste fenómeno, ANDREW ASHWORT / LUCIA ZEDNER, *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014; HENRIQUE CARVALHO, *The Preventive Turn in Criminal Law*, Oxford University Press, 2017. Sobre o tema escrevemos já em RUI PATRÍCIO / NUNO IGREJA MATOS, «Corrupção e Branqueamento: da prevenção às (a)tipicidades», *Projecto ETHOS: corrupção e criminalidade económico-financeira*, Lisboa: Procuradora-Geral da República, INCM, 2018, pp. 55-57.

e em síntese apertada, alguns riscos relacionados com essas propostas (ponto III), antes de se oferecer recapitulação conclusiva (ponto IV).

## I. A bivalência da corrupção no sector privado

Muito se poderia escrever, e muito se tem escrito, sobre as implicações da cultura de *compliance* e do *preventive turn* na optimização ou desfiguração dos tradicionais sistemas criminais. O que não pode deixar de se dizer é que o enfoque privado no fenómeno da corrupção (e outros crimes conexos) suscita particularidades que exigem respostas diferenciadas. Dito de outra forma, a abordagem à prevenção da corrupção no contexto do sector privado lida com particularidades e idiossincrasias que as soluções pensadas exclusivamente para o tratamento da corrupção pública não conseguem resolver. Isso decorre da bivalência que é característica da corrupção no sector privado, que tanto pode impulsionar a corrupção de um funcionário público (nacional ou estrangeiro), como dar azo a condutas de corrupção activa e passiva no sector privado. E é nesta segunda veste – a da corrupção no sector privado – que o idiossincrático se vinca. Com efeito, nessas situações, o comportamento corruptivo tanto se pode traduzir numa violação de deveres funcionais com vista à obtenção de um benefício pessoal (as situações de corrupção *no seio* da empresa), como pode ser desencadeado em nome e no interesse da própria entidade privada (falando-se aqui de uma corrupção *pela* empresa).

O figurino próprio da corrupção privada sugere que possam ser também diferentes as suas causas explicativas. As investidas criminológicas em torno do *white-collar crime* e do crime empresarial, já amplamente glosadas, dão cobertura a esta intuição, tanto sob uma perspectiva individual (a partir da teoria da associação diferenciada e da teoria da anomia, a título exemplificativo<sup>3</sup>), como sob um foco colectivo (mormente por via da equiparação do contexto empresarial a uma manifestação comunitária ou societária, incorporadora de valores, normas e culturas próprias, mais ou menos propiciadoras do crime<sup>4</sup>). Os estudos mais recentes, empiricamente sustentados, vão além e alumiam as motivações e condições exógenas que concretamente têm dado azo às predisposições criminógenas, sejam individuais ou empresariais. Destacam-se as teorias racionalistas, que identificam a origem da resolução criminosa numa análise custo-benefício do crime de corrupção, apoiada numa equação que sopesa, entre o mais, a dificuldade em obter pela via legal a vantagem objecto do pacto de corrupção (concretamente os custos associados, a morosidade e/ou a complexidade do procedimento subjacente, entre outros) e a percepção sobre o risco de detecção do crime pelas autoridades. E alguns estudos comparativos revelam algo mais: uma variação relevante no número de crimes de corrupção privada entre países, com menor incidência nos países onde se auferem mais rendimentos e naqueles onde a corrupção é estigmatizada e eticamente

<sup>3</sup> A este respeito, entre muitos outros, EDWIN H. SUTHERLAND, «White-Collar Criminality», *American Sociological Review*, Vol. 5, n.º 1, ROBERT AGNEW / NICOLE LEEPER / PIQUERO FRANCIS / T. CULLEN, «General Strain Theory and White-Collar Crime», in Sally S. Simpson/David Weisburd, *The Criminology of White-Collar Crime*, Nova Iorque: Springer, 2009, pp. 35-60.

<sup>4</sup> Cfr. R. J. MICHALOWSKI / R. C. KRAMER, *State-corporate crime: wrongdoing at the intersection of business and government*, New Brunswick: Rutgers University, 2006, R. SAID / D. CROWTHER / A. AMRAN, *Corporate Crime and its constraint*, in R. Said / D. Crowther / A. Amran, *Ethics, Governance and Corporate Crime: Challenges and Consequences*, Bingley: Emerald, 2014, pp. 1-18.

desaprovada, por oposição aos Estados onde é socialmente percebida como uma prática empresarial comum e/ou inevitável<sup>5</sup>.

Perante o sobredito, e tornando à Estratégia Nacional Anticorrupção, ficam mais nítidos os contornos daquilo que deve ser exigido a uma política de prevenção. A «privatização» da prevenção sob a forma do *compliance* criminal enfrenta uma missão que é, destarte, tripartida: prevenir a corrupção pública, e, portanto, monitorizar e regular as interações com funcionários públicos; prevenir a corrupção *no seio* da empresa, ou seja, integrar os líderes e funcionários num sistema interno de formação e contínua fiscalização das suas actividades e correspondentes riscos; e prevenir a corrupção *pela* empresa, por via da incorporação de mecanismos suficientemente independentes que possam conter resoluções criminosas formadas colectivamente. No entanto, o levantamento das causas e motivações da corrupção privada revela ainda um conjunto de factores exógenos cuja evitabilidade não está na inteira disponibilidade dos sistemas privados de *compliance*. A existência de uma cultura social tolerante com a corrupção, a maior permeabilidade dos funcionários públicos, a excessiva burocratização dos procedimentos administrativos indispensáveis às actividades privadas, os custos da abertura e manutenção em actividade, a qualidade do sistema repressivo, entre outros, podem (e devem) ser enfrentadas pelo próprio Estado. O que naturalmente recomenda que qualquer política legal de *compliance* privado seja articulada em primeira linha com uma política pública de atenuação dos factores propiciadores da corrupção.

## II. O sector privado na Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024: louvor e simplificação

A Estratégia Nacional Anticorrupção concilia uma dinâmica pública e privada no momento da prevenção criminal. Em jeito de síntese, a Estratégia no campo da prevenção pode ser decomposta em três eixos principais: a aposta na formação e educação ética; a imposição de programas de cumprimento normativo no sector público e no sector privado; e, ainda, a criação de incentivos e prémios para o bom funcionamento desses programas, designadamente em sede punitiva, enquanto estímulo adicional à boa auto-regulação preventiva. As propostas que concretizam estas três ideias são de novidade e intensidade variável e nem todas se dirigem, pelo menos de forma directa, ao sector privado.

No que respeita à educação, a Estratégia Nacional não é especialmente inovadora, reiterando em grande parte aquilo que vem sendo feito e procurando dar ulterior execução aos planos pedagógicos de formação para a ética e para a integridade. Desta feita, destacam-se as propostas de alargamento formativo ao ensino básico, secundário e superior, a promoção da investigação científica sobre o fenómeno da corrupção junto da Fundação para a Ciência e a Tecnologia e, igualmente, a sugestão da inclusão de testes e acções de formação sobre ética e integridade nos sectores público e privado. Esta aposta na educação e pedagogia repercute-se especialmente, no que concerne ao sector privado, nos programas de cumprimento

<sup>5</sup> KRISTA JAAKSON *et. al.*, «The role of costs, benefits, and moral judgments in private-to-private corruption», *Crime, Law and Social Change*, Springer, 2018: DOI 10.1007/s10611-018-9790-y; JERG GUTMANN / VIOLA LUCAS, «Private-Sector Corruption: Measurement and Cultural Origins», *Social Indicators Research*, Springer, 2017: DOI 10.1007/s11205-017-1684-3.



normativo, propondo-se que constem dos mesmos procedimentos de formação das pessoas integrantes das empresas.

A importância desta componente formativa no combate à corrupção é largamente secundada pelos estudos especializados. É inequívoco que a ferramenta mais eficiente contra a criminalidade desta natureza é a anteposição de um obstáculo psicológico e ético à realização da conduta, isto é, uma capacidade de autocensura que funcione ainda antes de qualquer ponderação do custo-benefício sobre o pacto corruptivo. Aliás, todos os demais instrumentos preventivos, na medida em que se dirigem quase exclusivamente à criação de desincentivos com impacto na avaliação de custo-benefício da prática do crime, dificilmente logram conter a corrupção com efeitos permanentes e estruturantes com o mesmo sucesso que as políticas formativas. As variações geográficas – que são na verdade variações na percepção cultural da aceitabilidade das práticas de favorecimento indevido – nos números da corrupção confirmam isso mesmo<sup>6</sup>.

Já a adopção de programas de cumprimento normativo nos sectores público e privado constitui porventura a mais saliente inovação da Estratégia Nacional, aprofundando uma ideia já timidamente posta em prática por via da auto-regulação espontânea e da auto-regulação legal sectorial, mas nunca antes idealizada sob a forma de lei geral e abstracta transversal a todas as médias e grandes empresas. Em paralelo, a Estratégia anuncia algumas alterações legais de impacto misto – designadamente no que respeita ao aprimoramento da legislação aplicável em matéria de «portas giratórias» e à regulação do *lobby* – que, uma vez aprovadas, passariam a integrar também aqueles programas.

Os programas de cumprimento normativo criminal (igualmente ditos de *compliance* ou instrumentos-padrão de *compliance*<sup>7</sup>) gizados na proposta governativa abarcam um conjunto de componentes, procedimentos e sistemas que, em resumo, podem ser cindidos em quatro blocos: aprovação de normas internas de mitigação de riscos; fiscalização do cumprimento de normas; detecção e sancionamento dos incumprimentos; garantias de independência dos responsáveis pela implementação e pela execução das normas. Nesta senda, aquilo que é pretendido é que os

<sup>6</sup> Além da bibliografia já citada, veja-se R. PATERNOSTER / S. SIMPSON, «Sanction threats and appeals to morality: testing rational choice model of corporate crime», *Law and Society Review*, Vol. 30, n.º 3, Nova Jérsei: Wiley, 1996, pp. 549-584.

<sup>7</sup> Sobre o tema, a título exemplificativo, ENRIQUE BACIGALUPO, *Compliance y Derecho Penal*, Pamplona: Editorial Aranzandi, 2011; DENNIS BOCK, *Criminal Compliance*, 2.ª edição, Baden-Baden: Nomos 2010; LOTHAR KUHLEN / JUAN PABLO MONTIEL / ÍÑIGO ORITZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013; JUAN LUÍS GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Entre nós, TERESA QUINTELA DE BRITO, «Relevância dos mecanismos de “Compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e seus dirigentes», *Anatomia do Crime*, n.º 0, Coimbra: Almedina, 2014; MARIA FERNANDA PALMA / / AUGUSTO SILVA DIAS / PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Estudos sobre law enforcement, compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018; SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões fundamentais de Direito Penal da empresa*, Coimbra: Almedina, 2019 pp. 123-140; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Económico: uma política criminal na era do compliance*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 83-131; MARIA FERNANDA PALMA / AUGUSTO SILVA DIAS / PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Novos estudos sobre law enforcement, compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2020; ALEX SANDER PIRES / PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO / RUBEN BAHAMONDE, *Compliance – Perspectivas e novas dinâmicas*, Coimbra: Almedina, 2020.

programas de cumprimento normativo regulem todos os aspectos de organização interna e de funcionamento de uma pessoa jurídica que não sejam já objecto de anterior e injuntiva regulação legal<sup>8</sup>, com vista a permitir que também esses espaços de discricionariedade sejam disciplinados de acordo com as especificidades e riscos próprios da actividade em causa e nos estritos limites do cumprimento da legalidade. Trata-se, numa palavra, de uma fórmula de auto-regulação preventiva.

Para o sector privado, a obrigatoriedade de adopção destes programas dimana de um novo paradigma compreensivo da empresa, vista agora como uma rede de articulação de diferentes actividades e interesses que contacta, por isso, com múltiplos riscos que vão, em parte, além da sua actividade primordial. Este novo paradigma traz implícito um reconhecimento de que os tradicionais instrumentos de regulação estadual hétéro-regulativos se tornaram insuficientes para fazer frente a realidades empresariais globais e transnacionais e, não raras vezes, até de maior dimensão e influência que o próprio Estado. Ora, o impulso do *compliance* criminal ao longo das últimas décadas<sup>9</sup> é também tributário desta anuência estadual, no sentido de que a única forma de melhor precaver os complexos riscos suscitados hodiernamente por uma empresa inserida na paisagem de uma economia global é por via da criação de mecanismos de gestão no seio da própria entidade – afinal a única agência suficientemente *especializada* para perceber os particularismos e a exposição a que a empresa está sujeita.

Os méritos dos sistemas legais de auto-regulação são, pelo menos em teoria, preclaros e surgem consignados ao longo da Estratégia Nacional Anticorrupção. Desde logo, e como se foi já sugerindo, a auto-regulação garante, em tese, uma análise preventiva de riscos personalizada, *taylor-made*, e, portanto, presumivelmente mais eficaz. Acresce que, ao fazer migrar a responsabilidade pela arquitectura e implementação da gestão dos riscos criminais para a própria entidade privada, o Estado desonera-se dessa construção e aplicação, podendo apenas intervir para efeitos de monitorização, com naturais ganhos para a boa economia regulatória e, bem assim, para a contenção da despesa pública. Adicionalmente, a auto-regulação tenderá a contribuir ainda para uma crescente consciencialização das entidades para os riscos da sua actividade, elevando os níveis de fluência jurídica e incentivando até a que se formem organicamente normas de boas práticas passíveis de ser alargadas a todo o sector. De igual modo, a instituição de uma filosofia de *compliance* preventivo de base auto-reguladora estimula a aproximação entre as diferentes empresas do sector e entre estas e o Estado, o que, a jusante, pode ser um factor de aprimoramento dos canais de comunicação e da qualidade e da consensualidade das intervenções públicas. Do estrito ponto de vista das empresas, a implementação de programas de cumprimento normativo constitui, além do mais, um mecanismo de maior controlo perante os riscos criminais ou contra-ordenacionais da sua actividade. Com efeito, uma empresa capaz de definir e implementar um programa

<sup>8</sup> Sobre esta distinção, PABLO GONZÁLEZ SIERRA, *La imputación penal de las personas jurídicas: análisis del ar. 31 bis CP*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 380 e ss.

<sup>9</sup> O impulso ao *compliance* criminal é geralmente associado à aprovação da *Federal Corporate Sentencing Guidelines*, nos Estados Unidos da América, 1991, que criou um incentivo à adopção de mecanismos de antecipação e gestão de riscos, e, sob um enfoque mais prático, ao episódio de corrupção conhecido como o caso Siemens. Sobre este caso, MARC ENGELHART, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, pp. 2-9.



de cumprimento normativo adequado à sua realidade mitiga imediatamente a sua possível responsabilidade perante uma futura ocorrência que possa reclamar relevância sancionatória – sendo que, com isso, minimiza também o impacto reputacional de uma adversidade dessa natureza. E as *mais-valias* deste maior controlo exorbitam até a própria contenção do risco no caso concreto, pois que uma empresa munida de um programa de *compliance* capaz e credível tornar-se-á mais atractiva para investidores e para possíveis candidatos a cargos de liderança.

No entanto, qualquer política de auto-regulação preventiva da corrupção privada apenas será bem-sucedida se for reconhecida pelo direito penal interno<sup>10</sup>. A postura racionalista que norteia a actividade privada assim o impõe. Essa *contrapartida* é também antecipada e garantida na Estratégia Nacional Anticorrupção na forma de uma exclusão ou atenuação da responsabilidade sancionatória. Os termos legais que conformarão esses efeitos substantivos merecerão certamente atenção e estudo, considerando, entre outros, as implicações daí decorrentes para o modelo de imputação de responsabilidade criminal às pessoas colectivas e também as antecipáveis dificuldades de densificação do que possa constituir um programa de cumprimento normativo *apto* a excluir a imputação do crime – temas que, todavia, pela sua principal repercussão em sede punitiva, extravasam o âmbito deste texto.

### III. Alguns desafios do novo paradigma da auto-regulação privada ou o risco de infortúnio das virtudes

Se são virtuosas as razões e fecundas as *mais-valias* da estratégia de auto-regulação preventiva em matéria criminal, diga-se que nem por isso deixam de ser abundantes as dificuldades que a concretização de um modelo legal de *compliance* criminal privado irá suscitar – como não poderia deixar de ser perante um sistema de prevenção que assenta numa contradição ontológica, por ser um aparelho que depende de pessoas que, por sua vez, dele dependem. São duas as causas destas possíveis complicações: à uma, a já aludida *ditadura* da análise custo-benefício como condicionante da adesão das empresas aos deveres de *compliance*, o que significa que quanto mais oneroso for o sistema legal de prevenção criminal, maiores as tentações de incumprimento ou implementação defeituosa; à outra, a ligação arterial deste sistema preventivo privado à repressão criminal, que, se imprudentemente lineada e delimitada, pode tornar o *compliance* criminal num instrumento de manipulação da imputação de responsabilidades e do próprio exercício da acção penal. Estas razões tornam a futura construção de um regime legal de auto-regulação que concretize as propostas da Estratégia Nacional Anticorrupção uma tarefa difícil e de subsistência frágil. Por ora, aquilo que uma postura colaborativa impõe e que a razão experimentada mostra ser providente é começar por nomear alguns dos possíveis problemas que a experiência comparada e os estudos especializados permitem já singularizar: são eles, entre outros, (i) o *window dressing*; (ii) o risco de camuflagem da responsabilidade empresarial; (iii) a dificuldade de definição de um *standard* legal que sirva de base à construção dos programas de cumprimento

<sup>10</sup> Assim, expressamente, STEFANO MANACORDA, «Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a “Hybrid Normativity”», Stefano Manacorda / Francesco Centonze / Gabrio Forte (org.), *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*, Nova Iorque: Springer, 2014 p. 26.

normativo e que funcione igualmente como alicerce do regime contra-ordenacional em matéria de prevenção da corrupção; e (iv) a delimitação dos poderes de detecção e de investigação das entidades privadas.

Em primeiro lugar, a concretização legislativa de um sistema de auto-regulação deve antecipar e, à nascença, mitigar os incentivos ao apelidado *window dressing*, ou seja, à criação de planos de cumprimento normativo internos aparentemente rigorosos e detalhados, mas meramente decorativos, sem qualquer incidência na realidade diária da empresa. Esta tentação *cosmética* pode ser explicada por várias razões, sendo a mais saliente de todas a formação de uma convicção pelas empresas, estribada na análise do quadro legal, de que é menos oneroso instituir um programa de *compliance* meramente retórico e que pela sua aparência cuidada desvie o foco das autoridades, do que incorrer em todos os custos associados à sua efectiva implementação – mais a mais considerando que não raras vezes essa implementação implicará uma transformação estruturante do modo de funcionamento da empresa<sup>11</sup> ou que pode até confrontar a empresa com práticas ilícitas que sempre levou a cabo e que pretende que permaneçam ocultas<sup>12</sup>. E pode até suceder, sobretudo se o regime sancionatório de prevenção da corrupção anunciado na Estratégia Nacional não prever sanções proporcionais às dimensões das empresas ou se a sua fiscalização pela nova entidade pública a criar para o efeito for ineficiente, que o risco legal de violação do dever de implementar o programa de *compliance* seja preferível ao impacto que a sua aplicação poderia ter na redução dos seus lucros (aquilo que é comumente descrito como a *compliance trap*<sup>13</sup>).

Para fazer frente aos riscos de *window dressing*, deverão prever-se mecanismos de fiscalização da implementação prática dos programas de *compliance*, seja através de inspecções periódicas pela entidade competente para a prevenção da corrupção, seja pela obrigatoriedade de realização de auditorias externas junto de entidades especializadas, seja ainda por via da imposição de um dever de reporte periódico, por parte dos privados, de evidências da aplicação das medidas de *compliance* (por exemplo, envio de comprovativos de acções de formação, de procedimentos de revisão de programas e códigos de conduta, entre outros).

Em segundo lugar, mas ainda num universo problemático afim do *window dressing* e da *compliance trap*, a articulação do regime legal de auto-regulação com as normas criminais substantivas deve igualmente cuidar do risco de os programas de *compliance* se tornarem manipuláveis ao ponto de camuflar situações que são materialmente da responsabilidade da empresa como ocorrências apenas imputáveis ao responsável pela conformidade ou a outra pessoa com deveres de fiscalização na estrutura colectiva. A lógica de regulação milimétrica das competências possibilita a transformação de qualquer falha colectiva numa falha passível de ser individualizada, o que pode facilmente degenerar numa limitação excessiva da

<sup>11</sup> Como salienta THOMAS ROTSCH, «Criminal Compliance», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 10, 2010, acessível em [http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2010\\_10\\_ger.pdf](http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2010_10_ger.pdf) [último acesso, 28.03.2021], p. 616, uma regulação interna excessiva pode no limite até gerar um risco de paralisação da actividade da empresa.

<sup>12</sup> Cfr. MICHELLE BERZINS / FRANCESCO SOFO, «The inability of compliance strategies to prevent collusive conduct», *Corporate Governance International Journal of Business in Society*, Vol. 58, n.º 5, 2008: DOI 10.1108/14720700810913322.

<sup>13</sup> Sobre o tema, V-TSIEN FAN, «An Analysis of Institutional Guidance and Case Law in the USA Pertaining to Compliance Programs», *Preventing Corporate Corruption*, cit., pp. 369-371.

responsabilidade da empresa por via da criação de «bodes expiatórios»<sup>14</sup>. O que arrasta o risco, impressionante, de efectiva erosão da responsabilidade das pessoas colectivas, com tudo o que isso possa implicar – entre o mais, uma maior desprotecção das vítimas no momento do ressarcimento pelos danos sofridos. Aliás, nos Estados Unidos da América verificou-se já uma tendência das autoridades criminais para adoptarem uma estratégia de prossecução penal centrada nas pessoas singulares, transformando as pessoas colectivas em entidades ao serviço da recolha de prova contra esses agentes por via do accionamento das suas ferramentas de *compliance*<sup>15</sup>.

Dado que estamos perante um problema que é mais de Direito Penal substantivo do que propriamente do *compliance* criminal, a solução possível é delimitar, sob a forma de letra de lei, as esferas de responsabilidade individual e o espaço de responsabilização da pessoa colectiva. Nesta senda, o que deve ser evitado é que os programas de cumprimento normativo sirvam de caminho para onerar pessoas singulares com uma responsabilidade desproporcionada de fiscalização de uma estrutura colectiva tão complexa que o próprio Estado se vê incapacitado de controlar sem recorrer a mecanismos de auto-regulação.

Em terceiro lugar, também por tudo que se elencou acima, torna-se indisputável que o rendimento de um sistema de prevenção criminal privado dependerá em grande parte da qualidade da regulação legal que venha a ser aprovada, nomeadamente no que respeita aos concretos deveres que serão exigidos em matéria de análise e prevenção de riscos, fiscalização do cumprimento de normas, detecção e sancionamento dos incumprimentos e garantia de independência dos responsáveis pela implementação e execução das normas. Sucede que muito dificilmente será exequível ao legislador construir um quadro legal em matéria de *compliance* criminal que seja suficientemente concretizado para, por um lado, evitar as lacunas propícias ao *window dressing* e à camuflagem de responsabilidades, e que, por outro lado, possa ser flexível o suficiente para servir de base a programas de cumprimento normativo em todos os sectores económicos. E isto porque, se o maior detalhe legal permite minimizar os problemas de interpretações ou aplicações abusivas, não menos certo é que quanto mais minuciosa for a regulação legislativa, menos apta será a acomodar a multiplicidade de modelos de negócio e a disparidade de riscos que se suscitam em diferentes actividades – com natural prejuízo para a filosofia *tailor-made*, que constitui uma das vantagens dos sistemas de auto-regulação.

Ainda que se trate de uma dificuldade até certo ponto inescapável, os instrumentos internacionais de *soft law*, a experiência de outros Estados com sistemas de *compliance* criminal e as próprias práticas nacionais já desenvolvidas, por exemplo, no âmbito da Lei n.º 38/2017, devem ser um apoio decisivo à mitigação de alguns dos riscos mais críticos, designadamente por via do estudo destes elementos e realidades comparadas e da sinalização dos elementos e opções mais consensuais com vista à sua posterior integração num *standard* legal de programas de cumprimento normativo exigido. Adicionalmente, além deste *standard* comum, e para fazer face às particularidades de cada sector, poderá ser avisado determinar que as

<sup>14</sup> A expressão é de PAULO CÉSAR BUSATO, «O que não se diz sobre o criminal *compliance*», MARIA FERNANDA PALMA / AUGUSTO SILVA DIAS / PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Estudos sobre law enforcement, compliance e Direito Penal*, cit., p. 25.

<sup>15</sup> ADÁN NIETO MARTÍN, «Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process», *Preventing Corporate Corruption*, cit., p. 80.

autoridades sectoriais aprovem *guidelines* sobre o teor dos programas de *compliance* incidentes em actividades da sua área de supervisão que densifiquem os seus riscos particulares e sirvam de apoio às empresas do sector.

Em quarto lugar, uma das componentes do *compliance* criminal incluído na Estratégia Nacional e que a experiência comparada mostra que poderá ser também de aplicação turbulenta é o modelo de implementação das componentes de detecção de comportamentos desviantes. Embora este tema se aproxime já da realidade repressiva – e, portanto, parcialmente exorbite o objecto deste texto –, a estratégia de antecipação dos mecanismos de descoberta do crime para os sistemas de prevenção privada significa que também estes podem afectar a qualidade do *compliance* privado e dar azo à aplicação de sanções. Têm aqui especial relevância os instrumentos de auditoria e investigações internas, que tanto podem ser desencadeadas como ferramenta preventiva como para reagir a uma suspeita interna de inconformidades.

Como será já claro, o significado mais profundo – e crítico – destes instrumentos é a abertura que sinaliza as formas de «privatização» da investigação criminal. Com efeito, ao incluir o dever de detecção do crime nas atribuições do sistema de *compliance* criminal das empresas, a Estratégia Nacional Anticorrupção está a conformar-se com a possibilidade de ser o potencial beneficiário do crime o primeiro a tomar conhecimento da suspeita criminal e a encontrar a prova incriminadora. Se há motivações atendíveis para a implementação e institucionalização deste tipo de mecanismos – desde logo porque a investigação interna a empresas de grandes dimensões, sobretudo no quadro de crimes complexos, será mais eficaz e menos dispendiosa do que a investigação pública –, o reverso da medalha são os notórios riscos de manipulação da verdade material, incluindo de ocultação do crime ou da sua prova. Acresce que as auditorias e investigações internas (afinal dirigidas à produção dos mesmos resultados que o Código de Processo Penal reserva à fase de inquérito processual), em virtude da relação especial que existe entre a pessoa colectiva e as pessoas singulares que a integram, podem dar azo à aplicação de meios de investigação privados lesivos de direitos fundamentais dos particulares de um modo que seria inadmissível no quadro de um processo penal público. Como garantir os direitos das pessoas singulares investigadas pela sua empresa perante o vínculo laboral que impõe deveres de colaboração? Como conciliar estes deveres de fonte laboral com a tutela do direito à não auto-incriminação? Será tolerável que por via das investigações internas possa uma empresa aceder a dados pessoais ou até pressionar psicologicamente uma testemunha interna? E não ficará toda a prova assim obtida contaminada de invalidade? *Et cetera*.

Aquilo que, a este propósito, se afigura fulcral, até para evitar as inconstâncias interpretativas de outros ordenamentos jurídicos sobre estas matérias<sup>16</sup>, é que possa o legislador definir logo, e cabalmente, os limites a estas acções internas, mormente

<sup>16</sup> A propósito da tutela dos direitos dos trabalhadores das organizações privadas, entre outros, VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN, «Compliance y derecho de los trabajadores», Lothar Kuhlen / Juan Pablo Montiel / Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, cit., pp. 125-146, FRANK MASCHMANN, «Compliance y derecho del trabajador», *idem*, pp. 147-169. Sobre a aplicação do direito à não auto-incriminação em investigações internas, ADÁN NIETO MARTÍN, «Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process», *Preventing Corporate Corruption*, cit., pp. 84 e ss., DUARTE RODRIGUES NUNES, «Compliance, Investigações Internas e *nemo tenetur se ipsum accusare*», Maria Fernanda Palma et

no que respeita ao dever de colaboração das pessoas singulares, à informação que pode ser acedida pelas empresas e, bem assim, à delimitação dos elementos obtidos no âmbito de investigações internas que podem depois ser valorados nas investigações externas e públicas. Uma solução intermédia possível é a de limitar o controlo das empresas no âmbito de investigações internas desencadeadas na sequência de uma suspeição de natureza criminal, exigindo-se que, nesses casos, as investigações, ainda que conduzidas internamente, sejam coordenadas pela nova autoridade de prevenção da corrupção, pelo Ministério Público ou até externalizadas noutros agentes privados sem relação com a pessoa colectiva em causa.

#### IV. Síntese final

A proposta governativa de instituição de um sistema legal de *compliance* criminal privado de base auto-regulatória antecipa um conjunto de desafios à sua concretização legislativa. Se é certo que alguns desses desafios transitam também para a arena do Direito Penal substantivo – sobretudo no que respeita ao impacto desta nova filosofia de prevenção criminal na responsabilização das pessoas colectivas –, o risco que se procurou destacar e que é comum a todos esses desafios é o da ineficiência destes novos sistemas de prevenção da corrupção. Ineficiência que pode produzir-se tanto por razões da inteira responsabilidade das pessoas colectivas privadas, como em consequência directa de um quadro legal desadequado ou insuficientemente fiscalizado.

Ao longo do presente texto, detalharam-se alguns desses problemas:

- a futura proliferação de fenómenos de *window dressing*, isto é, de implementação meramente formal de programas de *compliance* criminal sem uma concretização material no dia-a-dia das empresas;
- a possível tendência para a erosão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas privadas em favor do privilegiamento da responsabilização das pessoas singulares responsáveis pela área da empresa ligada ao facto criminoso ou mesmo aos indivíduos ligados às funções de *compliance*;
- o risco de insuficiência de concretização legal dos deveres preventivos a cargo das empresas, abrindo espaços de discricionariedade que possam ser explorados abusivamente pelos privados, sem que posteriormente lhes possa ser assacado qualquer incumprimento legal;
- a possibilidade de estes sistemas facilitarem a ocultação de crimes pelas próprias pessoas colectivas e até de provocarem graves perturbações aos direitos fundamentais e processuais das pessoas singulares integrantes das empresas, passíveis de suscitar, mais tarde, debates sobre a invalidade da prova assim obtida.

Para enfrentar estes obstáculos, deixaram-se sugeridas algumas linhas de acção, a ser prosseguidas em paralelo com a introdução do novo quadro legal preventivo. Em resumo, propõe-se a implementação de um conjunto de mecanismos que assegurem uma fiscalização robusta da implementação interna dos programas

---

al. (org.), *Livro em Memória do Professor Doutor João Curado Neves*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 476-482.

de *compliance* criminal, buscando inspiração nos *standards* internacionais e na experiência de outros países já familiarizados com os modelos de auto-regulação legal. E também que se proceda a uma compatibilização da legislação criminal substantiva com este novo paradigma, desde logo para que se preveja, de forma clara, o rendimento imputacional de um *compliance* interno eficaz, mas igualmente para evitar a transformação das empresas em *intermediários* de uma investigação criminal dominada pela responsabilidade de pessoas singulares.



## O combate preventivo à corrupção e ao branqueamento das vantagens ilicitamente obtidas

Carlos Alberto Casimiro Nunes

### Sumário:

- I. Introdução
- II. O vínculo entre corrupção e o branqueamento de vantagens obtidas
- III. A falta de capacidade de resposta institucional ao nível preventivo
- IV. A problemática dos ativos virtuais
- V. Alguns problemas motivados pelo regime jurídico arqueológico das SGPS
- VI. Conclusões

**RESUMO:** A atuação da Justiça sobre a corrupção, enquanto fenómeno criminal, deve ocorrer precocemente e, sempre que possível, num registo de intervenção preventiva que proativamente evite esse ilícito em vez de o remediar. Corrupção e branqueamento são atividades criminais que surgem muitas vezes interligadas e que necessitam de uma abordagem integrada para que o seu combate seja eficaz. Continua a faltar uma estratégia nacional que norteie este problema observando-o conjuntamente e considerando as suas variadas dimensões. O recurso a sistemas informáticos avançados e a tecnologias de informação – que se encontram numa constante evolução – veio colocar novos desafios ao modo de abordar o problema da corrupção e da acumulação de riqueza sem justificação lícita pelos agentes deste tipo de criminalidade. Torna-se fundamental desenvolver medidas de identificação e de controlo do beneficiário efetivo não só ao nível da propriedade de pessoas coletivas como de bens móveis ou imóveis, de contas bancárias e de ativos virtuais. A necessidade de supervisionar todas as formas de reintrodução dos benefícios obtidos nos circuitos financeiros da economia legítima exige um forte desenvolvimento que proporcione capacidade de utilização extensiva de todas as tecnologias de informação disponíveis, tornando-as acessíveis em sede de prevenção criminal e de investigação criminal.

### I. Introdução

É um lugar-comum afirmar-se que a corrupção é uma ameaça à democracia que deve ser combatida em todas as suas formas pois rompe os laços sociais por corroer a confiança entre os cidadãos. Lamentavelmente, a corrupção pode ser encontrada ao longo da história humana<sup>1</sup> sem nunca ter sido completamente erradicada.

<sup>1</sup> Em Portugal, a consciência da existência da corrupção pode ser vista de modo impressionante no Padre António Vieira que, em 1665, no sermão do Bom Ladrão, proferido na Igreja da Misericórdia de Lisboa, referia-se aos que se valiam da máquina pública para enriquecer ilicitamente declarando que «[o] ladrão que furta para comer, não vai, nem leva ao inferno; os que não só vão, mas levam, de que eu trato, são outros ladrões, de maior calibre e de mais alta esfera. [...] os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. – Os outros ladrões roubam um homem: estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes

Sendo um fenómeno mundial, atualmente intensificado pela pressão da globalização, a corrupção mereceu diversas respostas internacionais com o envolvimento de diferentes organismos (relembre-se a OCDE, o GAFI, o FMI, ou o Banco Mundial) e uma sucessão de acordos, tratados e convenções internacionais que foram sendo celebradas, nomeadamente ao nível da UE.

Infelizmente, é mais fácil aos poderes executivo e legislativo a adoção de políticas num sistema de intervenção repressivo, ao invés de se privilegiar a atuação numa dimensão preventiva, talvez porque a visibilidade da prevenção sobre o palco mediático seja reduzida, e, para os cidadãos, como para a comunicação social, mostra-se mais evidente apontar aquilo que se vê depois do estrago estar produzido. Não obstante, como é comumente aludido, o impacto da prevenção, embora muitas vezes invisível, é muito superior ao nível da sua eficácia, ao evitar total ou parcialmente o fenómeno.

## II. O vínculo entre corrupção e o branqueamento de vantagens obtidas

O esforço de erradicação da corrupção encontra-se ligado com o da luta contra o branqueamento das vantagens obtidas<sup>2</sup>. Ou seja, para combater a corrupção é necessário supervisionar a reintrodução nos circuitos financeiros da economia legítima dos benefícios obtidos através desse fenómeno, que constitui um dos crimes precedentes de branqueamento mais subestimados, por comparação com a importância atribuída aos ilícitos fiscais<sup>3</sup>.

De resto, as relações entre corrupção e a acumulação de riqueza sem justificação lícita são bem conhecidas e, por isso, as medidas de identificação e de controlo do beneficiário efetivo são importantes, não só ao nível da propriedade de bens imóveis como móveis (de valores elevados), de contas bancárias, de empresas e de criptoativos. Não se pode deixar de salientar que a criptomoeda, como os restantes ativos virtuais, amplificam os riscos de corrupção por facilitarem o branqueamento através do aproveitamento de tecnologias de computação com *software* especializado e com recurso à *internet*.

Dá a grande importância de, no combate à corrupção e branqueamento, haver um desenvolvimento e um investimento na Tecnologia de Informação (TI) enquanto um conjunto de atividades e soluções providas por recursos de computação que visam a produção, o armazenamento, a transmissão, o acesso, a segurança e o uso das informações no combate preventivo e repressivo (na investigação criminal) a este fenómeno criminal<sup>4</sup>. Não é compreensível a inexistência de uma regulamentação que explicita os métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital

---

sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados: estes furtam e enforcam» (ANTÓNIO VIEIRA, *Sermões Completos*, 5 Vols., 1993, Porto: Lello Editores).

<sup>2</sup> Por todos, ver: MICHEL HUNAUT (org.), *La lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale*, Paris: Presses de Sciences Po, 2017.

<sup>3</sup> Veja-se o estudo do GAFI *Laundering the Proceeds of Corruption*, in <https://www.fatf-gafi.org/documents/documents/landeringtheproceedsofcorruption.html>, bem como a extensa documentação sobre esse tema disponível por essa entidade acessível em: [https://www.fatf-gafi.org/publications/corruption/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf\\_releasedate\)](https://www.fatf-gafi.org/publications/corruption/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)).

<sup>4</sup> Anote-se a inexistência, entre nós, de uma entidade pública, auxiliar dos tribunais e do Ministério Público, que identifique e mantenha listagens de *software* (v.g., de todo o tipo de programas e algoritmos que estejam devidamente caracterizados e possam ser utilizados na investigação

que permitam infiltrar um sistema informático, sem conhecimento nem consentimento do seu proprietário, em ordem a permitir a sua utilização na investigação económico-financeira mais grave, como seja na corrupção e no branqueamento<sup>5</sup>, e permitindo um exercício de contraditório (*a posteriori*) sobre a sua utilização.

Ainda sobre a problemática que envolve dados e sistemas informáticos, não podemos deixar de referir que, no que respeita à investigação dos crimes – nomeadamente de corrupção e branqueamento – cometidos por meio de um sistema informático, ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico [artigo 11.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro – Lei do Cibercrime], nesses casos, o âmbito de aplicação dessas disposições processuais cria sérios entraves às investigações. Por isso, não podemos deixar de criticar que, apesar de todas as dificuldades e dúvidas produzidas pela subsistência do regime jurídico da Lei do Cibercrime que, desde a sua criação em 2009, tem sido repetidamente criticado pela generalidade dos autores e aplicadores, mas que, de modo inusual, permanece inalterado desde a sua entrada em vigor. É incompreensível que, sendo a informática, como todo o domínio das TI, uma matéria em constante evolução, decorridos quase 12 anos, o legislador ainda não tenha encontrado tempo para atualizar esse importante regime legal apesar de todos os problemas teóricos e práticos que tem originado na jurisprudência e na doutrina.

Por outro lado, não basta através de um diploma legal – a Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto –, adotar-se um sistema de Registo Central de Beneficiário Efetivo (RCBE) para se considerar resolvida esta questão. Mesmo no que se refere à identificação das pessoas singulares que, ainda que de forma indireta ou através de terceiros, detêm a propriedade ou o controlo efetivo de entidades jurídicas, este registo serve apenas como uma porta de partida para o desenvolvimento de uma investigação.

De fora ficaram todos os outros bens, desde logo os ativos virtuais, cuja propriedade carece de ser monitorizada. É necessária uma análise mais aprofundada do enquadramento legal aplicável aos criptoativos, com foco na supervisão dos sistemas de pagamentos e no seu modo de funcionamento interno.

Por um lado, temos o GAFI a emitir recomendações e a União Europeia a criar Regulamentos e Diretivas Comunitárias para reduzir a opacidade das operações e possibilitar perseguir os circuitos financeiros; por outro, temos todos os avanços tecnológicos que permitem precisamente encontrar formas e procedimentos que permitem contornar todo esse esforço.

### III. A falta de capacidade de resposta institucional ao nível preventivo

Comum ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP), ao Tribunal de Contas (TdC), ao Banco de Portugal (BdP) ou à Comissão de Mercados e Valores Mobiliários (CMVM) surge o défice na atuação preventiva. Não porque

---

criminal como fontes de acesso a informação, designadamente *malware* como cavalos de Tróia, *logic bombs*, *spyware*, *keylogger*, *screenlogger*, *rootkits*, *vírus*, *worms*, *blended threats* ou *bots*).

<sup>5</sup> Problema já identificado, nomeadamente por DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017, e «O uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal», *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 16, ano IV, outubro/dezembro de 2013.

essas entidades o ambicionem, mas, pelo contrário, pelo modo como foram conformadas e capacidades.

Por não caber na economia deste texto, não nos podendo referir a todas as mencionadas entidades. Importa, ainda assim, referir algumas situações paradigmáticas do que foi afirmado.

Considere-se o caso do TdC, que é um dos órgãos que pode desempenhar um papel relevante no combate à corrupção pois a Constituição comete-lhe, entre outras missões, a de fiscalizar a legalidade e regularidade das receitas e despesas públicas, apreciar a gestão financeira pública e efetivar as responsabilidades financeiras. Foi mesmo criado no seu seio um órgão simbólico – o Conselho de Prevenção da Corrupção<sup>6</sup> – para «[p]romover a difusão dos valores da integridade, probidade, transparência e responsabilidade». Contudo, o carácter das intervenções deste órgão, nomeadamente no que respeita aos planos de prevenção dos riscos de corrupção, acaba por ser meramente figurativo, pois uma coisa é a criação de um plano e outra bem diferente é a sua implementação e o controlo das práticas.

Para a realização das suas missões foi conferida ao TdC uma estrutura tripartida, possibilitando-lhe realizar uma fiscalização prévia, concomitante ou sucessiva. Observando-se a estrutura deste tribunal é bem visível a assimetria no esforço dedicado a uma fiscalização *a posteriori*, ou seja, realizada depois dos atos já terem sido praticados. Um sistema eficiente deveria ser estruturado precisamente ao contrário: sobre a fiscalização prévia, exercendo uma verdadeira prevenção do mau uso dos dinheiros públicos e, assim, combatendo o desperdício e a corrupção.

Um sistema de fiscalização em que a maioria dos atos do tribunal não sejam de combate proativo é pouco eficiente, nomeadamente na prevenção de fenómenos de corrupção na sua área de atuação. Ora, considerando a estrutura organizativa do TdC conclui-se que a *fiscalização prévia* é um parente pobre da *auditoria* e da *efetivação de responsabilidades*.

Na realidade, existe apenas um departamento de controlo prévio e um de concomitante para nove departamentos de auditoria<sup>7</sup>.

A luta contra a corrupção exige uma abordagem equilibrada com desenvolvimento de uma estratégia concretizando os objetivos a atingir. Para isso são necessários meios para os órgãos de investigação criminal – Ministério Público e OPC –, e uma estratégia de combate ao problema com a identificação dos sectores em risco. Ora esta cartografia dos riscos está praticamente toda por realizar, pois o que se sabe é lacunar e fragmentado e as atuações não são articuladas.

A Comissão Europeia divulgou no final de setembro de 2020 o seu Relatório sobre o Estado de Direito na Europa, que incluiu um capítulo sobre Portugal<sup>8</sup>. Nele são apontadas várias falhas no combate à corrupção no País, incluindo a falta de meios dos órgãos de investigação criminal e a falta de uma estratégia de combate ao

<sup>6</sup> Cf.: o Conselho de Prevenção da Corrupção é uma entidade administrativa independente que funciona junto do TdC e tem como fim desenvolver, nos termos da lei, uma atividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infrações conexas (artigo 1.º da Lei n.º 54/2008). Veja-se o seu *site* em: <https://www.cpc.tcontas.pt/>.

<sup>7</sup> Vide: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/TribunalContas/Equipa/Pages/Composicao-Estrutura.aspx#ancorg>.

<sup>8</sup> O capítulo sobre Portugal do 2020 *Rule of Law Report The rule of law situation in the European Union* encontra-se acessível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/pt\\_rol\\_country\\_chapter.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/pt_rol_country_chapter.pdf).

problema. Não se nos afigura crível que, com a adoção da ENA, as falhas apontadas pela Comissão Europeia no combate à corrupção fiquem resolvidas. Tanto mais que, como refere a Comissão, o Governo não propõe de forma concreta e mensurável a alocação de recursos, o estabelecimento de objetivos e a sua calendarização.

A falta de meios nos órgãos de investigação criminal é um facto facilmente verificável. O paupérrimo estado a que o DCIAP chegou, apesar de ser a estrutura da PGR que exerce, ao nível nacional, a coordenação, a direção da investigação e a prevenção da criminalidade altamente organizada e de especial complexidade, nomeadamente económico-financeira e terrorismo (artigo 57.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público), revela a importância que, na prática, é atribuída à investigação da corrupção e do branqueamento. E tanto chega também para ter uma ideia de como estará a restante estrutura de DIAP ao nível das comarcas.

Votado quase ao abandono pelo poder político, o DCIAP subsiste com uma carência estrutural de meios humanos, em especial funcionários e assessorias técnicas, o que assume naturalmente uma influência negativa na quantidade e qualidade do trabalho produzido. Apesar da importância da informática no funcionamento do departamento, não existe em permanência um único técnico dessa área para resolver os problemas diários mais comuns. O próprio edifício, além de subdimensionado, afigura-se absolutamente inapto para os fins a que foi destinado<sup>9</sup>.

Também a PJ tem sido alvo de forte desinvestimento, em especial na luta contra a corrupção. A construção de uma nova sede, apesar da sua notória visibilidade, não chega para proporcionar os meios necessários, mas apenas para dissimular essas dificuldades. A Unidade Nacional de Combate à Corrupção (UNCC) da PJ – com quem preferencialmente o DCIAP deveria atuar ao nível da investigação económico-financeira –, tem visto os seus quadros diminuir ao longo da última década e a essa falta de investimento junta-se a escassez de formação especializada numa área em que este tipo de investigação assume tecnicidades e particularidades de elevada complexidade.

#### IV. A problemática dos ativos virtuais

Considerando a crescente sofisticação das montagens jurídicas e financeiras tendentes a ocultar a corrupção<sup>10</sup> – pense-se nos recursos existentes ao nível da

<sup>9</sup> Anote-se a desadequação e escassez de espaço que passa pela falta de gabinetes (sendo que os existentes, apesar de exíguos, nalguns casos têm de acomodar dois magistrados) e a carência de um espaço físico adequado para colocar os inquéritos pendentes bem como os arquivados que vão sendo amontoados em locais exteriores cedidos pela PJ. As únicas duas salas de interrogatórios existentes, para além de diminutas, revelam uma manifesta falta de dignidade para a função que lhes é destinada. Os equipamentos informáticos encontram-se obsoletos e as impressoras estão permanentemente a avariar. Os problemas com o acesso à rede são uma realidade diária e os acessos às bases de dados públicas e privadas encontram-se dificultados por camadas de burocracia e problemas de natureza tecnológica que não cabe à PGR resolver. Para além disso, não se pode deixar de salientar a questão da segurança, onde as falhas impedem a implementação de uma regulamentação eficaz e podem tornar o DCIAP permeável a problemas desta natureza.

<sup>10</sup> Neste contexto, não podemos deixar de dar uma palavra para a importância que os *offshores* continuam a assumir com o seu secretismo e falta de cooperação com os restantes Estados. Sobre os critérios identificadores dos paraísos fiscais, a definição e amplitude desse conceito, veja-se PIERRE-ALEXIS BLEVIN, *Les Paradis Fiscaux*, Paris: Que sais-je, 2019, pp. 17 e ss. Esta mesma obra contém uma análise recente, e muito interessante, de identificação das estruturas societárias e

cibercriminalidade –, na utilização de sociedades de fachada, o recurso a circuitos financeiros paralelos, com a utilização de agentes em países estrangeiros, tudo sistemas concebidos para criar opacidade e dificultar a rastreabilidade dos beneficiários reais das operações criando camadas sucessivas de complexidade às operações.

Isto remete-nos para a questão do beneficiário efetivo e da necessidade de criar e aperfeiçoar os sistemas de registo dos beneficiários efetivos dos bens. É evidente que o trabalho do IRN e o recém-nascido RCBE não vai resolver todo o conjunto dos problemas que se vão colocar.

O Banco de Portugal passou recentemente a ser a autoridade nacional responsável pelo registo e fiscalização das entidades que exercem atividades com ativos virtuais. Contudo, as competências do BdP circunscrevem-se apenas à fiscalização dos deveres pelas entidades obrigadas, não abrangendo outras matérias, designadamente a supervisão prudencial ou comportamental generalizada.

Por seu lado, a CMVM tem o seu âmbito de atuação limitado apenas aos ativos virtuais que são considerados juridicamente como valores mobiliários.

Existe, por isso, uma ampla zona cinzenta em que é possível aos agentes operarem, nomeadamente através do recurso à *internet*, de uma forma completamente desregulada, onde a ausência de fiscalização permite a realização de um conjunto de atividades perfeitamente lícitas, mas que podem ser facilmente instrumentalizadas para a prossecução de fins ilícitos.

Acresce que, presentemente, em Portugal, embora a prestação de serviços ou a venda de produtos pagos com criptomoedas estejam sujeitas ao pagamento de IVA, as mais-valias resultantes da venda de criptomoedas não são tributadas. Torna-se, deste modo, aliciente realizar este tipo de atividade a partir de Portugal, que acaba por ser reconhecido como um «paraíso fiscal» neste âmbito.

Como é facilmente perceptível, a troca entre moedas virtuais pode criar uma camada adicional de opacidade (diferentes graus de anonimidade), dificultando a aferição da origem dos fundos. Ora sucede que também ficou de fora da nossa legislação a situação dos utilizadores que não recorram a *custodian wallet providers* e que não transacionem com recurso a *exchangers*, os quais podem operar anonimamente. Adicionalmente, um outro problema que desponta é o dos *atomic swap*<sup>11</sup> que podem ocorrer diretamente entre *blockchain* de diferentes criptomoedas, ou podem ser conduzidas fora da cadeia, longe do *blockchain* principal.

Ainda neste domínio, não pode deixar de nos preocupar a possibilidade de comercialização de *tokens* de bens de valor elevado (como metais preciosos, obras de arte ou imóveis, por exemplo). Os problemas levantados pela compra e venda de uma parcela de um imóvel merecem alguma reflexão por revelarem uma elevada capacidade para ocultar o seu beneficiário final e permitirem uma célere mudança de proprietário.

Este fenómeno da modernidade já estará a despontar em Portugal, sendo que o seu potencial de branqueamento é elevado, não sendo de excluir que já tenha atingido o sector do imobiliário. De facto, existem algumas plataformas internacionais

---

montagens jurídicas inovadoras mais recentes, identificando 12 tipologias de estruturas *offshore* complexas (*op. cit.*, pp. 47 a 83).

<sup>11</sup> Os *atomic swap* podem ser definidos como sendo uma tecnologia de contrato inteligente (*smart contract technology*) que permite a troca de uma moeda virtual por outra sem usar intermediários centralizados, como os *exchangers*.



que permitem este tipo de atividade e, entre nós, é conhecida a *Tokenized Asset Strategies Platform* (Plataforma de Estratégias de Tokenização de Ativos) que já tem pelo menos três produtos ativos *tokenizados*: o *Dynasty* que funciona precisamente com bens imóveis; o *Munger* que se refere a títulos de dívida; e o *Aurora* que é relativo a instalações fotovoltaicas. Noutras paragens, desde obras de arte a passes de jogadores de futebol, tudo é passível de ser «tokenizável».

Sem pretensão de ser exaustivo, recordam-se algumas outras ausências ou insuficiências de regulamentação que permitem um grau elevado de opacidade e anonimidade:

- Os *hardware wallet providers*, que disponibilizam aos utilizadores soluções de *hardware* que permitem armazenar localmente, e a título privado, as chaves criptográficas sem qualquer controlo público, permitindo a sua circulação anónima.
- Os *software wallet providers*, que disponibilizam aos utilizadores soluções de *software* que permitem consultar as informações publicadas da rede (DLT) e aceder à rede, receber e transferir moedas virtuais e armazenar localmente as chaves criptográficas.
- O recurso a plataformas de *trading peer to peer* (P2P), que funcionam como um *Market place* e permitem uma interação direta entre utilizadores que pretendem comprar ou vender ativos virtuais com a ausência de uma entidade central que supervisione e processe transações, operando exclusivamente através de *software* especializado.
- Os *non-fungible token* (NFT)<sup>12</sup>, que documentam a propriedade de um ativo digital e não se encontram devidamente regulamentados. Ora esses trabalhos digitais acabam por ser colocados para negociação por corretoras, em *NFT markets on-line*, para serem vendidos a colecionadores, que normalmente os pagam com criptomoeda. A grande vantagem dos NFT é precisamente o facto de estarem associados a linhas de código e encontrarem-se «dentro» da *block-chain*, o que garante a sua autenticidade, permitindo avaliar quem foi o seu autor, quem produziu o ativo e quem o detém, apresentando um histórico. Pelas suas características, os *NFT markets* são passíveis de muita especulação, pois o valor dos NFT está relacionado, não com o valor intrínseco aos mesmos associados, ou seja, o custo de materiais e tempo despendidos na sua produção, mas sim com o seu valor extrínseco, a perceção geral da sua escassez, originalidade e autenticidade associadas a possibilidade da sua transmissibilidade sem qualquer alteração (imutável) e ao valor que o mercado está disposto a pagar por ele.
- Ainda se aguarda a criação de uma base de dados central de registo das identidades dos utilizadores e dos endereços de carteiras digitais – que venha a ser acessível ao DCIAP e à UIF da PJ –, bem como formulários de autodeclaração para ser usada pelos utilizadores de moeda virtual, complementada com a criação de um sancionamento rigoroso pelo seu incumprimento.

<sup>12</sup> Os NFT são um tipo especial de *token* criptográfico que representa algo único, não sendo fungíveis por serem insubstituíveis (podendo ser artigos como obras de arte, fotografias, filmes, arquivos áudio, antiguidades, objetos raros ou exemplares únicos de diversos tipos).

## V. Alguns problemas motivados pelo regime jurídico arqueológico das SGPS

A falta de transparência das relações, e ligações, entre pessoas coletivas e os agentes (singulares) que controlam efetivamente essas entidades coloca sérios entraves à investigação criminal, nomeadamente quanto ao crime de corrupção.

Como exemplo, podemos atentar as questões complexas que se colocam ao nível da imputação criminal relativamente à autoria dos atos praticados pelos membros do Conselho de Administração (CA) das casas-mãe (*holding* / SGPS) relativamente às empresas dominadas, bem como a possibilidade de responsabilização dessa pessoa coletiva, SGPS.

Este género de situações tem estado na origem de imensos problemas jurídicos recentes, designadamente em megaprocessos como os casos conhecidos como «Face Oculta», «Marquês» ou «EDP-CMEC». Uma corrente jurisprudencial, que cremos minoritária, afasta a possibilidade de responsabilidade criminal dos administradores das SGPS, e dessas próprias SGPS, pelos atos praticados pelas empresas controladas, nomeadamente na situação de a empresa-filha ser concessionária de um serviço público essencial. Alega-se, na defesa desta tese, que essas *holding* são entidades jurídicas distintas das empresas que controlam, de onde derivariam diversos corolários importantes, como o da não aplicação do conceito de funcionário às pessoas que pertencem à casa-mãe.

Consideramos que as formas encontradas para as sociedades perseguirem o objetivo de administrar um grupo de empresas merecem uma regulamentação legal mais consentânea com o momento atual<sup>13</sup>.

Recorde-se que o regime das SGPS foi introduzido em Portugal na década de 1980, com o objetivo de atrair investimento estrangeiro, promovendo o desenvolvimento económico, e consolidando o tecido empresarial português. *Holding* e SGPS, tal como empresa de participações, e empresa-mãe, servem normalmente para referir o mesmo conceito, designando uma forma de sociedade criada com o objetivo de administrar um grupo de empresas. A *holding* administra e possui a maioria das ações (ou cotas) das empresas componentes de um determinado grupo. Essa forma de sociedade é muito utilizada por grandes empresas (mas não só) e, normalmente, visa melhorar a estrutura de capital, ou é usada como parte de uma parceria com outras empresas.

As sociedades gestoras de participações sociais têm por objeto contratual a gestão de participações sociais de outras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas. Mas, na prática, são elas que dirigem toda a dinâmica empresarial das empresas-filhas do grupo, mesmo que estas sejam concessionárias de serviços públicos essenciais. Numa perspetiva prática, podemos demonstrar a nossa afirmação com uma mera observação dos *e-mails* trocados entre o CA da

<sup>13</sup> As SGPS encontram-se juridicamente reguladas pelo Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, na redação dos Decreto-Lei n.º 318/94, de 24 de dezembro, Decreto-Lei n.º 378/98, de 27 de novembro, e Lei n.º 109-B/2001, de 27 de dezembro. A sua utilização apresenta vantagens não só ao nível da facilidade na direção do grupo de empresas como a nível fiscal (onde as principais vantagens fiscais decorrentes da existência de uma SGPS num grupo económico surgem ao nível do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, do Imposto do Selo, e ainda com a não dedutibilidade dos encargos financeiros com a aquisição de partes de capital, e a não dedutibilidade com as menos-valias realizadas (quer associadas à alienação ou liquidação de participadas).

casa-mãe e o da empresa-filha, as próprias informações à imprensa ou os Relatórios e Contas.

O conselho de administração de uma empresa controlada não goza de autonomia para seguir os interesses da empresa dependente da casa-mãe, pois os interesses que importa perseguir são os da *holding*. Aliás, os restantes órgãos sociais da empresa controlada, mesmo a Assembleia Geral, na prática, só têm um poder simbólico, encontrando-se os seus poderes canibalizados pela SGPS.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES<sup>14</sup> recorda que «[n]o plano dos factos, não restam hoje dúvidas de que o grupo de sociedades constitui já o novo ator central do sistema económico-societário dos nossos dias, tendo ofuscado em grande medida a tradicional sociedade individual», acrescentando que a empresa moderna adotou uma estratégia de expansão externa adquirindo outros operadores económicos. Assim, considera que o «[i]nstrumento jurídico central desta nova estratégia de expansão é o grupo de sociedades através do qual um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais, conservando embora a sua autonomia jurídica, patrimonial e organizativa (sociedades-filhas, “subsidiaries”, “Tochtergesellschaften”, “filiales”, “filiali”), é subordinado a uma direcção económica unitária exercida por outra sociedade, de acordo com a estratégia e interesse comum do todo (sociedade-mãe, “group headquarter”, “Muttersgesellschaft”, “cappo-gruppo”, “société-mère”)».

Mas, aquilo que este autor em 2002 considerava uma passagem do átomo à molécula não está ainda sustentado pelo direito, pois o grupo societário permanece ainda um fenómeno praticamente ignorado do mundo do Direito. Apesar da tendência natural de concentração económica, observando o Código das Sociedades Comerciais, conclui-se que pouco se alterou no panorama legislativo nacional em ordem a atentar no comportamento do núcleo dirigente pela estratégia de atuação unitária.

Atualmente, o grupo de sociedades, mantendo a personalidade jurídica das sociedades componentes, encontra-se sujeito a uma autoridade económica central e ao interesse económico global do todo<sup>15</sup>, sendo que esta «integração das empresas em estruturas económicas cada vez mais vastas nas quais, não obstante a perda da sua autonomia económica resultante da sua subordinação a uma direcção económica unitária do conjunto, elas persistem como células dotadas de individualidade jurídica e patrimonial própria».

Assim, importa que, tal como a economia, o direito reflita a circunstância de que num grupo de sociedades, num *corporate group*, o que prevalece é a «vontade e interesse do todo económico, tal como este vem sendo definido pela sociedade líder do grupo [...] (“group planning process”, “Konzernpolitik”))», como ensina JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES<sup>16</sup>.

Anote-se que esta escolha por um modelo de grupo de empresas apresenta inúmeras vantagens, desde logo sendo uma estrutura extremamente maleável e flexível com vantagens financeiras<sup>17</sup>, vantagens jurídicas, nomeadamente de ordem fiscal sendo que as sociedades *holdings* – as SGPS – têm um regime fiscal altamente favorável, para além da possibilidade de recursos a «paraísos fiscais».

<sup>14</sup> JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 13.

<sup>15</sup> Cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, p. 22.

<sup>16</sup> *Vide, op. cit.*, p. 27.

<sup>17</sup> Cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, p. 39.

No fundo, a SGPS é a cúpula hierárquica de um grupo de sociedades<sup>18</sup> e deve responder pelos atos desse grupo, mesmo que nalguns casos existam questões específicas, como as advindas de concessionários de serviços públicos essenciais.

Como se tem visto na experiência nacional, como na internacional, é importante atentar neste contexto societário, pois o mesmo interfere com as práticas de corrupção, não só em Portugal como com as práticas de *corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional*<sup>19</sup> e a *corrupção passiva no sector privado* (cf. artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril).

## VI. Conclusões

A prevenção da corrupção e do branqueamento devem anteceder a investigação criminal desses fenómenos criminais e não se devem considerar como encontrando-se apenas cometidas aos órgãos de polícia criminal e ao DCIAP<sup>20</sup>. É necessário um trabalho em diversas dimensões que passa pela atuação de diferentes entidades administrativas e envolve as próprias entidades públicas e privadas que devem adotar medidas internas e códigos de conduta suscetíveis de prevenir a corrupção.

Para aperfeiçoar a prevenção e investigação da corrupção (e do branqueamento), numa perspetiva eminentemente prática, salientamos as seguintes medidas que se nos afiguram da maior importância para a prevenção da corrupção no âmbito criminal:

- i. Conção de uma estratégia nacional que norteie a abordagem ao problema da corrupção, observando-o juntamente com o do branqueamento das vantagens obtidas, considerando as suas diversas dimensões, concentrando a informação e encaminhando-a para os diferentes organismos que deverão trabalhar em rede.
- ii. O combate à corrupção e ao branqueamento necessita ser efetuado com recurso a um forte investimento na Tecnologia de Informação, o qual deverá ser devidamente identificado e calendarizado, e incidir essencialmente sobre o Ministério Público, em particular o DCIAP, e os OPC, desde logo a PJ.
- iii. Criação de uma entidade pública, auxiliar dos tribunais, Ministério Público e OPC, que identifique e mantenha listagens de *software* (programas e algoritmos) que estejam devidamente caracterizados e possam ser usados na investigação criminal como fontes de acesso a informação, designadamente *malware*, passível de ser lícitamente utilizado na prevenção e investigação criminal.
- iv. Numa perspetiva mais alargada, a revisão integral da Lei do Cibercrime, com particular enfoque nas normas processuais penais.

<sup>18</sup> Vide JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, pp. 61-64.

<sup>19</sup> Sobre esta matéria veja-se o trabalho do *Working Group on Bribery da OCDE* relativamente aos passos dados para «Implement and Enforce the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and to implement the 2009 Recommendation». Por todos, cf. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/United-States-Phase-4-Report-ENG.pdf>.

<sup>20</sup> Vide o artigo 58.º, n.º 4, alíneas a) e b), do EMP.

- v. O BdP deveria ver alargado o seu perímetro de atuação na área dos ativos virtuais de forma a abranger os problemas que foram identificados no ponto IV.
- vi. A CMVM também deveria ver os seus poderes mais dilatados no sentido de reforço de toda a sua atuação preventiva, nomeadamente com o reforço da sua organização interna em matéria de branqueamento de capitais, de densificação dos poderes de análise da idoneidade dos presidentes de conselhos de Administração de empresas *holdings* / SGPS, e reforço da sua atuação em matéria de digitalização financeira.
- vii. O TdC deveria ser reorganizado sendo incrementadas as secções preventivas e os seus poderes de atuação nessa área.
- viii. Desenvolvimento das medidas de identificação e de controlo do beneficiário efetivo não só ao nível da propriedade de pessoas coletivas (RCBE) como de bens móveis ou imóveis, de contas bancárias, e de ativos virtuais. Designadamente a criação de uma base de dados central, que venha a ser acessível ao DCIAP e à UIF da PJ, para registo das identidades dos utilizadores e dos endereços de carteiras digitais.
- ix. Uma intervenção legislativa de fundo ao nível do regime das SGPS, atualizando o seu regime jurídico, densificando os poderes e responsabilidades do grupo de sociedades e permitindo a responsabilização das *holdings*, e dos seus CA, pelo atos desse grupo, mesmo que as sociedades-filhas tenham características específicas como seja serem concessionárias de serviços públicos essenciais.

Palmela, 10.04.2021

**CAPÍTULO III**  
**REFORMA DO DIREITO PENAL**





Secção I

PRESSUPOSTOS DA PUNIÇÃO  
DAS PESSOAS COLETIVAS

11.

**Uniformização do regime de responsabilidade  
penal das pessoas colectivas e programas  
de cumprimento normativo**

Inês Fernandes Godinho

Sumário:

- I. Introdução
- II. Uniformização e autonomização de regimes
  - 1. Modelo de imputação
  - 2. Sanções penais
  - 3. Normas processuais penais
- III. Relevância substantiva dos programas de cumprimento normativo
  - 1. A importância dos programas de cumprimento normativo
  - 2. Modo de implementação
- IV. Conclusões e proposta

**RESUMO:** No presente artigo procura-se percorrer, a partir das indicações da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC), os diversos nódulos problemáticos respeitantes à responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas. Neste sentido, a partir do modelo de imputação adoptado no ordenamento jurídico português, exploram-se as possibilidades de uniformização de regimes substantivos, quanto aos pressupostos de imputação e quanto às sanções aplicáveis, e a autonomização de um verdadeiro regime processual penal para as pessoas colectivas e entidades equiparadas. Seguindo as orientações identificáveis na ENCC, procura-se ainda aferir em que medida e com que limites poderão os programas de cumprimento normativo (*compliance*) assumir relevância substantiva, tanto no patamar da responsabilidade das pessoas colectivas, como na reforma das sanções penais aplicáveis às pessoas colectivas.

## **I. Introdução**

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (doravante, ENCC) estabelece duas grandes linhas de orientação quanto à responsabilidade penal das pessoas colectivas.

---

Por opção da Autora, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

Em primeiro lugar, estabelece-se como eixo a uniformização e autonomização de regimes, que inclui, nos termos da formulação da ENCC, tanto a uniformização de regimes quanto ao modelo de imputação, como quanto às sanções, considerando-se que «o regime geral da responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas seja o previsto no Código Penal», assim como deve o mesmo Código conter «o regime geral das penas aplicáveis às pessoas colectivas». Neste ponto, podemos referir ainda, por um lado, a inclusão da responsabilidade penal das pessoas colectivas no âmbito dos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos e, por outro lado, a previsão de normas processuais penais quanto às pessoas colectivas.

Em segundo lugar, a intervenção deverá lograr conceder «relevância substantiva» aos programas de cumprimento normativo (*compliance*) «ao nível da determinação da pena em sentido amplo». E ainda no contexto desta relevância substantiva dos programas de cumprimento normativo, apontam-se orientações concretas no patamar das penas: a adopção destes programas deve ter reflexo na pena de multa, a injunção judiciária deverá passar a pena principal, em linha com o artigo 131-39-2 do Código Penal francês, para acolher estes programas, e a pena de substituição de vigilância judiciária – eventualmente promovida a pena principal – «deve servir o objectivo de fiscalizar o cumprimento efectivo de um programa de cumprimento normativo».

Ora, tendo como horizonte analítico estas linhas de orientação, procuraremos sistematizá-las, com vista à possibilitação de um contributo para o programa legislativo que decorrerá das mesmas.

## II. Uniformização e autonomização de regimes

### 1. Modelo de imputação

A tradição em termos de modelo de imputação do facto à pessoa colectiva em Portugal tem sido, desde a consagração da responsabilidade penal da pessoa colectiva em legislação extravagante, o modelo vicarial de imputação (também designado de «modelo de responsabilidade do representante»<sup>1</sup>), respondendo a pessoa colectiva pelos comportamentos daqueles que actuam em seu nome<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017, pp. 266 e s.; referindo o conceito de responsabilidade derivada, JORGE REIS BRAVO, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 195; referindo a noção de hetero-responsabilidade, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019; SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 105. Cfr. ainda INÊS FERNANDES GODINHO, *A Responsabilidade Solidária das Pessoas Colectivas em Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora: 2007, pp. 108 e ss.

<sup>2</sup> Naturalmente que não deverá ser esta a ocasião para referir toda a evolução do problema, sendo a literatura, mesmo nacional, sobre o mesmo, extraordinariamente extensa. Assim, assumiremos os pontos consensuais na doutrina maioritária, não nos parecendo pertinente, para o escopo deste trabalho, a indicação de outros modelos de imputação ou mesmo o desenvolvimento crítico das diferenças dos regimes de imputação – dentro deste modelo – que actualmente existem no ordenamento jurídico português. Assumindo-se na ENCC a intenção de uma unificação e harmonização dos diferentes regimes, iremos apenas fazer as referências necessárias para a sustentação das propostas apresentadas.

No ordenamento jurídico português, e ainda que o modelo de imputação seja o modelo vicarial, a partir de 2007, com a alteração do artigo 11.º do Código Penal, passaram a existir dois regimes distintos de imputação do facto à pessoa colectiva, sendo a maior dificuldade aquela de justificar que o regime de imputação de determinada legislação extravagante – *maxime*, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (Infracções contra a Economia e a Saúde Pública, doravante, Decreto-Lei n.º 28/84) e o artigo 7.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho (Regime Geral das Infracções Tributárias, doravante, RGIT) – seja mais restrito quanto aos agentes que vinculam a pessoa colectiva, mas mais amplo quanto ao universo de pessoas colectivas que podem ser penalmente responsabilizadas<sup>3</sup>, do que o regime geral consagrado no Código Penal<sup>4</sup>.

Com efeito, os regimes do Decreto-Lei n.º 28/84 e do RGIT não excluem, desde logo, o *Estado*, *pessoas colectivas no exercício de prerrogativas de poder público* e *organizações de direito internacional público*, admitindo apenas, como pessoa física representante da pessoa colectiva, os *órgãos ou representantes* que actuem em nome e no interesse da pessoa colectiva.

Por outro lado, a redacção dada em 2007 à alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal introduziu um outro alargamento, que, não obstante manter o modelo vicarial de base<sup>5</sup>, na medida em que continua a fazer depender a imputação da acção ou omissão de pessoas físicas, introduz um elemento de défice na organização da pessoa colectiva<sup>6</sup>, potenciando a consideração de um modelo de imputação misto. Nesta sequência, não obstante poder parecer aberto caminho a outro modelo de imputação, verdadeiramente, os limites da responsabilidade penal apenas se poderão encontrar cumpridos por um modelo de hetero-responsabilidade, ou seja, com uma necessária ligação a uma pessoa física<sup>7</sup>.

Deste modo, e atento o desiderato de uniformizar e harmonizar regimes, tornando o regime do Código Penal como regime geral, deverão tais artigos 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84 e 7.º do RGIT passar a prever uma formulação de remissão para o regime geral.

Outro aspecto que tem sido difícil de explicar é o catálogo de crimes previsto no n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal, tanto pelas presenças, como pelas ausências<sup>8</sup>. Não sendo este um ponto expressamente referido na ENCC – mencionando-se

<sup>3</sup> SUSANA AIRES DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 104-105.

<sup>4</sup> Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa: UC Editora, 2015, Artigo 11.º, Anotação 11, p. 137.

<sup>5</sup> SUSANA AIRES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 106.

<sup>6</sup> Na linha com a construção de TIEDEMANN, no seu «clássico» *Wirtschaftsstrafrecht*. Entre nós, cfr. JORGE REIS BRAVO, *op. cit.*, p. 196; também GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos Seus Administradores e Representantes*, Lisboa: Verbo, 2009, pp. 254 e s. e, mais recentemente, SUSANA AIRES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 107.

<sup>7</sup> Cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 115-116; SUSANA AIRES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 107; TERESA QUINTELA DE BRITO, «Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual», in Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo de Sousa Mendes (Coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 201 e s., p. 207.

<sup>8</sup> Refira-se, pelas presenças, os crimes sexuais e, pelas ausências, desde logo, o crime de homicídio e inúmeros crimes patrimoniais. Cfr., entre nós, pelas presenças: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS,

apenas a inclusão da responsabilidade penal das pessoas colectivas no regime da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (Crimes da Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos), quanto aos crimes de corrupção activa e oferta indevida de vantagem – pensamos, dado serem previsíveis alterações ao artigo 11.º do Código Penal, ser igualmente oportuna uma revisão do catálogo de crimes constante do n.º 2 deste artigo, independentemente de uma relação directa com a ENCC, mas considerando também o relevo que poderão assumir na percepção da corrupção não apenas como um tipo legal de crime, mas como um fenómeno criminógeno, abrangendo diversos tipos penais. Referimo-nos, por exemplo, aos crimes de dano, abuso de confiança, insolvência, usura e receptação ou mesmo o próprio furto<sup>9</sup>.

Além da dificuldade *supra* apontada da actual existência de dois regimes de imputação, deverá ainda mencionar-se a existência de duas modalidades de remissão para o regime geral. Encontramos, assim, uma modalidade mais frequente, que pode ser encontrada no artigo 6.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de Combate ao Terrorismo), no artigo 33.º-A do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (Tráfico e consumo de estupefacentes e de substâncias psicotrópicas), no artigo 3.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Julho (Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos) e no artigo 4.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril (Responsabilidade Penal por Crimes de Corrupção no Comércio Internacional e na Actividade Privada), em que a remissão é feita do seguinte modo: «As pessoas colectivas e entidades e equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.» Todavia, encontramos no artigo 9.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro (Lei do Cibercrime), uma formulação – não obstante poder assumir o mesmo significado – diversa: «As pessoas colectivas e entidades equiparadas são penalmente responsáveis pelos crimes previstos na presente lei nos termos e limites do regime de responsabilização previsto no Código Penal.» Pretendendo-se, na ENCC, uma uniformização e harmonização do regime da responsabilidade penal das pessoas colectivas, também as normas de remissão deverão ser uniformizadas, sob pena de se introduzir ruído desnecessário, sugerindo-se a adopção da formulação mais simples (e, também, mais frequente) e alterando-se, consequentemente, a formulação do artigo 9.º da Lei n.º 109/2009.

## 2. Sanções penais

Uma das linhas de intervenção em termos de uniformização e harmonização é o regime das sanções aplicáveis às pessoas colectivas, afirmando-se o regime do Código Penal como regime geral, também em matéria de tripartição entre penas principais, acessórias e de substituição.

Com efeito, encontramos uma linha dissonante entre regimes de legislação penal extravagante e o regime previsto nos artigos 90.º-A e seguintes do Código Penal. Desde logo, quanto às penas principais: se o Código Penal apenas prevê como penas

---

*op. cit.*, p. 351; JOSÉ DE FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 267. E pelas ausências, logo em 2008, GERMANO MARQUES DA SILVA, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», *Revista do CEJ*, n.º 8 (2008), pp. 69 e s., p. 73.

<sup>9</sup> JORGE REIS BRAVO, *op. cit.*, p. 206. Acrescente-se também que a inclusão dos crimes de homicídio e de ofensas à integridade física tem vindo a ser reclamada pela doutrina. Cfr. SUSANA AIRES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 104.

principais a multa e a dissolução (artigo 90.º-A, n.º 1, do Código Penal), já o Decreto-Lei n.º 28/84 prevê ainda a pena principal de admoestação [artigo 7.º, n.º 1, alínea *a*), do Código Penal]<sup>10</sup>, e o RGIT prevê apenas a pena principal de multa (artigo 12.º, n.º 2, do RGIT). Daí que, em consonância com a proposta no ponto anterior, adoptando-se uma formulação de remissão da legislação penal extravagante para o modelo geral constante do Código Penal, também essa formulação deverá implicar a revisão das penas previstas para as pessoas colectivas nos diplomas referidos. Esta revisão poderá ser efectuada através da criação de uma norma remissiva geral para os «termos gerais» quanto às penas, podendo tal remissão implicar a eliminação de algumas normas dos referidos diplomas, atenta a existência de uma norma remissiva geral, sendo apenas mantidas penas acessórias específicas que se possam justificar [p. ex., a alínea *h*) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 28/84], ou, ainda, prescindindo-se de uma norma remissiva geral, através da harmonização das penas com a consequente alteração de algumas normas [p. ex., a eliminação da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 7.º e a necessária alteração do n.º 2 do Decreto-Lei n.º 28/84].

Tendo como pano de fundo a atribuição de relevância substantiva aos programas de cumprimento normativo, na ENCC propõe-se a passagem da pena de injunção judiciária a pena principal e a eventual «promoção» da pena de vigilância judiciária a pena principal.

Como abordaremos *infra*, temos as maiores dúvidas de qual o papel que deva ser desempenhado pelos programas de conformidade normativa na *letra da lei*, no âmbito da responsabilização penal das pessoas colectivas.

De qualquer modo, em termos de sanções, julgamos que o ponto essencial é o da sua adequação às pessoas colectivas<sup>11</sup>. E, nesse contexto, quanto à pena de vigilância judiciária, pensamos ser mais adequada a possibilidade de uma aplicação cumulativa da pena de multa e da pena de vigilância judiciária, o que nos remete para a vantagem de consideração da pena de vigilância judiciária como pena acessória<sup>12</sup>. Com efeito, é na diversidade de penas acessórias que encontramos a particularidade da sua adequação às pessoas colectivas<sup>13</sup>.

### 3. Normas processuais penais

A questão da ausência de normas processuais penais específicas para as pessoas colectivas, em especial, desde a revisão de 2007, que procedeu à inclusão da sua responsabilidade penal no Código Penal, tem sido criticada, de modo constante e crescente, desde 2007<sup>14</sup>. O ponto comum tem sido, precisamente, a ausência de qualquer

<sup>10</sup> Ausência já identificada por NUNO BRANDÃO, «O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal», *Revista do CEJ*, n.º 8 (2008), pp. 41 e s., p. 44.

<sup>11</sup> MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES, *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, *passim*.

<sup>12</sup> Em harmonia, aliás, com o seu modelo original. Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, Artigo 90.º-E, Anotação 1, p. 412.

<sup>13</sup> Veja-se JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto, 2003, pp. 96-97; MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES, *op. cit.*, p. 85.

<sup>14</sup> A título indicativo, refira-se, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, «A pessoa como sujeito processual – ou a descontinuidade processual da responsabilidade penal», *Revista do CEJ*, n.º 8 (2008), pp. 99 e s.; INÊS FERNANDES GODINHO, «Pessoas colectivas e processo penal: alguns apontamentos de uma tentativa impossível», *Revista de Economia e Direito*, Vol. XII, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008, pp. 49



regime processual diferenciado da pessoa colectiva enquanto sujeito processual penal, considerando o âmbito de crimes pelos quais a mesma poderá ser constituída arguida. E os problemas vão desde a constituição da pessoa colectiva como arguida, ao estar em juízo enquanto arguida (em termos de representação), ao instituto das próprias declarações de arguido, onde se inclui o interrogatório, à notificação da pessoa colectiva enquanto arguida, à realização de alguns meios de obtenção de prova – como, p. ex., as buscas domiciliárias ou mesmo as escutas telefónicas – ou ainda às medidas de coacção, desde logo, o próprio TIR. Ao que acrescem as dificuldades de responsabilização penal das pessoas colectivas em caso de fusão ou cisão (artigo 11.º, n.º 8, do Código Penal) ou mesmo de a responsabilidade penal da pessoa colectiva poder ser cumulativa com a do seu representante (artigo 11.º, n.º 7, do Código Penal). A «única» norma processual penal especificamente relativa às pessoas colectivas surge apenas em 2017, no âmbito da Lei n.º 50/2007 (artigo 3.º-A). Facto que, atendendo à enorme expansão – mesmo no âmbito da legislação penal extravagante – da responsabilidade penal das pessoas colectivas, mantém actual a crítica de COSTA ANDRADE: «o legislador não pode deixar uma área problemática, tão extensa e tão densificada de conflitualidade, pura e simplesmente abandonada às forças da doutrina e da jurisprudência»<sup>15</sup>. Tal não fizeram os legisladores espanhol ou francês, em circunstâncias idênticas.

Na verdade, o Código de Processo Penal continua a apresentar um modelo antropocêntrico, baseado na responsabilidade individual, tendo sido os procedimentos penais contra as pessoas colectivas efectivados com recurso às normas do processo civil (artigo 4.º do Código de Processo Penal) e, tendo em conta as especificidades não supríveis pela aplicação subsidiária das normas de processo civil, a alguma «imaginação» jurídica, face à absoluta ausência de quaisquer normas específicas no Código de Processo Penal. Ou seja, esta é uma necessidade premente, independente da ENCC, mas que, a ser impulsionada pela ENCC, constitui talvez um dos seus mais importantes contributos em termos de impacto geral sobre o ordenamento jurídico-penal.

Alguns aspectos assumem importância primordial, *prima facie*, a devida representação da pessoa colectiva em processo penal, uma vez que a pessoa colectiva não poderá ser sequer sujeito processual, ou mesmo prestar declarações, ou cumprir o dever de comparência, sem estar para tal representada. E, neste ponto, o princípio primordial deverá ser a pessoa colectiva estar representada por quem não assuma com ela qualquer conflito de interesses<sup>16</sup>. E, permita-se-nos, atendendo ao modelo de imputação do direito penal português, a total ausência de conflito quase se diria improvável, por inúmeras razões. Daí que a proposta recentemente avançada por MARIA JOÃO ANTUNES mereça o nosso pleno acordo, ou seja: por um lado, a representação da pessoa colectiva pelo representante legal no âmbito da sua constituição como arguida, mas, por outro lado, a possibilidade dada à pessoa colectiva de

---

e s.; JORGE REIS BRAVO, *op. cit.*, pp. 291 e s.; MANUEL DA COSTA ANDRADE, «*Bruscamente no Verão Passado*», *a Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 98 e s.

<sup>15</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 104.

<sup>16</sup> Já havíamos proposto que logo na fase inicial do processo fosse dada à pessoa colectiva possibilidade de nomear representante diverso do representante legal, em caso de conflito de interesses. Cfr. INÊS FERNANDES GODINHO, *Pessoas Colectivas*, cit., pp. 57-58. Em sentido coincidente, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 108.

designar representante para o processo, não devendo o mesmo assumir no processo a qualidade de testemunha<sup>17</sup>.

Com efeito, o recurso à regra da representação legal como regra geral da representação da pessoa colectiva em processo penal poderá arrastar consigo situações de menor garantia processual para a pessoa colectiva quanto ao seu estatuto e no exercício dos seus direitos processuais.

Assumimos que a incursão pela problemática das normas processuais penais relativas às pessoas colectivas apenas pode, neste contexto, limitar-se a três notas adicionais.

Em primeiro lugar, a correcta delimitação da solução do problema da representação da pessoa colectiva em processo penal apontará as linhas de continuidade que daí decorrerão em termos de regras de notificação da pessoa colectiva. Existindo um representante processual da pessoa colectiva, as notificações que devam ser feitas também ao sujeito processual (artigo 113.º, n.º 10, do Código de Processo Penal<sup>18</sup>), deverão, no caso das pessoas colectivas, ser feitas ao representante processual, devendo essa indicação – p. ex., através de um aditamento ao n.º 10 do artigo 113.º do Código de Processo Penal – ser expressa.

Em segundo lugar, o problema das medidas de coacção<sup>19</sup>. Na verdade, não obstante a existência da regra de correspondência no artigo 90.º-B, n.º 2, do Código Penal, que permitiria, *teoricamente*, a aplicação de medidas de coacção às pessoas colectivas – dado todas elas pressuporem crime punível com pena de prisão –, a verdade é que (i) dificilmente serão cumpridas as condições de aplicação<sup>20</sup>; (ii) as medidas de coacção tipificadas do Código de Processo Penal não são, na maior parte dos casos, aplicáveis, *qua tale*, a pessoas colectivas (p. ex., prisão preventiva). Por outras palavras, a conjectura teórica de possibilidade não significa, aqui, a possibilidade axiológico-legal de aplicação<sup>21</sup>. Ou seja, as pessoas colectivas arguidas, desta perspectiva, encontram-se em situação de discriminação positiva face às pessoas singulares arguidas, em clara violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP). O que conduz à premente necessidade de previsão específica de condições de aplicação e de medidas de coacção direccionadas para a realidade das pessoas colectivas.

Existem, claramente, outras necessidades em termos de previsão de normas processuais penais específicas para as pessoas colectivas. Todavia, pensando no *Leitmotiv* que nos guia, existe um aspecto que deverá merecer especial cuidado, face às propostas constantes da ENCC. O avanço proposto de justiça premial, privilegiando as denúncias no âmbito do combate à corrupção, fará previsivelmente aumentar as denúncias contra pessoas colectivas por agentes, seus representantes ou pessoas nela ocupando uma posição de liderança, que pretendam beneficiar desse regime<sup>22</sup>. Daí

<sup>17</sup> Cfr. MARIA JOÃO ANTUNES, *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 76-78.

<sup>18</sup> Mas também os casos, p. ex., dos artigos 277.º, n.º 3, ou 283.º, n.º 5, do Código de Processo Penal.

<sup>19</sup> Devendo o TIR ter tratamento diferenciado.

<sup>20</sup> Bastará pensar no *perigo de fuga* da alínea a) do artigo 204.º do Código de Processo Penal ou mesmo na formulação da alínea c) do mesmo artigo.

<sup>21</sup> Aqui aproximamo-nos de MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, pp. 85-86, actualizando a nossa posição relativamente à conjectura de uma efectiva possibilidade que indicámos no nosso, «Pessoa Colectiva...», cit., pp. 70 e s.

<sup>22</sup> O que poderá, p. ex., fazer pensar na posição do *compliance officer* como possível representante processual de pessoa colectiva.

que seja também importante, do lado do processo penal, por um lado, acautelar a posição de arguida da pessoa colectiva, revendo-se, por exemplo também, o regime da recusa de depoimento (artigo 134.º do Código de Processo Penal) e, por outro lado, ponderar limites (ou condições) de admissibilidade de elementos de processos de averiguação realizados no âmbito de programas de cumprimento normativo em termos probatórios.

### III. Relevância substantiva dos programas de cumprimento normativo

#### 1. A importância dos programas de cumprimento normativo

##### 1.1. Em termos gerais

Um primeiro ponto que deve ser tido em consideração prende-se com o próprio significado dos programas de cumprimento normativo (*compliance*). Umbilicalmente ligados ao surgimento do Estado Regulador e a uma proliferação de normas reguladoras da actividade empresarial e económica, «os programas de compliance visam a promoção de uma cultura empresarial ética e de cumprimento, mas o seu objectivo final é evitar a responsabilidade administrativa, civil e, em última linha mas sobretudo, penal»<sup>23</sup>.

Estes programas, integrantes da *corporate governance*, podem incluir diversos elementos<sup>24</sup>, sendo talvez o mais relevante, neste contexto, a existência dos *compliance officers*, desde logo, pelas implicações que poderão ter na sua (potencial) inclusão no universo de *peessoas que ocupem uma posição de liderança* e do subsequente risco de uma «substituição» do representante pelos *compliance officers*.

Ora, estes programas não têm (ainda) consagração directa no artigo 11.º do Código Penal, apontando a ENCC para uma sua relevância substantiva, sendo, pois, crucial aferir quais devam ser os limites da sua relevância.

##### 1.2. No contexto do modelo de imputação

Independentemente da importância da promoção de programas de cumprimento normativo e não obstante a clara primazia que lhes é concedida em termos da ENCC (*v.g.*, pp. 41 e s.), a relevância penal que lhes possa ser atribuída em termos substantivos encontra-se (também) dependente do modelo de imputação adoptado no ordenamento jurídico em causa.

Com efeito, apenas os modelos de responsabilidade directa (ou auto-responsabilidade), baseados em um défice de organização (*facto próprio*) e não dependentes da actuação (ou omissão) de um representante, poderão admitir que a existência de programas de cumprimento normativo seja conducente a uma exclusão de responsabilização da pessoa colectiva<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Económico. Uma Política Criminal na Era Compliance*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 57. Aprofundadamente, sobre este enquadramento, *idem*, pp. 45 e s.

<sup>24</sup> TERESA QUINTELA DE BRITO, «Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes», *Anatomia do Crime*, n.º 0 (2014), pp. 75 e s., p. 80.

<sup>25</sup> Como salientam MARTA MORALES ROMERO e ADÁN NIETO MARTÍN, «[p]oco o nada tiene que decir el programa de cumplimiento normativo si el sistema elegido es él de la responsabilidad vicarial». Cf. «Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los

Ora, considerando o modelo vicarial – ou de hetero-responsabilidade – em que assenta o ordenamento jurídico português, a relevância destes programas apenas poderá ter um alcance limitado.

## 2. Modo de implementação

Atento o exposto no ponto precedente, os programas de cumprimento normativo apenas poderão assumir relevância substantiva no patamar da determinação da pena e, em caso algum, como elemento objectivo de isenção ou dispensa de punição.

Deste modo, importa que a referência aos modelos de determinados ordenamentos jurídicos estrangeiros tenha em linha de conta que nem sempre tais modelos assentam no modelo de imputação vicarial.

Já se poderia considerar que, atenta a formulação da alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal, a alusão aos *deveres de vigilância ou controlo* já impenderia sobre as pessoas colectivas um dever de adopção de regras de vigilância ou controlo, de outro modo, programas de cumprimento normativo.

Mas a isenção ou dispensa de punição de pessoas colectivas em um modelo de base vicarial por via da adopção de tais programas criaria um paradoxo: a adopção de tais programas significaria a impossibilidade de responsabilização das pessoas colectivas<sup>26</sup>, apenas se permitindo, eventualmente, uma responsabilização da pessoa física. E a norma do artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal, especialmente tendo em conta o alargamento a que procede, tanto em relação às pessoas físicas, como em relação às possibilidades de imputação, é uma norma de proibição: pretende proibir a pessoa colectiva de praticar os ilícitos penais na mesma referidos<sup>27</sup>; o sentido da norma não é, *in toto*, o de impor às pessoas colectivas a adopção de programas de cumprimento normativo. Ou seja: a pessoa colectiva não é responsabilizada por não ter programas de cumprimento normativo, é responsabilizada pela prática (mediata) do respectivo ilícito criminal. Daí que o sentido – ou a relevância substantiva – dos programas de conformidade normativa apenas possa ser aquele que, de algum modo, já resulta do n.º 6 do artigo 11.º do Código Penal, ou seja, *a responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito*<sup>28</sup>.

---

programas de cumplimiento normativo em el derecho penal comparado», in Eduardo Demetrio Crespo (Dir.)/Manuel Maroto Calatayud (Coord.), *Crisis Financiera y Derecho Penal Económico*, Madrid: Edisofer, S.L., p. 465 e s., pp. 468. Entre nós, por todos, SUSANA AIRES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 134.

<sup>26</sup> Como lapidarmente refere PAULO DE SOUSA MENDES, «[a] finalidade do *compliance* tem de ser evitar a prática de vários tipos de ilícitos, incluindo os ilícitos criminais (e.g., acidentes laborais, crimes ambientais, crimes contra os consumidores, crimes fiscais, corrupção ativa e branqueamento de capitais), e não obter isenção de responsabilidades (coletivas ou individuais), nem atenuação de sanções. Caso contrário, os programas de *compliance* tornar-se-iam facilmente estratégias de fuga à responsabilidade», in «*Law Enforcement & Compliance*», in Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes (Coord.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 11 e s., p. 13.

<sup>27</sup> Para o efeito do presente argumento, independentemente dos crimes em concreto indicados no n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal.

<sup>28</sup> Em sentido coincidente, TERESA QUINTELA DE BRITO, *op. cit.*, pp. 82-83.

O artigo 31 *bis*, nos seus n.ºs 2 e 4, *in fine*, do Código Penal espanhol, por exemplo, estabelece uma isenção de responsabilidade da pessoa colectiva no caso de correcta adopção e implementação de programas de conformidade normativa, considerando as mesmas atenuantes se não existir uma verificação plena das circunstâncias cumulativas referidas nos aludidos números<sup>29</sup>.

Ora, temos algumas dúvidas que deva ser replicado este modelo<sup>30</sup>, não obstante o referido na ENCC (p. 61). Do que se trata, no n.º 6 do artigo 11.º do CP, é da negação da culpa da pessoa colectiva e não podemos sufragar o entendimento de que a mera existência de programas de cumprimento normativo possa excluir essa mesma culpa, nem, inversamente, que a inexistência de tais programas possa levar à sua afirmação<sup>31</sup>.

Propomos, pois, que, atentas as dificuldades criadas por uma formulação como a do Código Penal espanhol – desde dificuldades de eventual responsabilização das pessoas colectivas, fundadas na «mera» implementação de programas de conformidade normativa, às dificuldades de aplicação de uma formulação como a do n.º 2 do artigo 31 *bis* do Código Penal espanhol – a relevância substantiva destes programas de conformidade normativa deva ser apreciada, em concreto, à luz do n.º 6 do artigo 11.º do Código Penal<sup>32</sup>.

Tal não invalida, contudo, que não possa ser considerada a existência de tais programas no contexto do artigo 90.º-B do Código Penal, *maxime*, no seu n.º 4, em que já é feita a remissão para o n.º 1 do artigo 71.º do Código, podendo este n.º 4 incluir – dado tratar-se de norma especificamente referida às pessoas colectivas – dever ser tida em consideração a adopção e implementação de programas de cumprimento normativo.

#### IV. Conclusões e proposta

A matéria da responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas é um eixo fundamental de uma estratégia de prevenção e combate eficazes à corrupção. Não pode, contudo, ser feita a qualquer custo, devendo, antes, afirmar-se como uma verdadeira oportunidade de unificação e harmonização – e, acrescentaríamos, conclusão! – do regime substantivo e processual da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

No final do nosso percurso, julgamos poder apresentar as seguintes proposições conclusivas:

1. Alteração dos artigos 3.º do Decreto-Lei 28/84 e 7.º do RGIT para uma formulação de remissão para o regime geral;

<sup>29</sup> Que veio a significar, afinal, a clarificação de que não estaria em causa o modelo vicarial no Código Penal espanhol. Cf. ALEXANDRA VILELA, *op. cit.*, pp. 110-111.

<sup>30</sup> Neste sentido, a propósito do artigo 31 *bis* do Código Penal espanhol, cf. ALEXANDRA VILELA, «A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”», in Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo de Sousa Mendes (Coord.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 101 e s., pp. 107 e s.

<sup>31</sup> Assim, TERESA QUINTELA DE BRITO, *op. cit.*, p. 80; ALEXANDRA VILELA, *op. cit.*, p. 111.

<sup>32</sup> Coincidente, PAULO DE SOUSA MENDES, *op. cit.*, p. 14.

2. Adopção na legislação penal extravagante de uma formulação única de remissão para o regime geral;
3. Aditar, no n.º 4 do artigo 90.º-B do Código Penal, uma referência à existência de programas de cumprimento normativo e considerar a vigilância judiciária uma pena acessória, com a consequente alteração do n.º 2 do artigo 90.º-A do Código Penal;
4. Inclusão, no n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal, dos crimes de homicídio, ofensas à integridade física, furto, dano, abuso de confiança, insolvência, usura e receptação;
5. Não replicar no artigo 11.º do Código Penal formulações como aquelas integrantes dos números 2 e 4 do artigo 31 *bis* do Código Penal espanhol.
6. Criar normas processuais penais específicas para as pessoas colectivas, em particular, quanto à designação de representante no processo pela própria pessoa colectiva.

Estas proposições, todavia, mais não representam do que sugestões para um caminho futuro a percorrer pelo legislador português, caminho esse que será sempre árduo, mas que, assim o pretendemos, deverá ser um caminho bem-sucedido.

A relevância substantiva dos programas de cumprimento normativo não deverá, em qualquer caso, conduzir à total irresponsabilidade penal das pessoas colectivas ou, de outra perspectiva, à completa desresponsabilização dos seus representantes, qualquer um destes pontos de chegada significando que o caminho percorrido sob a bússola das pretensões indicadas na ENCC não teria tido o devido sucesso.



## Secção II

# FORMAS DO CRIME. TENTATIVA E CONSUMAÇÃO

### 12.

## Corrupção: a questão da consumação material e as suas consequências

Nuno Brandão

Sumário:

- I. Introdução
- II. Bem jurídico
- III. Corrupção passiva e corrupção ativa: condutas típicas
- IV. Sucessão de atos de corrupção: a questão da consumação material
- V. Consequências: comparticipação, branqueamento, confisco e prescrição
- VI. Conclusão

**RESUMO:** o artigo reflete sobre o problema do reconhecimento de relevo típico autónomo aos atos de corrupção de entrega de vantagem e de aceitação de recebimento de vantagem quando tenham sido antecedidos por atos de consumação formal dos crimes de corrupção respetivos, ponderando e analisando criticamente as implicações que derivarão da afirmação e da negação da tipicidade dos casos de consumação material de corrupção precedidos de uma sua consumação formal.

### I. Introdução

Entre nós, vem sendo questão saber quando se dá a consumação dos crimes de corrupção passiva e ativa. O problema tem emergido nos casos em que começa por haver a prática de atos que se traduzem numa *consumação formal* de crimes de corrupção (*v.g.*, a solicitação de vantagem ou a aceitação de uma sua promessa, do lado passivo; ou a promessa de concessão de vantagem, do lado ativo) e mais tarde são realizadas condutas que correspondem à sua *consumação material* (*v.g.*, há a entrega da vantagem ao agente público e este aceita-a)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre a contraposição entre consumação formal e consumação material, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES / SUSANA AIRES DE SOUSA / NUNO BRANDÃO / SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral*, I, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 27.º Cap., §§ 11 e s.

Tanto na doutrina, pela pena de CLÁUDIA CRUZ SANTOS<sup>2</sup>, como na jurisprudência<sup>3</sup> tem sido sustentada ou, pelo menos, aflorada<sup>4</sup> a ideia, sobretudo em matéria de prescrição do procedimento criminal, de que, nessas situações de sucessão de atos corruptivos, para a consumação só interessarão os primeiros deles: a primeira solicitação de vantagem ou a primeira aceitação de promessa; ou a primeira promessa de vantagem. Todas as eventuais condutas subsequentes são tidas como irrelevantes, mesmo que integrem as previsões típicas dos crimes de corrupção. Irrelevantes para a consumação e necessariamente também, portanto, para a própria tipicidade destes delitos. No fundo, deparamos com uma construção que toma as diferentes dimensões típicas dos crimes de corrupção como subtipos incriminadores *mutuamente excludentes*<sup>5</sup>, pelo menos ali onde a consumação formal seja seguida de uma consumação material, e não complementares<sup>6</sup>.

Tratando-se, como veremos, de uma posição com nenhuma ou reduzida<sup>7</sup> expressão nos ordenamentos que adotam técnicas legislativas e tipos legais de punição penal da corrupção de agentes públicos similares aos nossos, cremos que se justifica uma análise crítica deste posicionamento, que vem recebendo crescente acolhimento no quadro penal português. Um exame que se mostra ainda necessário face à aparente falta de consideração de vários importantes efeitos decorrentes do afastamento do momento da consumação material do quadro da intervenção penal em matéria de corrupção. Numa obra, como é a presente, que tem em vista debater o presente e o futuro da prevenção e repressão da corrupção em Portugal, não pode a referida construção passar sem escrutínio, dadas as devastadoras implicações político-criminais que dela podem advir.

É esse esforço crítico que neste estudo nos propomos empreender. Começaremos com uma breve referência ao bem jurídico tutelado pelos crimes de corrupção (II.), atenta a sua evidente relevância para a questão da consumação. Seguir-se-á uma breve e esquemática análise das condutas típicas dos crimes de corrupção passiva e

<sup>2</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS, «A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência», in *A Corrupção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 124 e ss.; «Os crimes de corrupção – notas críticas a partir de um regime jurídico-penal sempre em expansão», *Julgar*, n.º 28, 2016, pp. 98 e s.; e *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 73 e ss.

<sup>3</sup> Ac. do TRL de 13.07.2010 (Proc. 712/00.9JFLSB.L1-5, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), no caso Isaltino Morais.

<sup>4</sup> Ac. do TC n.º 90/2019, 47 ([www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>5</sup> Sobre as relações de exclusão recíproca que podem interceder entre normas incriminadoras, PUPPE, *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, 5.ª ed., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017 (doravante: NK StGB<sup>5</sup>), antes do § 42, nm. 42 e ss.

<sup>6</sup> Por último, «sublinhando-o a traço muito grosso», CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto* (n. 2), p. 78: «[...] o próprio teor literal das normas incriminadoras que contemplam diversas condutas típicas (por exemplo, “*der ou prometer*”), evidencia que elas estão previstas de forma alternativa precisamente porque cada uma delas comporta, por si só, o desvalor suficiente para que ocorra a consumação, sendo que esta se dará, por isso mesmo, no momento em que a primeira delas se verifique».

<sup>7</sup> A tese é sufragada por uma parte da doutrina italiana, pela qual pode ainda hoje ver-se MARIO ROMANO, *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I Delitti dei Pubblici Ufficiali*, 4.ª ed., Milano: Giuffrè, 2019, Pre-Art. 318, nm. 23 e ss., mas vem perdendo adesão desde o Ac. da Cassazione, proferido em formação plenária das secções criminais (*Sezioni Unite Penali*), n.º 15.208/2010, de 25.02.2010, pp. 37 e ss. (<http://www.uonna.it/Mills-sentenza-corte-cassazione-15208-10.pdf>), no caso Mills, um verdadeiro *leading case* nesta matéria.

ativa (III.). E por fim discutiremos o cerne do problema, sustentando a atribuição de prevalência ao momento da consumação material (IV.), e as consequências penais e processuais penais que derivarão das perspetivas em confronto (V.).

## II. Bem jurídico

Pese embora as divergências de vulto sobre o conteúdo propriamente dito do *bem jurídico* que os diversos crimes de corrupção têm em vista, é absolutamente consensual que o interesse a proteger toma o Estado como marco de referência essencial<sup>8</sup>. Sujeitos passivos dos crimes de corrupção serão, por definição, agentes públicos, sendo a sua ligação ao Estado a via através da qual um determinado comportamento, seu ou de terceiros, poderá assumir significado criminal no quadro da corrupção. Uma qualquer conduta que envolva um agente público só intersetará o domínio criminal da corrupção se e na medida em que apresente uma conexão funcional com a esfera de atuação desse agente. Este será um mínimo denominador comum a ter em conta em qualquer esforço de rigorosa dilucidação do conteúdo do interesse que as incriminações de corrupção visam tutelar e dos comportamentos que com ele possam (tipicamente) contender.

Como bem adverte LOTHAR KUHLEN, uma determinação exata da esfera de proteção dos crimes de corrupção afigura-se árdua. Cruzando-se aqui interesses dos cidadãos, da sociedade em geral e do Estado, será de adotar uma conceção que, sendo plausível, permita oferecer uma resposta satisfatória para os específicos problemas de interpretação que a matéria suscita<sup>9</sup>. Temos dificuldade em acompanhar uma posição entre nós muito difundida, avançada por A. M. DE ALMEIDA COSTA, que vê na chamada *autonomia intencional do Estado*, identificada com a «legalidade administrativa», o interesse protegido pelos crimes de corrupção<sup>10</sup>. Além de se ligar a uma visão dos bens jurídicos coletivos, como bens-meio ou bens-instrumentais<sup>11</sup>, em que não nos revemos<sup>12</sup> e que nos parece superada<sup>13</sup>, julgamos que tal perspetiva não toma em devida conta dois referentes fundamentais que animam o legislador na tipificação dos crimes de corrupção: a capacidade funcional do aparelho estadual<sup>14</sup> e a confiança da comunidade na lisura e objetividade da conduta dos agentes públicos.

Propendemos, assim, para a posição, largamente dominante na doutrina alemã, que concebe o interesse protegido pelos crimes de corrupção como um *bem jurídico complexo*, que agrega a *capacidade e eficiência funcionais da máquina estadual* e a *confiança*

<sup>8</sup> O que vale para o Estado português valerá também, no essencial, para os interesses de Estados estrangeiros ou de organizações internacionais que porventura sejam igualmente protegidos pelas incriminações de corrupção da legislação penal portuguesa. Fora das nossas cogitações estão os designados crimes de corrupção no sector privado (artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 20/2008).

<sup>9</sup> KUHLEN, NK StGB<sup>5</sup>, § 331, nm. 11.

<sup>10</sup> A. M. ALMEIDA COSTA, «Sobre o crime de corrupção», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, BFDUC, 1984, pp. 140 e ss.

<sup>11</sup> A. M. ALMEIDA COSTA, *idem*, *ibidem*.

<sup>12</sup> NUNO BRANDÃO, «Bens jurídicos colectivos e intervenção penal cumulativa», RPCC, 2015, pp. 14 e ss.

<sup>13</sup> NUNO BRANDÃO, *idem*, p. 63, nota 185.

<sup>14</sup> Sobre a necessidade de integrar a capacidade funcional da administração no conceito de autonomia intencional do Estado, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 790 e ss.

*comunitária na correção e objetividade no exercício de funções públicas*<sup>15</sup>. Sendo estes os interesses que justificam a criminalização das diversas formas de corrupção legalmente tipificadas, deverão elas, incluindo a corrupção para ato ilícito, ser reconduzidas ao universo dos crimes de perigo abstrato, mais especificamente ao dos *crimes cumulativos*. Via de regra, um ato de corrupção, *per se* considerado, será insuscetível de comprometer a confiança social na legitimidade do desempenho dos agentes públicos e/ou a eficiência da organização e funcionamento dos órgãos estaduais, justificando-se a criminalização pelo perigo real de que, todavia, tal suceda como consequência de uma repetição e acumulação de comportamentos dessa natureza no caso de o Estado não os ameaçar com uma sanção penal<sup>16</sup>.

### III. Corrupção passiva e corrupção ativa: condutas típicas

1. O tratamento do problema de que nos ocupamos não pode deixar de tomar em consideração a diferenciação formal e material que na legislação penal portuguesa, na esteira dos modelos germânico e francês de punição da corrupção, se estabelece entre os crimes de corrupção passiva (artigos 373.º do CP e 17.º da Lei n.º 34/87) e os crimes de corrupção ativa (artigos 374.º do CP e 18.º da Lei n.º 34/87). Embora naturalmente interligadas, cada uma destas modalidades delituais de corrupção mantém natureza própria, intercedendo uma relação de *autonomia recíproca* entre ambas<sup>17</sup>.

2. Neste horizonte de compreensão, começaremos por lançar o nosso olhar sobre os atos de execução do crime de corrupção passiva.

Os vários tipos incriminadores de corrupção passiva – própria e imprópria; de funcionários e de agentes políticos – apresentam um conteúdo parcialmente coincidente no plano da conduta típica, punindo o funcionário/titular de cargo político que, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, *solicitar ou aceitar*, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, *vantagem* patrimonial ou não patrimonial, *ou a sua promessa*, para um qualquer ato ou omissão (não) contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação.

Em todos os tipos legais está em causa um suborno que se apresenta como contrapartida de um concreto ato ou omissão do agente público, futuro (corrupção antecedente) ou passado (corrupção subsequente). São diversas, não obstante, as condutas do agente público que poderão dar corpo a um facto de corrupção passiva,

<sup>15</sup> HEINE / EISELE, in Schönke / Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., München, C. H. Beck, 2019 (doravante: *StGB Kommentar*<sup>30</sup>), § 331, nm. 9; KUHLEN, *NK StGB*<sup>5</sup>, § 331, nm. 12 e s.; e KORTE, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (orgs.: Joecks/Miebach), 3.ª ed., München: C. H. Beck (doravante: *MiKoStGB*<sup>3</sup>), § 331, nm. 8.

<sup>16</sup> FRITZ LOOS, «Zum “Rechtsgut” der Bestechungsdelikte», in Stratenwerth et al. (orgs.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin Walter de Gruyter, 1974, pp. 890 e ss.; ROLAND HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002, pp. 173 ss. e 372 e ss.; KUHLEN, *NK StGB*<sup>5</sup>, § 331, nm. 12; e NUNO BRANDÃO, «Bens jurídicos colectivos...», (n. 12), pp. 27 e ss.

<sup>17</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Crime de corrupção. Tentativa», *Colectânea de Jurisprudência*, 1988, tomo I, p. 33.

seja para ato ilícito ou para ato lícito. Isto ao ponto de se poder considerar que em cada um dos vários preceitos se abrigam vários subtipos incriminadores<sup>18</sup>.

O agente público pode cometer um crime de corrupção passiva por várias vias: ou mediante *solicitação* de uma vantagem; ou mediante *aceitação* de uma vantagem, já entregue ou ainda só prometida. Como logo se percebe, estas diferentes condutas típicas podem suceder-se (cumulativamente) no tempo. Quando tal aconteça, o agente deverá obviamente responder apenas por um único crime de corrupção passiva, ficando, quando muito, em aberto a definição das questões relativas à consumação, formal e material, para os vários planos, substantivos e processuais, que dela dependam.

3. A primeira manifestação típica do crime de corrupção passiva corresponde ao ato de *solicitar* uma vantagem: o agente público que pede, para si ou para terceiro, uma vantagem não devida, com vista à realização ou omissão de um ato funcional, realiza um facto objetivamente típico de corrupção passiva.

O facto consuma-se logo que o destinatário do pedido dele tome conhecimento. E consuma-se ainda que a solicitação seja recusada pelo interlocutor ou ainda que, embora aceite, o ato funcional não venha a concretizar-se ou a vantagem acabe por não ser concedida, apesar de antes apalavrada<sup>19</sup>. Nesta vertente, é o agente público que toma a iniciativa, propondo a formação de um pacto ilícito. Dada a irrelevância da reação do destinatário da solicitação, acentua-se o carácter *unilateral* desta modalidade típica<sup>20</sup>.

4. A *segunda manifestação típica* consiste num ato de *aceitação*, que pode assumir relevo em duas espécies distintas de situações: ou de uma promessa de vantagem; ou de uma vantagem já recebida.

4.1. No caso da *aceitação* de uma *promessa de vantagem*, a iniciativa parte do agente ativo. Este, ao transmitir a promessa de oferta de vantagem, realiza um ato típico de corrupção ativa, mesmo que a proposta seja declinada. Se o agente público, pelo contrário, a aceitar, pratica ele também um crime de corrupção, na forma passiva. Dado que a consumação de cada um dos crimes depende apenas do comportamento que cada um adote, é bem possível a existência de uma *décalage* temporal na consumação de cada um dos delitos, nomeadamente, se a aceitação não for comunicada ato contínuo ao recebimento da proposta.

<sup>18</sup> Nesta direção, distinguindo diversas condutas típicas de corrupção passiva, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, in P. Albuquerque / J. Branco (Orgs.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. 1, Lisboa: Univ. Católica Editora, 2010, pp. 792 e s., nm. 24.; e ainda, mas a propósito do lugar paralelo da corrupção ativa, FREDERICO COSTA PINTO, «A intervenção penal na corrupção administrativa e política», in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 344.

<sup>19</sup> Cf. A. M. ALMEIDA COSTA, in Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Artigo 372.º, § 11; e SCHÖNKE / SCHRÖDER / HEINE / EISELE, *StGB Kommentar*<sup>30</sup>, § 331, nm. 25

<sup>20</sup> KUHLEN, NK *StGB*<sup>5</sup>, § 331, nm. 20.

**4.2** A *aceitação* pode, por fim, recair sobre uma *vantagem já recebida*. É esta hipótese que se encontra prevista no segmento normativo «[...] *aceitar* [...] *vantagem* [...]» dos artigos 373.º, n.º 1, do CP e 17.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87.

Esta expressão de corrupção passiva constitui o reverso da corrupção ativa que consiste em *dar uma vantagem*. De facto, a factualidade típica desta forma de corrupção passiva *pressupõe um comportamento prévio do corruptor ativo*: que este *entregue a peita ao agente público*<sup>21</sup>. Só depois de o suborno *entrar numa esfera patrimonial sob controlo do agente público* estará este em condições de aceitar a vantagem recebida e se pode concluir que houve um *recebimento*. A aceitação pode ser expressa, através de comunicação ao oferente de concordância com o recebimento da vantagem; mas também pode ser tácita. Há aceitação se o agente público toma conhecimento do recebimento de um bem que lhe não é devido, entregue como contrapartida de um certo ato de ofício, e decide ficar com ele, mesmo que nada transmita ao corruptor.

Ponto é, em todo o caso, que no momento em que a peita seja disponibilizada ao agente passivo este mantenha a qualidade de funcionário ou de titular de cargo político que detinha na altura em que solicitou a vantagem ou aceitou a sua promessa. Se, entretanto, cessou tais funções públicas e é só depois de deixar de ocupar o cargo público que a vantagem lhe é entregue não ocorre a prática nem de um crime de corrupção passiva, nem de um crime de corrupção ativa<sup>22</sup>. Com efeito, neste quadro, o beneficiário da vantagem é alguém que não detém a qualidade típica que, no plano da autoria é exigida pelo crime de corrupção passiva (crime específico próprio), pelo que não está em condições de cometer essa infração; e aquele que a dá não a entrega a um funcionário ou a um titular de cargo político, donde não realiza uma conduta típica de corrupção ativa.

Para que se conclua que houve recebimento da vantagem bastará então que ela passe a *encontrar-se sob domínio fáctico*, direto ou indireto, *do agente público*. Nesse sentido depõe a própria letra do tipo incriminador de corrupção passiva, que atribui relevo típico tanto à aceitação do recebimento direto como ao indireto – «[...] por si ou por interposta pessoa [...] *aceitar*». No *recebimento indireto* caberão os casos em que, por determinação do agente público, há a interposição de uma terceira pessoa entre ele e a vantagem. Situações em que, portanto, de acordo com a própria letra da lei, a vantagem é recebida através de *interposta pessoa*, que age no interesse do agente público e sob o seu comando – *v.g.*, um familiar, um amigo, alguém das suas relações que com ele mantenha uma relação de dependência, mesmo um qualquer indivíduo que se disponibilize a dar um «porto de abrigo» à vantagem a ele destinada, aceitando subordinar o seu poder de decisão sobre a vantagem aos ditames do agente público, ou uma pessoa coletiva direta ou indiretamente controlada pelo agente público.

<sup>21</sup> No sentido de que esta modalidade típica de aceitação pressupõe o *efetivo recebimento* da vantagem provinda do corruptor, KUHLEN, NK StGB<sup>5</sup>, § 331, nm. 55, SCHÖNKE / SCHRÖDER / HEINE / / EISELE, StGB Kommentar<sup>30</sup>, § 331, nm. 27, e KORTE, MiiKoStGB<sup>3</sup>, § 331, nm. 77.

<sup>22</sup> Assim, na jurisprudência alemã, logo o Ac. do Supremo Tribunal Federal (doravante, BGH) de 22.05.1958 (BGHSt 11, 345), *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, p. 1101, que vem merecendo a concordância da generalidade da doutrina – *vd.*, por todos, KORTE, MiiKoStGB<sup>3</sup>, § 331, nm. 57.



5. À semelhança do que acontece no crime de corrupção passiva, também o crime de *corrupção ativa* incorpora mais do que uma conduta típica<sup>23</sup>.

Numa *primeira modalidade*, a corrupção ativa consuma-se através da *promessa* de uma vantagem não devida a um agente público, para a prática de um qualquer ato ou omissão de natureza funcional. Porque a consumação se basta com a simples formulação da promessa e a sua chegada ao conhecimento do agente público, a ela é estranha a efetiva concessão da peita.

Diferentemente, a *segunda modalidade* – «quem [...] der [...] vantagem [...]» – exige a *entrega efetiva* da vantagem<sup>24</sup>. Tal como na corrupção passiva, também aqui pode a dação da oferta ser realizada por interposta pessoa, sob a forma de entrega indireta. Nesta constelação típica, para que o crime de corrupção ativa se perfeccione, estando em causa a oferta de um bem, é necessário que o suborno ingresse numa esfera patrimonial sob controlo do agente público e que este *tome conhecimento* deste acréscimo patrimonial. Como já se referiu, o agente público poderá aceitá-lo ou não, sendo a aceitação irrelevante para a responsabilização penal do corruptor a título consumado<sup>25</sup>. Daí que se deva considerar que, tratando-se de oferta de carácter patrimonial, a corrupção ativa tem nesta aceção típica a natureza de *crime de resultado*<sup>26</sup>: só quando se concretiza a transferência patrimonial, com a entrada da peita na esfera patrimonial dominada pelo agente público, poderá ocorrer a consumação (material<sup>27</sup>) desta forma de corrupção ativa.

#### IV. Sucessão de atos de corrupção: a questão da consumação material

1. Pode bem suceder que o agente ativo da corrupção faça chegar a vantagem ao agente público sem que haja qualquer concertação prévia entre ambos ou sem que antes o advirta da realização da entrega, caso em que realizará um facto típico de corrupção ativa, na modalidade de entrega de vantagem. Se o agente público a recusa, devolvendo-a à procedência, dá cumprimento àquilo que a ordem jurídica dele espera; mas se, pelo contrário, decide fazer sua a vantagem recebida, com conhecimento de que lhe foi entregue como contrapartida de um ato de serviço, consoma também ele um facto de corrupção passiva.

É igualmente possível, e por certo até mais frequente, que os atos de entrega da peita e de aceitação do seu recebimento representem o derradeiro passo de um *processo corruptivo* já em curso, seguindo-se a anteriores solicitações da vantagem por parte do próprio agente público e/ou a prévias aceitações de promessas de vantagem que lhe foram dirigidas pelo corruptor. Nestes casos, em que começa por haver a formação de um *pacto ilícito* entre as partes, ainda que os crimes de corrupção passiva e ativa pudessem já considerar-se (formalmente) consumados, está longe

<sup>23</sup> Veja-se, de novo, FREDERICO COSTA PINTO, cit. (n. 18), p. 344.

<sup>24</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., Lisboa: Univ. Católica Editora, 2015, Artigo 374.º, nm. 5 e 8; e por toda a doutrina alemã, KUHLEN, *NK StGB*<sup>5</sup>, § 333, nm. 6.

<sup>25</sup> Assim, no direito português, ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do CP*, III, Artigo 374.º, § 6, pp. 684 e s. Mais restritivos, exigindo a aceitação do corrompido para que haja consumação, entre outros, FIGUEIREDO DIAS, «Crime de corrupção. Tentativa» (n. 17), p. 33, e FREDERICO COSTA PINTO, cit. (n. 18), p. 344.

<sup>26</sup> ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do CP*, III, Artigo 374.º, § 6, pp. 683 e s.

<sup>27</sup> Voltando a considerar que a terminação do crime de corrupção ativa ocorre com a entrega da vantagem, KORTE, *MüKoStGB*<sup>3</sup>, § 333, nm. 18.

de ser penalmente indiferente, logo *no plano da ilicitude típica*, se, de facto, houve depois uma efetiva disponibilização da vantagem pelo corruptor e a sua aceitação pelo corrompido.

Não pomos em causa, bem pelo contrário, concordamos plenamente com a ideia de que os crimes de corrupção passiva e ativa, em *todas* as várias distintas formas em que podem materializar-se, constituem *crimes instantâneos*<sup>28</sup>, dado que a prática de qualquer um dos atos que assumem relevância típica – do lado passivo, de solicitação da vantagem, de aceitação de promessa de vantagem ou de aceitação de entrega de vantagem; e do lado ativo, de promessa de vantagem ou de entrega de vantagem – implica *per se*, imediatamente, a realização do facto ilícito típico<sup>29</sup>. De forma alguma deparemos aqui com crimes permanentes, aqueles cuja consumação se vai prolongando no tempo, por vontade do autor<sup>30</sup>. Será, por exemplo, aqui de repudiar uma tese similar àquela que conhece grande difusão no direito da concorrência, relativa às infrações de cartel, segundo a qual, embora a consumação se dê logo que haja uma convergência de vontades, independentemente do que se lhe siga, haverá uma protração da consumação se e enquanto a colusão não for desfeita, atenta a sua natureza de infração permanente<sup>31</sup>. Uma construção deste género, inaceitável no âmbito da concorrência, será de rejeitar também no domínio da corrupção. Assim, por exemplo, quando um particular, na presença de um funcionário, lhe promete uma vantagem para que este omita um ato de serviço que lhe será desvantajoso e o funcionário dá a sua anuência, é nesse preciso momento que se consumam os crimes de corrupção ativa e passiva. E a consumação não vai perdurando se e enquanto a promessa e a aceitação não forem retiradas.

A circunstância de se dever entender que os crimes de corrupção passiva e ativa assumem a natureza de infrações instantâneas em nada afeta, porém, como vimos, a possibilidade de um mesmo agente praticar sucessivos atos que integram a tipicidade dos crimes de corrupção passiva e ativa: do lado do agente público, começando por solicitar a vantagem e mais tarde acabando por aceitar a sua entrega; e do lado do particular, começando por prometer a vantagem que aquele lhe solicitou e acabando por efetivamente dá-la. E cada um deste tipo de atos pode também ser levado a cabo diversas vezes (*v.g.*, o agente público apresenta vários pedidos de suborno, cada vez mais elevados; o particular parcela a entrega da vantagem). Teremos então aí uma *realização plúrima de atos típicos de corrupção*, pondo-se naturalmente o problema de saber em que termos será de afirmar a consumação.

2. Esta pluralidade de condutas – típicas, note-se bem – de corrupção não deverá ser vista de forma avulsa, fragmentando o *iter criminis* e analisando à vez cada uma das partes que dele se isolem. Perante estes *comportamentos globais*<sup>32</sup>, impõe-se antes uma consideração também ela global do conjunto de episódios que se foram sucedendo no tempo. Só assim se fará jus à unidade de sentido que os irmana,

<sup>28</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*<sup>3</sup>, I, 11.º Cap., § 54.

<sup>29</sup> Assim, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, «A corrupção de agentes públicos em Portugal» (n. 2), p. 125.

<sup>30</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*<sup>3</sup>, I, § 11 Cap., § 54.

<sup>31</sup> Contra esta visão, justamente por apelo à contraposição entre infrações instantâneas e duradouras, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, «Práticas restritivas da concorrência pelo objeto: consumação e prescrição», *RPCC*, 2014, n.º 3, pp. 469 e ss.

<sup>32</sup> A expressão é de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*<sup>3</sup>, I, § 41 Cap., § 1.

dada pelos desígnios corruptivos subjacentes e pelo pacto ilícito que lhes é inerente. É esta, aliás, a visão que se terá no processo em que tais ações se apurem: havendo uma sucessão de atos de corrupção, a panorâmica que no processo se terá é a de um *contínuo* que vai *evoluindo* até ao ponto de chegada que é o da concessão e aceitação da peita, reclamando, nessa medida, um tratamento jurídico-penal holístico de toda essa realidade. Dando a palavra ao Tribunal da Cassação italiano, «sendo embora certo que a dação não pressupõe necessariamente a promessa, não deixa também de ser verdade que, se as partes decidem percorrer o *iter* promessa-dação, a primeira transforma-se num ato prodrómico da segunda e nela se esgota e com ela se confunde, ambas concorrendo substancialmente, em progressão, ao completamento da *fattispecie* criminosa em todos os seus aspetos»<sup>33</sup>.

Esta unidade global de sentido será de afirmar tanto no plano da perceção e valoração sociais que sobre o facto recairá, como também, *et pour cause*<sup>34</sup>, no plano normativo, atenta também a *renovada ofensa ao bem jurídico* que a disponibilização e a aceitação do suborno envolverão. Se não há propriamente uma consumação continuada ou duradoura dos factos típicos de corrupção passiva e ativa, há, não obstante, uma reiteração de atos que assumem um imediato significado típico, eventualmente a diversos títulos (*v.g.*, sob a forma de solicitação de vantagem, primeiro, e de aceitação de entrega de vantagem, depois), e nessa medida representam uma *repetida ofensa* ao bem jurídico tutelado pela incriminação. O *mandado de esgotante apreciação e relevação* penal de *tudo o desvalor* que esse facto, globalmente considerado, comporta<sup>35</sup> implica o repúdio de eventuais pretensões de um seu espartilhamento que passe por dividir as diversas partes que o compõem e ignorar as que dão corpo à sua consumação material.

Dito de novo com a *Cassazione*, «as normas sobre a corrupção, ao incriminarem também a simples promessa de vantagem ao agente público que a aceita, antecipam o limiar de punibilidade, para uma tutela reforçada do bem protegido; mas isso não pode significar que o efetivo recebimento daquilo que formou o objeto da promessa e da aceitação seja um elemento estranho à *fattispecie*, não podendo minimizar-se o aspeto central da conduta antijurídica»<sup>36</sup>. O que vale ainda por dizer que as modalidades típicas de solicitação e de aceitação de promessa de vantagem não têm, no desenho e no espírito legislativo, um efeito preclusivo e excludente da possibilidade de atribuição de relevância típica, também ela expressamente prevista no tipo incriminador de corrupção passiva, a um subsequente ato de aceitação da disponibilização da vantagem. E o mesmo deve naturalmente entender-se em sede de corrupção ativa, no relacionamento entre a promessa de vantagem e a sua dação. Aliás, se o que as normas incriminadoras da corrupção pretendem proibir é o recebimento e a entrega da vantagem, expoentes máximos do mercadejar do cargo, logo vedando, por isso e para isso, que tal oferta seja pedida ou prometida, um eventual

<sup>33</sup> Ac. da *Cassazione* n.º 15.208/2010 (n. 7), p. 38.

<sup>34</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*<sup>3</sup>, I, § 41 Cap., §§ 26 e ss.

<sup>35</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*<sup>3</sup>, I, § 41 Cap., § 2.

<sup>36</sup> Ac. da *Cassazione* n.º 15.208/2010 (n. 7), p. 38, adotando, na linha de decisões anteriores, uma conceção de corrupção segundo um *duplice schema*: «O crime de corrupção pode, portanto, realizar-se numa modalidade ordinária de “promessa seguida de dação” e numa modalidade contraída ou subsidiária de “promessa não seguida da dação”.»

desinteresse do legislador penal em relação àquilo que se pudesse seguir seria de todo em todo incompreensível.

3. Desta forma, considerando a unidade de sentido que agrega as dimensões formais e materiais dos factos de corrupção, perante sucessivos atos de corrupção passiva ou ativa, comandados por uma única resolução criminosa dos respetivos agentes, não fará sentido tomá-los em consideração num quadro de concurso de crimes, mesmo que só para concluir que estaria em causa, obviamente, um concurso aparente, com evidente prevalência daquele ato que dá corpo à consumação material (a aceitação da entrega da peita, na corrupção passiva; e a sua dação na corrupção ativa).

E muito menos sentido fará, nessa eventual segmentação que porventura se pretenda promover, isolar os atos de consumação material que se seguem aos atos de consumação formal de forma a esvaziar aqueles de relevo típico e a concentrar a ilicitude do facto exclusivamente no momento inicial (e formal) do *iter criminis*<sup>37</sup>. Isto, sobretudo com base na ideia de que «cada uma delas comporta, por si só, o desvalor suficiente para que ocorra a consumação, sendo que esta se dará, por isso mesmo, no momento em que a primeira delas se verifique»<sup>38</sup>; e ainda de que «tudo – o se, o quando, etc. – na corrupção se joga e decide no momento em que é selada a disponibilidade do funcionário para mercadejar com o cargo» e de que, por isso, porque «tudo, em definitivo, se consuma e esgota no ato e no momento em que se atualiza a disponibilidade para mercadejar com o cargo», «as vicissitudes ulteriores e atinentes, *v.g.*, ao quanto, ao como, ao quando ou onde das prestações e contraprestações são completamente irrelevantes para efeitos de realização do ilícito material típico»<sup>39</sup>. Em suma, ainda nesta perspetiva, as ações posteriores do funcionário ou do particular serão, do ponto de vista da consumação, inteiramente irrelevantes: «estão para além – e fora do ilícito típico»<sup>40</sup>. Como se os posteriores atos de corrupção consubstanciados na aceitação de vantagem recebida ou na entrega de vantagem não envolvessem também eles um mercadejar do ofício público e não representassem um *momento de autónoma e até mais intensa ofensa ao bem jurídico*.

Parece-nos, com efeito, evidente que a confiança comunitária na integridade e probidade dos servidores públicos não se manterá imperturbada perante a aceitação de uma benesse pelo agente público só por este já antes ter manifestado interesse nesse recebimento. Quando tal suceda, o que, pelo contrário, acontecerá é uma *atualização*, quando não mesmo uma *agudização da desconfiança comunitária* em relação à correção e objetividade no exercício de funções públicas, acarretando, portanto, uma *nova e mais intensa ofensa ao bem jurídico*<sup>41</sup>, que não pode deixar de merecer a resposta penal expressamente prevista nos tipos incriminadores de corrupção passiva e ativa

<sup>37</sup> Assim, porém, como se referiu *supra*, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, «A corrupção de agentes públicos em Portugal» (n. 2), pp. 124 e ss., «Os crimes de corrupção...» (n. 2), pp. 98 e s., e *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto* (n. 2), pp. 77 e ss.; e o Ac. do TRL de 13.07.2010 (n. 3).

<sup>38</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto* (n. 2), p. 78.

<sup>39</sup> Ac. do TRL de 13.07.2010 (n. 3), aderindo a Parecer jurídico do Prof. Manuel da Costa Andrade.

<sup>40</sup> Ac. do TRL de 13.07.2010 (n. 3).

<sup>41</sup> Referindo-se a um aprofundamento da ofensa típica, ANTONIO PAGLIARO / MANFREDI PARODI GIUSINO, *Principi di Diritto Penale. Parte Speciale*, 10.<sup>a</sup> ed., Milano: Giuffrè, 2008, p. 238, e a *Cassazione italiana*, Seção Penal VI, no Ac. n.º 49.056/2017, de 25.07.2017, p. 7 (<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>).

nas partes em que se referem à aceitação de vantagem concedida e à concessão de vantagem, respetivamente.

Situações com esta configuração deverão ser enquadradas no tópico da *subsidiariedade implícita* da problemática da unidade e pluralidade criminosa, dada a incorporação nos tipos legais de corrupção passiva e ativa de estádios evolutivos da consumação material da ofensa ao bem jurídico tutelado e o crescendo de ofensividade que lhes está associado. Deparamos, com efeito, com *delitos de estrutura iterativa*, por se tratar de tipos legais que incorporam uma pluralidade de atos individuais, aos quais é inerente a contraposição entre consumação formal e consumação material<sup>42</sup>. Se é certo que para a consumação (formal) bastará a solicitação ou a aceitação de promessa de vantagem e a realização dessa promessa, não estando os efeitos jurídicos das estatuições dos tipos legais dependentes nem da entrega da vantagem nem da sua aceitação<sup>43</sup>, deve igualmente convir-se que quando um tribunal se depare com um cenário factual que agrega aqueles vários atos e momentos de forma sucessiva e interligada será a todo este quadro complexivo que deverá aplicar as normas incriminadoras respetivas. E daí resultará – atenta a *progressividade das condutas apuradas* do lado passivo e/ou ativo da corrupção, manifestada numa passagem de um *minus* (a solicitação e/ou a aceitação de promessa de vantagem; e/ou a realização dessa promessa) de um *majus* (a aceitação da entrega da vantagem e a sua concessão)<sup>44</sup> e a *correlata intensificação da afronta ao bem jurídico* – um apagamento das vertentes normativas de carácter formal, ligadas à solicitação e à promessa de vantagem, em benefício da aplicação das modalidades de corrupção de jaez material, de aceitação da entrega de vantagem e de concessão de vantagem<sup>45</sup>. Pois é

<sup>42</sup> Sobre este tipo de delitos, HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin Duncker & Humblot, 1988, § 49, III, 3. (p. 465), seguido por FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*<sup>3</sup>, I, 27.º Cap., § 11.

<sup>43</sup> Ac. do TC n.º 90/2019, 44.

<sup>44</sup> Ac. da *Cassazione* n.º 15.208/2010 (n. 7), p. 38.

<sup>45</sup> Nesta conclusão, acertadamente, o Ac. do STJ de 21.03.2018, Proc. 736/03.4TOPRT.P2.S1, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), no caso dos liquidatários, na parte em que concluiu «que o prazo prescricional dos crimes de corrupção objecto *dos autos* só corre a partir da data do pagamento dos subornos» – itálico nosso: face a uma matéria provada como aquela que o Supremo tinha diante de si, de solicitações e promessas de vantagem seguidas de numerosas entregas de subornos, não seria senão esta a solução resultante da conjugação das normas incriminadoras de corrupção com o disposto no artigo 119.º, n.º 1, do CP, em matéria de início de prescrição do procedimento criminal. Afigura-se, nessa medida, altamente questionável o juízo de inconstitucionalidade emitido pelo Ac. do TC n.º 90/2019, em recurso de constitucionalidade interposto daquele Ac. do STJ. Concluindo igualmente, como vimos, pela natureza subsidiária da promessa e respetiva aceitação da vantagem, o Ac. da *Cassazione* n.º 15.208/2010 (n. 7), p. 38 e toda a jurisprudência italiana posterior. Na doutrina italiana, ainda neste sentido, CARLO BENUSSI, in Dolcini / Gatta (orgs.), *Codice Penale Commentato*, II, Milano: Ipsoa 2015, Art. 318, nm. 50, e Art. 319, nm. 47; e contra, MARIO ROMANO, cit. (n. 7), Pre-Art. 318, nm. 23 e ss.

Deste modo também, na Alemanha, onde, em boa verdade, o tema nem sequer é assunto, por toda a doutrina, SCHÖNKE / SCHRÖDER / HEINE / EISELE, *StGB Kommentar*<sup>30</sup>, § 331, nm. 68 e s., e § 332, nm. 24, considerando que, nos casos em que haja já ocorrido a consumação formal (*Vollendung*), só com a concessão e a aceitação da vantagem entregue se verifica a consumação material (*Beendigung*) dos factos de corrupção. E na jurisprudência, falando mesmo numa unidade de ação, o Ac. do BGH de 13.10.1994, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, pp. 92 e s.

De igual modo, no sistema penal francês é pacífico que, embora o crime de corrupção se consume com a conclusão do pacto entre corruptor e corrompido, ocorrerá uma renovação da



esse efeito de esbatimento da norma preterida que deriva da relação de unidade de norma de subsidiariedade implícita que intercede entre as diversas modalidades típicas de cada um dos delitos de corrupção passiva e ativa em situações como as que aqui temos em vista<sup>46</sup>.

## V. Consequências: comparticipação, branqueamento, confisco e prescrição

1. Do que vem de se ver, para a questão da tipicidade dos crimes de corrupção, haverá que distinguir consoante haja ou não a comprovação da comissão de atos de consumação material da corrupção passiva e/ou ativa, isto é, de aceitação de uma vantagem disponibilizada ao agente público e de dação de vantagem ao agente público por parte do corruptor.

a) Se, no âmbito da *corrupção passiva*, foi apurada a prática de atos de solicitação e/ou de aceitação de promessa de vantagem, mas não se demonstrou o recebimento da peita e a sua aceitação pelo agente público, deve considerar-se que há consumação logo que um daqueles atos seja praticado, coincidindo o termo da consumação, caso haja reiteração de atos dessa espécie, com o último daqueles atos de solicitação de vantagem ou de aceitação de promessa de vantagem.

*Mutatis mutandis*, no âmbito da *corrupção ativa*, se a promessa da vantagem não tiver sido acompanhada pela sua concretização, é com a formulação de tal promessa que se verifica o início da consumação; e havendo repetição da mesma haverá, do mesmo passo, uma renovação da consumação, que cessará no momento da última promessa.

Não é que nestas situações haja um estado de consumação que se vai protraindo continuamente no tempo, já que, como se viu, deparamos com crimes de natureza instantânea. Mas de cada vez que um dos referidos atos é praticado ocorre uma reiteração da consumação. O que não constitui, propriamente, uma singularidade dos delitos de corrupção. Em geral, perante crimes cuja execução se pode processar através de uma reiterada prática de atos típicos de carácter instantâneo, é pacífico que se pode afirmar que já existe consumação logo que a primeira conduta típica seja praticada e há uma *renovação da consumação* sempre que o agente realize uma nova ação típica que não deva ser normativamente dissociada da anterior.

b) Quando, por seu turno, se demonstre que o agente público recebeu e aceitou a vantagem, depois de a ter solicitado ou de ter aceitado a sua promessa; e/ou que o corruptor entregou a vantagem ao agente público e este tomou conhecimento do seu recebimento, depois de a ter prometido, então é nos momentos da percepção do suborno e da sua disponibilização que os factos de corrupção passiva e ativa se deverão ter por (materialmente) consumados. Se se comprovar que houve um

---

consumação de cada vez que sejam praticados atos de execução desse pacto – *vd.* os Acs. da *Cour de Cassation* de 09.11.1995 (Recurso n.º 94-84.204) e de 08.03.2003 (Recurso n.º 03-82.589).

No sentido do texto, ainda, na doutrina brasileira, cf. PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, «Lavagem de dinheiro na APn 470 (Parecer)», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 110, 2014, pp. 484 e s.

<sup>46</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*<sup>3</sup>, I, § 42 Cap., § 21.



faseamento do fornecimento da vantagem o termo da consumação material convergir com a derradeira entrega<sup>47</sup>.

Esta conceção, que, aliás, nada tem de original, sendo moeda corrente na generalidade dos ordenamentos penais que adotam um modelo legislativo de repressão criminal da corrupção similar ao nosso, importa consequências de variada ordem, algumas delas demonstrativas da pura e simples insustentabilidade político-criminal da tese da atipicidade dos atos de consumação material posteriores à consumação formal.

São essas consequências que de seguida analisaremos, designadamente, nas seguintes matérias: comparticipação (2.), branqueamento de capitais (3.), perda da vantagem (4.) e prescrição do procedimento criminal (5.).

2. Admitindo-se a relevância típica das condutas que se projetam numa consumação material dos factos de corrupção passiva e ativa, subsequentes a uma sua prévia consumação formal, serão passíveis de responsabilização criminal não apenas os agentes passivo e ativo que inicialmente participaram na formação do pacto ilícito, combinando uma futura disponibilização da vantagem, como *também todas as demais pessoas que, posteriormente, tenham intervenção na entrega e/ou no recebimento indiretos da vantagem*. Os intermediários que prestem colaboração a um dos lados do processo corruptivo – ou agindo, por conta e no interesse do corruptor, para dissimular a entrega da vantagem; ou atuando por conta e no interesse do agente público, dando passagem ou guarida à vantagem, para encobrir o recebimento – poderão, assim, responder como *comparticipantes* dos crimes de corrupção respetivos<sup>48</sup>. Uma potencial responsabilização que terá óbvios efeitos preventivos de atos de transmissão de vantagens ilicitamente pactuadas entre corruptor e corrompido. A ameaça de intervenção penal que paira sobre os terceiros que se disponibilizem a servir de elo de ligação na passagem da peita da esfera do particular para a do agente público constitui um evidente fator de dissuasão dessa colaboração, contribuindo para dificultar o recrutamento de testas de ferro que ajudem a encobrir a concessão e a perceção da vantagem.

Será todo um outro o cenário que decorrerá da irrelevância típica dos atos de consumação material. Se a mesma for precedida de uma consumação formal, a atipicidade das condutas dirigidas à entrega e ao recebimento da vantagem implicará carta branca para que quaisquer terceiros encaminhem a vantagem do corruptor para o corrompido, dado que o envolvimento num facto atípico de outrem não envolve responsabilização para quem nele participe<sup>49</sup>. Como a entrega e o recebimento indiretos são as mais das vezes precedidos da formação de um pacto ilícito entre o agente público e o seu corruptor, teríamos então que essas formas dissimuladas de transmissão da vantagem ficariam sistematicamente à margem do âmbito de aplicação das vertentes materiais das incriminações de corrupção.

<sup>47</sup> SCHÖNKE / SCHRÖDER / HEINE / EISELE, *StGB Kommentar*<sup>30</sup>, § 331, nm. 69, KORTE, *MüKoStGB*<sup>3</sup>, § 331, nm. 226, e CARLO BENUSSI, cit. (n. 45), Art. 318, nm. 50, todos citando abundante jurisprudência alemã e italiana neste exato sentido.

<sup>48</sup> SCHÖNKE / SCHRÖDER / HEINE / EISELE, *StGB Kommentar*<sup>30</sup>, § 331, nm. 73 e § 333, nm. 14.

<sup>49</sup> Parecendo admitir esta consequência, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, «A corrupção de agentes públicos em Portugal» (n. 2), pp. 125 e s.

3. Sendo reconhecido relevo típico à consumação material, a vantagem patrimonial que venha a ser direta ou indiretamente recebida pelo agente público – e note-se que só nesta forma de consumação ocorre a sua efetiva obtenção, dado que nos momentos de consumação formal as partes não vão além das palavras<sup>50</sup> – passará a constituir um bem proveniente da prática de um facto ilícito típico. Nomeadamente, de corrupção passiva. E como tal, passará a figurar como objeto de ação possível de um *crime de branqueamento* previsto no artigo 368.º-A do CP. Consequentemente, as operações de lavagem que sobre ela incidam estarão sujeitas às medidas de prevenção do branqueamento legalmente previstas, por exemplo, na Lei n.º 83/2017 e na Lei n.º 5/2002 (artigo 4.º, n.º 4).

Pelo contrário, se se apagar o relevo típico da consumação material, porque posterior a uma consumação formal, o bem que venha a ser disponibilizado ao agente público a título de suborno não poderá ser tomado como vantagem para efeitos do crime de branqueamento. Na verdade, atenta a natureza pós-delitual da lavagem de dinheiro, para que possa estar em causa um crime de branqueamento será imprescindível que as ações típicas desse crime (de conversão, transferência, etc.) recaiam sobre um bem proveniente de um ilícito típico penal, designadamente, de um bem que detenha a qualidade de vantagem (*fructa sceleris*) ou de produto (*producta sceleris*) de um facto penalmente relevante<sup>51</sup>. Ora, se a consumação material da corrupção passiva for considerada atípica não poderá senão concluir-se que a vantagem recebida pelo corrompido não é passível de ser objeto de um crime de branqueamento de capitais. E o mesmo se dirá quando vistas as coisas da perspectiva do crime de corrupção ativa, logo porque este, quanto à vantagem propriamente dita, não é suscetível de figurar como facto antecedente do branqueamento (por definição, não se branqueiam *instrumenta sceleris*)<sup>52</sup>, mas também porque a atipicidade da sua consumação material a isso obstaria.

Em suma, nas situações de consumação material da corrupção passiva posterior a uma sua consumação formal, todos os atos de reciclagem do suborno recebido pelo agente público escapariam à resposta penal própria do crime de branqueamento. E ficariam, do mesmo passo, *imunes aos mecanismos de prevenção do branqueamento* previstos na Lei n.º 83/2017: as entidades financeiras e não financeiras sujeitas ao sistema de prevenção do branqueamento estariam, em geral, dispensadas de cumprir os deveres nele definidos, não tendo, por isso, de se abster de executar operações que incidissem sobre bens provavelmente resultantes de crimes de corrupção passiva (artigo 47.º da Lei n.º 83/2017: dever de abstenção) ou de comunicar ao Ministério Público suspeitas dessa natureza (artigo 43.º da Lei n.º 83/2017: comunicação de operações suspeitas); e o Ministério Público deixaria de poder determinar a suspensão temporária de operações suspeitas de lavagem de vantagens provenientes de crimes de corrupção sempre que tivesse razões para crer que a sua consumação material tivesse a montante uma consumação formal (artigo 48.º da Lei n.º 83/2017).

<sup>50</sup> NUNO BRANDÃO, «Corrupção e lavagem de dinheiro: os casos de entrega dissimulada e de recebimento indireto da vantagem indevida» (no prelo), III.

<sup>51</sup> NUNO BRANDÃO, «Corrupção e lavagem de dinheiro» (n. 50), II.

<sup>52</sup> NUNO BRANDÃO, «Corrupção e lavagem de dinheiro» (n. 50), V.

Quebrar-se-ia, desta forma, a relação simbiótica que tem unido a prevenção do branqueamento e a prevenção da corrupção<sup>53</sup>, manifestada, por exemplo, na adoção, no âmbito do chamado combate à corrupção, da máxima *follow the money* que é a marca de água da luta ao branqueamento, e no enfoque que, no domínio da prevenção do branqueamento, vem sendo dado às «pessoas politicamente expostas», em larga medida impulsionado por necessidades político-criminais ligadas à prevenção e repressão da corrupção.

4. O reconhecimento de relevo típico autónomo e prevalente à consumação material da corrupção passiva abre caminho ao *confisco da vantagem patrimonial* recebida pelo agente público.

A corrupção é um dos domínios onde a resposta à exigência basilar de que o crime não compense, o desígnio essencial de todo o programa político-criminal da recuperação de ativos<sup>54</sup>, se vem fazendo sentir com maior intensidade e mais reclama a eficácia das medidas processuais e dos institutos penais e para-penais dirigidos à perda dos bens fruto do crime. A consideração de que a aceitação do recebimento da vantagem assume significado típico é condição *sine qua non* para a materialização do sistema de recuperação de ativos no âmbito da corrupção e está, pois, em linha com o espírito que anima toda a legislação nesta matéria.

Já a supressão da autonomia típica da vertente da consumação material da corrupção passiva, decorrente uma sua prévia consumação formal, implicaria a inviabilização da condenação na perda da vantagem através dela obtida ou de um seu valor equivalente. Desta forma, quando se provasse que a vantagem havia sido solicitada pelo agente público ou que este havia aceitado uma sua promessa, só mais tarde ocorrendo a disponibilização e aceitação da mesma, embora devesse condenar-se o agente pela prática de um crime de corrupção passiva, formalmente consumado, não poderia declarar-se a perda dessa vantagem. Pressupondo a perda da vantagem que esta haja resultado da prática de um facto ilícito típico [artigo 110.º, n.º 1, alínea b), do CP], seguindo-se a tese da atipicidade da consumação material por efeito de uma prévia consumação formal não sobraria espaço para outra conclusão que não a da inadmissibilidade legal da perda da vantagem, dado que o facto da qual ela emanou não poderia qualificar-se como um facto ilícito típico. Nessa medida, seriam igualmente inadmissíveis as providências processuais destinadas a prevenir a dissipação da vantagem.

Esta inviabilização da perda da vantagem obtida com a prática de um crime de corrupção passiva constitui um desfecho tão absurdo e político-criminalmente insustentável que mostra à saciedade que de modo algum o espírito do legislador terá sido perpassado pela ideia de que a consumação formal de um crime de corrupção passiva bloquearia a tipicidade da sua consumação material.

<sup>53</sup> RUI PATRÍCIO / NUNO IGREJA MATOS, «Corrupção e branqueamento: das relações incestuosas às (a)tipicidades», in *Estudos Projeto ETHOS: Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira*, Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018, pp. 51 e ss.

<sup>54</sup> PEDRO CAEIRO, «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)», *RPCC*, 2011, n.º 2, pp. 273 e ss.

5. A última consequência que nos propomos abordar é a que se prende com a *prescrição do procedimento criminal*.

O efeito lógico de atribuição de relevo típico ao momento da consumação material é o de que será esse também o *dies a quo* do prazo de prescrição do procedimento relativo ao crime de corrupção respetivo.

Não significa isto que quando haja uma prévia consumação formal não se inicie logo aí a contagem do prazo de prescrição do procedimento relativamente a essa manifestação típica<sup>55</sup>. Comprovando-se, no entanto, que, após a consumação formal do crime de corrupção, houve uma sua consumação material, é esta, como vimos, que adquire significado de prevalência neste contexto típico. Predominância que se projeta numa *atualização* do momento relevante para o início da prescrição, que passará a coincidir com a aceitação da disponibilização da vantagem, no caso da corrupção passiva, e com a entrega da vantagem, no caso da corrupção ativa<sup>56</sup>. Havendo uma pluralidade de entregas, o momento relevante será o da disponibilização da última parcela do suborno.

Por seu turno, a tese da irrelevância da consumação material subsequente à consumação formal sustenta, logicamente, que só o primeiro momento de consumação formal (a primeira solicitação de vantagem, a primeira aceitação de promessa de vantagem e a primeira promessa de vantagem) deverá ser tido em conta para o termo inicial do prazo de prescrição do procedimento criminal<sup>57</sup>. Aliás, é sobretudo no contexto da prescrição que esta posição tem emergido, ficando a pairar a ideia de que é justamente um propósito de fixar o mais cedo possível no tempo o *dies a*

<sup>55</sup> Cf. o Ac. do TC n.º 90/2019, *passim*.

<sup>56</sup> Nesta linha, na jurisprudência portuguesa, cf. o Ac. de 21.03.2018 (n. 45). Foi este o acórdão alvo do recurso de constitucionalidade que culminou no Ac. do TC n.º 90/2019. Pese embora a premissa em que assentou o juízo de inconstitucionalidade emitido pelo TC – a de que o STJ, no acórdão recorrido, teria considerado que no caso de promessa de vantagem o prazo de prescrição estaria sempre em aberto, por nem sequer se iniciar a sua contagem –, não nos parece que o STJ tenha adotado a posição que o TC lhe atribuiu: pronunciando-se sobre um quadro factual em que as solicitações e promessas de vantagem foram seguidas por numerosas entregas de subornos, o que o STJ entendeu é que em situações dessa natureza, em que a peita é disponibilizada ao corrompido e é por este aceite, será este último momento o relevante para a contagem do prazo prescricional; e não, portanto, que esse prazo não comece a correr logo aquando da solicitação ou da aceitação da promessa de vantagem. Foi igualmente essa a «leitura» da Cons. Maria de Fátima Mata-Mouros no seu voto de vencido (3.) ao Ac. do TC n.º 90/2019.

Na Alemanha, trata-se de posição indiscutida: *vd.*, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os Acs. de 22.05.1958 (BGHSt 11, 345), *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, p. 1101, e de 23.08.1961 (BGHSt 16, 207), *Neue Juristische Wochenschrift*, 1961, p. 2026; e na doutrina, por todos, KUHLEN, NK StGB<sup>5</sup>, § 331, nm. 152 e § 333, nm. 17. Para esta interpretação é, em todo o caso, decisiva a regulação legal da prescrição que, de forma expressa, define como termo inicial do prazo prescricional o momento da consumação material – § 78a (1) do StGB: «[...] beendet ist». Na jurisprudência francesa, cf. os referidos Acs. da *Cour de Cassation* de 09.11.1995 e de 08.03.2003 (n. 45).

Para esta posição propende também, decididamente, a jurisprudência italiana, em consonância com a tese firmada no Ac. da *Cassazione* n.º 15.208/2010 (n. 7), no caso Mills: cf. o Ac. da *Cassazione* n.º 49056/2017 (n. 45) (pp. 7 e s.), citando, no mesmo sentido, os Acs. da Cassação n.ºs 4.105, de 01.12.2016, e 50.078, de 28.11.2014. E na doutrina, CARLO BENUSSI, cit. (n. 45), Art. 318, nm. 50.

<sup>57</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto* (n. 2), pp. 77 e ss., Ac. TRL de 13.07.2010 (n. 3), e MARIO ROMANO, cit. (n. 7), Pre-Art. 318, nm. 23 e ss.

*quo* da prescrição, para contrabalançar o prazo de prescrição excessivamente longo que a lei especialmente prevê para os crimes de corrupção [artigo 118.º, n.º 1, alínea *a*), do CP], que motiva esta construção<sup>58</sup>. O que não deixa de representar uma inversão, metodologicamente equivocada, dos termos da relação que intercede entre consumação e prescrição: é a disciplina normativa da prescrição que deve ficar na dependência do regime da consumação e não o contrário.

## VI. Conclusão

No termo desta nossa reflexão, parece-nos ter ficado claro que o reconhecimento de relevância típica autónoma dos atos de consumação material dos crimes de corrupção que têm a montante atos de consumação formal desses mesmos crimes não só não é indevido, como, mais do que isso, é a única solução normativa compatível com a teleologia destas incriminações e com as funções político-criminais que lhes estão cometidas.

Trata-se de uma interpretação que goza de plena cobertura na letra dos tipos incriminadores, dada a menção expressa que neles é feita aos atos de aceitação de recebimento de vantagem e de dação de vantagem, não havendo, por isso, motivo algum para em relação a ela pôr em dúvida a observância do princípio da legalidade criminal.

É a única compreensão que, tendo em conta a reiteração e intensificação da ofensa ao bem jurídico tutelado por estas incriminações imanente à entrega e à aceitação da peita, dá cumprimento ao mandado de esgotante consideração penal de todo o desvalor de que o comportamento global do agente é portador.

E, por fim, é a única conceção que se adequa ao lugar central que a transmissão efetiva da vantagem ocupa no programa político-criminal de prevenção e repressão da corrupção, cada vez mais empenhado no desvelamento dos beneficiários efetivos de bens e empresas, na criação de obstáculos à dissimulação da passagem e detenção de vantagens, na sua deteção e no seu confisco. Só ela, enfim, evita os efeitos político-criminais catastróficos que a desconsideração típica do momento da consumação material acarretaria.

---

<sup>58</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto* (n. 2), pp. 77 e s.

## Secção III

# PENAS ACESSÓRIAS E EFEITOS DAS PENAS

13.

## **Breves considerações sobre as linhas de ajustamento dos regimes de atenuação especial da pena, dispensa de pena e penas acessórias, adotadas no âmbito da Estratégia Nacional Anticorrupção//2020-2024**

Francisco Mota Ribeiro

Sumário:

- I. Introdução
- II. Análise crítica e sentidos possíveis de solução
- III. Conclusões

**RESUMO:** As notas que se seguem têm fundamentalmente por objeto os ajustamentos propostos ao regime de dispensa obrigatória e facultativa de pena, analisando-se uma tal possibilidade nos casos em que o agente denuncie o facto típico antes da prática do ato ilícito mercadejado e ainda nas situações em que tal denúncia surja, na corrupção imprópria, após a prática de um ato lícito. Abordaremos ainda a possibilidade de prolação de decisão judicial que valide a proposta do Ministério Público de dispensa de pena obrigatória, na fase de inquérito ou na instrução, bem como de arquivamento do processo ao abrigo do artigo 280.º do CPP, nas hipóteses de dispensa obrigatória de pena, verificados que estejam, entre outros, os requisitos do artigo 74.º, n.º 1, alíneas *a)* a *c)*, do CP. Terminaremos com uma pronúncia sumária sobre outros ajustamentos propostos.

### **I. Introdução**

Propõe-se na Estratégia Nacional Anticorrupção//2020-2024 (que daqui em diante designaremos ENAC) fazer apenas ajustamentos, na linha do necessário, e com eles também a necessidade de garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme do denominado «direito premial» em matéria de corrupção, superando-se entraves injustificados à aplicação do respetivo regime jurídico, assim como certas incorreções que vêm sendo apontadas pela doutrina.

Como é reconhecido no próprio documento apresentado, o chamado direito premial já existe para determinados crimes previstos no Código Penal e em legislação avulsa, designadamente os de corrupção. São disso exemplo os artigos 374.º-B do Código Penal (Dispensa ou atenuação da pena), criado por aditamento da Lei n.º 32/2010, de 02/09, com posteriores alterações da Lei n.º 30/2015, de 22/04, e da



Lei n.º 8/2017, de 03/03, bem como no artigo 19.º-A (Dispensa ou atenuação da pena) da Lei n.º 34/87, de 16/07, que determina os crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, cometidos no exercício das suas funções, resultante do aditamento operado pela Lei n.º 41/2010, de 03/09, posteriormente alterado pela Lei n.º 30/2015, de 22/04. Em ambos os diplomas a dispensa de pena para os crimes de corrupção própria, imprópria, ativa e passiva, é atualmente facultativa, sendo obrigatória a atenuação especial da pena. Mas não era assim, na sua redação originária, tendo sido a Lei n.º 30/2015, de 22/04, que veio estabelecer o carácter facultativo da dispensa de pena, que na redação anterior era obrigatória. O mesmo tendo acontecido, também por força da Lei n.º 30/2015, com o artigo 13.º da Lei n.º 50/2007, de 31/08 (Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos) e com o artigo 5.º da Lei n.º 20/2008, de 21/04 (Responsabilidade Penal por Crimes de Corrupção no Comércio Internacional e na Atividade Privada).

Dado o seu carácter matricial, relativamente aos diversos regimes estabelecidos na legislação avulsa, a análise e considerações que, perfunctoriamente, teceremos de seguida incidirão exclusivamente sobre o regime premial estabelecido na Parte Especial do Código Penal, mais concretamente no artigo 374.º-B, sem prejuízo do valimento que poderão merecer no âmbito das demais disposições premiais decorrentes da legislação avulsa já referida.

A primeira questão que se nos oferece colocar é sobre as razões que do ponto de vista dogmático ou de política criminal justificam os ajustamentos ora propostos, sendo certo que alguns deles, mais do que meros ajustamentos, se poderão revelar, em alguns segmentos, verdadeiras inovações, como melhor veremos adiante.

Seria importante saber-se, por exemplo, que efeitos práticos tiveram as medidas premiais implementadas com a aprovação da Lei n.º 32/2010, que procedeu ao aditamento do artigo 374.º-B ao Código Penal, decorridos que estão mais de 10 anos, para assim também se poder apurar quais os efeitos positivos entretanto registados e ao mesmo tempo identificar os «entraves injustificados à aplicação do respetivo regime jurídico» que agora se pretende superar, fundamentando-os, assim como a concreta necessidade e modo de os resolver. Ou seja, constata-se o quão imperioso se torna implementar e preservar a adoção de critérios de recolha de informação credíveis, fidedignos e coerentes, como agora se propugna na ENAC.

## II. Análise crítica e sentidos possíveis de solução

1. Uma das propostas sumariamente enunciadas vai no sentido de se impedir a aplicação da dispensa de pena quando haja mera omissão da prática do ato mercadejado, exigindo-se sempre a colaboração do agente do crime, «não limitada pelo “prazo máximo de 30 dias após a prática do ato”».

Pensamos que tal propósito tem como ponto de partida a norma da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 374.º-B do CP, ao estabelecer que o agente pode ser dispensado de pena sempre que tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do ato e antes da instauração de procedimento criminal, desde que voluntariamente restitua a vantagem ou, tratando-se de coisa ou animal fungíveis, o seu valor.

O comportamento típico na corrupção ativa ou passiva tem sempre como fim a compensação pela realização de um determinado ato passado ou futuro, lícito ou ilícito (contrário aos deveres do cargo), por ação ou omissão, através de vantagem

patrimonial ou não patrimonial, dada ou prometida pelo corruptor, aceite ou solicitada pelo funcionário corrupto, mas ato esse que não se confunde com o facto típico de que é objeto, isto é, com a factualidade típica constitutiva do crime de corrupção, porquanto esta, na sua consumação típica, verificar-se-á independentemente de aquele ato se ter efetivado ou vir ou não a efetivar-se, pois é com o conhecimento da entrega ou da promessa da vantagem por parte do funcionário ou do conhecimento por parte do particular da solicitação ou aceitação dessa vantagem que se dá a consumação do crime de corrupção, ativa ou passiva. É com tal conhecimento, independentemente da aceitação, silêncio ou repúdio do destinatário, que se dá a consumação do crime e assim também é atingido o bem jurídico por ele tutelado – a autonomia intencional do Estado – sendo por isso também que os comportamentos do corruptor e do funcionário corrupto se traduzem em «dois processos executivos que, apesar de relacionados, integram infrações independentes»<sup>1</sup>.

Por isso, afirmar-se como atualmente se afirma na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 374.º-B do CP que o agente pode ser dispensado de pena sempre que tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do «ato», significa a atribuição de um prémio a quem, num crime já consumado, vê o prazo para desencadear o procedimento de atribuição de tal prémio contado, não a partir da consumação do crime (que normalmente o antecede) mas do ato que com o mesmo se visou alcançar, e, tratando-se de ato ilícito, não vemos como a concessão de dispensa de pena não pudesse ser considerada desproporcionada, face à gravidade do dano causado com a atuação do funcionário. Tal incongruência vinha já sendo denunciada no seio da doutrina, nomeadamente pela Professora CLÁUDIA CRUZ SANTOS<sup>2</sup>.

Assim sendo, merece aplauso o ajustamento proposto na ENAC, no sentido de se tornar claro que *a denúncia ali prevista, para efeitos de dispensa de pena, deverá ocorrer antes da prática do «ato»* (neste caso, e a nosso ver, do *ato ilícito*), mas também por isso deverá ser dispensado o estabelecimento de qualquer prazo para que tal denúncia ocorra, sendo certo que deveriam manter-se os demais requisitos atualmente previstos na norma, acrescentando-se apenas à denúncia do crime *a colaboração do agente na descoberta da verdade*, ou seja: que a denúncia se verifique antes da instauração de procedimento criminal e previamente à prática do *ato ilícito*, que o agente colabore com a descoberta da verdade e, voluntariamente, restitua a vantagem ou, tratando-se de coisa ou animal fungíveis, o seu valor.

Por outro lado, afigura-se-nos congruente, no âmbito de uma solução premial facultativa, mesmo depois da prática do *ato lícito* (não contrário aos deveres do cargo), se possa premiar o agente com a dispensa de pena, desde que verificados os requisitos do artigo 74.º, n.º 1, alíneas *a*) a *c*), e o mesmo haja denunciado o crime, neste caso após a prática do *ato lícito*, mas sempre antes da instauração do procedimento criminal, e haja ainda colaborado com a descoberta da verdade, restituído voluntariamente a vantagem ou, tratando-se de coisa ou animal fungíveis, o seu valor. Nesta hipótese, apesar de ter ocorrido o *ato lícito* objeto do pacto corruptivo, deve no caso concreto ponderar-se a atribuição da dispensa de pena como justo prémio, não só pela rotura do pacto corruptivo, mas sobretudo pelo assinalável «regresso do agente ao direito».

<sup>1</sup> A. M. ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 655 e 656.

<sup>2</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 90.

Porém, se a abolição de um prazo limite, como o atualmente existente no artigo 374.º-B, n.º 1, alínea *a*), do CP, se justifica nas situações em que a denúncia voluntária ocorra antes da prática do *ato ilícito*, nos termos acima referidos, já nas situações em que se admita a dispensa de pena, mesmo após a prática do *ato lícito* visado com a transação do cargo, então aqui já se justificaria o estabelecimento de um tal prazo, para que a denúncia do facto pudesse operar para efeitos de dispensa de pena, não, obviamente, um prazo de apenas 30 dias, como o atualmente previsto no artigo 374.º-B do CP (por se traduzir numa janela de oportunidade demasiado apertada), mas fixável num período mais longo, de 3, 4 ou 6 meses, para que a inexistência de qualquer prazo não provocasse um esvaziamento da possibilidade ou oportunidade da denúncia para os efeitos legalmente visados (rotura do pacto corruptivo e regresso do agente ao direito), e já que o decurso do tempo, sem aquele limite, tenderá a funcionar com um efeito de desvanecimento da própria vontade que pudesse haver de denunciar o facto ilícito típico cometido, sobretudo porque baseado na prática de um *ato lícito*.

Por outro lado, deveria ser ponderada a possibilidade de aditamento de uma *nova cláusula de não punibilidade*, por falta de dignidade penal, por a pena, enquanto consequência jurídica do facto, se apresentar como desnecessária ou desproporcional, naqueles casos em que o agente corruptor haja atuado por determinação do funcionário corrupto, estando em causa apenas a prática de um *ato lícito*, e o primeiro tenha agido com o propósito de evitar um *dano grave, irreparável ou de difícil reparação*.

Numa ordem de razão inversa, ao já acima referido, como aliás há muito assinou a Professora CLÁUDIA CRUZ SANTOS<sup>3</sup>, também as referências a «facto» nas alíneas *b*) e *c*) do artigo 374.º-B, atualmente em vigor, são incongruentes, porquanto, mais uma vez aí se confunde o *facto ilícito típico* com o *ato lícito* ou *ilícito* por ele visado (contrário aos deveres do cargo), os quais são de natureza distinta, como já se deixou referido *supra*.

Razão por que nas referidas alíneas se deveria substituir «facto» por «ato».

## 2. Propõe-se na ENAC ainda o seguinte:

«Caso o agente denuncie o crime em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal, a dispensa deve tornar-se obrigatória, havendo sempre intervenção de juiz, de instrução ou julgamento, na verificação dos seus pressupostos.

[...]

A decisão judicial que decrete a dispensa de pena é uma sentença condenatória, de acordo com o artigo 375.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, pelo que não ficam prejudicados o regime da perda alargada de bens (cf. artigo 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), a possibilidade de aplicar penas acessórias ou os efeitos da pena.»

Vemos numa tal formulação sinais de claro reforço do sistema de delação premiada atualmente existente, que em tese poderá trazer benefícios acrescidos ao combate da criminalidade visada. Sobretudo pela antecipação do reconhecimento qualificado e efetivo das vantagens premiais concedidas ao agente delator ou colaborante, através da intervenção do juiz de instrução criminal na confirmação dos

<sup>3</sup> CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *Idem*, p. 91.

respetivos pressupostos, que em certos casos se poderão resumir à «denúncia do crime em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal», transformando-se assim a efetivação das benesses concedidas ao delator numa espécie de «pagamento à vista», isto é, se a mesma for validada, em certos casos, e verificados que sejam os respetivos pressupostos, segundo o que se propõe na ENAC, será obrigatoriamente validada na fase de inquérito pelo juiz de instrução e antes, portanto, do momento em que por excelência se poderia, com a segurança meridianamente exigível, confirmar ou não os termos em que a denúncia correspondeu à revelação do crime *em todos os seus contornos*, momento esse que seria a audiência de julgamento, na qual os demais arguidos acabarão por ser julgados pelos ilícitos cometidos. Sendo que não se descortina (porque tal não resulta do texto apresentado), qual o valor da decisão judicial proferida pelo juiz de instrução, dentro e fora do processo. E sobretudo com que valor se manterá tal decisão se na audiência de julgamento se vier a apurar que tal confirmação judicial assentou em pressupostos falsos ou errados.

Não antolhamos como rejeitável, à partida, pese embora a ousada inovação, a possibilidade de uma decisão judicial de homologação da promoção do Ministério Público, que se ofereça como «garantia» para o delator da concessão das vantagens premiais legalmente previstas, desde que a mesma, na respetiva previsão legal, resulte enformada por uma cláusula *rebus sic stantibus*, a par da manutenção no processo do agente delator, enquanto arguido, continuando este a beneficiar de todos os seus direitos e garantias legal e constitucionalmente previstos, até à prolação da decisão final, na qual se confirmaria ou não a decisão judicial inicialmente produzida, no sentido de que o tribunal de julgamento só poderia deixar de aplicar a dispensa obrigatória de pena, anteriormente declarada, no caso de advirem aos autos elementos de prova, produzidos e avaliados em sede de audiência de julgamento, nos termos previstos no artigo 355.º do CPP, que demonstrassem terem sido falsos os pressupostos que ditaram o anterior reconhecimento judicial da mesma, ou elementos subjetivamente supervenientes, que fossem do conhecimento do agente ou que este de todo não pudesse ignorar, e que a terem sido considerados na primeira decisão inviabilizariam a dispensa de pena então declarada. Sendo, portanto, também na sentença final que se decretaria a perda alargada de bens, liquidada pelo Ministério Público, após ter sido dada a possibilidade efetiva de o arguido em relação a ela se defender, nos termos previstos nos artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, de 11/01.

Uma tal solução satisfaria, de um modo equilibrado e praticamente concordante, a realização dos vários interesses em conflito. Por um lado, permitiria obstar, usando as palavras do Professor NUNO BRANDÃO, ao adensamento da imprevisibilidade geradora de insegurança e inibidora da colaboração do agente, na medida em que «a predisposição para colaborar será tanto menor quanto mais incerta for a atribuição das vantagens previstas para a colaboração»<sup>4</sup>. Por outro lado, obstar-se-ia ao risco de captura do sistema de justiça pelo agente delator, ou até mesmo por *homens de trás*, ao mesmo tempo que se deixariam, ainda que no seu limite, devidamente salvaguardadas as garantias de reserva de juiz<sup>5</sup> e os princípios da legalidade e do Estado de

<sup>4</sup> NUNO BRANDÃO, «Colaboração probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais», *Julgar*, n.º 38, p. 125.

<sup>5</sup> Sobre o sentido da reserva da função jurisdicional e a possibilidade legal e constitucional de «encurtamento do espaço de intervenção do juiz», nomeadamente através da mera formulação

Direito, que outras soluções poderão fazer perigar, nomeadamente a que, por razões óbvias, se pudesse vislumbrar como decisão judicial com efeitos condenatórios de sentença, por remissão para o artigo 375.º, n.º 3, do CPP, nos termos em que uma interpretação mais ousada pudesse extrair do texto da ENAC, isto é, se entendidos como consequência de uma decisão judicial definitiva proferida sobre a dispensa de pena obrigatória, logo na fase de inquérito ou de instrução, à qual se pretendesse fazer também ligar, e aos seus efeitos, enquanto decisão condenatória, a perda alargada de bens, assim como a aplicação de sanções acessórias ao agente delator premiado, as quais, a nosso ver, só poderão (deverão) ter lugar na sentença final, evitando-se também assim a possibilidade de qualquer estratégia, criadora de risco para a transparência de procedimentos, de colocação do arguido delator «fora» do processo, para desse modo poder o mesmo, eventualmente, vir a ser ouvido na audiência de julgamento como testemunha, ao abrigo do artigo 133.º do CPP. E mesmo que uma tal decisão com tal amplitude pudesse vir a ser conformada, no âmbito de um acordo de sentença legalmente previsto, sempre persistiria o risco de, no final, quando se desse o julgamento dos demais factos conexos com o praticado pelo agente dispensado de pena, se viesse a apurar que tal dispensa não tinha fundamento legal, nomeadamente por a prova entretanto produzida ter vindo demonstrar que eram outros ou falsos os pressupostos de facto em que se havia baseado. Além de ficarem em causa os princípios acima referidos, era a própria confiança da comunidade no sistema de justiça que sairia fortemente abalada.

Por isso, deveria ficar legalmente estabelecido, como garantia, que o prémio da dispensa obrigatória de pena estaria sujeito à *conditio sine qua non* de que a denúncia, além de voluntária, sobretudo com o sentido de não induzida ou provocada por qualquer órgão de polícia criminal ou pelo Ministério Público, só pudesse ter lugar antes de iniciado o inquérito.

Uma outra solução que abrisse caminho a um efeito premial sem tais condicionantes, ou seja, em que a denúncia do crime, *em todos os seus contornos*, se desse já depois de instaurado o inquérito, quebraria também a fronteira, que a nosso ver é fundamental que exista, de um modo intransponível (e cuja transposição tivesse por consequência uma verdadeira proibição de valoração de prova), entre o que é uma denúncia voluntária e prévia à abertura de inquérito e, assim, integrada num mero âmbito de delação premiada, e aquilo que se pudesse assumir como uma verdadeira «negociação premiada», totalmente de rejeitar, com o perigo a ela imanente de uma prévia escolha do delator, agravada pela circunstância de uma tal «negociação premial» poder vir a ser levada a cabo sem quaisquer regras de procedimento e, portanto, sem transparência, colocando-se assim gravemente em risco os princípios da legalidade, da igualdade e do próprio Estado de Direito. Seriam precisamente estes os riscos que se implementariam com a abolição de uma tal fronteira, e para os quais alertam vários autores, nomeadamente os Professores NUNO BRANDÃO e JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO<sup>6</sup>, designadamente na abordagem que fazem aos «acordos de delação premiada», à luz da Lei n.º 12.850/2013 do direito brasileiro e da

---

de um «juízo verificativo de conformidade à lei», ademais com referências a jurisprudência do Tribunal Constitucional, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *Idem*, pp. 94 e ss.

<sup>6</sup> NUNO BRANDÃO, *Idem*, p. 127; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e NUNO BRANDÃO, «Colaboração Premiada: Reflexões Críticas Sobre os Acordos Fundantes da Operação Lava Jato», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 133, pp. 133 e ss.



Operação Lava Jato – *leading case* que se algum exemplo nos pode transmitir é, acima de tudo, aquilo que no direito premial se não deve fazer, tanto no âmbito da *law in books*, como no da *law in action*.

Ainda no âmbito da dispensa de pena, e no sentido de reforçar o carácter premial do instituto e a sua eficácia no combate à corrupção, não vemos obstáculos relevantes que pudessem ser postos à possibilidade de a dispensa de pena abranger também «os crimes que, não sendo cometidos contra bens eminentemente pessoais, sejam efeito dos crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem ou de corrupção, ou que se tenham destinado a continuar ou a ocultar estes crimes ou as vantagens dos mesmos provenientes, desde que o agente os tenha denunciado ou tenha contribuído decisivamente para a sua descoberta», como vem proposto na ENAC.

3. Sugere-se na ENAC: «Se os pressupostos do artigo 74.º, n.º 1, alíneas a), b), e c) do Código Penal estiverem verificados, mesmo nos casos em que a dispensa de pena é obrigatória, pode haver lugar ao arquivamento em caso de dispensa de pena, conforme previsto no artigo 280.º do Código de Processo Penal; de contrário, é no julgamento que o arguido deve ser dispensado de pena.»

O Professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS justifica o arquivamento do processo, previsto no artigo 280.º do CPP, com o carácter «em princípio bagatelar» do crime praticado, ligado à falta de carência de punição do facto concreto, permitindo-se ao Ministério Público, ou eventualmente ao juiz de instrução, fazer uso de um princípio de oportunidade<sup>7</sup>.

Ora, pese embora na Parte Especial do Código Penal, assim como em diversa legislação avulsa, se encontrem previstos, com uma dimensão e alcance variáveis, casos de dispensa facultativa e obrigatória de pena, relativamente aos quais se não poderá afirmar estarmos perante *criminalidade bagatelar*, a verdade é que a solução proposta na ENAC, ainda que temperando ou corrigindo os efeitos que a dispensa obrigatória de pena propugnada pudessem ter, desde logo na desnecessidade de verificação dos requisitos contidos nas várias alíneas do artigo 74.º, n.º 1, do CP, em regra só exigível nos casos em que a dispensa de pena seja facultativa, face ao disposto no n.º 3 do mesmo artigo, propondo-se por isso expressamente que o arquivamento do processo, ao abrigo do artigo 280.º do CPP, não prescindirá da verificação de tais requisitos, a verdade é que, ainda assim, mantemos reservas quanto a uma tal possibilidade, a não ser em casos absolutamente excepcionais, em que possa estar em causa uma dispensa de pena obrigatória baseada numa «denúncia do crime em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal», pelas mesmas razões já aduzidas *supra*, no ponto 2., isto é, de salvaguarda da possibilidade de na fase posterior de julgamento dos demais arguidos se vir a demonstrar que a dispensa de pena anteriormente declarada se havia baseado em pressupostos falsos ou errados, imputáveis ou do conhecimento do próprio agente beneficiário. Sendo certo que a decisão de arquivamento por dispensa de pena, nos termos do n.º 3 do artigo 280.º do CPP, não é suscetível de impugnação, sendo por isso «definitiva, não podendo em caso algum o processo ser reaberto»<sup>8</sup>. Sendo, portanto, para nós certo que, mesmo

<sup>7</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, As consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 323 e 324.

<sup>8</sup> MAIA COSTA, *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 978; e já antes, no mesmo sentido, embora admitindo ser a decisão passível de revisão, nos termos do artigo 449.º,



com norma expressa a determinar a necessidade de verificação dos requisitos do n.º 1 do artigo 74.º do CP, para que possa haver lugar à dispensa obrigatória de pena, fundada, além do mais, na «denúncia do crime em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal», tal dispensa, prosseguindo o processo para julgamento de outro ou outros arguidos, por factos conexados com os que foram praticados pelo delator, só na decisão condenatória final é que deveria ser decretada, nos termos previstos no artigo 375.º, n.º 3, do CPP.

4. Também vemos como positivo, quando analisado no sentido de reforçar pela via premial a eficácia do combate à corrupção, o segmento da ENAC em que se propõe que a pena seja especialmente atenuada «se os arguidos colaborarem ativamente na descoberta da verdade até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, contribuindo de forma relevante para a prova da sua responsabilidade ou para a prova da responsabilidade de outros».

5. Finalmente, além da alteração do regime da pena acessória atualmente previsto no artigo 66.º do CP, no sentido proposto na ENAC, isto é, «da elevação do limite máximo do período de proibição do exercício de função, com possibilidade da sua fixação até 10 anos e da proibição do exercício de funções aplicada a gerente ou administrador de sociedade comercial condenado por crime de oferta indevida de vantagens ou de corrupção por um período entre 2 e 10 anos», e ainda, «em nome da eficácia preventiva geral e especial», passar o titular de cargo político «a ser também incapacitado para ser eleito ou nomeado para cargo político por um período idêntico ao proposto para aqueles funcionários e agentes, nos termos previstos no Código Penal», na nossa opinião, embora num outro quadrante de atuação, deveria ser ponderada a alteração do regime relativo à não transcrição das decisões condenatórias, para efeitos de registo criminal, quando as mesmas tivessem por objeto a prática de crimes de corrupção.

Sendo a transcrição de tais decisões condenatórias um meio «de natureza análoga à das medidas de segurança», ou seja, «de defesa social contra o perigo de futuras repetições criminosas»<sup>9</sup>, a possibilidade de não transcrição, prevista no artigo 13.º da Lei n.º 37/2015, de 05/05, nos casos de condenação por crimes de corrupção, deveria ficar reservada, *ope legis*, aos casos em que tivesse sido decretada a dispensa de pena. Um tal efeito de resultado *ope legis*, de transcrição obrigatória para os casos mais graves, traria relevantes consequências ao nível da prevenção, dada a natureza da criminalidade por ela abrangida, diretamente relacionada com o denominado *white-collar crime*, e constituiria por isso um significativo reforço do combate a este tipo de criminalidade, sobretudo se relacionada uma tal alteração com determinados impedimentos, legalmente previstos, designadamente o da alínea h), ii), do artigo 55.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

---

n.º 1, alíneas a) e b), do CPP, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 730.

<sup>9</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ult. loc. cit.*, p. 647.

### III. Conclusões

1. A denúncia prevista no artigo 374.º-B, n.º 1, alínea *a*), do CP, para efeitos de dispensa de pena, deverá ocorrer antes da prática do *ato* (a nosso ver, do *ato ilícito*), devendo ser retirado o estabelecimento de qualquer prazo para que tal denúncia ocorra, acrescentando-se aos demais requisitos, e especificamente à denúncia do crime, o da *colaboração do agente na descoberta da verdade*.

2. Afigura-se-nos congruente, enquanto solução premial relevante, que, mesmo depois da prática do *ato lícito* (não contrário aos deveres do cargo), se pudesse premiar o agente com a dispensa facultativa de pena, desde que verificados os requisitos do artigo 74.º, n.º 1, alíneas *a*) a *c*), do CP e o mesmo haja denunciado o crime, neste caso embora após a prática daquele ato, mas sempre antes da instauração do procedimento criminal, e haja ainda colaborado com a descoberta da verdade e voluntariamente restituído a vantagem ou, tratando-se de coisa ou animal fungíveis, o seu valor. Estabelecendo-se, porém, como condição, que tal denúncia ocorra dentro de um prazo razoável (de 3 a 6 meses).

3. Deveria ser ponderada a possibilidade de aditamento de uma nova cláusula de não punibilidade, nos casos em que o agente corruptor atue por determinação do funcionário corrupto, estando em causa apenas a prática de um *ato lícito*, e o primeiro tenha agido com o propósito de evitar um *dano grave, irreparável ou de difícil reparação*.

4. Deverão ser corrigidas as menções a «facto» constantes das alíneas *b*) e *c*) do artigo 374.º-B, atualmente em vigor, devendo passar a constar, em vez delas, as menções a «ato».

5. Não antolhamos como rejeitável, à partida, pese embora a ousada inovação, a possibilidade de uma decisão judicial, no inquérito ou na instrução, de homologação da promoção do Ministério Público, que se ofereça como «garantia» para o delator da concessão das vantagens premiais legalmente previstas, desde que a mesma, na respetiva previsão legal, resulte enformada por uma cláusula *rebus sic stantibus*, a ser confirmada na decisão final. Sujeitando-se uma tal garantia, assim como o prémio da dispensa obrigatória de pena, à *conditio sine qua non* de que a denúncia, além de voluntária, sobretudo com o sentido de não induzida ou provocada por qualquer órgão de polícia criminal ou pelo Ministério Público, teve lugar antes de iniciado o inquérito.

6. Temos reservas quanto à possibilidade, a não ser em casos absolutamente excecionais, de arquivamento do processo ao abrigo do artigo 280.º do CPP, nas situações em que possa estar em causa uma dispensa de pena obrigatória baseada numa denúncia do crime *em todos os seus contornos* antes da instauração do procedimento criminal.

7. Num outro quadrante de atuação, deveria ser ponderada a alteração do artigo 13.º da Lei n.º 37/2015, de 05/05, determinando-se que nos casos de condenação por crimes de corrupção a não transcrição para efeitos de registo criminal deveria ficar reservada, *ope legis*, aos casos em que tivesse sido decretada a dispensa de pena.

8. Vemos como positivas as demais alterações propostas, quer quanto às hipóteses de atenuação especial da pena, de alteração aos regimes das penas acessórias, bem como à extensão da dispensa de pena aos crimes conexos que não sejam cometidos contra bens eminentemente pessoais, nos termos propostos na ENAC.

## Nótulas sobre as penas acessórias em sede da «Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024»

André Lamas Leite

### Sumário:

- I. Precisão conceptual de «penas acessórias» e as suas mais recentes alterações na legislação
- II. As concretas medidas previstas na ENA
- III. Referência conclusiva

**RESUMO:** O autor, depois de uma breve digressão conceptual sobre as penas acessórias e a sua crescente importância práctico-normativa, analisa cada uma das soluções preconizadas para elas na ENA, o que faz de modo crítico, sobretudo em termos da legística prevista, da falta de estudos criminológicos para se propor o aumento da severidade punitiva e das dúvidas hermenêuticas que o regime proposto para os ditos «crimes de responsabilidade» colocará, sem descurar algumas reflexões quanto às penas acessórias aplicáveis a entes colectivos.

### I. Precisão conceptual de «penas acessórias» e as suas mais recentes alterações na legislação

Não se justifica, nesta sede, uma análise aprofundada sobre as concretas condições de surgimento histórico das penas acessórias e da sempiterna dificuldade prática quase filigrânica na sua distinção face aos efeitos das penas ou aos efeitos dos crimes. Como refere FIGUEIREDO DIAS<sup>1</sup>, o instituto medieval da «infâmia», com as suas diversas manifestações bem patentes nos textos das Ordenações do Reino, passaram depois para as codificações criminais em sentido moderno, começando pela de 1852. E desde aí que a linha que separa os conceitos indicados é ténue. Se é verdade que, em termos dogmáticos, as mesmas são discerníveis, na realidade actuante, é amiúde excruciante fazê-lo e não poucas vezes as classificações legais de «penas acessórias» corresponderiam a «efeitos das penas» e vice-versa.

Assim, as sanções acessórias<sup>2</sup> são *verdadeiras penas* que, para serem aplicadas, têm de constar expressamente da decisão condenatória e que estão sujeitas a um princípio de *numerus clausus*, tendo de se verificar, em relação a elas, cumulativamente, requisitos formais e o requisito material da existência de um particular conteúdo do

---

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, 2.<sup>a</sup> reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 96 ss., 165 ss. e 197 ss.

<sup>2</sup> Discorda-se, respeitosamente, da posição expressa por JOSÉ DE FARIA COSTA («Penas acessórias – cúmulo jurídico ou cúmulo material? [a resposta que a lei (não) dá]», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 136.º, n.º 3945 (2007), pp. 322-328), para que o Código Penal não criou um verdadeiro sistema de penas acessórias, mas «assumiu-as mais como “medidas de segurança atípicas” e, por tal motivo, directamente relacionadas com a perigosidade dos respectivos agentes, embora também ligadas com a intimidação geral».

ilícito, especialmente uma grave censurabilidade do facto cometido, de tal forma que se justifica, para além da pena principal, cumulá-la com outra que também tem por base considerações de culpa e de prevenção, mesmo que só de intimidação. O juiz está vinculado, na sua aplicação, aos mesmos requisitos constantes do artigo 71.º do Código Penal<sup>3</sup> e o processo de determinação da pena é o mesmo que o aplicável às sanções criminais, aqui se colocando também a opção por uma «teoria da moldura da culpa» ou pela «teoria da moldura da prevenção» (a que aderimos).

Os *efeitos das penas* são consequências, necessárias ou dependentes de apreciação judicial (embora, em regra, fossem *ope legis*), determinadas pela aplicação de uma pena principal ou acessória, e que têm, fundamentalmente, em vista uma ideia de prevenção geral de intimidação. Desde logo atente-se que o efeito de uma pena pode dar-se em relação a uma pena acessória. Donde, em última análise, o *distin-guo* entre pena acessória e efeito das penas reside na circunstância de a primeira se basear (também) numa ideia de culpa (artigo 40.º, n.º 2), ao invés do segundo, apenas assente em critérios preventivos. Por outras palavras, ao contrário das penas acessórias, subordinadas à culpa, os efeitos das penas não são verdadeiras reacções criminais, pois falta-lhes a justificação e finalidade que as caracterizam. Considera-se sim que certos efeitos da condenação podem ter uma função preventiva adjuvante da pena principal ou acessória, não apenas ao nível de uma intimidação geral mas, de algum modo, também ao nível de uma prevenção especial. Ora, temos para nós que os «efeitos dos crimes» são ainda uma realidade mais evanescente, porquanto, por decorrência lógica, eles só existem se for aplicada uma pena, razão pela qual entendemos que, na prática, se esvaziam de sentido.

Em nossa opinião, assente que está a grande dificuldade prática na distinção entre ambas e a maior plasticidade das penas acessórias, que respondem a razões de culpa e prevenção, com isto sendo instrumentos sancionatórios mais ricos e próximos dos mandamentos ínsitos no artigo 40.º, n.º 1, para além de, sendo mais exigentes, melhor se quadrarem às garantias de defesa do arguido genericamente recolhidas no artigo 32.º, n.º 1, da CRP, *de iure condendo*, propendemos para o fim dos efeitos das penas (ou dos crimes) e para a sua transformação, quando tal se justificar, em sanções acessórias. Não apenas se ganharia em clareza aplicativa do sistema, como de concretos instrumentos que cumpririam de jeito mais perfeito as finalidades punitivas. Veja-se o exemplo claro do artigo 246.º que, sob a epígrafe de *incapacidades*, mais parece prever penas acessórias, quando a dita epígrafe parece apontar para efeitos dos crimes.

Outro aspecto de interesse, à laia de introdução, é a verificação da importância prática que as penas acessórias vêm ganhando<sup>4</sup>, não somente com o seu constante acréscimo na Parte Geral do Código Penal (artigos 69.º-A a D), mas também na Parte Especial, destacando-se, p. ex., ao nível da neocriminalização da perseguição (artigo 154.º-A, n.ºs 3 e 4), e em legislação extravagante, de que a Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, é o exemplo mais destacado. Na verdade, existe cada vez mais a

<sup>3</sup> Assim, Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 29/5/2001, in *Colectânea de Jurisprudência* (2001), III, p. 285. Qualquer referência a um inciso legal, salvo indicação em contrário, pertence ao Código Penal.

<sup>4</sup> Salientámo-lo já em «Penas acessórias, questões de género, de violência doméstica e o tratamento jurídico-criminal dos *shoplifters*», in ANDRÉ LAMAS LEITE (org.), *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma «cirúrgica»?», Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 31-87.*

consciência comunitária, e sobretudo para a vítima, de que, em termos individuais, as vantagens advenientes das sanções acessórias como originadoras de um clima de paz, protecção e tranquilidade (para o que em muito contribuem os mecanismos de *reverse tagging* da vigilância electrónica<sup>5</sup>). Aliás, também para o condenado, estas sanções podem ter consequências mais onerosas que as principais, o que é, de entre outros, um dos motivos que leva uma parte da doutrina a sustentar que ela deveria, de acordo com dados requisitos, ser erigida à categoria de pena principal, como a seguir se dará nota. Estamos, em conclusão, perante duas formas sancionatórias diversas, perante um *quid* diferente. Mais correcto será falar de uma solução de relativa continuidade entre as duas penas, complementando a acessória a principal, mas sem que isso a torne *in totum* dependente da primeira, existindo, talvez melhor, uma relação de *especificidade* da pena acessória quanto à principal. Tal é particularmente visível na incindível ligação dos pressupostos negativos de punição das penas principais se comunicarem sempre às acessórias, mas estas não podem ser substituídas por quaisquer outras, por ausência de mandato legal e porque, de outro modo, o seu efeito útil normal se perderia inapelavelmente. Donde, a «relação umbilical» entre sanções principais e acessórias comporta excepções. Se assim não fora, então as penas acessórias não seriam verdadeiras penas, mas meras extensões do sancionamento principal, o que importaria uma admissão de partida do legislador de que, afinal, as mesmas não cumprem, por si só, as finalidades punitivas que se lhes assinala.

Do mesmo passo, como se adiantou, experiências existem, *v.g.*, na Suíça, em que penas acessórias passam a sanções principais, no que contende com grande parte da criminalidade rodoviária, o que, em si, nada tem de errado, visto que a natureza sancionatória não está inscrita na *natura rerum*<sup>6</sup>. Ora, a Estratégia Nacional Anticorrupção (ENA), aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de Abril, dá-nos nota da mesma importância crescente atribuída às penas acessórias – no domínio das pessoas singulares e dos entes colectivos –, com a vantagem de, respeitando o mandamento constitucional do artigo 30.º, n.º 4, replicado no artigo 65.º, n.º 1, do Código Penal, propor somente alterações quanto a sanções que *podem* ser aplicadas pelo tribunal e não que *têm sempre de o ser*, como sucede com o artigo 69.º, no que, para nós – embora conheçamos os sucessivos pronunciamentos do Tribunal Constitucional em sentido oposto<sup>7</sup> –, continua a levantar questões de solvabilidade material, desde logo na medida em que a via aberta pelo artigo 65.º, n.º 2, não encontra, na CRP, qualquer amparo. Este é, porém, um tema que, só por si, mereceria tratamento autónomo, que esperamos vir a retomar em outro local.

<sup>5</sup> Veja-se, entre uma miríade de obras, o nosso «Algumas observações e propostas sobre a vigilância electrónica em Portugal», in NUNO FRANCO CAIADO (org.), *Vigilância electrónica*, Lisboa: Labirinto de Letras, 2017, pp. 53-76.

<sup>6</sup> Contudo, sobre a inconveniência desta proposta, em nosso juízo, veja-se «Pela elevação de penas de substituição ou acessórias a penas principais e por um verdadeiro sistema de *probation* em Portugal?», in *Sombras e Luzes*, 2 (2019), pp. 117-139.

<sup>7</sup> Entre uma plêiade inabarcável, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 143/95, de 15/3/1995, *Diário da República*, II série, de 20/6/1995. E, naturalmente, o ainda vigente «Assento» n.º 5/99, *Diário da República*, I série, de 20/7/1999.

## II. As concretas medidas previstas na ENA

1. Lê-se na ENA que «[a] adequação e efetividade da punição dos crimes de corrupção implica que o regime da proibição do exercício de função, previsto no artigo 66.º, seja alterado no sentido da elevação do limite máximo do período de proibição do exercício de função, que poderá ir até 10 anos e da proibição do exercício de funções aplicada a gerente ou administrador de sociedade comercial condenado por crime de oferta indevida de vantagens ou de corrupção por um período entre 2 e 10 anos»<sup>8</sup>.

Pretende o Governo alterar o artigo 66.º em dois sentidos diversos. Vejamos cada um deles.

1.1. O primeiro contende com a elevação da moldura penal abstracta da pena acessória de proibição do exercício de função de 5 para 10 anos, ou seja, para o dobro. Comece por se perguntar por algo que, infelizmente, vai sendo crónico entre nós: porquê 10 anos e não outro valor qualquer? Houve algum tipo de estudos criminológicos que estiveram na base desta proposta ou que avaliassem a aplicação da redacção no que especificamente contende com o crime de corrupção? Não. Que se saiba não e, por certo, se existissem, seriam referidos na ENA. Para além deste «pecado original», que já não se justifica – conhecida que é a já algo desenvolvida produção criminológica nacional e que deveria ter sempre uma palavra a dizer no âmbito de novas propostas legislativas, no seio do que deve ser a relação entre a dogmática, a política criminal e a Criminologia em uma *gesamtes Strafrechtswissenschaft* –, a técnica legislativa não podia, em nosso juízo ser mais errada.

Assim, terá sido em homenagem a directrizes de prevenção geral (positiva<sup>9</sup>) que o Governo se propõe esta mudança, mesmo que, no quadro de um Direito Penal liberal, herdeiro da principiologia iluminista, tenhamos por certo que um aumento da severidade punitiva, por ser, tantas vezes, somente mais uma bandeira de um «Direito Criminal simbólico», deva ser sempre uma *ultima ratio*, bem explicitada e sobre cujas vantagens concretas não haja dúvidas, para que se não caia em uma «política criminal à flor da pele» (MANUEL DA COSTA ANDRADE). Simplesmente, como se vem repetindo de jeito estafado ao menos desde BECCARIA<sup>10</sup>, *quod erat demonstrandum*. Não basta, p. ex., argumentar com a *percepção* da corrupção no nosso país que, de acordo com o *Corruption Perceptions Index 2020*, da *Transparency International*<sup>11</sup>, ocupa a 33.ª posição (a 13.ª no âmbito da União Europeia), a mais baixa de sempre, com uma média da União Europeia de 66 pontos contra os nossos 61.

Se a *ratio legis* confessa é a de aumentar o dito limite máximo para 10 anos, não há razões válidas para fazer ingressar tal proposta no inciso da Parte Geral do CP, mas sim na Parte Especial, nos específicos tipos legais de crime em relação aos quais se deseja conceder ao tribunal a possibilidade de aplicar uma sanção ao lado da pena

<sup>8</sup> P. 34 da publicação em *Diário da República* (veja-se, ainda, a p. 47).

<sup>9</sup> Sobre o modo como a entendemos, veja-se o nosso «Algumas notas para um conceito operativo de “pena”», in *Jurjar*, 32 (2017), pp. 203-232.

<sup>10</sup> *Ho detto che la prontezza delle pene è più utile, per-ché quanto è minore la distanza del tempo che passa trala pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee [...]* – CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano: Mursia, 1973, p. 50.

<sup>11</sup> Cf. o relatório disponível em [https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2021/01/CPI2020\\_Report\\_EN-WEB.pdf](https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2021/01/CPI2020_Report_EN-WEB.pdf), acedido em 4/4/2021.



principal, naturalmente fazendo menção aos demais requisitos (formais e materiais) previstos no n.º 1 do artigo 66.º Se a redacção final deste desiderato se mantiver como projectado na ENA, o limite máximo de 10 anos da pena de proibição do exercício de funções poderia, numa primeira análise, aplicar-se a um conjunto de outros delitos que estão de todo fora da teleologia do combate à corrupção, pois sempre se poderia aditar um número ao artigo 66.º, onde se dissesse que nestes delitos a moldura abstracta seria de 2 a 10 anos. Outra questão que porventura não terá sido equacionada contende com a medida concreta da pena pelos delitos que se visam atingir e que, no silêncio da ENA se pressupõe que continue a ser superior a 3 anos de privação de liberdade (seja em caso de unidade, seja de pluralidade criminosa<sup>12</sup>).

De igual forma, o pólo aglutinador comum desta pena permanece inalterado e pode resumir-se na ideia de que o agente de um crime de corrupção demonstrou não ter apreendido o quadro axiológico-referencial do dever-ser jurídico-criminal, pelo que deixa de haver a essencial fidúcia da comunidade naquele concreto funcionário para efeitos penais (artigo 386.º), não sendo de mais sublinhar que basta a verificação de uma das alíneas do n.º 1 do artigo 66.º para que o requisito material se ache preenchido. E que, naturalmente, se no limite todas tiverem aplicação ao caso concreto, tal merecer repercussão ao nível da medida concreta da pena acessória, por certo no sentido do seu agravamento, por o comportamento se revelador de uma ainda mais acrescida ilicitude e culpa. Bem vistas as coisas, preenchendo-se mais do que uma destas alíneas do requisito material, estamos perante o funcionamento similar a um factor de medida da pena.

Um outro aspecto que merece reparo é o projectado aumento da severidade punitiva da pena acessória de proibição do exercício de funções somente direccionada para o crime de corrupção (passiva e activa) dos artigos 373.º e 374.º, respectivamente (para além da agravação prevenida no artigo 374.º-A), deixando de fora do seu âmbito o delito de recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º), o qual participa da protecção do mesmo bem jurídico e do mesmo programa tutelar. Ter-se-á tratado de uma desatenção que urge colmatar, pois o argumento hermenêutico *a pari* exige que assim se legisle.

**1.2.** Propõe-se a ENA alterar o dito artigo 66.º no sentido de consagrar a «proibição do exercício de funções aplicada a gerente ou administrador de sociedade comercial condenado por crime de oferta indevida de vantagens ou de corrupção por um período entre 2 e 10 anos».

Estranha-se, antes de mais, que aqui não exista uma referência expressa à Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, a qual, na senda da Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de Julho, criminaliza a corrupção no comércio internacional e na actividade privada, transformando este crime em específico impuro ou impróprio, quando, até aí, por só poder ser praticado por agentes que reunissem certas características (serem «funcionários» para efeitos penais), era um delito específico puro. Não curando aqui das vantagens e inconvenientes desta criminalização,

<sup>12</sup> É pacífica a jurisprudência [desde logo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31/10/1995, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 450 (1995), pp. 158 ss.] no sentido de que, em caso de concurso do artigo 30.º, n.º 1, basta que um dos crimes que o integra seja em concreto punido com pena de prisão superior a 3 anos, mesmo que os demais o não sejam, por forma a que a pena acessória se mantenha quanto a toda a pena de concurso, como aliás resulta do artigo 77.º, n.º 4.

uma vez mais somos de parecer que a proposta é criticável do prisma da legística preconizada. De novo, entendemos que esta neocriminalização ao nível das penas acessórias devia constar da Lei n.º 20/2008 e não da Parte Geral do Código Penal, se se visa abranger o órgão executivo das sociedades comerciais (artigos 7.º a 9.º da referida Lei). Todavia, se assim é, o delito de recebimento (e não «oferta») indevida de vantagens terá de ser acrescentado à Lei n.º 20/2008, sob pena de uma parte da *intentio* legislativa não ser alcançada.

E daqui surge a pergunta: porque não abranger também o crime de branqueamento<sup>13</sup>, sabendo-se que ele surge, em inúmeros casos, como delito de encobrimento à corrupção e ao recebimento indevido de vantagens? Naturalmente que, em tais hipóteses, como resulta do acórdão uniformizador de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2018<sup>14</sup>, ultrapassada a questão de saber se existe um concurso efectivo (artigo 30.º, n.º 1) ou meramente aparente nos casos de autobranqueamento<sup>15</sup> – a fixação de jurisprudência inclinou-se para a existência de um verdadeiro concurso de delitos –, sempre se teria de defender a aplicação, usando as regras do cúmulo jurídico do artigo 77.º entre o crime precedente e o subsequente. Não há qualquer razão político-criminal ou dogmática depoente no sentido de se não abranger aqui o crime de branqueamento, assim se conseguindo uma tutela de mais largo espectro, como parece ser o objectivo do legislador. Donde, se tal se defende em relação à corrupção e recebimento indevido de vantagens, *a fortiori* se deverá propender para a mesma solução quanto aos incisos compreendidos entre os artigos 372.º a 374.º-A.

Outra via de solução seria, p. ex., prever esta nova pena acessória no Código das Sociedades Comerciais (artigos 509.º a 527.º<sup>16</sup>), mas atenta a matéria da proibição recolhida neste diploma, que nada tem que ver com o mercadejar da posição jurídica ocupada pelo agente, entendemos que melhor seria que a mesma se acolhesse à predita Lei n.º 20/2008. O que já poderia fazer algum sentido, por forma a obstar a interpretações «criativas», seria o de, no dito Código, quando se referem aos vários órgãos executivos dos diversos tipos societários, se dizer que os mesmos se consideram enquadrados, apenas para os efeitos aí previstos, na Lei n.º 20/2008.

2. Outra das projectadas neocriminalizações em sede das sanções acessórias redunda na previsão de uma norma, no âmbito da Lei dos Crimes da Responsabilidade

<sup>13</sup> Uma análise da última alteração legislativa a este tipo legal pode ser compulsada no nosso «O crime de branqueamento na redacção da Lei n.º 83/2017, de 18/8: a importância de ver para além das aparências», in CÂNDIDO DA AGRA e FERNANDO TORRÃO (coord.), *Criminalidade organizada e económica: perspectivas jurídica, política e criminológica*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018, pp. 65-85.

<sup>14</sup> Publicado no *Diário da República*, I série, de 13/2/2018, referindo-se à pena acessória do artigo 69.º, mas certamente aplicável a todas as demais sanções acessórias, por se poderem esgrimir os mesmos argumentos.

<sup>15</sup> Sobre o tema, entre tantos, *vide* o nosso «Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?», in JOSÉ NEVES CRUZ *et al.* (org.), *Infrações económicas e financeiras: estudos de Criminologia e Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 461-477.

<sup>16</sup> Para um conspecto, PAULO DE TARSO DOMINGUES e SUSANA AIRES DE SOUSA, «Os crimes societários: algumas reflexões a propósito dos artigos 509.º a 526.º do Código das Sociedades Comerciais», in JOSÉ NEVES CRUZ *et al.* (coord.), *Infrações económicas e financeiras...*, pp. 505-515.

de Titulares de Cargos Políticos (Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), em que, «[e]m nome da eficácia preventiva geral e especial[,] o titular de cargo político pass[e] a ser também incapacitado para ser eleito ou nomeado para cargo político por um período idêntico ao proposto para aqueles funcionários e agentes, nos termos previstos no Código Penal»<sup>17</sup>.

2.1. Antes de mais, impõe-se saber até que ponto os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos (artigos 3.º e 3.º-A da Lei n.º 34/87) são ou não «funcionários» no sentido que o artigo 386.º lhes atribui. Como se não ignora, este conceito tem sido muito debatido nos últimos anos<sup>18</sup>, ressaltando-se o recente acórdão uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3/2020<sup>19</sup> (do qual discordamos, mas cuja enunciação de motivos aqui não cabe), que conclui no sentido de que «[o] conceito de “organismo de utilidade pública”, constante da parte final da actual redacção da alínea d) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal, não abarca as instituições particulares de solidariedade social, cujo estatuto consta hoje do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, alterado pela Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho.».

Julgamos que um bom ponto de partida para dissipar tais dúvidas se encontra no artigo 2.º da Lei n.º 34/87: «[c]onsideram-se praticados por titulares de cargos políticos no exercício das suas funções, além dos como tais previstos na presente lei, os previstos na lei penal geral<sup>20</sup> com referência expressa a esse exercício ou os que mostrem terem sido praticados com flagrante desvio ou abuso da função ou com grave violação dos inerentes deveres». Ora, é a própria lei especial a não afastar a aplicabilidade da legislação criminal geral, o que depõe no sentido de que aquelas duas categorias de pessoas são abrangidas pelo âmbito subjectivo do artigo 386.º. Por outro lado, as sucessivas mudanças no inciso vão no sentido de que o relevante não é o particular *nomen iuris*, mas a materialidade das funções que se é chamado a desempenhar, independentemente do modo de eleição ou nomeação ou do vínculo contratual (de trabalho – a termo, sem termo –, de prestação de serviços, de empreitada, *inter alia*). E bem, cremos. O factor de maior ilicitude que desde logo se detecta nos crimes específicos (puros ou impuros) perpetrados por funcionários releva da *quebra da fidúcia especial* que deve interceder entre a comunidade organizada em Estado e o agente, nada importando, desde logo para o ser humano médio, qual o tipo de vínculo existente, tanto mais que, na grande maioria dos casos, tal é mesmo ignorado. O relevante, isso sim, é que o observador médio entende que aquele agente está a levar a cabo uma tarefa que compete ao Estado, no quadro das suas atribuições constitucionais e legais. E isso é quanto baste para que o juízo objectivo, geral e abstracto de desconformidade à norma em que se traduz a ilicitude se coloque – e de modo intensificado – naquela concreta factualidade segregada pela vida social.

<sup>17</sup> Cf. p. 47 (e ainda p. 35) da publicação da Resolução do Conselho de Ministros no jornal oficial.

<sup>18</sup> Entre tantos, vejam-se os trabalhos de JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, primeiro em anotação ao artigo 386.º do CP, in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, em esp., p. 815, e, depois, *O conceito de funcionário, para efeito da lei penal, e a «privatização» da Administração Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

<sup>19</sup> *Diário da República*, I série, de 18/5/2020.

<sup>20</sup> Nosso itálico.

Assim, é nossa conclusão que os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos são abrangidos pelo âmbito subjectivo do artigo 386.º Se dúvidas ainda persistissem, sendo os Tribunais órgãos de soberania e os juízes os seus titulares, a partir do momento em que eles se acham *expressis verbis* abrangidos pela alínea a) do n.º 3 do inciso em causa, só pode restar a conclusão que os demais titulares de outros órgãos de soberania são igualmente equiparados a funcionários para efeitos penais, o que, aliás, também julgamos retirar-se, ao menos como ponto de partida, do n.º 4 do artigo 386.º Tal não significa que o legislador não possa – como o fez – considerar que específicas circunstâncias recomendam que dados ilícitos, quando praticados por estes agentes, mereçam uma maior censura penal em relação aos tipos legais previstos na Parte Especial do Código Penal ou mesmo a criação de matérias de proibição específicas para estas pessoas, como sucede com a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (e daí o predito artigo 386.º, n.º 4).

**2.2.** Pretende então o Governo que as pessoas indicadas no artigo 3.º (cargos políticos) e no artigo 3.º-A (altos cargos públicos) da Lei n.º 34/87 passariam a poder ser, ao lado da pena principal ou de substituição concretamente aplicada, sancionadas com uma pena acessória que conheceria os mesmos limites em termos de moldura penal abstracta que a projectada alteração do artigo 66.º (ou seja, entre 2 e 10 anos). Isto, sublinhe-se, quanto a estes concretos ilícitos, já que no que contende com os previstos no Código Penal, como acabámos de ver, tal já sucede.

Se bem lemos a ENA, tal alteração não se circunscreveria aos crimes de corrupção e de recebimento indevido de vantagens, pois mal se compreenderia como outros delitos mais gravemente punidos como o de traição à Pátria, atentado contra a Constituição da República, contra o Estado de Direito ou de coacção contra órgãos constitucionais (artigos 7.º a 10.º, da Lei n.º 34/87) não merecessem esta censura acrescida em sede de culpa e de prevenção (artigo 71.º, n.º 1), pelo que compreenderia todos os crimes consignados naquela Lei. Ora, se assim é – como parece ser –, então as disposições dos artigos 28.º a 31.º seriam de manter, por dizerem respeito a efeitos das penas, sendo de acrescentar um novo capítulo atinente às sanções acessórias. Porém, o âmbito material de aplicação dos já consignados efeitos das penas teria um campo comum ao da nova pena acessória. Na verdade, quanto ao Presidente da República, o artigo 28.º da Lei n.º 34/87 prevê a perda do cargo e a impossibilidade de reeleição para um novo mandato, mas não pode ir para além disso, sob pena de inconstitucionalidade material. Como se sabe, independentemente da designação que se lhe atribuir, os efeitos das penas são sempre restrições a direitos fundamentais (neste caso, de primeira geração), pelo que a incapacidade eleitoral passiva não poderia nunca ser ilimitada, sob pena de vulneração directa do artigo 30.º, n.º 1, da CRP. Donde, o conteúdo útil da agora projectada pena acessória deverá ser o de, para além da duração temporal do efeito das penas do já existente artigo 28.º, acrescentar um período máximo de 10 anos no qual o cidadão que havia sido eleito Chefe de Estado e é condenado, transitadamente, por crimes previstos na Lei n.º 34/87 – o que não se retira univocamente da ENA e exige, por isso, imediata clarificação –, é afectado por uma outra incapacidade eleitoral passiva. Simplesmente, se esta for a hermenêutica patrocinada, cremos bem que existe uma indeclinável violação da proibição constitucional do *ne bis in idem* (artigo 29.º, n.º 5, da CRP): de novo arredando nominalismos – que em qualquer matéria impedem que se vislumbre o essencial –, certo é que existe uma cumulação de duas reacções criminais

– uma a título de efeito das penas e outra como pena acessória – que abrange, ao menos em parte, o mesmo período temporal. Pense-se no agente, eleito Presidente da República, que, no primeiro ano do seu mandato, é transitadamente condenado por crime de responsabilidade política (artigos 7.º a 27.º, da Lei n.º 34/87). Por via do artigo 28.º não apenas deixa de poder completar o primeiro mandato, como de se recandidatar, o que, no caso, perfaz 9 anos. Se o entendimento da nova pena acessória fosse o de que ela se aplicaria depois de findo o efeito da pena do dito inciso, então, no limite, poderia estar mais 10 anos sem ser eleito para este órgão de soberania. Sucede, porém, que na materialidade das coisas – aquela que releva –, na prática, o campo de aplicação do assinalado artigo 28.º já se confunde com a novel pena acessória, pelo que a única interpretação que temos conforme com a Lei Fundamental quanto a esta última só poderá ser a de considerar que na pena acessória fixada pelo tribunal sempre se terá de fazer funcionar o instituto do desconto (artigo 81.º, n.º 1) face ao tempo de inibição do condenado ao abrigo do artigo 28.º da Lei n.º 34/87. Algo em que, ao menos na aparência, o Governo não pensou e que merece, da parte do futuro legislador, uma resolução expressa, sob pena de se virem a colocar intrincados problemas de solvabilidade constitucional.

Assim enquadrados, naturalmente que os efeitos das penas previstos nos artigos 29.º a 31.º conduzem a que se defenda uma compatibilização diversa entre a nova pena acessória projectada e aqueles. De facto, os incisos referidos apenas determinam a perda de mandato, mas nada dizem quanto à impossibilidade de voltar a ser eleito ou nomeado para qualquer um desses cargos. Onde, inexistente agora óbice a que se aplique o efeito da pena e a sanção acessória que poderá ir até 10 anos de inibição da capacidade eleitoral passiva, por dizerem respeito a distintas materialidades.

**2.3.** «Considerando a génese e razão de ser da Lei dos Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos e a necessidade de afastar dúvidas jurídicas suscitadas pela alteração de 2010, transfere-se a referência a “titulares de altos cargos públicos” daquela lei para o Código Penal, mantendo-se, contudo, a moldura penal agravada.»

Desde já se adiante que, certamente por dificuldades hermenêuticas a nós apenas imputáveis, temos esta intenção legislativa por enigmática. Será que o Governo, na ENA, defende que o actual artigo 3.º-A da Lei n.º 34/87 seja revogado e passe a constar do Código Penal, prevendo-se somente que a nova pena acessória seja também aplicável aos «altos titulares de cargos públicos»? Se assim for, a matéria da proibição dos artigos 7.º a 27.º deixa de poder ser praticada por estes últimos, voltando a deixar-se aberta uma lacuna que se identificou e que implicou uma – para nós correcta – intervenção legislativa? Não cremos, de todo, que tenha sido essa a *ratio* do que se transcreveu, sob pena de implosão dos mais basilares princípios que estiveram na base da própria ENA.

Procuremos um ensaio hermenêutico, recorrendo a um brevíssimo enquadramento. De entre outras matérias, a Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro, aditou o artigo 3.º-A, sob a epígrafe «altos cargos públicos», com a consequente alteração do artigo 1.º, de modo a aumentar o âmbito punitivo subjectivo a esses titulares que, não sendo no rigor «políticos», desempenham funções em empresas ou outras instituições públicas com diversa nomenclatura (da Administração Pública directa, indirecta, autónoma ou independente) que, na prática, em muitos casos, corporizam uma dada orientação política definida pelos eleitos (p. ex., um instituto público ou



uma EPE – entidade pública empresarial) ou, numa outra ordem de considerações, decidem sobre matérias que têm um efeito muito vincado na *res publica*, o que importaria, na concepção do legislador, uma equiparação aos «titulares de cargos políticos». Deste modo, os efeitos das penas previstos na Lei n.º 34/87 passaram a ser aplicáveis, com as devidas adaptações, aos titulares de «altos cargos públicos».

O que se deseja agora? Que a nova pena acessória a prever para os crimes de responsabilidade se aplique somente aos titulares de cargos políticos e que os titulares de altos cargos públicos não sejam por ela abrangidos por via da Lei n.º 34/87, mas através do Código Penal com a previsão da alteração no limite máximo da moldura criminal abstracta de 5 para 10 anos, no artigo 66.º desta última codificação. Ora, se bem interpretamos a *ratio legis*, na prática, o efeito é o mesmo, dado que titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos passam a poder ser sancionados com uma sanção acessória de proibição do exercício de funções entre 2 e 10 anos, verificados que estejam os demais requisitos do actual artigo 66.º, n.º 1, do CP. Note-se, em acréscimo, que os efeitos das penas dos artigos 28.º a 31.º, da Lei n.º 34/87 não são aplicáveis, pela própria descrição do seu âmbito aplicativo, aos titulares de altos cargos públicos, o que nem sequer colocaria a questão acima aludida de concatenação da nova pena acessória com os efeitos das penas da Lei n.º 34/87 – por estes últimos serem inaplicáveis. Assim, em conclusão, não entendemos o que se ganha em transpor a novel previsão normativa para o Código Penal, deste modo participando esta opção das críticas já tecidas à menos feliz técnica legislativa que a ENA parece ter seguido. Tudo aconselharia, numa palavra, a que a pena acessória projectada se mantivesse no diploma criminal autónomo.

**2.4.** Escreve-se na ENA que «[é] também político-criminalmente desejável que o Código Penal contenha o regime geral das penas aplicáveis às pessoas coletivas e equiparadas. Devem[,] por isso[,] ser revistas as penas previstas em legislação extravagante, por não serem coerentes com as previstas no Código Penal, segundo a tripartição entre penas principais, acessórias e de substituição». «Constituem exemplos de falta de coerência com o regime geral o artigo 7.º e a alínea b) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, e a alínea h) do 16.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de junho.»<sup>21</sup>

Começando pelos exemplos normativos citados, saúda-se a intenção legislativa, desde logo porque o regime das infracções contra a economia e a saúde pública, habitualmente considerado como de Direito Penal secundário<sup>22</sup>, dista do regime geral

<sup>21</sup> P. 35 da publicação em *Diário da República*.

<sup>22</sup> O que, como se sabe, só em parte é verdade, uma vez que o racional distintivo passa pela existência de uma plena interiorização dos bens jurídicos que subjazem aos tipos legais, sendo exacto que crimes como o açambarcamento ou a especulação, *v.g.*, – *maxime* em tempos da actual pandemia – são já de Direito Penal clássico, atenta a inegável inclusão na consciência normativa comunitária dos interesses jurídicos que lhes subjazem. O mesmo não se poderá já dizer, em certas hipóteses fácticas concretas, p. ex., no atinente ao delito de abate clandestino para venda numa feira local de uma recôndita aldeia do interior e em que o lavrador, pessoa idosa, sempre o fez sem que alguma vez tivesse sido advertido de que estaria a cometer um ilícito. Onde, a pertença ao Código Penal ou a legislação extravagante é apenas um ponto de partida, um *indício*, da existência ou não de uma norma de Direito Criminal de justiça ou secundário. E é exactamente daqui que parte, no essencial, a contraposição entre o erro sobre a ilicitude e o erro sobre as proibições, respectivamente (artigos 17.º e 16.º, n.º 1, 2.ª parte, ambos do Código Penal).



aplicável aos crimes taxativamente previstos no artigo 11.º, n.º 1, do Código Penal – Direito Criminal clássico ou de justiça –, já que a admoestação é tida no primeiro como sanção principal e no segundo – quanto aos entes colectivos ou mesmo em relação às pessoas singulares: artigo 60.º do Código Penal – como pena substitutiva (artigos 90.º-A, n.º 1, e 90.º-C). Por outro lado, a caução de boa conduta do artigo 8.º, alínea b), do DL n.º 28/84 aparece como preferencialmente aplicada ao lado da admoestação (artigo 7.º, n.º 3, do último diploma), mas nada impede que também se aplique ao lado da pena principal de multa [artigos 7.º, n.º 1, alínea b), e 10.º do DL n.º 28/84], quando o Código Penal a considera uma pena de substituição, em sentido que temos por mais correcto, dogmática e político-criminalmente. Acresce a falta de coordenação dos respectivos valores e a possibilidade aberta pelo artigo 10.º, n.º 2, do citado Decreto-Lei de a injunção judiciária, que aqui é uma outra pena acessória [como aliás no regime geral do Código Penal – artigos 90.º-A, n.º 2, alínea a), e 90.º-G], ser igualmente aplicada, o que, sendo certo que não existe nenhuma impossibilidade de princípio de cumulação de várias penas acessórias, mereceria reponderação. Dito de outro modo, toda a construção do DL n.º 28/84 em termos de penas acessórias deveria, em nosso juízo, ser aproximada da constante do elenco do artigo 90.º-A, n.º 2.

Algo de similar se diga quanto ao artigo 16.º, alínea h), da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho (que aprova o RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias), a qual consagra como pena acessória a dissolução da pessoa colectiva, quando a mesma deveria ser alçada ao patamar de pena principal, em linha com os artigos 90.º-A, n.º 1, e 90.º-F. E tanto assim é quanto existe uma dissonância normativa no corpo do artigo 17.º, n.º 1, que remete para o Código Penal as condições aplicativas de penas tidas por acessórias quando, no diploma que funciona como legislação subsidiária, a dissolução assume foros de sanção principal, sendo que a caracterização oferecida pela alínea g) desse inciso serviu, por certo, de *fons iuris* ao artigo 90.º-F do Código Penal, porque posterior (aditado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro). No tangente às demais, é nosso parecer que mantém todo o sentido e que o legislador também não deve esquecer que estamos em face de uma camada específica de criminalidade que reclama as demais sanções acessórias, tendo em conta os concretos bens jurídicos tutelados e que as concretas finalidades de toda a punição aconselham a que as demais penas aplicadas para além das principais se mantenham<sup>23</sup>.

Numa palavra, a intenção enunciada na ENA é de saudar, ponto é que a uniformização pretendida não esqueça as especificidades dos dois diplomas descritos, para além de dever ser compulsada outra legislação criminal extravagante que aconselhe idêntica intervenção.

<sup>23</sup> Questão diferente é a de um arguido ser condenado por vários crimes de corrupção (ou recebimento indevido de vantagem) em concurso, o que, na senda do – bem conseguido – Acórdão uniformizador de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2018 (*Diário da República*, I série, de 13/2/2018) – que, apesar de se referir somente, de modo expresso, à pena acessória do artigo 69.º, irradia a doutrina nele contida para as demais sanções aplicadas ao lado de uma principal ou acessória – só pode igualmente justificar que a resposta seja a mesma. Por outras palavras, operar-se-á o cúmulo jurídico como modalidade da pena conjunta, nos termos do artigo 77.º do Código Penal, sendo certo que o limite máximo aplicável não poderá nunca ultrapassar os agora projectados 10 anos de pena acessória de proibição do exercício de funções.

2.5. Por fim, no tocante ao tema que vimos abordando, a ENA proclama o objetivo de «[d]ar relevância substantiva aos programas de cumprimento normativo ao nível da determinação da pena, em sentido amplo, revendo as penas principais, acessórias e de substituição aplicáveis aos entes coletivos»<sup>24</sup>.

Concordamos com a introdução de um sistema de *compliance* criminal, como já o escrevemos em outro lugar<sup>25</sup>, próximo daquele que, desde 2015, consta do artigo 31 *bis* do Código Penal espanhol, atenta a grande fragilidade em que se encontram as pessoas colectivas e entes equiparados em sede de responsabilidade criminal. Na verdade, tirando o artigo 11.º, n.º 6, a circunstância de existir uma necessária representação orgânica em relação a essas pessoas e o modo como estão redigidas as duas alíneas do artigo 11.º, n.º 2, dificultam, sobremaneira, as hipóteses em que se consegue fazer prova em julgamento da inexistência de um nexo final entre a conduta de quem detém na pessoa colectiva uma «posição de liderança» (artigo 11.º, n.º 4) e os resultados atingidos pela prática criminosa. Trata-se, na verdade, de encerrar o *compliance* na sua vertente *preventiva*, já que a repressiva é, para nós, a menos importante, e coloca excruciantes nódulos probatórios, em especial quando se pretende utilizá-la para legitimar – de modo inconstitucional – investigações privadas no seio das pessoas colectivas e que, depois, se pretende sejam válidas no processo penal. Tais investigações apenas podem ter a valia que o ordenamento jurídico já lhes concede: em sede de Direito Disciplinar ou, quando muito, se não violados os modos de obtenção das provas e as próprias exigências dos meios de prova, como mais um elemento probatório ao lado dos demais que o Ministério Público, titular da acção penal, venha a carrear para o inquérito.

Por outro lado, a intenção agora anunciada põe termo – cremos – à ideia que podia existir de que o citado artigo 11.º, n.º 6, de algum modo, já consagrava programas de *compliance* criminal, ou mesmo o artigo 11.º, n.º 2. Se é o próprio legislador que assume, *ex novum*, que lhe vai atribuir relevo material, então é evidente que tal ainda não existe, o que é uma verdade que temos por insofismável, pois as duas vias apontadas para atribuir importância ao nível dos elementos do conceito material de delito, hoje, aos programas de cumprimento normativo, chocariam sempre com o princípio da legalidade criminal e, por isso, padeceriam de inconstitucionalidade material.

Pena é que o legislador não tenha dito como pretende atribuir o tal relevo material ao *compliance*. Não o poderá fazer por via do instituto da «isenção de pena», como sucede em Espanha, por, na redacção vigente do Código Penal (ao invés da inicial, de 1982), tal não existir. Donde, cremos que as duas únicas formas especiais de determinação da pena ao dispor do legislador serão a dispensa de pena (artigo 74.º) ou a sua atenuação especial (artigos 72.º e 73.º), em alguns casos obrigatória, noutros facultativa – se, p. ex., o cumprimento do programa de *compliance* não for completo ou tiver existido negligência nas suas concretização, supervisão ou fiscalização. Aliás, é nossa convicção que, em função dos específicos programas de cumprimento normativo e do modo como eles forem aplicados na hipótese *sub judice*, se justificará, consoante os casos, lançar mão a um ou a outro. É tudo isto,

<sup>24</sup> P. 48 da Resolução do Conselho de Ministros no jornal oficial (*vide*, ainda, a p. 29).

<sup>25</sup> «Fundamentos político-criminais da responsabilidade penal das pessoas colectivas em Direito Criminal clássico, penas de substituição aplicáveis e *compliance* – breves notas, in *Revista do Ministério Público*, 161 (2020), pp. 203-234.

naturalmente, sem prejuízo de já hoje se dizer com correcção que a existência de programas de *compliance* releva por via dos factores de medida da pena – culpa e exigências preventivas (gerais e especiais) – que depois se concretizam, de modo exemplificativo, no artigo 71.º, n.º 2. E continuará a relevar mesmo que se adoptem consequências jurídico-penais palpáveis quanto a estes programas.

Por fim, anuncia-se que se reverão as penas principais, acessórias e de substituição aplicáveis aos entes colectivos em função do *compliance*. Não nos parece que seja tanto em função deste último que estas sanções mereçam uma revisitação, pois uma coisa não tem necessariamente que ver com a outra. Como o legislador nada mais diz, torna-se impossível tecer qualquer comentário sobre a bondade ou não das soluções propostas, dada a sua inexistência. Visto o elenco do artigo 90.º-A, n.º 2, por certo podendo toda a obra humana ser melhorada, não vislumbramos grandes necessidades de alteração no que contende com as penas acessórias. Talvez apenas fazer-se o que, porventura, não foi totalmente levado a cabo em 2007, ou seja, analisar as várias sanções aplicáveis ao lado de uma pena principal na legislação penal extravagante e verificar das vantagens político-criminais em trazê-las para o catálogo geral do Código Penal, como aliás a própria ENA vai dando conta e de que aqui demos notícia. Uma derradeira palavra para a injunção judiciária do artigo 90.º-G: pelo seu conteúdo tão elástico e essencial à prevenção da reincidência, não a vemos como cumprindo os objectivos gerais das penas de substituição, mas mais como sendo o que as sanções acessórias são – um reforço em termos de culpa e de prevenção dos efeitos pretendidos com as penas principais e que, entre nós, encontram acolhimento no artigo 40.º, n.º 1. Onde, é nosso parecer que a mesma se mantenha como pena acessória e que não seja transformada em sanção substitutiva. E muito menos como pena principal, como se defende na ENA. Cremos bem que, a assim se avançar, a protecção de bens jurídicos (sobretudo) ficará, em várias hipóteses concretas, abaixo do chamado «ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico».

### III. Referência conclusiva

Como em qualquer domínio abrangido pela ENA, teremos de aguardar pelas propostas de lei apresentadas ao Parlamento para conhecermos, em detalhe, aquilo que o Governo aprovou em Conselho de Ministros. Uma certa vaguidade que passa todo o documento também atinge a matéria específica das penas acessórias, embora se compreenda que se pretende elevar o limite máximo da sanção prevista no artigo 66.º para o dobro, em relação aos crimes de corrupção e, diríamos nós, face a todos aqueles que integram a criminalidade económico-financeira. Do mesmo jeito, pretende-se actuar sobre os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos, embora, em nosso juízo, usando uma técnica legislativa muito criticável e que, a manter-se, suscitará problemas hermenêuticos. Oxalá o processo legislativo parlamentar permita limar as arestas indicadas, de modo que a luta contra a corrupção seja, definitivamente, um dos grandes desígnios nacionais, tal é a forma soez como apodrece os alicerces do Estado de Direito democrático.

## Secção IV

# ESCOLHA E MEDIDA DA PENA

15.

## **Do acordo sobre a sentença penal à colaboração premiada: uma análise da ENCC 2020-2024**

Paulo de Sousa Mendes

Sumário:

- I. Introdução
- II. Os acordos sobre a sentença penal na ordem jurídica portuguesa
- III. A colaboração premiada no direito dos tratados internacionais
- IV. Uma perspectiva de direito comparado
- V. A situação na ordem jurídica interna
- VI. A conformidade com os fins da justiça
- VII. A colaboração premiada como meio excecional de obtenção de prova
- VIII. O acordo de colaboração premiada transferido para o sistema inquisitorial
- IX. A homologação judicial do acordo de colaboração premiada
- X. A retratação da proposta de acordo de colaboração premiada
- XI. O acordo como meio de prova complexo
- XII. Os direitos de defesa do colaborador
- XIII. Os direitos de defesa dos coarguidos e a regra de corroboração
- XIV. Conclusões

**RESUMO:** Os acordos sobre a sentença penal são uma tendência atual nos sistemas de processo penal europeus continentais, embora inspirados no direito norte-americano. A possibilidade de contratos processuais não é incompatível com um sistema de estrutura acusatória marcado por um controlo judicial forte. Se passarem a ser legalmente autorizados entre nós, os acordos sobre a sentença penal vão evoluir para incorporar, na prática, não apenas a confissão do arguido, mas também a denúncia de coarguidos. Em função deste prognóstico, então valeria mais incorporar na lei, desde já, não apenas os acordos sobre a sentença penal, mas também a denúncia de coarguidos e a colaboração premiada\*.

### **I. Introdução**

A questão principal do presente texto consiste em saber se é possível – aliás, desejável – que um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato

---

\* O presente texto é uma versão revista e adaptada da seguinte publicação do A.: «A colaboração premiada na ordem jurídica portuguesa: balanço e perspetivas», in Kai Ambos, Marcos Zilli e Paulo de Sousa Mendes (orgs.), *Colaboração Premiada – Perspetiva Comparada*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 123-154.

processual, considerando as obrigações recíprocas que resultam do acordo de colaboração premiada entre as partes, se transfira de um sistema adversarial (*adversarial system*), à maneira norte-americana, para um sistema inquisitorial (*inquisitorial system*), à maneira europeia continental (que é também o caso do sistema brasileiro)<sup>1</sup>. No sistema adversarial vigora o princípio da oportunidade, pelo que se aceita a celebração de contratos processuais que reduzam o esforço probatório a cargo do órgão persecutório e maximizem a probabilidade de condenação de coarguidos que, noutras circunstâncias, dificilmente seriam condenados. No moderno sistema inquisitorial não há partes, desde logo porque o órgão persecutório não prossegue um interesse próprio no processo penal, mas representa apenas o interesse da comunidade na descoberta da verdade e na realização da justiça, o qual engloba, idealmente, o interesse do sujeito que é investigado, enquanto cidadão que faz parte dessa mesma comunidade organizada. Neste contexto prevalece o princípio da legalidade, o que significa que a ação penal é obrigatória defronte da notícia de crime e a acusação também é obrigatória diante dos indícios suficientes de crime e de quem foi o seu agente. A valia e mesmo a legitimidade do acordo de colaboração premiada são discutíveis neste sistema em que o Ministério Público só tem diante de si a via da promoção e prossecução processual penal. Se a colaboração premiada não fosse prevista em lei, o acordo entre as autoridades persecutórias e o colaborador poderia mesmo configurar um crime de denegação de justiça e prevaricação por parte daquelas autoridades, não obstante conseguirem angariar provas contra os coarguidos. Mas as diferenças entre os dois grandes sistemas de processo penal são, porém, menores do que parecem à primeira vista. A possibilidade de contratos processuais não é incompatível com o sistema inquisitorial, nem com os processos marcados por um maior controlo judicial. É o que fazemos tenção de demonstrar no presente texto.

## II. Os acordos sobre a sentença penal na ordem jurídica portuguesa

Jorge de Figueiredo Dias lançou, em 2011, uma proposta inovadora para o sistema de justiça penal em Portugal, a saber: a admissão de acordos expressos pelos sujeitos processuais na audiência de julgamento, vertidos na respetiva ata, consensualizando as molduras penais que o Tribunal considerasse ajustadas às infrações cometidas e às finalidades da punição que no caso concreto se fizessem sentir<sup>2</sup>. A proposta colheu aceitação na prática. Em 13 de janeiro de 2012, a então Procuradora-Geral Distrital de Lisboa, Francisca Van Dunem, emitiu a Orientação n.º 1/2012, acolhendo a proposta de uma magistrada para aplicação do regime constante no opúsculo de Figueiredo Dias, uma vez que tanto o arguido como os juízes que compunham o tribunal coletivo demonstravam grande receptividade para o efeito<sup>3</sup>. Em 19 de janeiro de 2012, a Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, por iniciativa do Procurador-Geral

<sup>1</sup> Sobre a contraposição dos sistemas adversarial e inquisitorial, por todos, cf. MAXIMO LANGER, «From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure», *Harvard International Law Journal*, 1 (2004), pp. 13-14.

<sup>2</sup> Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal, o «fim» do Estado de Direito ou um novo «princípio»?*, Porto: Ordem dos Advogados Portugueses / C. D. Porto, 2011, p. 51.

<sup>3</sup> Online: [http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc\\_mostra\\_doc.php?nid=153&doc=files/doc\\_0153.html](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html) (consultado em 15.01.2021).

Distrital de Coimbra, Euclides Dâmaso Simões, emitiu um Memorando, associando-se à Orientação da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa<sup>4</sup>.

Em 10 de abril de 2013, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre os acordos negociados de sentença, desta feita declarando a sua inadmissibilidade à luz do Código de Processo Penal (CPP) e da Constituição da República Portuguesa (CRP) por considerar que constituía prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar (Acórdão do STJ, de 10.04.2013, Proc. n. 224/06GAVZL.C1.S1, Relator: Santos Cabral)<sup>5</sup>.

Em 21 de fevereiro de 2014, a então Procuradora-Geral da República, Joana Marques Vidal, emitiu a Diretiva n.º 2/2014, ainda em vigor, aderindo ao Acórdão do STJ de 10 de abril de 2013 sobre a não admissão de acordos negociados de sentença penal<sup>6</sup>.

Os acordos sobre a sentença penal tiveram, pois, vida breve na ordem jurídica portuguesa. Só que parecem agora renascer por via da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC) – 2020-2024, apresentada pelo XXII Governo Constitucional, em 17 de julho de 2020<sup>7</sup>. Com efeito, a ENCC 2020-2024 vem defender o seguinte:

«Uma alteração ao Código de Processo Penal no sentido de prever a possibilidade de celebração de um acordo sobre a pena aplicável, na fase de julgamento, assente na confissão livre e sem reservas dos factos imputados ao arguido, independentemente da natureza ou da gravidade do crime imputado, constitui uma opção que devemos acompanhar.»<sup>8</sup>

De imediato, a ENCC 2020-2024 introduz a seguinte adversativa:

«Os objetivos da celebração do acordo deverão centrar-se, fundamentalmente, na economia e celeridade processuais, dispensando a prova relativa aos factos imputados e dando como provados os confessados, com passagem imediata à produção da prova relevante para a determinação da pena. Ou seja, deverá ficar afastada uma configuração do instituto que premeie, através da redução da pena aplicável, quem colabore responsabilizando outro ou outros arguidos.»<sup>9</sup>

Não obstante a adversativa, é fácil de prever que os acordos sobre a sentença penal, se vierem a ser autorizados por lei, acabarão por incluir, na prática, não apenas a confissão negociada do arguido, mas também a denúncia negociada de coarguidos, se for o caso. Em função deste prognóstico, cabe aqui a nossa tomada de posição: mais vale incorporar na lei agora não só os acordos sobre a sentença penal, mas também a denúncia de coarguidos e a colaboração premiada. É melhor que a lei

<sup>4</sup> Online: <https://portal.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf> (consultado em 15.01.2021).

<sup>5</sup> Online: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument> (consultado em 15.01.2021).

<sup>6</sup> Online: <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas> (consultado em 15.01.2021).

<sup>7</sup> Online: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=estrategia-nacional-de-combate-a-corrupcao-2020-2024> (consultado em 15.01.2021).

<sup>8</sup> ENCC (2020-2024), cit., p. 62.

<sup>9</sup> ENCC (2020-2024), cit., p. 62.



preveja desde já algo que a prática nos reserva como uma inevitabilidade, à luz dos instrumentos internacionais vinculativos e das lições do direito comparado.

As boas leis não garantem as boas práticas, nem as más leis as impedem, mas convenhamos que as boas leis ajudam muito às boas práticas e não se deve desperdiçar uma oportunidade de bem legislar, atentos ao futuro. Tal é o que demonstraremos na sequência, começando pela análise dos instrumentos internacionais vinculativos e só depois apresentando uma perspectiva de direito comparado, antes mesmo de regressarmos ao nosso ordenamento jurídico. Não esqueçamos que, entre nós, a tradição das boas leis penais deve muito ao conhecimento que o nosso legislador tem sempre revelado acerca do direito comparado.

### III. A colaboração premiada no direito dos tratados internacionais

O direito dos tratados internacionais (acordos, cartas, convenções e protocolos) promove a instituição de mecanismos premiais que permitam alavancar a prevenção e a repressão das formas graves de criminalidade associativa transnacional. Nomeadamente, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, é o principal instrumento de combate ao crime organizado transnacional. A Convenção foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 15 de novembro de 2000, data em que foi colocada à disposição dos Estados-partes para assinatura, e entrou em vigor no dia 29 de setembro de 2003. A escolha de Palermo para assinatura de três dos respetivos instrumentos e adicionais foi tudo menos um acaso. Na verdade, foi um louvor póstumo aos dois magistrados antimáfia, o procurador Paolo Borsellino e o juiz Giovanni Falcone, assassinados em atentados à bomba naquela cidade, em 1992, crimes pelos quais foi condenado a prisão perpétua Salvatore Riina, chefe do clã Corleonesi, ligado à *Cosa Nostra*, que viria a morrer no cárcere em 2017. No artigo 26.º da Convenção de Palermo estabelece-se que cada Estado-parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas (n.º 1); poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente convenção (n.º 2); e poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na convenção (n.º 3). A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), de 2003, propõe igualmente que os Estados-partes adotem as medidas premiais adequadas a encorajar as pessoas que participem ou tenham participado na prática das infrações referidas na Convenção a cooperarem com as autoridades competentes para a aplicação da lei (artigo 37.º). Somente importa aqui referir que os instrumentos internacionais são muito permeáveis a soluções providas dos países anglo-saxões<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Cf. PABLO GALAIN PALERMO, «Un sistema penal construido sobre la base de la delación? Los arrepentidos que colaboran con la administración de la justicia penal», in José de Faria Costa

No âmbito do Conselho da Europa, cabe referir a Recomendação Rec(2005)9 do Comité de Ministros, de 20 de abril, que define o colaborador de justiça (*collaborator of justice*)<sup>11</sup>.

Os instrumentos internacionais não oferecem, porém, qualquer densificação das medidas adequadas à colaboração premiada, nem obrigam os Estados-partes a conceder imunidade ou redução de pena aos colaboradores de justiça.

#### IV. Uma perspetiva de direito comparado

Os acordos de cooperação (*cooperation agreements*) constituem uma variante da justiça negociada praticada nos EUA e representam um *plus* relativamente à negociação da confissão (*plea bargaining*)<sup>12</sup>. A diferença do acordo de cooperação relativamente à mera negociação da confissão é que o primeiro é um meio de investigação da criminalidade associativa, ao passo que a segunda é somente uma transação para dispensar a prova do crime<sup>13</sup>. No acordo de cooperação, a autoridade persecutória coloca o suspeito na situação do dilema do prisioneiro egoísta da teoria dos jogos, incentivando-o à delação dos comparsas. Ainda que o silêncio de

---

et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, Coimbra: Universidade de Coimbra / Instituto Iuridico, 2017 (pp. 385-405) pp. 386-391.

<sup>11</sup> Recommendation Rec(2005)9 of the Committee of Ministers to member states on the protection of witnesses and collaborators of justice (Adopted by the Committee of Ministers' on 20 April 2005 at the 924th meeting of the Ministers' Deputies).

<sup>12</sup> A negociação da confissão comporta várias possibilidades, desde a negociação dos factos (*fact bargaining*), passando pela atenuação da acusação (*charge bargaining*) ou diminuição do número de imputações (*count bargaining*), até ao pedido de redução da pena (*sentence bargaining*). Em alternativa à confissão (*guilty plea*), o arguido poderá tão-só assumir o compromisso de não recorrer da decisão judicial (*nolo contendere plea*). Por fim, o promotor não deverá, salvo mediante autorização do Procurador-Geral dos Estados Unidos (*United States Attorney*) e do Procurador-Geral-Adjunto (*Assistant Attorney General*), celebrar qualquer acordo se o arguido mantiver a afirmação da sua inocência em relação às acusações pelas quais se tenha disponibilizado para declarar-se culpado. No caso *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970), a Suprema Corte (*Supreme Court*) asseverou que a Constituição norte-americana não impede que seja aceite uma declaração de culpabilidade feita por um acusado que simultaneamente afirme a sua inocência, contanto que o acordo seja assumido por este de forma consciente e voluntária e tenha uma sólida base factual. A Suprema Corte concluiu não haver diferença material entre o acordo de *nolo contendere*, no qual o acusado não admite expressamente a sua culpa, e o acordo de admissão de culpa pelo arguido que veementemente nega a sua culpa. Tais acordos ficaram conhecidos como «*Alford pleas*». Para desenvolvimentos, cf. STEPHANOS BIBAS, «Harmonizing Substantive Criminal Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas», *Cornell L. Rev.*, 6 (2003), pp. 1-74.

<sup>13</sup> Cf. JESSICA ROTH, «Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions», *Cornell L. Rev.*, 6 (2003) (pp. 737-797), p. 755. Também cf. SHANA KNIZHNIK, «Failed Snitches and Sentencing Stitches: Substantial Assistance and the Cooperator's Dilemma», *N.Y.U. L. Rev.* 90 (2015) (pp. 1722-1760), p. 1740. Igualmente, cf. KEVIN BENNARD, «United States v. Erwin and the Folly of Intertwined Cooperation and Plea Agreements», *Wash. & Lee L. Rev. Online*, 3 (2014) (pp. 160-168), pp. 161-162. Nada impede a realização de um acordo de cooperação no quadro da negociação da confissão, mas a confissão e a cooperação devem manter-se separadas. Neste sentido, cf. JACQUELINE E. ROSS, «The Entrenched Position of Plea Bargaining in United States Legal Practice», in Stephen C. Thaman (org.), *World Plea Bargaining – Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2010 (pp. 107-123), pp. 120-123.

todos permitisse maximizar, em média, a vantagem de todos, o prisioneiro egoísta obterá a máxima vantagem para si delatando os demais<sup>14</sup>. Esta lógica pode ainda ser iterada sucessivamente se for instaurado um sistema de escalões premiais, consoante a prioridade cronológica das delações no mesmo processo. É a melhor forma de fomentar a corrida à delação num contexto de práticas ilícitas de carácter associativo ou organizado, como acontece também, num plano extrapenal, com os programas de leniência ou clemência (*leniency programs*) do direito da concorrência (*antitrust law*) norte-americano no combate aos cartéis horizontais<sup>15</sup>. Os acordos de cooperação e as respetivas negociações são regidos pela Regra n.º 410 das Normas Federais de Direito Probatório (*Federal Rules of Evidence*)<sup>16</sup> e pela Regra n.º 11 das Normas Federais de Processo Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*)<sup>17</sup>, bem como pelos Princípios da Prossecução Federal (9-27.000 – *Principles of Federal Prosecution*) constantes do Título 9 do Manual de Justiça (*Justice Manual*)<sup>18</sup> do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Finalmente, o §5K1.1 das Diretrizes Federais para as Sentenças (*Federal Sentencing Guidelines*)<sup>19</sup> determina que a cooperação através de aceitação da responsabilidade (*acceptance of responsibility*) e prestação de ajuda substancial (*substantial assistance*)<sup>20</sup> à investigação criminal operem como exceções à pena mínima vinculativa para o tribunal<sup>21</sup>.

A Itália oferece o exemplo europeu continental mais completo de relevância premial do comportamento de arrependidos (*pentiti*), enquanto colaboradores de justiça (*collaboratori di giustizia*)<sup>22</sup>. A primeira manifestação no ordenamento jurídico italiano ocorreu em 1979<sup>23</sup>, no campo da luta contra o terrorismo, durante os Anos de Chumbo (*Anni di piombo*), marcados por sangrentos atentados e assassinios desde os finais dos anos 60 (atentado de Piazza Fontana) até ao início dos anos 80 do século passado (assassinio de Aldo Moro). Esta orientação legislativa surgiu na altura como uma iniciativa excecional para responder a uma situação de estado de necessidade investigatório perante o fenómeno do terrorismo urbano. A legislação antiterrorista

<sup>14</sup> Cf. BRIAN A. JACOBS / NICOLE BUSEMAN, «Navigating the Cooperation Process in a Federal White Collar Criminal Investigation», *Practical Law* (2007) (pp. 1-9), pp. 4-5. Online: <https://www.maglaw.com/publications/articles/...> (consultado em 15.01.2021). Mas na situação hipotética do dilema do prisioneiro sabe-se com exatidão qual é o prémio destinado ao prisioneiro em cada um dos cenários, o que não é o caso do acordo de cooperação. Neste sentido, cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., p. 1745.

<sup>15</sup> Online: <https://www.justice.gov/atr/leniency-program> (consultado em 15.01.2021).

<sup>16</sup> Online: <https://www.rulesofevidence.org> (consultado em 15.01.2021).

<sup>17</sup> Online: <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org> (consultado em 15.01.2021).

<sup>18</sup> Online: <https://www.justice.gov/jm/justice-manual> (consultado em 15.01.2021).

<sup>19</sup> Online: <https://www.ussc.gov/guidelines> (consultado em 15.01.2021).

<sup>20</sup> Sobre o sistema federal de cooperação através de aceitação da responsabilidade e prestação de ajuda substancial, tal como previsto nas Diretrizes Federais para as Sentenças, cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., pp. 1730-1732.

<sup>21</sup> Depois do caso *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005), as Diretrizes Federais para as Sentenças tornaram-se meramente orientadoras (*advisory*), como é referido por JENIA IONTCHEVA TURNER, «Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View», *American Journal of Comparative Law*, 94 (2006) (pp. 501-570), p. 509.

<sup>22</sup> Para uma visão crítica do regime jurídico italiano, cf. CARLO RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 30-31.

<sup>23</sup> Decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertido, com modificações, na legge 6 febbraio 1980, n. 15. O diploma foi alterado pela última vez através do Decreto legislativo 1 marzo 2018, n. 21.

expandiu-se sucessivamente à luta contra o crime organizado, abrangendo a legislação antissequestro, a legislação antidroga e a legislação antimáfia<sup>24</sup>. Quem não se recorda do primeiro mafioso arrependido da história, Tommaso Buscetta, detido pela segunda vez no Brasil em 24 de outubro de 1983 e extraditado para Itália, onde prestaria colaboração ao juiz Giovanni Falcone, revelando a estrutura interna, as técnicas de recrutamento e os planos criminosos da *Cosa Nostra*, a máfia siciliana<sup>25</sup>? Em 2000, Buscetta acabaria os seus dias em liberdade vigiada e com nova identidade, nos EUA, para onde foi extraditado voluntariamente, a troco de novas revelações sobre a *Cosa Nostra* norte-americana. A tendência expansiva da legislação acima referida não parou de crescer até hoje, incorporando outros domínios da repressão à criminalidade organizada. Nos casos de colaboração de justiça, o artigo 16 *quater* do DL n.º 8, de 15 janeiro de 1991 (convertido em Lei n.º 82, de 15 de março de 1991), na redação modificada pelo artigo 14 da Lei n.º 45, de 13 de fevereiro de 2001<sup>26</sup>, impõe a organização pelo procurador da República (*procuratore della Repubblica*) de um relatório ilustrativo da colaboração de pessoa não detida admitida ao programa de proteção (*verbale illustrativo della collaborazione reso da persona non detenuta ammessa al programma di protezione*), o qual deve ser assinado pelo colaborador ao fim de 180 dias a contar do início da colaboração<sup>27</sup>. O relatório deve mencionar pormenorizadamente as informações que o colaborador de justiça possua e sejam úteis para a reconstrução dos factos sobre os quais ele foi questionado, além dos outros factos de maior gravidade e alarme social (*maggiore gravità ed allarme sociale*) de que tenha ciência. O colaborador de justiça deve, ademais, fornecer informações relevantes para a identificação e captura dos autores dos crimes que tenha denunciado e que permitam localizar, apreender e confiscar os bens a que tenha acesso, direta ou indiretamente, ou pertençam a associações criminosas<sup>28</sup>. O relatório é inserido, na íntegra, em arquivo específico guardado pelo procurador da República diante de quem foram feitas as declarações, bem como, por extrato, em autos de inquérito criminal a que as mesmas diretamente se refiram e que podem escandir-se por vários processos penais independentes. O pedido de sujeição do colaborador a julgamento (*richiesta di rinvio a giudizio*) é registado pelo Ministério Público junto do Juiz da Audiência Preliminar (*Giudice dell'Udienza Preliminare* – GUP), devendo conter o extrato das

<sup>24</sup> Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, «O crime organizado no sistema italiano», *RBCCrim*, 12 (1995) (pp. 76-86), p. 77. Mas há críticos radicais da prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução da pena de outro, defendendo ao invés a absoluta vedação legal de qualquer forma de transação processual. Neste sentido, cf. LUIGI FERRAJOLI, *Direito e razão – Teoria do garantismo penal* (trad. por Ana Paula Zomer Sica do orig. *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, 2000), 4.<sup>a</sup> ed. revista, São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2014, p. 561 e pp. 692-694.

<sup>25</sup> Cf. GIOVANNI FALCONE / MARCELLE PADOVANI, *Cose di Cosa Nostra*, Milano: Rizzoli, 1991, p. 41.

<sup>26</sup> Decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertido, com modificações, na legge 15 marzo 1991, n. 82, posteriormente modificada pela legge 13 febbraio 2001, n. 45.

<sup>27</sup> Cf. RAFFAELE CANTONE, «Le dichiarazioni del collaboratore di giustizia: La redazione del verbale illustrativo ed il rispetto del termine di centottanta giorni nella giurisprudenza della Cassazione», *Arch. nuova proc. pen.*, 5 (2010) (pp. 502-509), p. 502. O legislador de 2001 alterou a lei dos colaboradores de justiça para tornar obrigatório o levantamento do referido auto. Neste sentido, cf. PAOLA MAGGIO, «Il verbale illustrativo della collaborazione giudiziale», in Alfredo Bargi (org.), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino: Giappichelli, 2013 (pp. 632-649), p. 633.

<sup>28</sup> Cf. RAFFAELE CANTONE, *Arch. nuova proc. pen.*, 5 (2010), cit., p. 503.

respetivas declarações, para além, naturalmente, da notícia de crime (*notizia di reato*) e da documentação relativa às diligências de obtenção de prova realizadas e atos praticados mediante autorização do Juiz para as Investigações Preliminares (*Giudice per le Indagini Preliminari* – GIP), tal como disposto no artigo 416 do Código de Processo Penal italiano (*Codice di procedura penale* – CPPit). O relatório ilustrativo da colaboração assume, assim, a dupla função de acervo em que o conteúdo das declarações é mantido na íntegra e, ao mesmo tempo, de mecanismo de controlo dos assuntos abordados, ao qual, porém, só é facultado um acesso parcial pelos imputados nos procedimentos que lhes dizem respeito<sup>29</sup>. Segundo os dados oficiais relativos ao ano de 2016 (*Relazione al Parlamento sulle speciali misure di protezione*, 2017), havia 1300 colaboradores e 4700 familiares admitidos aos programas especiais de proteção<sup>30</sup>. Importa notar que o ordenamento jurídico italiano é atualmente o mais adversarial dos ordenamentos jurídicos europeus continentais, designadamente a partir do CPPit de 1988.

Na Alemanha, há registos da existência de testemunhas da coroa (*Kronzeugen*) já desde o século XVIII, pelo menos, mas a introdução do princípio da legalidade (*Legalitätsprinzip*) no Código de Processo Penal (*Strafprozessordnung* – StPO) de 1877 proibiu a aplicação de sanções premiais aos arrependidos<sup>31</sup>. Durante muito tempo, o § 129 (4) do Código Penal (*Strafgesetzbuch* – StGB) de 1871, na redação da Lei de Alteração do StGB (*Strafrechtsänderungsgesetz* – StrÄndG) de 1951<sup>32</sup>, afirmou-se como o único instrumento legal que estatuiu uma sanção premial ao isentar de pena os arrependidos que colaborassem voluntariamente com as autoridades, embora a respetiva aplicação estivesse limitada ao crime de associação criminosa (*kriminelle Vereinigung*), previsto e punido no § 129 do StGB<sup>33</sup>. Entretanto, a partir dos anos 80 do século passado foram criados regimes jurídicos sectoriais de clemência (*Kronzeugenregelung*), designadamente através do § 31 da Lei da Droga (*Betäubungsmittelgesetz* – BtMG), cuja versão original de 1981<sup>34</sup> autorizava atenuação ou dispensa de pena pelo tribunal para quem ajudasse voluntariamente as autoridades no esclarecimento de um facto punível para além da sua própria contribuição para o mesmo ou prestasse voluntariamente informações às autoridades sobre o planeamento de futuros crimes cuja prática pudesse ainda ser evitada<sup>35</sup>. Em 1989, foi criado um regime jurídico análogo para o caso do crime de organização terrorista (*terroristische Vereinigung*), previsto e punido no § 129a do StGB, através do Art. 4 §§ 1, 2 da Lei da Clemência (*Kronzeugengesetz* – KronzG)<sup>36</sup>. Em 1994, o mesmo regime jurídico foi

<sup>29</sup> Cf. PAOLA MAGGIO, *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., pp. 633-634.

<sup>30</sup> Online: <https://www.poliziadistato.it/statics/48/relazione-al-parlamento-sulle-speciali-misure-di-protezione.pdf> (consultado em 15.01.2021).

<sup>31</sup> Sobre o princípio da legalidade no Código de Processo Penal alemão de 1877, cf. MARK DEITERS, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 280.

<sup>32</sup> Cf. *Strafrechtsänderungsgesetz* vom 30. August 1951, BGBl. I, S. 739.

<sup>33</sup> Cf. STEPHAN CRISTOPH, *Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch – Die Ermittlungshilfe gemäß § 46b StGB aus dogmatischer und empirischer Perspektive*, Baden-Baden: Nomos, 2019, p. 46.

<sup>34</sup> Cf. *Gesetz zur Neuordnung des Betäubungsmittelrechts* vom 28. Juli 1981, BGBl. I, S. 681.

<sup>35</sup> Cf. STEPHAN CRISTOPH, *Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch*, cit., p. 47.

<sup>36</sup> Cf. *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten* vom 9. Juni 1989, BGBl. I, S. 1059.



alargado a toda a criminalidade organizada (*organisierte Kriminalität*)<sup>37</sup>. A KronzG teve um período experimental de vigência até 1999, o qual nunca foi prorrogado. Numerosas iniciativas legislativas procuraram fazer renascer o regime de clemência no direito penal alemão, mas foram necessários mais de dez anos até que as soluções premiais fossem finalmente incorporadas genericamente no novo § 46b do StGB através da 43.<sup>a</sup> Lei de Alteração do StGB (43. *StrÄndG*) de 2009<sup>38/39</sup>. Graças à sua ampla abrangência, o § 46b do StGB alberga não um grande, mas, como se costuma dizer, um muito grande regime de clemência (*ganz großen Kronzeugenregelung*), consagrando, pela primeira vez, uma condição tipificada de atenuação da pena (*Strafmilderungsgrund*) na Parte Geral do StGB<sup>40</sup>. O § 46b do StGB autoriza o tribunal a atenuar a pena ou a substituir uma pena de prisão perpétua por uma pena de prisão não inferior a dez anos para quem contribua voluntariamente para a descoberta de um facto punível relacionado consigo ou preste voluntariamente informações às autoridades em tempo útil para impedirem um facto punível de cujo planeamento tenha conhecimento. O § 46b do StGB contém um regime de direito material, mas falta-lhe um regime de direito processual. Poderá o prémio ser combinado com o regime do acordo sobre a sentença penal? Os anteriores acordos informais sobre a sentença penal (*Urteilsabsprachen*) passaram a ter consagração legal e são agora chamados entendimentos mútuos (*Verständigungen*), a partir da Lei do Entendimento Mútuo (*Verständigungsgesetz*), de 2009<sup>41</sup>, que introduziu o § 257c do StPO. Mas não é trivial que as autoridades persecutórias possam prometer ao arguido (*Angeschuldigter*), na fase do inquérito preliminar (*Ermittlungsverfahren*), a concessão de vantagens pela sua colaboração com a investigação criminal, na mira de que tais prémios lhe venham a ser decretados pelo tribunal através de um entendimento mútuo.

Mais recentemente, o Brasil assumiu grande protagonismo através da consagração de um regime jurídico de colaboração premiada, através da Lei n.º 12.850/133, de 2 de agosto de 2013<sup>42</sup>. A colaboração premiada tem antecedentes avulsos na legislação brasileira, os quais, aliás, encontram-se em vigor, mas estes não contêm normas processuais. O legislador brasileiro dotou agora a colaboração premiada de um regime jurídico-processual detalhado (artigo 4.º da Lei n.º 12.850/2013). A referida lei estabelece os requisitos para a admissão da proposta de colaboração, as obrigações a assumir pelas partes (acusação e defesa), os direitos garantidos ao colaborador, os benefícios possíveis, o papel do juiz no acordo de colaboração e as

<sup>37</sup> Cf. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 28. Oktober 1994, BGBl. I, S. 3186.

<sup>38</sup> Cf. Dreiundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe vom 29.07.2009, BGBl. I, S. 2288.

<sup>39</sup> Cf. LORENZ NICOLAI FRAHM, *Die allgemeine Kronzeugenregelung – Dogmatische Probleme und Rechtspraxis des § 46b StGB*, Berlin Duncker & Humblot, 2014, p. 28.

<sup>40</sup> Cf. STEPHAN CRISTOPH, *Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch*, cit., p. 48.

<sup>41</sup> Cf. Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009, BGBl. I, S. 2353.

<sup>42</sup> O emprego pelo legislador brasileiro da expressão «colaboração premiada» era inédito até à Lei n.º 12.850/2013. Mas não faremos críticas ao *nomen iuris* porque essa é questão de somenos. Não entraremos na discussão sobre se a palavra «colaboração» é, ou não, um eufemismo para «delação», pois não queremos discutir semântica. Ainda correm rios de tinta acerca da suposta imoralidade da delação, mas não teremos qualquer problema de tratar a colaboração como sinónimo de delação, pois na altura própria também enfrentaremos a questão ético-jurídica da delação para resgatar o seu valor moral, consoante as circunstâncias.



hipóteses de retratação ou incumprimento do contrato de colaboração<sup>43</sup>. A fonte de inspiração foram os instrumentos internacionais e os modelos norte-americano e italiano<sup>44</sup>. O regime jurídico da colaboração premiada tem sido amplamente aplicado nas várias fases da chamada «Operação Lava-Jato».

Em jeito de balanço comparativo, é fácil de concluir que a colaboração premiada é uma tendência atualmente transversal aos sistemas adversariais e inquisitoriais, embora seja originária dos primeiros<sup>45</sup>. Importa pouco saber se estamos perante uma crescente hibridização dos sistemas processuais penais a ponto de já não se poder distingui-los ou se assistimos à marcha triunfal dos institutos transplantados dos sistemas adversariais para os inquisitoriais, como alguns, não poucos, lamentam<sup>46</sup>. Importa, isso sim, notar que a colaboração premiada não é uma expressão de escalada autoritária das instâncias da repressão penal e de erosão de garantias fundamentais de defesa em prol de facilidades probatórias, como tantas vezes se proclama, mas «[...] sem dúvida a colaboração premiada, como a prática recente comprova, é efetivamente um possível expediente de defesa»<sup>47</sup>.

Há, no entanto, grandes diferenças de desenvolvimento do instituto da colaboração premiada nos ordenamentos jurídicos nacionais.

No direito norte-americano, graças à prolífica articulação dos princípios, regras e diretrizes com os precedentes judiciais (*stare decisis*), o regime jurídico-processual dos acordos de cooperação está densificado quanto baste ao nível federal e ao nível dos diversos estados da federação. Seguramente há vozes críticas, mas a prática poderá ajudar a corrigir defeitos, já que não é crível o abandono da justiça negociada nesse país.

No direito italiano, a colaboração de justiça, amparada nas sanções premiais do direito penal legislado, está também suficientemente procedimentalizada através do relatório de colaboração, que foi tornado obrigatório pela Lei n.º 45/2001.

No direito alemão, o grande programa de clemência previsto no § 46b do StGB é um regime de direito material. Falta-lhe, porém, o correspondente regime de direito processual no StPO. A própria dinâmica processual encarrega-se então de desafiar os sujeitos processuais à descoberta de espaços de operacionalização do § 46b do StGB, nem que seja através do entendimento mútuo jurisdicionalizado.

<sup>43</sup> Cf. MIGUEL REALE JÚNIOR, «Colaboração premiada: Natureza, dilemas éticos e consequências», in Giovana Bebeti et al. (orgs.), *Direito, Cultura, Método – Leituras da obra de Judith Martins-Costa*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019 (pp. 69-85), p. 69.

<sup>44</sup> Ainda antes da Lei n.º 12.850/2013, cf. WALTER BARBOSA BITTAR, «Delação premiada no Brasil e na Itália: Uma análise comparativa», *RBCCrim*, 88 (2011) (pp. 225-270), pp. 258-261. Depois de 2013, cf. RACHEL GLATT, *Colaboração premiada – Análise do instituto que viabilizou a Operação Lava-Jato*, Florianópolis: EMais, 2019, pp. 70-71.

<sup>45</sup> Cf. JENIA I. TURNER / THOMAS WEIGEND, «Negotiated Case Dispositions in Germany, England and the United States», in Ambos et al. (orgs.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, vol. I, Cambridge: Cambridge University Press, 2020 (pp. 389-427), pp. 389-390.

<sup>46</sup> Cf. BERND SCHÜNEMANN, *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240.

<sup>47</sup> Cf. MIGUEL REALE JÚNIOR, *Direito, Cultura, Método*, cit., p. 74. Também cf. RENATA MACHADO SARAIVA / LUIZA FARIAS MARTINS, «Retratação e rescisão dos acordos de colaboração premiada: apontamentos e preocupações», in Fabiane da Rosa Cavalcanti, Luciano Feldens e Alberto Ruttke (orgs.), *Garantias penais – Estudos alusivos aos 20 anos de docência do Professor Alexandre Wunderlich*, Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019 (pp. 523-547), p. 525.

No direito brasileiro, a influência dos direitos norte-americano e italiano é muito visível no regime jurídico-processual de colaboração premiada do artigo 4.º da Lei n.º 12.850/2013. Mas a lei brasileira deixa, por certo, mais perguntas do que respostas diante dos inúmeros problemas que a prática tem suscitado<sup>48</sup>.

## V. A situação na ordem jurídica interna

Qual é a situação em Portugal<sup>49</sup>? Entre nós, vigoram algumas manifestações de relevância premial da colaboração de justiça, designadamente nos domínios do combate ao tráfico de estupefacientes (Decreto-Lei n.º 15/1993, de 21 de janeiro), combate ao terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto), combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira (Lei n.º 36/94, de 29 de setembro) e no artigo 374.º-B, n.º 2, alínea *a*), do Código Penal (redação dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro)<sup>50</sup>. Mas a legislação portuguesa não contém um regime processual que preveja uma negociação entre o Ministério Público e o arguido, nem estabelece a forma e os limites do acordo, nem sequer estabelece os termos da sua relevância defronte do poder jurisdicional, o qual, em última análise, pode revelar-se totalmente avesso ao acordo<sup>51</sup>.

A relevância dos colaboradores de justiça entre nós teve tradução judicial pela primeira vez no processo das Forças Populares 25 de Abril (FP-25), nos anos 80 do século passado<sup>52</sup>. Tratou-se de um caso de terrorismo urbano, incluindo assassinatos. A primeira vítima mortal das FP-25 fora Diamantino Monteiro Pereira, administrador da Fábrica de Loças de Sacavém, ao sair de sua casa em Almada, no dia 6 de dezembro de 1982<sup>53</sup>.

A prática recente tem-se encarregado de oferecer ocasiões azadas para a negociação processual entre o Ministério Público, de um lado, e o arguido e o seu defensor, do outro. Assim é que o Ministério Público, nos termos do artigo 281.º (suspensão provisória do processo)<sup>54</sup> do Código de Processo Penal<sup>55</sup> e do artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, que estabelece as medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira<sup>56</sup>, tem vindo a promover que seja decretada a suspensão provisória do processo a arguidos indiciados pelo crime de corrupção

<sup>48</sup> Cf. RENATA MACHADO SARAIVA / LUIZA FARIAS MARTINS, *Garantias penais*, cit., pp. 543-547.

<sup>49</sup> Com referências a vários países europeus, incluindo Portugal, cf. STEPHAN CRISTOPH, *Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch*, cit., pp. 38-43.

<sup>50</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, entretanto alterado pela última vez através da Lei n.º 102/2019, de 6 de setembro (49.ª versão).

<sup>51</sup> Cf. NUNO BRANDÃO, «Colaboração probatória no sistema penal português: Prémios penais e processuais», *Julgar*, 38 (2019) (pp. 115-134), pp. 115-134.

<sup>52</sup> Cf. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «Le problème des repentis: Crime et châtiment, Statut des repentis», *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1986) (pp. 753-755), p. 755.

<sup>53</sup> Cf. CARLOS LUÍS *et al.*, *Sacavém – A outra loiça*, Ramada: Câmara Municipal de Loures / Clive e Emma Gilbert / Associação dos Amigos da Loiça de Sacavém, 2019, pp. 135-155.

<sup>54</sup> O instituto da suspensão provisória do processo é inspirado no arquivamento mediante cumprimento de injunções ou regras de conduta (*Einstellung nach Erfüllung von Auflagen*) do § 153a do StPO.

<sup>55</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, entretanto alterado pela última vez através da Lei n.º 102/2019, de 6 de setembro (42.ª versão).

<sup>56</sup> Alterada pela última vez através da Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro.

ativa, sob a condição expressa, entre outras, de prestarem depoimento – na qualidade de testemunhas, segundo os artigos 128.º, n.º 1, e 133.º, n.º 2, do CPP – sobre a matéria investigada nos autos, mas em processos separados contra os funcionários que venham a ser acusados e julgados pelo crime de corrupção passiva. A proposta do Ministério Público, garantida a concordância do arguido, é frequentemente aceite pelo Juiz de Instrução, que decreta efetivamente a suspensão provisória do processo aos arguidos que denunciaram o crime do funcionário ou contribuíram decisivamente para a descoberta da verdade. Já existe alguma jurisprudência atestando essa prática, incluindo decisões dos tribunais superiores<sup>57</sup>. Seja como for, a prática acima descrita só se pode aplicar aos processos por crime de corrupção ativa, considerando o disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 36/94.

No ordenamento jurídico português falta pois um estatuto geral de colaborador de justiça com normas de direito material, processual e probatório.

## VI. A conformidade com os fins da justiça

A conformidade da colaboração premiada com os fins da justiça deve ser considerada do lado das autoridades de investigação criminal e do lado dos potenciais colaboradores de justiça.

Tratar o colaborador como mera fonte de provas para a persecução criminal não é problemático para quem tiver uma visão utilitarista da justiça<sup>58</sup>, bastando-se com a possibilidade de obter um maior número de condenações através do acordo para legitimar a colaboração premiada<sup>59</sup>. A ética utilitarista, não obstante os seus pergaminhos, não dá conta, no entanto, de um aspeto crucial da justiça, que é o respeito pela dignidade humana<sup>60</sup>. A dignidade como estatuto de todo e qualquer ser humano

<sup>57</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Relator: Rodrigues da Costa), de 15/04/2010, Processo n.º 154/01.9JACBR.C1.S1 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25/06/2008, Processo n.º 1522/02.4TACBR.C1 (disponíveis in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Ambos os acórdãos revelam que os coarguidos acabaram por depor na posição processual de testemunhas. Para um comentário crítico ao Ac. STJ 2010, cf. INÊS FERREIRA LEITE, «Arrependido: A colaboração do coarguido na Investigação criminal», in Maria Fernanda Palma et al. (orgs.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 377-406.

<sup>58</sup> Cf. MIGUEL REALE JÚNIOR, *Direito, Cultura, Método*, cit., p. 79.

<sup>59</sup> Jeremy Bentham, o pai do utilitarismo, dizia o seguinte: «Entre os informadores, os criminosos que denunciam os seus cúmplices distinguem-se dos demais e a oferta de perdão ou recompensa para induzi-los a agir dessa maneira tem sido criticada como totalmente imprópria. É preciso reconhecer que, desde que haja outros meios para obter a condenação de um criminoso, sem recompensar um cúmplice, esse método é mau; a impunidade que necessariamente o acompanha é um mal. Mas se não houver outros meios, esse método é bom; já que a impunidade de um único criminoso é menos má do que a impunidade de muitos» (tradução nossa). Em língua original: «Among informers, criminals who denounce their accomplices have been distinguished from others, and the offer of pardon or rewards to induce them thus to act, has been condemned as altogether improper. It must be acknowledged that, so long as there is any other means of obtaining the conviction of a criminal, without thus rewarding an accomplice, this method is bad; the impunity necessarily accompanying it is an evil. But if there be no other means, this method is good; since the impunity of a single criminal is a less evil than the impunity of many» (JEREMY BENTHAM, *The Rationale of Reward*, London: John and H. L. Hunt, 1825, p. 104).

<sup>60</sup> Cf. MIGUEL TEDESCO WEDY, «A delação premiada, utilitarismo e a racionalidade de princípios», in José de Faria Costa et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, Coimbra: Universidade de Coimbra / Instituto Iuridico, 2017 (pp. 909-928), p. 920.

implica que o indivíduo a quem é feita a proposta de colaboração premiada seja tratado com respeito, no sentido de não lhe ser exigido que perca a face. Pedindo de empréstimo uma expressão que Jeremy Waldron usa de forma antifoucaultiana, diríamos que a justiça tem de prosseguir uma espécie de ortopedia moral (*moral orthopedics*)<sup>61</sup>, evitando que os seus destinatários dobrem a espinha ou não andem erguidos (*to walk upright*)<sup>62</sup>. Ora, o convite à delação aparenta ser indigno porque a traição (ou a entrega de alguém) tem má fama na história da civilização ocidental e parece não permitir ao traidor andar direito. Judas Iscariotes, o traidor<sup>63</sup>, caiu em desespero e foi devolver as trinta moedas aos príncipes dos sacerdotes, que recusaram colocá-las no tesouro do Templo porque eram o preço de sangue (Mateus 27: 3-8). Quando os assassinos de Viriato reclamaram em Roma o prémio prometido, as autoridades ordenaram a sua execução pública, ficando os seus cadáveres expostos sob a inscrição: «Roma não paga a traidores» (139 a.C.)<sup>64</sup>. Assim, a traição parece inferiorizar quem a pratica e, outrossim, parece inadmissível para uma sociedade que preza a honradez.

Mas devemos desconfiar dessas interpretações simplificadoras das histórias morais. Em última análise, Judas sentiu remorso porque, nas suas palavras, entregara à morte sangue inocente e a traição atormentava-o porque estava ciente da inocência de Jesus<sup>65</sup>. Já os príncipes dos sacerdotes consideraram que a má consciência era problema do traidor, mas, ainda assim, reconheceram que as trinta moedas foram um pagamento iníquo. Por sua vez, os assassinos de Viriato traíram o seu chefe militar, alguém que era respeitado como tal pelo invasor romano, embora fosse um adversário a abater, enquanto obstáculo à romanização<sup>66</sup>. Os assassinos não sentiram remorso, mas Roma sabia distinguir os adversários dos celerados. Em nenhum dos casos se tratava de verberar a traição por si mesma, mas antes a traição contra os inocentes.

Mesmo sendo a lealdade uma virtude moral, em oposição à traição, ela não se esgota em si mesma, independentemente do seu objeto. Até os filósofos que mais prezam o valor da lealdade, a ponto de conceberem um dever de «lealdade à lealdade» (*loyalty to loyalty*), tais como Josiah Royce, acabam reconhecendo que a

<sup>61</sup> Em Michel Foucault, a ortopedia moral designava uma forma de educação pela disciplina. Neste sentido, cf. ROGER DEACON, «Moral Orthopedics: A Foucauldian Account of Schooling as Discipline», *Telos*, 130 (2005) (pp. 84-102), p. 84, n. 1.

<sup>62</sup> Cf. JEREMY J. WALDRON, «How Law Protects Dignity», *Cambridge Law Journal*, 71 (2012) (pp. 200-222), pp. 200-222.

<sup>63</sup> Nos Evangelhos, o «traidor» significa «aquele que entrega». Neste sentido, cf. GIORGIO AGAMBEN, *Pilatos e Jesus*, 1.<sup>a</sup> reimp., São Paulo: Boitempo, 2018 (1.<sup>a</sup> ed., 2014), pp. 45-47.

<sup>64</sup> Cf. ESTRABÃO, *Geografia – Livro III* (introdução, tradução do grego e notas por Jorge Deserto e Susana da Hora Marques Pereira), Coimbra: Coimbra University Press, 2016, p. 70 (Liv. III 4.5).

<sup>65</sup> Os Evangelhos apresentam diferentes explicações para a razão pela qual Judas traiu Jesus. Neste sentido, cf. BART D. EHRLMANN, «Uma reviravolta no Cristianismo: A visão alternativa do Evangelho de Judas», in Rodolphe Kasser, Marvin Meyer e Gregor Wurst (orgs.), *O Evangelho de Judas do Códex Tchacos*, Lisboa: Temas e Debates / National Geographic, 2006 (pp. 51-123), pp. 97-98.

<sup>66</sup> À época, Viriato já não era visto pelos Romanos simplesmente como um salteador. Como escreveu Lucius Annaeus Florus: «Viriato passou de caçador a bandido e de bandido, de repente, se tornou um líder.» Neste sentido, cf. ALBERICO GENTILI, *The Wars of the Romans – A Critical Edition and Translation of De armis Romanis 1590-1599* (ed. crítica por Benedict Kingsbury e Benjamin Straumann e trad. do latim por David Lupher), New York: Oxford University Press, 2011, pp. 276-277.

lealdade depende do respetivo objeto e que há conflitos de lealdade entre diferentes pessoas que têm de ser resolvidos em função do bem comum<sup>67</sup>.

Aliás, a lealdade absoluta é uma característica dos aparelhos totalitários como forma de proteger os seus líderes contra as ameaças externas. Não é por acaso que uma das designações populares para a máfia é «Sociedade Honrada» («*Onorevole Società*»), uma espécie de agremiação de indivíduos leais. Mas a lealdade dos seus membros é assegurada através da ameaça à própria vida em caso de traição. A própria lei do silêncio (*omertà*) que subjuga as populações representa o triunfo do medo, enquanto o valor moral estaria precisamente na denúncia dos crimes cometidos pela máfia, não fora as populações sentirem-se mais expostas à vingança dos mafiosos do que amparadas à proteção do Estado.

Que o Estado proponha a traição aos autores e partícipes das associações criminosas e terroristas não é, pois, algo que degrade a dignidade humana dos eventuais colaboradores<sup>68</sup>. Se estes aceitarem a proposta por remorso ou antes por mero interesse nas vantagens que lhes são prometidas nada acrescenta, nem retira ao valor moral da proposta de colaboração premiada.

Dir-se-á que a proposta não é degradante, mas isso não basta para que o colaborador mereça um prémio. Precisamente, o que suscita dúvidas é alguém poder merecer um prémio numa situação em que já cometeu o crime<sup>69</sup>. Mesmo que atribuamos um valor positivo à pena (*e.g.*, a ressocialização do condenado), é difícil de aceitar a disparidade de tratamento entre coarguidos se algum for poupado para que os outros sejam condenados. Como justificar esta disparidade? Só como contrapartida dos elementos de prova que o colaborador traz para o processo penal e que permitem condenar os outros, eventualmente mais responsáveis do que ele no quadro da associação criminosa ou terrorista<sup>70</sup>. Mas esta justificação meramente utilitária agora já é convincente, pois o princípio da obrigatoriedade da ação penal não significa que todo o arguido dado como culpado tenha de ser punido. O Estado de direito não tem a obrigação de punir todo e qualquer criminoso, podendo incorporar juízos de oportunidade na decisão de punir ou não punir, segundo critérios de utilidade social<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Cf. VINCENT BURANELLI, *Josiah Royce*, New York: Twayne Publishers, 1964, pp. 133-138.

<sup>68</sup> Cf. MIGUEL REALE JÚNIOR, *Direito, Cultura, Método*, cit., p. 81.

<sup>69</sup> Desde logo, o remorso não torna a punição redundante, já para não falar da própria dificuldade de prova do remorso. Neste sentido, cf. MICHAEL PROEVE / STEVEN TUDOR, *Remorse – Psychological and Jurisprudential Perspectives*, Farnham, UK / Burlington, USA: Ashgate, 2010, pp. 120-123.

<sup>70</sup> O próprio marquês de Beccaria, consabidamente contrário à promessa de impunidade ao cúmplice do delito grave que denunciase os seus companheiros, acabava admitindo que «[...] uma lei geral que promettesse a impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito seria preferível a uma declaração especial num caso particular», reconhecendo as suas vantagens para a prevenção de delitos importantes, não obstante o inconveniente de autorizar a traição, detestável mesmo entre os celerados. Neste sentido, cf. CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas* (trad. por José de Faria Costa do orig. *Dei delitti e delle pene*, 1766), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 147.

<sup>71</sup> Mas há quem defenda que o objetivo do princípio da obrigatoriedade é a punição de todo o facto criminoso. Esta conceção só colhe, porém, no âmbito das teorias puramente retributivas da pena. Estas teorias desprezam os critérios de utilidade social e implicam que toda a culpa tenha de ser castigada, segundo o velho argumento kantiano de que a pena corresponde a um imperativo categórico de justiça. Neste sentido, cf. BERND SCHÜNEMANN, *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*, cit., p. 312. São as chamadas teorias baseadas no



Entre os critérios de utilidade social está a atenção aos fins preventivos das penas criminais. Designadamente, as exigências de prevenção geral podem fazer-se notar, dado que a criminalidade grave provoca alarme social, cujo apaziguamento não dispensa, em princípio, a irrogação de uma pena ao colaborador. Mas os cidadãos provavelmente também entendem a necessidade da colaboração premiada como forma de garantir a eficácia investigatória. Tudo visto e somado, as exigências da prevenção geral são muito flexíveis, pois são sensíveis ao contexto e adaptam-se às necessidades da investigação criminal. Por conseguinte, os fins de prevenção geral não obstam à colaboração premiada.

## VII. A colaboração premiada como meio excecional de obtenção de prova

Numa visão superficial, é correto dizer-se que o procedimento negocial conducente à celebração do acordo de colaboração premiada configura um meio de obtenção de prova<sup>72</sup>. Mas esta qualificação jurídica, sendo correta, é, no entanto, inócua e pouco ou nada adianta para o esclarecimento da temática vertente. O que cabe aqui ressaltar é antes o carácter excecional deste meio de obtenção de prova, que só se aplica à persecução de crimes de organização criminosa ou terrorista e infrações correlatas. A excecionalidade da colaboração premiada não é comparável ao que sucede com os métodos ocultos de investigação, que somente são permitidos em *ultima ratio* por serem desleais para com os investigados e para terceiros afetados (e.g., as intercetações telefónicas, as escutas ambientais e as ações infiltradas)<sup>73</sup>, nem é comparável ao que sucede com os métodos coercivos de investigação, que são autorizados limitadamente por serem invasivos para os investigados e para terceiros afetados (e.g., buscas e revistas). Aliás, a colaboração premiada é, como o próprio nome indica, um meio ostensivo e consensual de obtenção de prova, uma vez que pressupõe a consciência e a voluntariedade do visado para participar no processo

---

mérito (*desert-based approaches*). Para uma visão abrangente deste estilo de argumentação contra a justiça penal negociada, cf. RICHARD L. LIPKE, *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 63-72.

<sup>72</sup> Neste sentido, cf. RODRIGO DA SILVA BRANDALISE, «O acordo de colaboração processual no Brasil: Um negócio jurídico inserido no direito probatório», in Paulo de Sousa Mendes e Rui Soares Pereira (orgs.), *Prova Penal Teórica e Prática*, Coimbra: Almedina, 2019 (pp. 195-247), p. 207. Também cf. ANDREY BORGES DE MENDONÇA, «Os benefícios possíveis na colaboração premiada: Entre a legalidade e a autonomia da vontade», in Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini (orgs.), *Colaboração premiada*, São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2017 (pp. 53-104), pp. 55-59. Discutindo a qualificação jurídica da colaboração premiada como meio de obtenção de prova, embora de forma inconclusiva, cf. GUSTAVO BADARÓ, «A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?», in Maria Thereza de Assis Moura, Pierpaolo Cruz Bottini (orgs.), *Colaboração premiada*, São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2017 (pp. 127-149), pp. 136-137 e p. 146.

<sup>73</sup> Embora haja AA. que assinalam a proximidade entre informadores e infiltrados, por um lado, e arrependidos e delatores, por outro. Neste sentido, cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal», *Direito e Justiça*, 2 (1994) (pp. 27-34), p. 31, e TERESA PIZARRO BELEZA, «Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de coarguido no processo penal português», *RMP*, 74 (1998) (pp. 39-60), p. 48.



negocial e para subscrever o acordo<sup>74</sup>. Por esse motivo, as hipóteses em que é autorizado o emprego da colaboração premiada só são excepcionais porque se limitam aos crimes de natureza associativa ou, pelo menos, multilateral e às infrações correlatas, já que fora dessas hipóteses a delação de todo não funciona. A excepcionalidade do meio só tem a ver com isto.

Falta, ainda assim, saber se a utilização da colaboração premiada afeta o núcleo indisponível do processo penal que corresponde ao Estado de direito da tradição liberal<sup>75</sup>. É o que tentaremos fazer de seguida<sup>76</sup>.

### VIII. O acordo de colaboração premiada transferido para o sistema inquisitorial

Aqui chegados, é altura de refletir já não sobre o procedimento de negociação, mas sim sobre o próprio acordo de colaboração premiada. A questão agora consiste em saber como é que um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato processual, considerando as obrigações recíprocas que resultam do acordo de colaboração premiada entre as partes<sup>77</sup>, se pode transferir sem atrito de um sistema adversarial, à maneira anglo-saxónica, para um sistema inquisitorial, à maneira europeia continental<sup>78</sup>. O sistema adversarial configura um processo de partes e, como tal, implica a discricionariedade do órgão persecutório para decidir a viabilidade de uma acusação em função do esforço de investigação a realizar e da resistência da parte investigada, desde que o objeto do processo seja relativamente disponível, o que dependerá da maior ou menor gravidade dos crimes investigados no caso concreto. No sistema adversarial vigora, pois, o chamado princípio da oportunidade (*discretionary prosecution*). Assim se compreende a possibilidade de incorporação de contratos processuais no sistema adversarial, desde que reduzam o esforço probatório a cargo

<sup>74</sup> Tal não impede que a colaboração seja oculta em relação aos delatados, designadamente se o colaborador mantiver a ligação à associação criminosa ou organização terrorista durante a negociação do acordo de colaboração premiada. Mas então teria de haver norma habilitante para a atuação do colaborador como agente infiltrado, o que faria com que o método oculto de obtenção de prova fosse a própria ação infiltrada, em vez da colaboração premiada em si mesma.

<sup>75</sup> Sobre o que é indisponível no processo penal, cf. JOSÉ DE SOUSA E BRITO, «O inimigo no direito penal», *Lusitana*, 4/5 (2007) (pp. 79-85), pp. 79-85.

<sup>76</sup> A noção de indisponibilidade do processo penal não é comparável à (in)disponibilidade do direito como requisito de validade dos negócios processuais no campo civil. A composição da lide entre as partes no processo civil por meio de negócios processuais depende apenas da disponibilidade do direito disputado. No processo penal, a indisponibilidade é relativa à própria função de prevenção geral dos crimes além da mera função de satisfação dos interesses da vítima no caso concreto. Neste sentido, cf. LUIGI FERRAJOLI, *Direito e razão*, cit., p. 523.

<sup>77</sup> A visão da justiça negociada como contrato provém do sistema adversarial, designadamente na linha da análise económica do Direito (*Law & Economics*). Para desenvolvimentos, aliás críticos, cf. RICHARD L. LIPPKE, *The Ethics of Plea Bargaining*, cit., pp. 167-170. Também cf. ROBERT E. SCOTT / WILLIAM J. STUNTZ, «Plea Bargaining as Contract», *Yale L. J.*, 101 (1992) (pp. 1909-1968), p. 1910.

<sup>78</sup> Na América Latina, as reformas processuais penais implementadas desde meados da década de 90 do século passado têm assumido geralmente um modelo adversarial, salvo no Brasil, que é o único país latino-americano que mantém um Código de Processo Penal dos anos 40 do século passado, de feição inquisitorial.

do órgão persecutório e maximizem a probabilidade de condenação de coarguidos que, noutras circunstâncias, dificilmente seriam condenados<sup>79</sup>.

No moderno sistema inquisitorial – que muitos AA. preferem chamar de misto, reformado ou napoleónico por implicar uma distinção objetiva entre a instrução, a acusação e o julgamento e uma distinção subjetiva entre o órgão acusador e o órgão jurisdicional, ao contrário do antigo sistema inquisitorial, que não admitia essas distinções<sup>80</sup> – não há partes, desde logo porque o órgão persecutório não prossegue um interesse próprio no processo penal, mas representa apenas o interesse da comunidade na descoberta da verdade e na realização da justiça, o qual engloba, idealmente, o interesse do sujeito que é investigado, enquanto cidadão que faz parte dessa mesma comunidade organizada. Neste contexto, prevalece o princípio da legalidade, o que significa que a ação penal é obrigatória defronte da notícia de crime, não dependendo de considerações circunstanciais, económicas, políticas ou sociais. Ora, a valia e mesmo a legitimidade do acordo de colaboração premiada são discutíveis neste sistema em que o Ministério Público só tem diante de si a via da promoção e da prossecução processuais. Se a colaboração premiada não fosse prevista em lei, o acordo entre as autoridades persecutórias e o colaborador poderia mesmo configurar um crime de denegação de justiça e prevaricação por parte daquelas autoridades, não obstante conseguirem angariar provas contra os coarguidos.

Mas as diferenças entre os dois grandes sistemas de processo penal são menores do que parecem à primeira vista<sup>81</sup>. Se compararmos os dois sistemas, tomando ocasionalmente de empréstimo os casos inglês e alemão como exemplos representativos dos dois sistemas, respetivamente considerados, então não deixa de ser significativo que um académico alemão, Michael Bohlander, afirme que o Ministério Público alemão decide acusar em função da sua discricionariedade (*discretion*). O mesmo A. alvitra, afinal, que é mais ou menos o mesmo que se passa nos ordenamentos de *common law*<sup>82</sup>. Na Alemanha, o Ministério Público (*Staatsanwaltschaft*), se as investigações oferecerem motivos suficientes (*genügend Anlaß*) para o exercício da ação pública, profere acusação (*Anklage*) diante do tribunal competente, nos termos do § 170 Abs. 1 StPO. A doutrina maioritária interpreta essa disposição no sentido de não haver interesse público numa acusação só para esclarecimento dos factos pelo tribunal competente ou sequer para satisfazer o desejo do denunciante (*Anzeigerstatter*) de se libertar do peso da denúncia<sup>83</sup>. O Ministério Público deve acusar se prognosticar

<sup>79</sup> O princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) não impede o suspeito ou acusado de colaborar voluntariamente com a investigação criminal, desde que esteja plenamente consciente dos seus direitos e seja assistido por defesa técnica.

<sup>80</sup> Cf. KAI AMBOS, «El principio acusatorio y el proceso acusatorio: Un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica», in Lorena Bachmaier Winter (org.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid: Marcial Pons, 2008 (pp. 49-72), pp. 63-72.

<sup>81</sup> Cf. JENIA I. TURNER / THOMAS WEIGEND, *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, vol. I, cit., p. 391.

<sup>82</sup> Cf. MICHAEL BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford / Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012, p. 103.

<sup>83</sup> Cf. WOLFGANG WOHLERS / ANNA HELENA ALBRECHT, «§ 170 Vorbereitung der öffentlichen Klage», in Jürgen Wolter (org.), *SK-StGB – Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK*, vol. III (§§ 137-197 StPO), 5.<sup>a</sup> ed., Köln: Wolters Kluwer / Carl Heymans, 2016, § 170, nm. 23 (848).

que existem indícios suficientes (*hinreichender Tatverdacht*) para o tribunal competente proferir uma decisão de abertura do procedimento principal (*Hauptverfahren*), nos termos do § 203 StPO. A doutrina maioritária interpreta este poder-dever de acusar do Ministério Público no sentido de antever que o tribunal competente provavelmente concluirá pela condenação do arguido<sup>84</sup>. Há AA. que consideram antes decisivo o prognóstico que o titular da fase de inquérito faça sobre se o Ministério Público, enquanto guardião da legalidade, acabará, ou não, pedindo a absolvição (*Freispruch*) do arguido nas alegações finais do julgamento<sup>85</sup>. Mas repare-se que a provável abertura do procedimento principal, o provável pedido de condenação do arguido ou a provável condenação do mesmo são tudo fórmulas que expressam, no final do inquérito preliminar (*Ermittlungsverfahren*), a discricionariedade do Ministério Público. A análise crítica e comparada dos princípios da oportunidade e da legalidade revela, afinal, poucas diferenças na prática, salvo se quisermos puxar pelo efeito retórico das proclamações fátuas acerca da superioridade do princípio da legalidade enquanto manifestação da ideia-mestra de igualdade na aplicação da lei a todos os cidadãos<sup>86</sup>. Não será, portanto, por causa do confronto entre a oportunidade e a legalidade que se tornará impossível de transferir os acordos de colaboração de um sistema adversarial para um sistema inquisitorial, à maneira europeia continental<sup>87</sup>.

Em suma, a possibilidade de acordos processuais não é de todo incompatível com o sistema inquisitorial, nem com os processos marcados por um maior controlo judicial<sup>88</sup>.

## IX. A homologação judicial do acordo de colaboração premiada

Os acordos de cooperação norte-americanos não são levados a controlo judicial se o colaborador não for submetido a julgamento. Os acordos só passam por controlo judicial quando o julgamento do colaborador se torna necessário para a concretização do desconto de pena através da sentença condenatória. As exceções são os estados do Connecticut, onde o juiz deve envolver-se ativamente como moderador na negociação dos acordos, e da Florida, onde o juiz deve esclarecer as partes acerca das condições que o tribunal está disposto a aceitar<sup>89</sup>. Mas a participação do juiz nas negociações parece prejudicar o seu papel de árbitro imparcial, principalmente

<sup>84</sup> Cf. WOLFGANG WOHLERS / ANNA HELENA ALBRECHT, *SK-StGB*, cit., § 170, nm. 25 (849).

<sup>85</sup> Cf. CLAUD ROXIN / BERND SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch*, 29.<sup>a</sup> ed., München: Beck, 2017 (1.<sup>a</sup> ed., 1949), § 40, nm. 7 (329).

<sup>86</sup> Chegando à mesma conclusão, mas, desta feita, comparando os casos norte-americanos (californiano) e alemão, cf. ROBERT SCHNABL, *Der O. J. Simpson-Prozeß – Das strafprozessuale Vorverfahren und dessen Auswirkungen in rechtsvergleichender Darstellung*, Berlin Duncker & Humblot, 1999, p. 205.

<sup>87</sup> Cf. PABLO GALAIN PALERMO, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, cit., pp. 400-402.

<sup>88</sup> Cf. MARCOS ZILLI, «Transplantes, traduções e Cavalos de Troia: O papel do juiz no acordo de colaboração premiada – Leituras à luz da Operação Lava-Jato», in Kai Ambos, Marcos Zilli e Paulo de Sousa Mendes (orgs.), *Corrupção – Ensaio sobre a Operação Lava-Jato*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 93-132.

<sup>89</sup> Cf. JENIA IONTCHEVA TURNER, *American Journal of Comparative Law*, 94 (2006), cit., p. 503, p. 516 e pp. 539-558.

se o mesmo juiz que participou nas negociações presidir depois ao julgamento ou relatar a sentença correspondente<sup>90</sup>. Já para não falar do risco de a participação do juiz nas negociações influenciar, direta ou indiretamente, a vontade de um arguido se declarar culpado<sup>91</sup>. É por isso que na maioria das jurisdições norte-americanas os juízes são apenas verificadores passivos dos acordos de cooperação, o que é mais conforme ao espírito de um sistema adversarial.

O relatório ilustrativo da colaboração de justiça italiano nasce como ato de natureza administrativa para a concessão de medidas de proteção<sup>92</sup> e só depois do acolhimento do colaborador no âmbito do programa de proteção<sup>93</sup> é que se transforma em diligência de investigação penal<sup>94</sup>. Enquanto diligência de investigação própria do inquérito preliminar (*indagine preliminare*), o relatório ilustrativo da colaboração transitará, por extrato, para a fase de julgamento somente se for incluído nos autos para a audiência pública de julgamento (*fascicolo per il dibattimento*), o que fica decidido na audiência preliminar perante o GUP, em debate contraditório. O relatório torna-se assim alvo de controlo judicial antes da audiência pública de julgamento. Seja como for, a imparcialidade do juiz de julgamento é garantida pelo impedimento de um mesmo juiz participar em fases distintas do processo penal depois de proferir atos decisórios, nos termos do artigo 111 da Constituição (*Costituzione*).

Os entendimentos mútuos alemães exigem uma atitude pró-ativa ao juiz, a qual, aliás, é conforme à tradição inquisitorial de descoberta da verdade material como condição para a realização da justiça. Tal implica que o juiz se envolva na negociação para garantir que o entendimento não só é adequado à factualidade relevante mas também é globalmente justo<sup>95</sup>. Ademais de exercer um rigoroso controlo sobre a imputação de facto e de direito (*e.g.*, alterando eventualmente a qualificação jurídica dos factos), o juiz goza de um amplo poder discricionário através da sentença. Por conseguinte, o Ministério Público não pode assumir compromissos com o investigado acerca da possibilidade de o tribunal aceitar uma redução de pena ou vantagem em particular<sup>96</sup>. Essa é uma das principais razões pelas quais as negociações envolvem os juízes na Alemanha em grau muito maior do que nos EUA<sup>97</sup>. A negociação da sentença às vezes será procurada pelo próprio advogado de defesa, embora seja frequentemente o juiz quem toma a iniciativa por estar sobrecarregado de processos. As negociações geralmente ocorrerão no gabinete do juiz ou em sala de reuniões do

<sup>90</sup> Cf. JENIA I. TURNER / THOMAS WEIGEND, *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, vol. I, cit., p. 392.

<sup>91</sup> Cf. JENIA IONTCHEVA TURNER, *American Journal of Comparative Law*, 94 (2006), cit., p. 505.

<sup>92</sup> O colaborador de justiça é distinto da figura da testemunha de justiça (*testimone di giustizia*), que também beneficia de um regime jurídico de proteção (Legge 11 gennaio 2018, n. 6).

<sup>93</sup> A concessão das medidas de proteção ao colaborador de justiça depende de decisão de uma comissão que é regulada pelas normas do processo administrativo (Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni dalla L. 15 marzo 1991, n. 82).

<sup>94</sup> Cf. RENZO ORLANDI, «Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e conseguenti restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare», in Roberto Kostoris (org.), *Il Giusto Processo – Tra Contraddittorio e Diritto al Silenzio*, Torino: Giappichelli, 2002 (pp. 153-195), pp. 172-173.

<sup>95</sup> Cf. JENIA IONTCHEVA TURNER, *American Journal of Comparative Law*, 94 (2006), cit., pp. 516-517.

<sup>96</sup> Cf. JENIA I. TURNER / THOMAS WEIGEND, *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, vol. I, cit., pp. 400-407.

<sup>97</sup> Cf. JENIA IONTCHEVA TURNER, *American Journal of Comparative Law*, 94 (2006), cit., p. 520.

tribunal. Tais contactos juntarão o advogado de defesa, o promotor de justiça e pelo menos um juiz. Num Tribunal Regional (*Landgericht*), o qual tem competência para julgar em primeira instância os ilícitos penais mais graves e é composto por dois ou três juízes togados e dois leigos, as negociações envolverão apenas o juiz presidente ou o juiz presidente e o juiz relator da sentença ou, às vezes, os três juízes togados. Os leigos costumam estar ausentes das negociações iniciais. O acusado também não estará presente, mas o seu advogado de defesa consultá-lo-á antes e depois das reuniões sobre um possível entendimento mútuo<sup>98</sup>.

O acordo de colaboração premiada brasileiro é sujeito a homologação judicial antes da audiência de instrução e julgamento. A homologação judicial prévia ao julgamento não afeta a natureza contratual do acordo, porquanto o juiz deve respeitar os termos estabelecidos pelas partes, limitando-se à análise de legalidade do acordo<sup>99</sup>. Vamos partir do princípio que assim é, embora os juízes na prática gozem de razoável discricionariedade para aceitar os acordos de colaboração premiada, designadamente quando recusam o acordo por não estar suportado na prova apresentada. A homologação judicial garante uma fiscalização externa do equilíbrio entre as partes do acordo de colaboração premiada segundo os parâmetros legalmente estabelecidos. Mas não há bela sem senão, como se costuma dizer. Se a homologação resolve um problema de conformidade legal dos acordos de colaboração premiada, é também verdade que desencadeia, do mesmo passo, outros problemas não menos graves do que o risco de incumprimento da lei pelas partes. Em especial, a homologação não garante a imparcialidade do juiz de julgamento, a menos que o juiz que interveio na homologação fique impedido de julgar o caso. Mas a lei brasileira não decreta o impedimento do juiz como garantia fundamental da imparcialidade do tribunal de julgamento<sup>100</sup>. Sendo assim, a lei acaba potenciando um efeito nefasto de aliança ou solidarização (*Schulterschlusseffekt*)<sup>101</sup> entre as perspetivas do Ministério Público e do tribunal<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> Cf. JENIA IONTCHEVA TURNER, *American Journal of Comparative Law*, 94 (2006), cit., p. 522.

<sup>99</sup> Cf. MIGUEL REALE JÚNIOR, *Direito, Cultura, Método*, cit., p. 83. Quanto ao controlo judicial do acordo de colaboração premiada, é importante considerar as alterações provocadas no artigo 4.º da Lei n.º 12.850/2019 pelo artigo 14.º da Lei n.º 13.964/2019, a saber: «§ 7.º Realizado o acordo na forma do § 6.º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respetivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I – regularidade e legalidade; II – adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4.º e 5.º deste artigo, [...]; III – adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* deste artigo; IV – voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.»

<sup>100</sup> Seria interessante, neste particular, fazer uma análise do artigo 3.º-B, XVII da Lei n.º 13.964/2019, que alterou o CPP brasileiro para prever que, se o acordo for firmado na fase investigatória, caberá ao juiz de garantias avaliar a sua validade e decidir sobre a sua homologação. Mas a matéria legal relativa à figura do juiz de garantias foi, para já, suspensa pelo Supremo Tribunal Federal através de liminar em ação direta de inconstitucionalidade (ADIs 6298 6299 6300, 6305).

<sup>101</sup> Assim chamado, noutro contexto, por BERND SCHÜNEMANN, *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*, cit., p. 213, n. 23.

<sup>102</sup> Cf. BERND SCHÜNEMANN, *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*, cit., pp. 301-303.



Em jeito de balanço comparado, diga-se que são várias as razões que apontam para que seja desaconselhável a participação judicial na negociação ou sequer na homologação de acordos de colaboração premiada em fase anterior ao julgamento ou à decisão de mérito. O envolvimento do juiz torna o procedimento negocial no seu conjunto mais complexo, moroso e até dispendioso para o sistema de justiça. Mas mesmo que o envolvimento judicial até possa servir para agilizar a celebração de acordos, acresce agora a preocupação com o facto de o juiz perder assim a sua imparcialidade. De resto, o envolvimento do juiz pode ser perçecionado como interferência indevida nas funções alheias, seja promovendo ou travando as estratégias investigativas do Ministério Público. Finalmente, alguns acreditam que o juiz está muito distante dos factos sob investigação e das partes envolvidas para desempenhar qualquer papel positivo na negociação ou sequer na homologação de acordos de colaboração premiada<sup>103</sup>.

Em sentido contrário, diga-se que se não houver fiscalização externa dessas negociações antes da sujeição do colaborador a um julgamento em que o juiz simplesmente lhe pergunta se o acordo é voluntário, então é improvável que se consiga discernir se o colaborador foi induzido indevidamente pelo Ministério Público à celebração desse acordo, não obstante o juiz ter o poder de rejeitar o acordo<sup>104</sup>.

Em qualquer dos cenários, é fundamental garantir que o juiz do julgamento mantenha a sua imparcialidade.

## X. A retratação da proposta de acordo de colaboração premiada

Especial atenção merece a retratação da proposta de acordo de colaboração premiada. Cabe aqui uma referência ao modelo norte-americano das sessões exploratórias (*proffer sessions*), de carácter facultativo, entre agentes de polícia (*law enforcement officials*) e promotor público (*public prosecutor*), de um lado, e arguido (*defendant*), assistido pelo seu defensor (*defense counsel*), do outro<sup>105</sup>. Nessas sessões, o promotor público pode tentar convencer o arguido a cooperar, persuadindo-o de que a prova (*evidence*) contra ele é esmagadora e que cooperar é a sua única opção. Mais frequentemente, porém, é o arguido quem tenta convencer o promotor público de que tem informações valiosas e pode oferecer-lhe «ajuda substancial»<sup>106</sup>. Naturalmente, quando um arguido aceita participar numa sessão exploratória, ele não terá quaisquer garantias de sucesso. A sua única proteção passa pela celebração de um acordo de negociação (*proffer agreement*), vulgarmente designado por negócio da «Rainha por um dia» (*Queen For A Day deal*)<sup>107</sup>, onde são definidas as regras que vinculam o promotor público durante a entrevista (*interview*) ao arguido e fica consignado que

<sup>103</sup> Cf. JENIA IONTCHEVA TURNER, *American Journal of Comparative Law*, 94 (2006), cit., pp. 505-506.

<sup>104</sup> Cf. JENIA IONTCHEVA TURNER, *American Journal of Comparative Law*, 94 (2006), cit., p. 508 e p. 514.

<sup>105</sup> Cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., pp. 1739-1744.

<sup>106</sup> Cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., pp. 1740.

<sup>107</sup> A expressão parece ter sido retirada de um popular programa de televisão da década de 1950, *Queen For A Day*. O apresentador Jack Bailey (a famosa voz do «Pateta» da Disney) entrevistava à vez quatro mulheres, diante de uma plateia de estúdio, acerca das respetivas vidas de infortúnio. Aquela que fosse julgada como sujeita à vida mais difícil, tal como determinado pelo medidor de aplausos da plateia, seria coroada Rainha Por Um Dia. Tratava-se, pois, de uma competição entre mulheres de vidas difíceis. A expressão terá sido depois importada como designação coloquial, e pouco simpática, das sessões exploratórias, segundo BENJAMIN A.



as informações obtidas não serão usadas posteriormente<sup>108</sup>. Nos termos da Regra n.º 410 das *Federal Rules of Evidence* e da Regra n.º 11 (f) («Regras de aceitação da culpabilidade») das *Federal Rules of Criminal Procedure*, as declarações prestadas pelo arguido durante a negociação da confissão não são admissíveis como prova<sup>109</sup>. Mas o arguido arrisca-se a dar o passo extremo de se autoincriminar, sem contrapartidas nem certezas antecipadas, se declinar as referidas garantias de defesa que, em princípio, estariam à sua disposição. Na sequência da decisão da Suprema Corte no caso *United States v. Mezzanatto* (1995)<sup>110</sup>, os termos-padrão para os acordos de negociação passaram a admitir a possibilidade de restrição das garantias de defesa<sup>111</sup>. Nesse aresto, fez vencimento a doutrina que sustenta que qualquer arguido possa no acordo de negociação dispensar livre e espontaneamente a garantia de as suas declarações serem obliteradas se a negociação falhar<sup>112</sup>, admitindo-se assim que as informações prestadas na sessão exploratória venham a ser evocadas pelo acusador público na própria fase de julgamento, embora não como meio de prova, mas apenas como objeção (*impeachment*) às declarações prestadas pelo arguido na audiência de julgamento, se houver contradição com as suas declarações anteriores<sup>113</sup>. Essa doutrina expandiu-se a nível federal e estadual, enfraquecendo paulatinamente as garantias das sessões exploratórias, a ponto de se permitir a evocação das declarações aí realizadas em qualquer fase da persecução criminal subsequente, ainda que o arguido se remeta ao silêncio. A Suprema Corte não confirmou esta prática, mas há uma longa lista de decisões de tribunais federais e estaduais que já a cancelaram<sup>114</sup>. Mais do que instrumentos de coleta de informações, as sessões exploratórias tornaram-se assim numa estratégia das autoridades persecutórias para acantonar e desconstruir o conjunto das possíveis narrativas da defesa. Se o arguido tomar a decisão de colaborar, oferecendo provas contra si mesmo e contra terceiros, então já não pode dar volta atrás. A partir daí, ficará atolado num longo procedimento de colaboração, envolvendo sessões de reiteração das declarações e de preparação do julgamento, tudo culminando na obrigação de falar na audiência pública de julgamento, ademais correndo o risco de o tribunal considerar, afinal, que não prestou qualquer ajuda substancial para o desfecho do caso, recusando-lhe a atribuição do benefício da colaboração<sup>115</sup>. Não obstante, as autoridades persecutórias podem comprometer-se através de moções de ajuda substancial (*substantial assistance motions*)<sup>116</sup>

---

NAFTALIS, «'Queen For a Day' Agreements and the Proper Scope of Permissible Waiver of the Federal Plea Statement Rules», *Colum. J. L. & Soc. Probs.*, 37 (2004), pp. 1-10.

<sup>108</sup> Cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., p. 1741.

<sup>109</sup> Cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., p. 1742.

<sup>110</sup> 513 U.S. 196, 197, 210-11 (1995).

<sup>111</sup> Cf. RANDOLPH N. JONAKAIT, «Text, Texts, or Ad Hoc Determinations: Interpretation of the Federal Rules of Evidence», *Indiana L. J.*, 3 (1996) (pp. 551-591), pp. 569-573.

<sup>112</sup> A Suprema Corte considerou que um arguido pode renunciar à proteção fornecida pelas *Rule of Evidence* 410 (e)(6) e *Federal Rule of Criminal Procedure* 11 (e)(6). Online: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/513/196/> (consultado em 15.01.2021).

<sup>113</sup> Cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., p. 1742, n. 123.

<sup>114</sup> Para desenvolvimentos, cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., pp. 1742-1743, n. 127.

<sup>115</sup> Cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., p. 1743.

<sup>116</sup> Cf. ROSS GALIN, «Above the Law: The Prosecutor's Duty to Seek Justice and the Performance of Substantial Assistance Agreements», *Fordham L. Rev.*, 68 (2000) (pp. 1245-1284), pp. 1251-1254. Também cf. JULIE GYURCI, «Prosecutorial Discretion to Bring a Substantial Assistance Motion

a pedir ao tribunal que conceda o benefício ao acusado se ele cumprir as condições pactuadas, designadamente a de falar verdade (*to tell the truth*)<sup>117</sup>. Tudo depende, pois, da arte do advogado de defesa para conseguir bons acordos de cooperação para o seu cliente.

No Brasil, as provas autoincriminatórias produzidas pelo arguido não devem ser utilizadas em seu desfavor se houver retratação da proposta de acordo antes da homologação judicial, nos termos do artigo 4.º, § 10, da Lei n.º 12.850/2013. A Orientação Conjunta n.º 1/2018 do Ministério Público Federal, na recomendação 40, vai mais longe e dispõe o seguinte:

«Na hipótese de não ser celebrado o acordo, ressalvadas linhas de investigação absolutamente independentes, o Ministério Público não poderá se valer das informações ou provas apresentadas pelo colaborador para qualquer outra finalidade.»<sup>118/119</sup>

Se bem interpretamos, tudo o que foi apresentado à autoridade persecutória não poderá ser utilizado. Não obstante, o entendimento encontrado em trechos de julgamentos do Supremo Tribunal Federal parece conduzir à conclusão de que, em caso de retratação, «o meio de obtenção de prova, em relação a terceiros, permanece hígido» (Ministros Teori Zavascki e Edson Fachin)<sup>120</sup>. Mas é difícil de aceitar que possa haver aproveitamento dos elementos colhidos na negociação falhada, nem mesmo como provas a utilizar exclusivamente contra outros membros da organização criminosa ou terrorista<sup>121</sup>. Se o acordo não foi concluído, então as informações e elementos obtidos durante as conversações deveriam ser destruídos ou devolvidos à procedência. Não há acordo, não há provas. O suspeito que desistiu da via colaborativa não tem de suportar os riscos para a sua pessoa e seus familiares que adviriam da sua eventual colaboração. Caso contrário, ficará gravemente comprometida a eficiência do próprio instituto da colaboração premiada, já que muitos dos potenciais colaboradores recusarão liminarmente quaisquer conversações exploratórias com vista a um eventual acordo de colaboração premiada. A menos que se lhes garanta o desentranhamento das provas se as negociações falharem.

---

Pursuant to a Plea Agreement: Enforcing a Good Faith Standard», *Minnesota Law Review*, 78 (1994) (pp. 1253-1283), pp. 1258-1264.

<sup>117</sup> Cf. SHANA KNIZHNIK, *N.Y.U. L. Rev.*, 90 (2015), cit., pp. 1744.

<sup>118</sup> Online: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf> (consultado em 15.01.2021).

<sup>119</sup> O artigo 14.º da Lei n.º 13.964/2019 acrescentou à Lei n.º 12.850/2013 o artigo 3.º-B, § 6.º, que dispõe especificamente sobre esta questão e na mesma linha da Orientação Conjunta do MPF, o seguinte: «Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade.»

<sup>120</sup> Apud ANDRÉ LUÍS CALLEGARI / RAUL MARQUES LINHARES, *Colaboração premiada – Lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 140.

<sup>121</sup> Em sentido contrário, cf. RODRIGO DA SILVA BRANDALISE, *Prova Penal Teórica e Prática*, cit., p. 223. Igualmente, cf. RENATA MACHADO SARAIVA / LUIZA FARIAS MARTINS, *Garantias penais*, cit., pp. 537-538.

## XI. O acordo como meio de prova complexo

A doutrina tende a concentrar-se nas declarações do colaborador e respetivo valor probatório, mas o dossiê que inclui o termo do acordo de colaboração premiada transcende largamente tais declarações, porquanto constitui um meio de prova complexo (*i.e.*, o documento onde está vertido o acordo, as atas ou transcrições das declarações confessórias ou outras do colaborador, os suportes técnicos com a gravação das sessões de negociação do acordo, os documentos que foram entregues pelo colaborador), que deve ser processado por apenso aos autos do processo penal a que se refere, íntegro ou por extrato, conforme as matérias envolvidas e os regimes de segredo de justiça e proteção de colaboradores que contenha. As implicações desse dossiê do acordo de colaboração premiada estendem-se por duas vertentes opostas, a saber: a esfera de direitos de defesa do colaborador e a contraposta esfera de direitos de defesa dos delatados. Essas duas esferas têm de ser analisadas separadamente, o que faremos de seguida.

Quanto à esfera de direitos de defesa do colaborador, é importante considerar:

- O estatuto processual do colaborador;
- O alcance da renúncia ao direito ao silêncio e do compromisso de dizer a verdade em audiência de julgamento;
- Os efeitos do silêncio ou da negação em audiência de julgamento do que se disse anteriormente, apesar da homologação judicial do acordo de colaboração premiada;
- O incumprimento do acordo de colaboração premiada.

Quanto à esfera de direitos de defesa dos coarguidos, é importante analisar e esclarecer:

- A qualificação jurídica das declarações do colaborador em audiência de julgamento;
- A corroboração das declarações do colaborador em audiência de julgamento mediante outros meios de prova;
- O direito ao confronto perante as medidas de proteção ao colaborador;
- A qualificação jurídica das declarações do colaborador que integram o dossiê do acordo de colaboração premiada;
- A qualificação jurídica dos documentos facultados pelo colaborador que integram o dossiê do acordo de colaboração premiada;
- A corroboração dos meios de prova que integram o dossiê do acordo de colaboração premiada.

## XII. Os direitos de defesa do colaborador

O colaborador não deve ter um tratamento semelhante à testemunha, ainda que tenha de renunciar ao direito ao silêncio e sujeitar-se ao dever de dizer a verdade. O colaborador tem interesse pessoal no desfecho do processo em causa. Não pode,

pois, ter o mesmo estatuto processual de uma testemunha<sup>122</sup>. O colaborador mantém a qualidade de arguido, aliás de coarguido, necessariamente, até haver uma decisão definitiva acerca da sua responsabilidade criminal. Acresce que o colaborador mantém a qualidade se for arguido em processos conexos, ainda que sejam separados e mesmo que, entretanto, seja condenado por sentença transitada em julgado em qualquer um deles. Assim deve ser para se evitar a manipulação do estatuto processual do colaborador<sup>123/124</sup>.

Por consequência, a obrigação de dizer a verdade assumida pelo colaborador nunca pode implicar, se não responder com verdade, a prática do crime de falso testemunho. Falta-lhe a qualidade de testemunha, que é elemento necessário desse tipo de crime.

Nada impede, porém, que o colaborador pratique o crime de denúncia caluniosa. No Brasil, o legislador criou um crime específico para o colaborador, nos termos do artigo 19.º da Lei 12.850/2013:

«Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas.»

Ou seja, a mentira do colaborador não é crime, mas a denúncia caluniosa sim<sup>125</sup>.

Quanto aos efeitos do silêncio ou da negação em audiência de julgamento do que se disse anteriormente, apesar da homologação judicial do acordo de colaboração premiada, a conclusão, em princípio, deverá ser a perda do direito aos benefícios pactuados. Mas as provas que o colaborador já tinha entregado não podem ser desentranhadas após a homologação judicial, podendo ser usadas não só contra os demais coarguidos, mas também contra o próprio colaborador. Na verdade, a reatuação só é admitida na fase de negociação da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas em seu desfavor, nem contra os coarguidos<sup>126/127</sup>.

<sup>122</sup> Cf. FREDERICO VALDEZ PEREIRA, *Delação premiada – Legitimidade e procedimento*, 4.ª ed., Curitiba: Juruá, 2019 (1.ª ed., 2013), p. 226.

<sup>123</sup> Mas há quem entenda que o colaborador deve ter um estatuto intermédio entre o exame testemunhal e o interrogatório do arguido. Neste sentido, cf. FREDERICO VALDEZ PEREIRA, *Delação premiada*, cit., p. 238.

<sup>124</sup> Cabe aqui fazer referência ao Habeas Corpus n.º 166373, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no final do ano de 2019, que aborda a questão do estatuto processual do colaborador, tendo os Ministros apresentado votos fundamentados com posições divergentes sobre o assunto. A informação está disponível no *site* do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425282> (consultado em 15.01.2021).

<sup>125</sup> O crime de denúncia caluniosa é genericamente previsto e punido pelo artigo 339.º do Código Penal brasileiro, mas prevalece a aplicação ao colaborador do tipo de crime previsto e punido pelo artigo 19.º da Lei 12.850/2013, dada a relação de concurso de normas. Neste sentido, cf. FREDERICO VALDEZ PEREIRA, *Delação premiada*, cit., pp. 238-239.

<sup>126</sup> A partir da assinatura e, portanto, após a homologação do acordo, seria o caso de rescisão, muito embora a lei brasileira não tenha previsto essa hipótese. Neste sentido, cf. RENATA MACHADO SARAIVA / LUIZA FARIAS MARTINS, *Garantias penais*, cit., p. 526.

<sup>127</sup> Vale a pena atentar na nova previsão do artigo 4.º da Lei n.º 12.850/2013, inserida pelo artigo 14.º da Lei n.º 13.964: «§ 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os factos objeto da colaboração.»

Seja como for, a competência para aferir se o silêncio do colaborador na audiência de julgamento diminui substancialmente o peso e a importância dos elementos de prova que ele já trouxe para o processo ao ponto de merecer que lhe retirem o prémio devido pela sua colaboração processual pertence apenas ao tribunal e é sindicável por via de recurso. Da mesma forma que pertence ao tribunal a competência para decidir se as suas declarações em audiência de julgamento contradizem o que fora pactuado, impedindo-se assim que o colaborador fique refém das interpretações que o Ministério Público queira fazer das suas palavras, o que seria tudo menos inócuo para a estratégia da defesa.

### XIII. Os direitos de defesa dos coarguidos e a regra de corroboração

Se o colaborador não é testemunha, as declarações do colaborador em audiência de julgamento não podem deixar de ser um meio de prova diferente da prova testemunhal<sup>128</sup>. O facto de as suas declarações poderem afetar terceiros que são coarguidos no processo, ao mesmo tempo que revelam um conflito de interesses com eles, é suficiente para se exigir uma corroboração judicial através de meios de prova não enfraquecidos ao nível da respetiva fiabilidade epistémica<sup>129</sup>. Assim se compreende que nenhuma sentença condenatória seja proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador (*sole or decisive evidence rule*)<sup>130</sup>. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), no caso *Labita v. Itália* (1995), determinou que as declarações de arrependidos têm de ser corroboradas mediante outros meios de prova<sup>131/132</sup>.

<sup>128</sup> A doutrina portuguesa destaca, em geral, a proibição de aquisição do conhecimento probatório do coarguido na forma de testemunho. Por todos, cf. ANTÓNIO ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, *O conhecimento probatório de coarguido*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 160.

<sup>129</sup> Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento – Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 589-596. Também cf. CARLO RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 313.

<sup>130</sup> Na doutrina portuguesa, há quem nem sequer reconheça qualquer valor probatório às declarações de coarguido arrependido. Neste sentido, cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito e Justiça*, 2 (1994), cit., p. 31; TERESA PIZARRO BELEZA, *RMP*, 74 (1998), cit., p. 58; RODRIGO SANTIAGO, «Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987», *RPCC*, 1 (1994) (pp. 27-62), p. 60.

<sup>131</sup> Cf. PABLO GALAIN PALERMO, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, cit., p. 396. Seja como for, o artigo 192, inciso 3, do CPPit de 1988 estabelece a regra de que as declarações de um coarguido (*coimputato*) pelo mesmo crime ou de pessoa imputada em um processo conexo nos termos do artigo 12 devem ser valoradas em conjunto com outros elementos de prova que lhes confirmem a atendibilidade. Sobre esta regra de corroboração no direito italiano, cf. ROBERTA CASIRAGHI, «La chiamata di correo: Riflessioni in merito alla mutual corroboration», *Diritto Penale Contemporaneo* (pp. 1-12), pp. 2-3.

<sup>132</sup> No Brasil, o legislador foi além disso e proibiu que outras decisões sejam tomadas com base tão somente nas declarações do colaborador. A respeito, veja-se a alteração promovida pelo artigo 14.º da Lei n.º 13.964/2019 no artigo 4.º da Lei n.º 12.850/2013: «§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I – medidas cautelares reais ou pessoais; II – recebimento de denúncia ou queixa-crime; III – sentença condenatória.» Frise-se, ainda, sobre o mesmo tópico, que o artigo 14.º da Lei n.º 13.964/2019 incluiu na Lei n.º 12.850 o artigo 3.º-C, no qual se passou a prever de maneira expressa a necessidade de o colaborador indicar desde o início das tratativas os elementos de corroboração em que se fundamentam as suas declarações: «§ 4.º Incumbe à defesa instruir a

Mas isso não basta, pois pode ser necessário proibir a valoração dessas declarações contra terceiros se o colaborador não responder em audiência de julgamento às perguntas sugeridas ao juiz pelo defensor de qualquer outro coarguido<sup>133</sup>. Não cremos que se possa submeter o colaborador ao contraditório, no sentido estrito de contrainterrogatório (*cross-examination*), pois ele não é uma testemunha<sup>134</sup>. O Ministério Público e os defensores dos coarguidos não podem formular, diretamente, perguntas ao colaborador, devendo solicitar que estas sejam formuladas pelo juiz<sup>135</sup>. Quando se entenda não existir um dever do juiz de formular as questões sugeridas pelos restantes sujeitos processuais, então terá de se concluir, se tais questões não tiveram seguimento, que o valor probatório das declarações assim prestadas não poderá ser equiparado ao dos depoimentos de testemunhas em que haja sido garantido o pleno contraditório<sup>136</sup>.

Mais se acrescenta que as declarações em audiência de julgamento feitas com ocultação ou reserva de identidade não podem ter o mesmo valor probatório que as declarações de colaborador devidamente identificado<sup>137</sup>. Não é invulgar que tal suceda, tendo em conta as medidas de proteção ao colaborador vulgarmente estabelecidas. Daqui só pode resultar um confronto mitigado ou, para falar verdade, uma ausência de confronto na prática<sup>138</sup>.

Não devem, ademais, ser reproduzidas, nem usadas como meio de prova as declarações prestadas pelo colaborador anteriormente ao julgamento, durante as conversações conducentes ao acordo de colaboração premiada. Por definição, essas declarações não foram submetidas ao confronto com os coarguidos<sup>139</sup>. Tais declarações cumpriram o seu papel como meros elementos de informação para a instrução criminal, não devendo ser transportadas para o julgamento, salvo para

---

proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.»

<sup>133</sup> É a solução consagrada no artigo 133.º, n.º 1, alínea *a*), do Código de Processo Penal português relativamente ao conhecimento probatório do coarguido.

<sup>134</sup> Mas há quem entenda que o colaborador deve ser submetido às perguntas da defesa através de contrainterrogatório, não se podendo esconder atrás da proteção do direito ao silêncio, embora caiba ao juiz aferir se essas perguntas mantêm relação com o objeto do processo. Neste sentido, cf. FREDERICO VALDEZ PEREIRA, *Delação premiada*, cit., p. 240.

<sup>135</sup> Na lei brasileira: artigo 188 do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei n.º 10.792, de 1.º.12.2003). Na lei portuguesa: artigo 345.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

<sup>136</sup> Neste sentido, cf. INÊS FERREIRA LEITE, 2.º Congresso de Investigação Criminal, cit., p. 400; TERESA PIZARRO BELEZA, *RMP*, 74 (1998), cit., p. 50; RODRIGO SANTIAGO, «Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987», *RPCC*, 1 (1994) (pp. 27-62), pp. 61-62.

<sup>137</sup> Cf. INÊS FERREIRA LEITE, 2.º Congresso de Investigação Criminal, cit., p. 400.

<sup>138</sup> Sobre os direitos de defesa dos delatados, cf. MARTA SAAD, «Direito de defesa na Operação Lava-Jato», in Kai Ambos, Marcos Zilli e Paulo de Sousa Mendes (orgs.), *Corrupção – Ensaios sobre a Operação Lava-Jato*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo: Marcial Pons, 2019, pp. 169-199. Sobre o direito ao confronto, cf. PAUL W. GRIMM / JEROME E. DEISE JR. / JOHN R. GRIMM, «The Confrontation Clause and the Hearsay Rule: What Hearsay Exceptions Are Testimonial?», *University of Baltimore Law Forum*, 2 (2010) (pp. 155-204), p. 155. Sobre as restrições ao direito ao confronto baseadas na necessidade de proteção à testemunha ou seus familiares, cf. M. KRAUSBECK, *Konfrontative Zeugenbefragung – Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für das deutsche Strafverfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, pp. 271-303.

<sup>139</sup> Cf. INÊS FERREIRA LEITE, 2.º Congresso de Investigação Criminal, cit., p. 400.



objetar às contradições relativamente às declarações do colaborador na audiência de julgamento.

Só restam os documentos facultados pelo colaborador que integram o dossiê da colaboração premiada. Tais elementos são meios de prova que devem ser submetidos à livre apreciação do tribunal, desde que sejam examinados em audiência de julgamento, enquanto provas pré-constituídas ou irrepetíveis. Mas será que também têm de ser corroborados por meio de outras provas? Se os documentos trazidos pelo colaborador seguirem o regime da prova documental, então cabe perguntar se esta pode ser bastante por si mesma para o tribunal declarar um facto como provado. Este ponto merece, porém, uma consideração mais cuidada. Na verdade, os documentos que foram entregues pelo colaborador não passaram pela cadeia de custódia que caracteriza a coleta de meios de prova pelas autoridades da persecução criminal. Não admira, pois, que estes meios de prova documental também tenham de ser corroborados, nem que seja através da apreensão de documentos-espelho em diligências de busca direcionadas contra os terceiros investigados. A menos que se admita a força probatória dos elementos recolhidos e preservados por particular, desde que ele tenha obtido a certificação notarial do documento, de fonte física ou digital<sup>140</sup>.

#### XIV. Conclusões

A colaboração de justiça é um instituto ajustável aos princípios do processo penal de um Estado de direito democrático e liberal, desde que lhe sejam impostas as garantias do processo equitativo.

No ordenamento jurídico português falta um estatuto geral de colaborador de justiça com normas de direito material, processual e probatório. Existem previsões avulsas de prémios à colaboração de justiça, designadamente nos domínios do combate ao tráfico de estupefacientes, ao terrorismo, à corrupção e à criminalidade económica e financeira. Mas a legislação portuguesa não contém um regime processual que preveja uma negociação entre o Ministério Público e o arguido, nem estabelece a forma e os limites do acordo, nem sequer estabelece os termos da sua relevância defronte do poder jurisdicional, o qual, em última análise, pode revelar-se totalmente avesso ao acordo. À luz dos instrumentos internacionais e do direito comparado tornou-se patente a necessidade de importar a colaboração de justiça para o ordenamento jurídico português. Na verdade, a colaboração de justiça é uma tendência transversal aos sistemas adversariais e inquisitoriais.

Os modelos de colaboração de justiça existentes noutros países são muito diferentes entre si. Daí a imprescindibilidade de se aprofundar os estudos de direito comparado para conceber um regime jurídico de colaboração de justiça adequado à realidade nacional<sup>141</sup>. A comparação dos modelos de colaboração de justiça estrangeiros não pode dispensar os estudos empíricos como forma privilegiada de expor os riscos para as garantias de defesa do colaborador e dos demais arguidos no mesmo ou noutros processos penais.

<sup>140</sup> Marques da Silva alerta para o risco de provas forjadas por arguidos arrependidos. Neste sentido, cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito e Justiça*, 2 (1994), cit., p. 25.

<sup>141</sup> Sobre a importância e funções do direito penal e processual penal comparado, cf. KAI AMBOS, «Estado e futuro do direito penal comparado», *Anatomia do Crime*, 6 (2017), pp. 9-42.

# Comportamento reparador e colaboração processual à luz dos valores do Estado de Direito

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Sumário:

Introdução

- I. O equilíbrio sistemático das soluções premiais e a oportunidade legal de «regresso do agente ao Direito»
- II. A reparação do mal do crime e a colaboração probatória posterior ao facto
- III. Soluções premiais e valores do Estado de Direito: a derrogação dos princípios constitucionais pelas soluções de colaboração processual
- IV. Uma matriz de solução: justificação político-criminal dos prémios e equilíbrios sistemáticos substantivos e processuais

**RESUMO:** O acolhimento de soluções premiais em função da colaboração de um arguido no processo penal deve respeitar o equilíbrio interno do sistema penal português e ser compatível com os valores fundamentais do Estado de Direito. Para racionalizar as vantagens oferecidas ao arguido que colabora com o processo, incluindo no domínio dos crimes de corrupção e criminalidade conexa, propõe-se uma linha de reflexão que parta do fundamento e dos limites do privilégio desistência (acolhido nos artigos 24.º e 25.º do Código Penal) para traçar, por aproximação e diferença, a solução processualmente admissível. A exclusão da punibilidade no regime vigente exige o impedimento da lesão do bem jurídico pelo agente ou, noutras palavras, a neutralização da ofensividade do facto ou um esforço sério e voluntário nesse sentido. A colaboração processual do co-arguido não possui estas características e não pode ser premiada com uma isenção total de responsabilidade, nem com uma dispensa de pena obrigatória, que acabariam por se traduzir na imposição ao Tribunal de julgamento de uma solução material negociada no inquérito. Um caminho dessa natureza colidiria com a autonomia do Tribunal de julgamento, uma dimensão essencial da estrutura acusatória do processo penal. Por outro lado, o sistema deve preservar o princípio da igualdade, a matriz de legalidade e o princípio do processo equitativo. A sobrevalorização da colaboração premiada do arguido desvaloriza o sistema actual de garantias, em especial o direito ao silêncio. Também por isso, a sua relevância deve ser bem ponderada. Os riscos de captura do sistema pela colaboração selectiva de alguns arguidos são agravados se a isenção de responsabilidade for plena e vincular imperativamente o Tribunal de julgamento. Num plano mais profundo, o Estado de Direito não pode criar um mercado de colaboração entre os arguidos, negociando no inquérito a efectividade da norma de sanção. Os valores fundamentais do Estado de Direito e do modelo constitucional de processo penal aconselham a que a resposta premial para a colaboração processual de co-arguidos seja, em regra, uma atenuante obrigatória da pena (completada com uma eventual dispensa de pena facultativa, a ponderar pelo Tribunal de julgamento) e não a isenção completa de responsabilidade criminal em função da colaboração processual negociada no inquérito<sup>1</sup>.

---

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> As ideias apresentadas neste texto correspondem no essencial ao que foi defendido no Colóquio sobre a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, organizado pelo Ministério da Justiça, em

## Introdução

Nos últimos anos, o debate académico, político e mediático sentiu os efeitos de um avassalador *tsunami* de opiniões sobre as vantagens e os riscos da (equivocadamente) chamada «delação premiada»<sup>2</sup>. O que aconteceu em função de uma ligação (mais ou menos intensa) desse tema pelo menos a três situações distintas: a casos impressionantes passados no Brasil e ao regime jurídico da «colaboração premiada» vigente e aplicada processualmente nesse país; em função, entre nós, de alguns casos graves de criminalidade organizada e de revelação de hipotéticos crimes através de informação obtida com alegada intrusão informática de um particular em empresas, escritórios de advogados e instituições; e, finalmente, com a publicação (já em 2019) da Directiva (EU) 2019/1937, de 23 de Outubro, relativa à protecção de pessoas que denunciam violações ao Direito da União<sup>3</sup>. Três situações muito distintas e sem conexão entre si, mas que motivaram debates (mais ou menos esclarecidos e muitas vezes entrincheirados) sobre o problema de saber se o processo penal português deve ou não premiar ou proteger os denunciantes de crimes<sup>4</sup>. O que em si mesmo

---

Lisboa, em 24 de Novembro de 2020. Agradeço à Senhora Ministra da Justiça, Dr.<sup>a</sup> Francisca Van Dunem, e à Senhora Professora Doutora Maria João Antunes (FDUC), o convite para participar no referido colóquio, e ao Senhor Professor Doutor Paulo Pinto de Albuquerque a afectuosa insistência para que eu passasse a escrito o que tinha então apresentado na comunicação realizada. As opiniões defendidas neste artigo são exclusivamente pessoais e não podem ser atribuídas a nenhuma das instituições a que me encontro profissionalmente ligado.

<sup>2</sup> A literatura sobre o tema é praticamente inabarcável num texto com limitações de espaço. O problema não é, contudo, novo, tendo um lastro histórico que atravessa diferentes épocas e fronteiras: veja-se, por exemplo, JOSÉ LUIS GUZMAN DALBORA, «Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 21 (2011), pp. 209 e ss. A doutrina nacional assumiu desde cedo reservas significativas neste domínio. A título ilustrativo, GERMANO MARQUES DA SILVA, «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal», *Direito e Justiça*, 8 (1994), pp. 27 e ss., e TERESA PIZARRO BELEZA, «Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português», *Revista do Ministério Público*, n.º 74 (1998), pp. 39 e ss.; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito Processual Penal*, curso semestral, fascículos, Lisboa: AAFDL, 1998, pp. 215 e ss. Recentemente, INÊS FERREIRA LEITE, «Arrependido: a Colaboração do Co-arguido na Investigação Criminal», 2.º Congresso de Investigação Criminal, coordenação Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 377 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e NUNO BRANDÃO, «Colaboração Premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava-Jato», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, ano 25 (2017), pp. 133 e ss.; CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 194 e ss., e IGNATIO LLEDÓ BENITO, «El Whistleblowing o canales de denuncia en la implementación del programa de compliance en las empresas», *Themis* n.º 35 (2019), pp. 157 e ss. Sobre as soluções e problemas que resultam do Direito comparado, são especialmente importantes e actuais os estudos reunidos por Kai Ambos, Marcos Zilli e Paulo de Sousa Mendes (eds.), *Colaboração Premiada. Perspectiva Comparada*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

<sup>3</sup> Para uma análise crítica recente, ALEXANDRA VILELA, «A Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, relativa à protecção das pessoas que denunciam violações do direito da União e a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção: inquietações a propósito do designado “direito premial” no âmbito do Direito Penal», *ULP Law Review* 14 (2020), pp. 189 e ss.

<sup>4</sup> Fundamental, JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção. O Labirinto do Minotauro*, Coimbra: Almedina, 2020, onde se oferece uma perspectiva mais completa sobre os múltiplos aspectos nacionais e

acabou por misturar dois assuntos distintos que suscitam diferentes questões jurídicas: o problema da protecção de denunciantes e o problema da valorização da colaboração probatória de arguidos no processo.

A Estratégia Nacional Anticorrupção separou claramente os dois problemas e retomou o tema (em Novembro de 2020 e, agora, com a aprovação governamental do documento, em Março de 2021) ao assumir a necessidade, no quadro do Direito europeu, de uma adequada protecção aos denunciantes e a possibilidade de uma relevância moderada da colaboração premiada no plano penal e processual penal (*v.g.* dispensa de pena, atenuação da pena, suspensão provisória do processo)<sup>5</sup>.

O presente estudo procura apresentar uma perspectiva materialmente fundada para enquadrar, no nosso sistema penal, a relevância premial da colaboração do arguido. Numa formulação mais genérica, procura-se saber qual é o espaço legítimo, no plano material e político-criminal, para o legislador recorrer a instrumentos premiais, como a dispensa de pena, no combate à corrupção. O que, de forma mais específica, passa por saber se é ou não legítimo o legislador premiar o arguido em função da sua colaboração num processo e de que forma o pode fazer. Para o efeito será necessário indagar se a colaboração probatória do arguido durante o processo pode ou não ser tratada da mesma forma que a conduta reparadora de um agente que evite (ou tente evitar) as consequências danosas do facto em que se envolveu.

Quando se suscita uma questão desta natureza no âmbito de um processo penal como o nosso, o problema interfere também com a questão de saber qual a margem de decisão que o legislador deve reconhecer às autoridades judiciais na matéria, em especial, se a solução a encontrar pode ser acordada nas fases preliminares do processo impondo-se ao Tribunal de julgamento<sup>6</sup> ou, diversamente, se a este deve ser reconhecida autonomia para determinar a solução mais adequada ao caso concreto. O que, em última instância, se traduz em saber se o legislador penal é ou não livre na modelação das soluções premiais ou se, pelo contrário, tem de respeitar um corpo de valores do sistema penal e do sistema constitucional.

A proposta defendida neste texto assume que as soluções aceitáveis para a colaboração premiada (também no domínio da corrupção e criminalidade conexa) devem ter pelo menos três características: congruência dogmática e político-criminal com as opções estruturantes do nosso sistema penal, compatibilidade com os princípios constitucionais que delimitam o poder punitivo no Estado de Direito e respeito pela autonomia dos Tribunais. Vejamos em que termos.

## **I. O equilíbrio sistemático das soluções premiais e a oportunidade legal de «regresso do agente ao Direito»**

A primeira questão a colocar consiste em saber se é ou não admissível no nosso sistema soluções que possam premiar o agente ou o arguido que colabora com um processo. Num sistema marcado pelo princípio da legalidade do crime, das penas

---

internacionais envolvidos na história recente do combate à corrupção.

<sup>5</sup> Cfr. Estratégia Nacional Anticorrupção, 2020-2024, Governo de Portugal, documento divulgado em Março de 2021, designadamente pp. 57 e ss.

<sup>6</sup> Neste sentido, com intensa argumentação, centrada essencialmente na eficácia da solução a adoptar, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, «Comentários à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção», *Julgar online*, Outubro 2020, pp. 1 e ss.

e do processo, tal pergunta tem implícita uma possível derrogação, mais ou menos intensa, de tal princípio. A resposta a esta questão não é por isso linear e depende, entre outros aspectos, do tipo de soluções premiais que se pretenda consagrar, pois a heterogeneidade dos regimes não consente uma avaliação uniforme dos mesmos.

1. É sabido que as soluções premiais podem ser, por um lado, económicas ou jurídicas e, por outro, as soluções jurídicas podem ser substantivas ou processuais.

Nas soluções premiais de natureza económica é garantida ao denunciante ou ao colaborador<sup>7</sup> uma compensação económica, em função dos resultados que a colaboração permite atingir, designadamente uma parte do valor das quantias apreendidas ou pagas a título de sanção, tal como acontece no Direito norte-americano e se tornou admissível (embora não usual) no Direito europeu (a partir das reformas do regime do abuso de mercado, de 2014). As soluções premiais económicas no processo penal são, em minha opinião, incompatíveis com a credibilidade da prova no nosso sistema, pois a promessa remuneratória contamina irremediavelmente o valor da prova oferecida com a suspeita de um conflito de interesses intrínseco (a motivação económica do colaborador)<sup>8</sup>, para além de colidir com a lisura ética do processo penal de um Estado de Direito em sentido material.

As soluções premiais de natureza jurídica traduzem-se numa vantagem jurídica oferecida ao colaborador, arguido ou potencial arguido num processo, como contrapartida da sua colaboração. Tais soluções podem ser admissíveis, em função do seu conteúdo e alcance, como veremos, e podem ser alternativas ou cumulativas com as soluções económicas. Quando são cumulativas acabam por transportar para o processo os riscos probatórios inerentes às soluções económicas.

É possível identificar nas soluções jurídicas um espectro muito vasto e heterogéneo de regimes<sup>9</sup>: no plano substantivo, a título de exemplo, a declaração legal de não punibilidade do facto ou a isenção obrigatória de pena, nas várias formas de desistência e arrendimento activo, a declaração de culpa mas com dispensa concreta de pena (quer no Código Penal, quer na legislação complementar) ou a atenuação obrigatória ou facultativa da pena legal (acolhida em muitas soluções da Parte Especial); no plano processual, as soluções podem ir da garantia de não promoção do processo (uma forma de imunidade processual), até figuras acolhidas na nossa lei como o arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º do

<sup>7</sup> Trata-se, contudo, de duas figuras distintas que não devem ser confundidas. A denúncia pode existir independentemente da constituição de arguido e da colaboração processual deste. A sua finalidade principal é revelar factos criminalmente relevantes que de outro modo poderiam ficar ocultos. Sublinhando esta diferença, JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção. O Labirinto do Minotauro*, cit., nota 4, 78-79

<sup>8</sup> De forma mais ampla, CLAUS ROXIN/BERND SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29. Auflage, München: C. H. Beck, 2017, p. 85, estendem esta dúvida sobre a credibilidade dos depoimentos assim obtidos a qualquer modalidade de colaboração do co-arguido. No mesmo sentido, entre nós, já TERESA PIZARRO BELEZA, «Tão amigos que nós éramos», cit., nota 2, pp. 39 e ss.

<sup>9</sup> Um mapa legal das figuras já existentes no sistema jurídico nacional encontra-se em INÊS FERREIRA LEITE, «Arrependido: a Colaboração do Co-arguido na Investigação Criminal», cit., nota 2, pp. 392 e ss., e, agora, no estudo de NUNO BRANDÃO, «O whistleblowing no ordenamento jurídico português», *Revista do Ministério Público*, 161 (2020), pp. 99 e ss.



CPP) ou a suspensão provisória do processo (artigos 281.º e 282.º do CPP)<sup>10</sup>. A lei brasileira n.º 12.850, de 2 de Agosto de 2013 (alterada pela Lei n.º 13.260, de 2016), contempla várias destas soluções (artigos 4.º e ss.) que vão, por exemplo, da não dedução de acusação à isenção (ou perdão) total ou parcial da pena.

2. Mas será admissível, num sistema penal marcado pelo princípio da legalidade, admitir excepções substantivas ou processuais à cominação judicial da pena legal? Tenho para mim que a resposta deve ser inequivocamente afirmativa.

Num Estado de Direito em sentido material, cunhado não só pelo princípio da legalidade, mas também pelo princípio da intervenção mínima e pelo princípio da proporcionalidade, a pena criminal não constitui uma imposição legal, majestática e imperativa. A pena criminal não é um imperativo categórico, mas um sacrifício da liberdade pessoal justificado pela necessidade social de protecção de bens jurídicos essenciais, da pessoa ou da comunidade. Noutro termos, num sistema marcado pela ideia de prevenção (geral e especial) e o objectivo de recuperação do agente, a lei penal não deve cristalizar o juízo de responsabilidade na solução legislativa, remetendo a possibilidade de recuperação do agente apenas para a fase de execução da pena. Pelo contrário, o legislador deve contemplar um espaço normativo de oportunidade que permita ao agente «regressar voluntariamente ao Direito», antes e depois da imputação efectiva da responsabilidade penal.

Expressão desta opção político-criminal pode, em minha opinião, ser encontrada (desde o Anteprojecto Eduardo Correia de 1963) nos regimes gerais da desistência, previstos nos artigos 24.º e 25.º do Código Penal. Em função da solução acolhida nestes regimes, a lei permite ao autor singular e ao participante um comportamento contrário ao ilícito penal, através do qual se defende (através do impedimento da consumação) ou se tenta defender (pelo esforço sério em impedir a consumação) o bem jurídico posto em causa com o facto punível. Deste modo, o legislador cria um espaço normativo de oportunidade fáctico-normativa, valorizando (com a exclusão da punibilidade) um comportamento voluntário do mesmo que neutraliza o risco criado pela agressão ao bem jurídico protegido. O que se revela valioso para o objectivo de tutela dos bens jurídicos, é relevante para o agente em causa e se afigura congruente com a proporcionalidade da pena e com as finalidades de prevenção geral e especial das sanções criminais<sup>11</sup>. Por isso mesmo, a desistência voluntária

<sup>10</sup> Para um enquadramento destas figuras perante o princípio da legalidade e a tensão com outros valores, PEDRO CAEIRO, «Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema», *Revista do Ministério Público*, 84 (2000), pp. 31 e ss.

<sup>11</sup> Sobre os diversos fundamentos que podem ser invocados para explicar o privilégio da desistência, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra: Arménio Amado, 1953, pp. 47 e ss., e, depois, *Direito Criminal II*, com a colaboração de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra: Almedina, 1965, pp. 235 e ss. e 240 e ss.; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Sobre a desistência da tentativa*, separata do BFDUC (1982), pp. 11 e ss.; TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º volume, Lisboa: AAFDL, 1983, pp. 396 e ss.; JÚLIO GOMES, *A desistência da tentativa, novas e velhas questões*, Lisboa: Aequitas, 1992, pp. 13 e ss.; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência em situações de comparticipação*, Coimbra: Almedina, 1992, 143-153, depois, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 714 e ss.; MARIA FERNANDA PALMA, *Da «tentativa possível» em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2006, designadamente pp. 154 e ss.; PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Formas Especiais do Crime*, Porto: UCE, 2017, pp. 262 e ss.; JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017, pp. 559 e ss., adoptando uma explicação diferenciada consoante se trate de



ou o arrependimento activo no nosso sistema penal não dão origem a uma mera isenção facultativa da pena, nem a uma dispensa de pena, mas sim a um regime de não punibilidade do facto praticado.

Significa isto que o nosso sistema penal tem um ponto de apoio axiológico que nos permite dizer em que condições o legislador assume como razoável conceder (de forma genérica) uma isenção obrigatória de pena, através da declaração legal de não punibilidade por via de um comportamento voluntário do agente: a não punibilidade funda-se na protecção *in extremis* do bem jurídico agredido através de uma contra-conduta do agente envolvido no facto – ou seja, a neutralização da ofensividade do facto –, na vontade do agente de actuar de forma oposta ao seu envolvimento no crime e na diminuição, por estas razões, do merecimento e da necessidade de pena, através do regresso voluntário do agente ao Direito e do exemplo positivo que tal facto representa para a comunidade. Em linguagem dogmática, a isenção de pena por desistência voluntária funda-se na diminuição da ilicitude e da culpa reveladas no acontecimento global e na consequente diminuição do merecimento e da necessidade de pena emergente do facto. O comportamento valioso do agente (a desistência voluntária ou o arrependimento activo) afecta por isso o tipo de ilícito, o tipo de culpa e o tipo de punibilidade (que integram o tipo de garantia) e, como tal, legitima o legislador a conceder uma isenção (legal) de pena<sup>12</sup>.

## II. A reparação do mal do crime e a colaboração probatória posterior ao facto

As soluções premiais acolhidas num sistema penal têm de ser minimamente congruentes entre si, sob pena de o sistema gerar resultados iníquos e contraditórios que podem pôr em causa a sua própria legitimidade material. O que vale igualmente para o problema de saber se – e em que condições – pode o legislador penal acolher regimes de isenção de responsabilidade no domínio das denúncias e da colaboração probatória nos crimes de corrupção e criminalidade conexa. Para garantir essa congruência podemos partir do regime legal da desistência, para perceber até que ponto as características do mesmo surgem nos casos a ponderar.

1. A racionalidade dogmática subjacente ao privilégio da desistência evidencia que a conduta voluntária e reparadora do agente é o centro axiológico da solução legal, à qual o legislador associa a exclusão da punibilidade sem condicionar este efeito à valoração casuística do caso pelo tribunal de julgamento. Noutros termos, a exclusão da punibilidade por desistência voluntária, do agente que impede ou visa impedir a consumação do crime, não é meramente facultativa, mas sim obrigatória uma vez verificados os pressupostos legais.

Assim sendo, importa agora perceber a diferença que pode existir entre o comportamento reparador do agente, que legitima esta solução forte (exclusão legal da punibilidade), e uma situação de colaboração probatória posterior à prática do facto.

---

desistência da tentativa (abandono da execução) ou arrependimento activo do agente; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra: GestLegal, 2019, pp. 850 e ss. Para uma visão de conjunto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 3.<sup>a</sup> edição actualizada, Lisboa: UCE, 2015, anotação ao artigo 24.<sup>o</sup>

<sup>12</sup> Desenvolvimentos sobre este enquadramento encontram-se em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, cit., nota 11, pp. 714 e ss.

As semelhanças e as diferenças entre as situações podem permitir identificar uma linha de solução que respeite o equilíbrio axiológico do sistema.

2. O *comportamento reparador* do agente impede a consumação material e «o mal do crime» (lesão do bem jurídico protegido), mesmo depois da consumação formal da infracção (é esse o alcance da cláusula legal de impedimento do «resultado não compreendido no tipo»). O comportamento reparador posfacto pode assim consistir numa forma especial de desistência activa (impedir a lesão efectiva de interesses protegidos, para além da consumação formal), podendo ser aproximado ao regime da não punibilidade. Em ambos os casos, verifica-se a eliminação da ofensividade subsistente do facto e o retorno voluntário do agente à legalidade, com dissociação do pacto criminoso (aspecto político-criminal especialmente valioso na criminalidade de grupo e que esteve subjacente à proposta de Eduardo Correia para as situações de desistência em casos de comparticipação). O nosso sistema atribui relevância dirimente da responsabilidade a estas condutas reparadoras através do amplo regime de desistência previsto nos artigos 24.º e 25.º do Código Penal e de soluções especiais de desistência.

Diversamente, a *colaboração probatória do co-arguido* (denúncia, depoimento, oferecimento de provas materiais, etc.) não elimina o mal do crime, mas oferece elementos relevantes para a sua perseguição judicial efectiva. O que é igualmente valioso e não pode ser desconsiderado, em especial devido ao corrosivo efeito sistémico da corrupção, mas constituiu uma realidade jurídica distinta.

A principal resposta do sistema penal aos casos de colaboração probatória de um co-arguido deve ser a que pondera o valor da conduta de colaboração sem excluir totalmente a responsabilidade. Isto porque o agente, com a colaboração probatória, não elimina a danosidade do facto, nem neutraliza a agressão ao bem jurídico: assume um comportamento posterior que auxilia a justiça penal a reagir quanto a factos passados, o que permite (apenas) um diferente juízo sobre a necessidade concreta de pena a partir desse momento. A partir desse momento e não do facto punível anterior que motivou a abertura do processo. Se o sistema premeia o comportamento reparador voluntário que elimina o mal do crime com a isenção de pena, a colaboração probatória (que não o elimina, mas pode apenas atenuar as suas consequências futuras) não pode ter a mesma resposta jurídica num sistema equilibrado e equitativo. A tal situação deve, por isso e em regra, corresponder uma atenuante especial obrigatória, que pode ir de um terço da pena legal a um corte de metade dessa pena. Uma resposta desta natureza pode conciliar o equilíbrio sistémico entre a imputação, a responsabilidade e os prémios legais com as expectativas do agente quanto ao valor da sua colaboração, preservando ainda a autonomia do Tribunal na realização da justiça do caso concreto.

Esta diferenciação – não punibilidade do facto em função da conduta reparadora e atenuação obrigatória da pena para a colaboração probatória subsequente – harmoniza a imputação da responsabilidade aos vários co-arguidos (pelo envolvimento no facto) com a diferenciação legítima decorrente da colaboração valiosa de alguns deles (colaboração posfacto). Adicionalmente, pode ainda ser acolhida legalmente uma dispensa de pena facultativa: para casos comprovados de elevado valor da colaboração probatória, isto é, a atenuante especial obrigatória pode ser completada com uma dispensa de pena facultativa a ponderar e a decidir pelo Tribunal de julgamento.

3. Na corrupção podem ser considerados comportamentos reparadores os actos contrários ao ilícito típico: *v.g.*, o repúdio da oferta ou devolução da mesma, retirada da solicitação ou da promessa, impedimento ou anulação do acto praticado. Estes casos podem merecer uma solução forte, por aproximação material ao regime da desistência voluntária e do esforço sério do agente: uma dispensa de pena obrigatória, se ocorrerem no momento de execução do facto, e não uma mera dispensa de pena facultativa como hoje consta do artigo 374.º-B, n.º 2, alíneas *b*) e *c*), do Código Penal, e dos vários regimes legais (CP e legislação avulsa); ou uma atenuante especial obrigatória, com dispensa de pena facultativa, se ocorrem em momento posterior à execução do facto. Em ambas as situações, ocorre uma modificação substancial do merecimento penal do facto e da necessidade concreta de pena, por comportamento reparador conexo com o facto punível, que permite a aproximação ao regime da desistência voluntária.

Um puro juízo utilitarista, que exclua completamente a responsabilidade do arguido por colaboração probatória com o processo, deve ser afastado, pois acaba por converter a justiça penal num programa de intolerável desigualdade e privilegiamento, em função de uma competição pelos prémios penais<sup>13</sup>. Como veremos a seguir, este modelo (que o Brasil em parte acolheu, como solução legalmente possível) seria inadmissivelmente inconstitucional entre nós.

### III. Soluções premiais e valores do Estado de Direito: a derrogação dos princípios constitucionais pelas soluções de colaboração processual

A expressão Direito Penal premial, podendo motivar algumas reservas compreensíveis, tem filiações legítimas, designadamente no utilitarismo iluminado de Bentham, e um lastro interessante (perante outros problemas) na doutrina italiana dos anos 80 (do século XX)<sup>14</sup>. Tal facto não pode ocultar uma realidade elementar, mas decisiva: as soluções premiais são neste domínio, e para todos os efeitos, Direito Penal. A doutrina italiana sentiu especial necessidade de o sublinhar perante a irracionalidade, desigualdade e desproporcionalidade criada pela legislação de emergência de combate ao terrorismo e ao crime organizado que foi sendo aprovada em Itália no último quartel do século XX<sup>15</sup>.

1. A intervenção penal tanto se delimita pela positiva como pela negativa e, por isso, as normas penais incriminadoras e as normas penais favoráveis constituem partes do sistema penal sujeitas à Constituição material do Estado. Em alguns aspectos hermenêuticos (como no domínio das garantias, da vigência temporal, regras de interpretação e possibilidade de analogia), a *ratio* do princípio da legalidade pode conduzir a soluções parcialmente distintas. Mas as normas favoráveis – ou, se se quiser, o Direito Penal premial –, têm de ser sujeitas aos valores e regras

<sup>13</sup> Em sentido oposto, defendendo uma isenção obrigatória da responsabilidade nestes casos, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, «Comentários à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção», cit., nota 6, pp. 7 e ss.

<sup>14</sup> Uma síntese sobre os problemas jurídicos criados pelo regime premial dos arrependidos e pela legislação penal de emergência em Itália, no combate ao terrorismo e às máfias, encontra-se em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito Processual Penal*, cit., nota 2, pp. 215 e ss.

<sup>15</sup> Informação pormenorizada em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência em situações de participação*, cit., nota 2, pp. 134 e ss.

fundamentais do Estado de Direito. Em apertada síntese: legalidade e reserva de lei, igualdade, proporcionalidade, legitimação político-criminal, adequação aos fins das penas, respeito pelos pilares constitucionais da justiça penal, estrutura acusatória, garantias de defesa e autonomia dos Tribunais, entre outros aspectos. Ou seja, as soluções do Direito Penal premial não se legitimam automaticamente em função de uma suposta bondade intrínseca, traçada à margem da Constituição, mas sim e apenas em função da sua adequação político-criminal e respeito pelos valores constitucionais do sistema penal. Valores que, em caso algum, tais soluções podem subverter ou derrogar<sup>16</sup>.

2. A afirmação feita vale para múltiplas dimensões do modelo constitucional de justiça penal, nuns casos de forma mais evidente e noutros com mais invisível. Vejamos apenas três linhas de considerações para o efeito: (a) a articulação das soluções de colaboração premiada com os princípios fundamentais subjacentes à responsabilidade criminal, (b) os seus efeitos sobre a estrutura acusatória e o modelo de justiça penal que se filia na Constituição e (c) as possíveis consequências sistémicas da utilização desses regimes, se tal for feito sem respeitar os equilíbrios sistemáticos e os valores constitucionais vigentes.

(a) O sistema penal não pode ser desenvolvido acolhendo, por um lado, princípios fundamentais do modelo de imputação da responsabilidade criminal, mas derrogando-os, por outro lado, através de soluções especiais de legitimidade duvidosa. Uma via dessa natureza implica uma incorporar no sistema uma antinomia profundamente disruptiva. De forma mais clara: o sistema de penas não pode ser marcado por exigências de proporcionalidade e igualdade na atribuição da responsabilidade criminal e, depois, serem desfeitos esses equilíbrios com soluções processuais que promovem respostas desproporcionadas e com diferenciações que derrogam o princípio da igualdade perante a lei<sup>17</sup>. E é isso que pode acontecer com soluções extremas (como a acolhida no Brasil) que permitem isentar de responsabilidade um agente em função da sua colaboração mantendo a responsabilidade dos demais. A hipótese de colaboração pode ser num momento inicial oferecida a todos os arguidos, mas a partir do momento em que um colabora de forma consequente com o processo essa possibilidade deixa de ser oferecida aos demais no mesmo plano e nos mesmos termos. Acontece aliás o oposto: o sistema não pode negociar com todos os arguidos ao longo do processo e isentar todos de responsabilidade, sob pena de esvaziar o próprio processo em curso. E, por isso, a abertura à colaboração com alguns dos arguidos implica necessariamente, a partir de certo momento, negar essa possibilidade aos demais – exactamente aqueles que serão condenados com a

<sup>16</sup> Neste sentido, de forma incisiva, J. J. GOMES CANOTILHO/NUNO BRANDÃO, «Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava-jato», cit., nota 2, pp. 138 e ss., e 143 e ss. Em sentido coincidente, JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção. O Labirinto do Minotauro*, cit., nota 4, p. 84.

<sup>17</sup> O problema foi precocemente identificado por TERESA PIZARRO BELEZA, «A recepção de regras de oportunidade no direito penal português: resolução processual de problemas substantivos?», *Revista Jurídica (AAFDL)*, 21 (1997), pp. 9 e ss. Sobre a importância dos princípios da igualdade, proporcionalidade e fragmentariedade na modelação dos equilíbrios essenciais do sistema penal, é fundamental JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 252 e ss.

ajuda dos arguidos que colaboraram. No plano processual, esta situação é acompanhada ainda por uma assimetria notada por Roxin e Schünemann<sup>18</sup>: o arguido que exerce o direito ao silêncio será responsabilizado com a continuação do processo e o arguido que colabora será absolvido. A um nível mais profundo, isto significa que a consagração da figura da colaboração premiada, como fundamento da exclusão da responsabilidade penal pelo crime praticado, desvaloriza o actual sistema de garantias e, em especial, o direito ao silêncio. No mínimo, é essencial o legislador ter consciência desse facto para medir bem as opções que pode fazer.

Esta desigualdade normativamente planeada e, na prática, inevitável torna-se intolerável para o sistema e gera respostas penais desproporcionadas por referência ao facto punível imputado aos agentes: pelo mesmo crime uns arguidos serão condenados, mais ou menos severamente, e outros serão absolvidos generosamente, aqueles que auxiliam o processo a condenar os primeiros. O sistema de penas legais fica assim sujeito uma competição colaboracionista, em que o prémio é colocado no «mercado da colaboração» aguardando a iniciativa dos arguidos «mais empreendedores e com mais iniciativa», o que constitui uma via para a negação da justiça penal, com violação do princípio da igualdade perante a lei (artigo 13.º da Constituição), o princípio da proporcionalidade das penas (artigo 18.º) e o princípio do processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4).

Com este modelo de solução, em que o legislador cria «um mercado para a norma de sanção»<sup>19</sup>, a culpa pelo facto é subalternizada pela valorização da colaboração posterior ao facto. O sistema acaba por eleger um outro referente para a atribuição da responsabilidade criminal, que vai para além do facto punível e subverte o modelo de responsabilidade organizado a partir desse facto. Ou seja, o agente deixa de responder pelo facto punível praticado por ser valorizada uma colaboração probatória posterior, mas que é negada aos demais arguidos a partir de certo momento. É evidente que uma solução desta natureza subverte o sistema constitucional de atribuição da responsabilidade penal, degrada as finalidades das penas cominadas para o facto e ultrapassa os limites do Estado de Direito, como sublinham Roxin e Schünemann: efeito de prevenção geral das penas legais é «retroactivamente destruído» pela impunidade gerada pela colaboração<sup>20</sup>.

(b) Num outro plano, a sobrevalorização da colaboração do arguido pode colidir com o modelo constitucional de justiça penal, assente na estrutura acusatória e na autonomia do Tribunal (artigos 32.º, n.º 5, e 202.º, 203.º e 205.º, n.º 2, da Constituição).

O modelo constitucional de justiça penal pressupõe e exige uma relação triangular entre o Ministério Público (que exerce a acção penal), o arguido que exerce a sua defesa e o Tribunal imparcial que julga o caso. Num modelo destes, o Ministério Público não decide materialmente o caso, pois tal incumbência está constitucionalmente a cargo do Tribunal. Assim sendo, a negociação da responsabilidade pelo Ministério Público (ou as polícias) e a defesa, nas fases preliminares do processo, nunca se poderá impor ao Tribunal na fase de julgamento, subtraindo a este órgão

<sup>18</sup> CLAUS ROXIN/BERND SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29. Auflage, München: C. H. Beck, 2017, p. 85.

<sup>19</sup> A expressão é de SCHÜNEMANN, «Strafrechtssystematisches Manifest», GA (2006), pp. 379, e, depois, «El próprio sistema de la teoría del delito», *InDret* 1 (2008), pp. 6 a 9, na crítica que dirige aos modelos de *case law* assentes em soluções de *plea bargaining*.

<sup>20</sup> ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., nota 18, p. 85.



de soberania uma decisão materialmente jurisdicional sobre a responsabilidade criminal de um arguido. O sistema não pode tolerar que a verdade do julgamento seja substituída pela cristalização de verdades processuais transitórias, negociadas na fase de inquérito pelo Ministério Público e pela defesa. A justiça penal não pode ficar nas mãos destas soluções, mesmo que em alguns casos as mesmas sejam propostas com as melhores intenções.

Por isso mesmo, no plano dos valores constitucionais referidos, não é aceitável que um acordo de colaboração feito na fase de inquérito entre o Ministério Público e a defesa do arguido dê origem a uma isenção de pena ou dispensa de pena obrigatória e vinculativa para o Tribunal de julgamento, independentemente do que se passar nesta fase processual. Isso corresponderia a fazer um «julgamento» sem julgamento e sem Tribunal. Dito de outra forma, o utilitarismo da colaboração probatória não pode subverter o modelo de justiça, passando de *um modelo triangular* (acusação, defesa, decisão do Tribunal) a um *modelo de negociação bilateral* (acusação, defesa) que exclua o Tribunal penal<sup>21</sup>. Um Estado de Direito em sentido material não pode conviver com uma solução destas e aceitar que a eficácia na perseguição criminal se sobreponha aos valores constitucionais fundamentais.

(c) Finalmente, não se nega que a colaboração dos arguidos possa trazer ao processo elementos relevantes para o combate à criminalidade. O regime actual valoriza, aliás, essa colaboração através do sistema geral de atenuantes da pena<sup>22</sup>. O que se pretende sublinhar é o facto de, por um lado, isso não legitimar a derrogação de princípios fundamentais do Estado de Direito e, por outro, poder criar perigosas ilusões sobre o valor de tais regimes. Associados a estas soluções, existem ainda riscos de captura das instâncias judiciais (com informação selectiva e informação falsa) e riscos de desinvestimento do Estado na investigação criminal<sup>23</sup>. Informações falsas, selectivas ou incompletas prestadas durante o inquérito podem permitir que outros responsáveis pelos crimes ganhem tempo e margem de manobra para se eximir à justiça penal.

A imunidade absoluta concedida no inquérito em troca da colaboração dos arguidos pode ainda ser severamente questionada se a versão dos factos provada em julgamento for diferente da que levou à isenção de pena ou à dispensa obrigatória de pena em fases anteriores. Fazer prevalecer a versão dos factos da fase preliminar nestas situações seria criar um conflito na dinâmica do processo e inverter o valor e significado das fases processuais. Admitir o oposto implica não aceitar o valor absoluto da colaboração premiada conseguida nas fases preliminares. É fundamental ter

<sup>21</sup> A objecção filia-se na crítica de parte da doutrina italiana (*v.g.*, Baratta, Musco, Padonavi) à legislação penal de emergência em Itália. Desenvolvimentos em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito Processual Penal*, cit., nota 14, pp. 216-219. Na formulação de J. J. GOMES CANOTILHO/NUNO BRANDÃO, «Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava-jato», cit., nota 2, pp. 138-139, esta via de solução «propicia um esquema jurídico em que privados arguidos agridem restritivamente posições jusfundamentais de outros privados, gerando uma perigosa mistura de eficácia vertical (das entidades públicas) e de eficácia horizontal (arguidos contra outros arguidos) relativamente a terceiros».

<sup>22</sup> Neste sentido, INÊS FERREIRA LEITE, «Arrependido: a Colaboração do Co-arguido na Investigação Criminal», cit., nota 2, pp. 393 e ss.

<sup>23</sup> Coincidente na crítica, embora noutra perspectiva, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, «El Plea Bargaining, o como pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-06 (2018), pp. 1 e ss.



consciência deste risco e das limitações da colaboração nas fases anteriores ao julgamento. As soluções de direito premial não são uma varinha mágica para os problemas da justiça penal e podem levar ainda ao desinvestimento do poder político nas instâncias e meios tradicionais da investigação criminal, com a ilusão economicista da resolução antecipada dos casos através da colaboração de alguns arguidos na fase de inquérito. O retrocesso que estas assimetrias implicariam para o Estado de Direito, para os processos e para o combate à criminalidade seriam assustadoras.

3. Tudo ponderado, só podemos concluir que, sendo legítimo o sistema penal premiar a colaboração valiosa de um arguido num processo, isso não pode ser feito à custa de uma mutação do modelo de processo penal filiado na Constituição, não pode criar desigualdades e iniquidades no processo, não deve permitir que os arguidos que colaboram possam capturar a estratégia de investigação pública e não pode, em caso algum, substituir o julgamento do Tribunal penal por uma solução precária, construída por negociação da responsabilidade e colaboração probatória nas fases preliminares do processo.

#### **IV. Uma matriz de solução: justificação político-criminal dos prémios e equilíbrios sistemáticos substantivos e processuais**

O actual mapa legal que atribui relevância dirimente da responsabilidade penal a comportamentos reparadores ou iniciativas de colaboração processual dos arguidos é algo heterogéneo e nem sempre congruente (entre si e com os objectivos político-criminais visados).

1. Em alguns casos, o legislador recorre à atenuação facultativa e especial da pena e à não punibilidade facultativa do facto em função da conduta activa ou do esforço reparador do agente (como acontece na desistência activa da associação criminosa, do artigo 299.º, n.º 4, do Código Penal, ou no crime de terrorismo, como se prevê no artigo 4.º, n.º 13, da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto). Nestas situações é valorizada a ruptura com o projecto criminoso em curso. Noutros casos, em que existe dissociação efectiva e reparação da situação antes do processo, o legislador prevê uma dispensa de pena facultativa, como acontece com os casos de dispensa e atenuação da pena por denúncia, repúdio ou restituição nos crimes de corrupção, previstos no artigo 374.º-B do Código Penal<sup>24</sup>. As assimetrias acentuam-se em função da evolução legislativa que o tema teve entre nós, pois o legislador usa as figuras da não punibilidade, da dispensa de pena e da atenuação especial da pena de forma variável nos vários sectores do Direito Penal<sup>25</sup>, por vezes em função de decisões políticas conjunturais (como acontece no domínio tributário, por exemplo).

O que suscita dois problemas distintos: o primeiro consiste em saber quando deve o legislador declarar a não punibilidade do facto ou usar, diversamente, a figura da dispensa de pena; o segundo traduz-se em saber se a colaboração probatória do

<sup>24</sup> Sobre esta solução legal, a sua evolução e os limites da mesma, em pormenor, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, cit., nota 11, anotação ao artigo 374.º-B.

<sup>25</sup> Para uma perspectiva histórica sobre o tema, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «Justificação, não punibilidade e dispensa de pena na revisão do Código Penal», in M. F. Palma e T. Beza (orgs.), *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, pp. 53 e ss.

arguido no processo pode ser tratada de forma equivalente a estes casos ou tem de seguir um regime distinto.

2. A proposta subjacente a este estudo assenta na necessidade de preservar o equilíbrio interno das soluções premiais e de garantir a sua compatibilidade com os valores constitucionais do Estado de Direito, partindo para o efeito dos regimes gerais da desistência voluntária e progredido em função das distinções materiais que os vários casos evidenciem. Nesse sentido, a solução da não punibilidade surge no nosso sistema como resposta ao impedimento da lesão do bem jurídico por comportamento voluntário do agente. Em todos os casos de desistência relevante existe uma neutralização da ofensividade do facto ou um esforço sério e voluntário nesse sentido. É este o espaço normativo dos regimes de desistência voluntária e esforço sério relevante que isenta de pena, por tornarem o facto não punível (artigos 24.º e 25.º). A solução da não punibilidade é, portanto, uma solução forte que impede o recurso à norma de sanção que integra o tipo legal. O facto deixa de ser um facto punível e, por isso, não se lhe podem associar efeitos penais. Diferentemente, a dispensa de pena não incide sobre o facto punível, mas sobre a concreta punição do facto. O facto continua a ser punível, a norma de sanção não é bloqueada e o agente é criminalmente responsabilizado, mas não é efectuada a sanção que poderia ser legalmente aplicada. Por isso, a decisão judicial que declara a não punibilidade do facto é absolutória e a que aplica uma dispensa de pena é condenatória (artigo 375.º, n.º 3, do Código de Processo Penal)<sup>26</sup>.

A figura da dispensa de pena não se deve sobrepor ao regime da não punibilidade e, por isso, só deve surgir associada à relevância positiva do comportamento reparador do agente posterior à consumação material do facto. Uma desistência voluntária ou um esforço sério que apenas admitam a dispensa de pena facultativa em normas especiais acabam por excepcionar o regime geral dos artigos 24.º e 25.º do Código Penal, o que só deve acontecer se existirem razões dogmáticas e político-criminais para esse agravamento do regime. O espaço político-criminal da dispensa de pena será, assim, o que estiver para além da solução mais forte de não punibilidade da conduta e esta implica um controlo da ofensividade do facto, na sua execução ou em momento temporalmente próximo da mesma.

A não punibilidade está reservada para o impedimento da consumação material do crime ou, em alguns casos dos artigos 24.º e 25.º do Código Penal, o esforço sério nesse sentido. Ou seja, a hipótese de declarar não punível o facto ilícito e culposo deve ocorrer na situação em que o agente neutraliza a ofensividade do facto. Como tal, a dispensa de pena a ser utilizada neste contexto só deve ser aplicada a comportamentos reparadores posteriores à consumação material do crime que possam ainda neutralizar a danosidade subsistente do facto (contenção da ofensividade do facto) e representar um regresso do agente ao direito (realização da finalidade de

<sup>26</sup> Para uma caracterização da figura da dispensa de pena, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Aequitas, 1993, pp. 314 e ss., e JOSÉ DE FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, anotação ao artigo 186.º Sobre a distinção entre «não punibilidade» do facto e «dispensa de pena» pelo facto punível praticado, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, cit., nota 11, pp. 1057 e ss. Mais informação relevante em PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, cit., nota 11, anotação ao artigo 74.º

prevenção especial das normas penais). Por isso, a figura da dispensa de pena tem um espaço político-criminal útil no combate à criminalidade organizada.

A dispensa de pena traduz-se numa declaração de culpa desacompanhada de pena efectiva. Na sua origem, a figura tem um campo de aplicação privilegiado em relação à pequena e média criminalidade. Pode ser mais delicada a sua aplicação a casos de elevada gravidade, em que o comportamento reparador do agente não consegue obnubilar a gravidade dos factos criminais que lhe são imputados. E, por isso, a dispensa de pena na criminalidade grave só deve ser prevista como uma resposta excepcional (admissível, mas excepcional) à conduta reparadora do agente assumida posfacto. Ela é admissível quando a ruptura do agente e a sua colaboração tiverem um elevado valor político-criminal pelos perigos que neutralizam ou pelos danos que ainda evitam. É o que acontece – excepcionalmente – com a colaboração probatória relativa a organizações terroristas ou associações criminosas herméticas e altamente perigosas. Incluindo no domínio da corrupção.

3. No crime de corrupção, a reparação integral do mal do crime antes de iniciado o processo criminal, com devolução da quantia antes de praticado o facto e recusa da promessa ou retirada do seu oferecimento ou solicitação da sua restituição, deveria admitir não uma dispensa de pena facultativa (como existe hoje no artigo 374.º, n.º 2, alíneas *b*) e *c*), do Código Penal) mas uma causa de exclusão da punibilidade por aproximação à desistência activa voluntária (por o agente ainda evitar o resultado não compreendido no tipo). Ou, então, uma dispensa de pena obrigatória, que seria pelo menos congruente com o regime da não punibilidade por desistência voluntária.

Já a colaboração processual do arguido durante o processo deve ter um regime diferente deste, por não se traduzir na neutralização da ofensividade do crime (por referência ao facto típico), mas apenas no auxílio à sua perseguição. A atenuação especial da pena obrigatória, prevista no n.º 2, alínea *a*), do artigo 374.º-B do Código Penal, corresponde, por isso, na minha perspectiva, a uma solução essencialmente correcta e a uma diferenciação materialmente justificada em relação aos casos de comportamento reparador.

4. Em função do que se afirmou, considero, em síntese, que existem três situações distintas que podem ser ponderadas para traçar a relevância das soluções premiais, incluindo no domínio da corrupção e da criminalidade conexa (como recebimento e oferta indevida de vantagem ou, inclusivamente, o tráfico de influências):

- a*) O regime da desistência voluntária deve ser usado como ponto de apoio para garantir o equilíbrio sistemático entre as várias soluções premiais. Neste sentido, deve ser excluída a punibilidade do facto em relação ao agente que impede a consumação do crime por aplicação das regras gerais dos artigos 24.º e 25.º do Código Penal (não punibilidade por desistência voluntária), associada ao momento da execução do facto.
- b*) O comportamento reparador posfacto, posterior à consumação mas que impede ainda a lesão material de interesses protegidos (evita «o resultado não compreendido no tipo de crime») – como a recusa, a devolução da vantagem, o pedido de devolução da vantagem sem o acto ter sido praticado –, pode dar origem (i) a uma dispensa de pena (obrigatória) se a ruptura for ainda

realizada em conexão com o facto praticado, por aproximação aos regimes de não punibilidade por desistência, ou (ii) a uma atenuante especial obrigatória, com dispensa de pena facultativa, para a reparação posfacto. Por isso mesmo, não considero completamente desrazoáveis os prazos do n.º 1 do artigo 374.º-B do Código Penal, pois os mesmos garantem uma conexão temporal mínima com o facto punível e um controlo tempestivo da sua ofensividade. A solução pode ser completada e melhorada com outros regimes para a colaboração processual posterior, mas para uma parte das situações revela alguma racionalidade dogmática e político-criminal.

- c) Os casos de colaboração processual probatória de arguidos devem, de forma distinta dos casos anteriores, motivar uma atenuação especial obrigatória da pena (que pode ir até metade da pena), com eventual dispensa de pena excepcional e facultativa para casos de elevado valor processual e político-criminal da concreta colaboração, designadamente quando estejam envolvidas organizações criminosas cuja subsistência represente um risco sério para a integridade do Estado.

Uma dispensa de pena obrigatória para os casos de mera colaboração probatória de arguidos não deve, em minha opinião, ser admitida: acabaria por colocar em causa a estrutura acusatória do processo, ao cristalizar a verdade processual do inquérito quanto a parte dos factos, impondo essa versão dos acontecimentos ao julgamento. O que se afigura ainda, por um lado, incompatível com a autonomia do Tribunal de julgamento e, por outro, com o direito de defesa dos demais arguidos (que estariam em boa parte a ser condenados pelo conteúdo de factos firmados no inquérito pela colaboração de um co-arguido e não exclusivamente pelo que se confirma no julgamento). O que, a acontecer, acabaria por pôr em causa não só a estrutura acusatória do processo, mas a própria equidade do sistema penal.

De forma abreviada: os valores fundamentais do Estado de Direito e o modelo constitucional de justiça penal (estrutura acusatória, direito de defesa, autonomia do julgamento, princípio da igualdade e processo equitativo) impedem o legislador de atribuir à colaboração processual de um co-arguido, por tal facto exclusivamente, uma isenção absoluta de responsabilidade criminal que substitua a verdade do julgamento penal pela verdade provisória do inquérito criminal.

**«Tráfico de indulgências».**  
**Prêmios penais, colaboração processual e acordos**  
**sobre a sentença no combate à corrupção**  
 Sandra Oliveira e Silva

**Sumário:**

- I. Introdução. Contextualização normativa e político-criminal de uma «velha novidade»
- II. Prêmios penais: entre arrependimento e «compra de indulgências»
  - 1. Premiar o arrependimento num direito penal de tutela de bens jurídicos
  - 2. Colaboração premiada: um *trade-off* entre utilidade político-criminal e legitimidade constitucional?
- III. O modelo de colaboração premiada da ENA
  - 1. A colaboração probatória no julgamento
  - 2. A colaboração probatória no inquérito e na instrução
  - 3. A denúncia dos factos antes da instauração do procedimento criminal
  - 4. Entre a suspensão provisória do processo e os acordos sobre a sentença: a caminho da «barganha de indulgências»?
- IV. Observações conclusivas

**RESUMO:** O combate à corrupção é um tema permanente da ordem do dia das preocupações político-criminais. Nas últimas décadas, nenhum Governo deixou de o inscrever nas suas linhas programáticas e quase nenhum ministro da Justiça resistiu a apor a sua assinatura numa reforma penal dirigida a este segmento da criminalidade. Ciente da dificuldade de ganhar a batalha no plano da repressão, a ENA elege a prevenção como «chave do problema» e «vetor essencial» de atuação, mas não deixa de dirigir as baterias de combate para um alvo até aqui pouco valorizado: a promoção da colaboração processual dos próprios implicados nas práticas corruptivas.

O presente artigo começa por fazer um enquadramento dogmático das diferentes categorias de prémios penais como pressuposto metodológico para a discussão e análise crítica das soluções de dispensa de pena, atenuação especial da pena e suspensão provisória do processo introduzidas pela ENA. É também apresentado um juízo político-criminal sobre a introdução da figura dos «acordos sobre a sentença» em matéria de corrupção. Conclui-se o texto com a apresentação de propostas concretas que, rodeando as soluções premiais de pressupostos mais apertados, preservem a utilidade instrumental-estratégica destes institutos sem comprometer a congruência mínima crime-pena e a legitimidade político-criminal da abdicação punitiva do Estado.

**I. Introdução. Contextualização normativa e político-criminal de uma «velha novidade»**

No início do século XVI, o Papado insistia que os pecadores, para se salvarem, precisavam de praticar boas ações. Os fiéis também podiam obter a remissão das penas temporais devidas à justiça divina se entregassem somas em dinheiro

como forma de penitência. A Igreja conseguia assim obter as contribuições de que precisava para realizar os seus fins. O próprio Papa Leão X chegou a promulgar uma indulgência plenária para todos os que contribuíssem financeiramente para as obras de reconstrução e decoração da Basílica de S. Pedro. O comércio de indulgências causou viva controvérsia. A *Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum*, conhecida como as «95 Teses» de Martinho Lutero, foi um dos rastilhos da Reforma Protestante, a que a Igreja Católica reagiu em Contrarreforma, dando origem a profundas transformações religiosas, políticas e ideológicas na Europa daquele tempo.

Hoje, é a Organização das Nações Unidas, outro grande potentado internacional, que oferece – ou insta os Estados a que ofereçam – a mitigação das penas criminais em troca dos contributos dos acusados na prova de crimes. «Each State Party shall consider providing for the possibility, in appropriate cases, of mitigating punishment of an accused person who provides substantial cooperation in the investigation or prosecution of an offence established in accordance with this Convention», prescreve a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Os benefícios penais podem ser ainda mais significativos, já que os Estados devem considerar a possibilidade, «in accordance with fundamental principles of its domestic law, of granting immunity from prosecution», abstendo-se de acusar o arguido colaborador<sup>1</sup>.

A atualização e reforço das soluções premiais e a introdução dos acordos sobre a sentença constituem, do lado da repressão, as propostas mais relevantes da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC), entretanto rebatizada, em termos menos belicistas, como Estratégia Nacional Anticorrupção (ENA). Coloca-se, assim, a eficácia da perseguição penal na dependência de uma nova modalidade de «tráfico de indulgências» que contempla a remissão total ou parcial da pena criminal em troca de arrependimento exterior ou de um contributo probatório desejado pelas autoridades<sup>2</sup>.

Não se pode dizer que a concessão de um tratamento penal menos severo aos arguidos arrependidos ou que colaborem na investigação dos crimes constitua propriamente uma novidade no ordenamento jurídico português, nem sequer que seja um exclusivo da corrupção.

As primeiras manifestações de uma lógica premial na investigação de práticas corruptivas remontam à versão originária do Código Penal, onde se consagrava uma hipótese atípica de arrependimento ativo similar à atualmente prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 374.º-B<sup>3</sup>. A hipótese de dispensa obrigatória de pena fundada na denúncia da infração, que a ENA pretende reintroduzir, encontra antecedente no Dec.-Lei n.º 371/83, de 6 de outubro, que isentava da punição quem

<sup>1</sup> As imposições transcritas constam do artigo 37.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também designada como Convenção de Mérida, cidade mexicana onde foi aberta à assinatura pelos Estados em 9 de novembro de 2003. Em Portugal, a Convenção foi aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 47/2007, de 19 de julho, tendo entrado em vigor na ordem interna a 28 de outubro de 2007.

<sup>2</sup> A fórmula dá título ao artigo de T. PADOVANI, «Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità», *RIDPP* 29 (1986) 2, pp. 398 ss., epónimo do que agora se escreve.

<sup>3</sup> As disposições legais citadas sem indicação do diploma a que pertencem referem-se ao Código Penal português vigente.



em primeiro lugar participasse o crime às autoridades competentes, antes de estar iniciado procedimento criminal<sup>4</sup>.

A Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, sobre medidas de combate à corrupção e à criminalidade económico-financeira, circunscreveu depois a *dispensa obrigatória de pena* aos casos em que o particular corruptor denunciasse o crime e contribuisse de forma decisiva para investigação; se o ato visado fosse ilícito, seria ainda necessário que o privado tivesse agido a solicitação do funcionário corrupto e alertasse as autoridades no prazo de 30 dias, sempre antes da instauração do inquérito (artigo 9.º-A)<sup>5</sup>. Na perspetiva do legislador de então, a «voluntariedade» da autodenúncia e a colaboração probatória prestada asseguravam a legitimidade do prémio mais radical nas situações de corrupção ativa imprópria. Mas a solução não sobreviveu à censura do GRECO e aos sucessivos pacotes anticorrupção. A Lei n.º 36/94 sofreu sucessivas amputações, de que se salvou apenas – para o que nos interessa – a possibilidade de *suspensão provisória do processo* para o corruptor que tenha «denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade» (artigo 9.º). As outras hipóteses premiais foram eliminadas ou transitaram, com modificações para o Código Penal [artigo 374.º-B, n.º 2, alínea a)] e para a Lei da responsabilidade dos titulares de cargos políticos [artigo 19.º-A, n.º 2, alínea a)], onde se prevê atualmente a atenuação facultativa da pena se o agente auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação e captura de outros responsáveis.

Embora os seus efeitos práticos por vezes se confundam, as medidas premiais são orientadas por distintas teleologias político-criminais e assumem configurações dogmáticas também diversas. Podemos reconduzi-las a uma tipologia que integra duas espécies distintas de «prémios»<sup>6</sup>.

A primeira espécie de benefícios penais compreende as *causas pessoais de atenuação ou dispensa da pena construídas sobre o modelo da desistência da tentativa*, fundadas numa ideia de repúdio voluntário do crime e defesa em último termo do bem jurídico protegido. Estamos perante hipóteses em que o crime se consumou – a norma de determinação foi violada e o resultado lesivo produziu-se –, mas a atuação voluntária do agente ainda pode compensar o desvalor de ação e neutralizar o dano ou reintegrar o interesse violado, cumprindo no todo ou em parte a finalidade comunitária da punição. A disposição premial cumpre ainda a mesma função da norma incriminadora, na medida em que estimula a reintegração, pelo agente, de um interesse não irremediavelmente violado.

<sup>4</sup> Sobre estas possibilidades, veja-se A. M. ALMEIDA COSTA, *Sobre o crime de corrupção*, Coimbra: FDUC, 1987 (separata do número especial do BFD, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984), pp. 77 ss., 128 ss.

<sup>5</sup> A justificação para o tratamento privilegiado do corruptor parecia residir na proximidade da situação com a concussão ou, pelo menos, na menor gravidade da conduta do privado que não teve a iniciativa do suborno e se deixou «seduzir» pela possibilidade de obter o benefício ilícito que lhe era oferecida pelo funcionário corrupto (e porventura até então não imaginada). Crítico, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Sobre o crime de corrupção*, cit., 131 ss., referindo-se à solução paralela do artigo 423.º, n.º 3, do Código Penal de 1982.

<sup>6</sup> Com esta sistematização, cf. T. PADOVANI, «Il traffico delle indulgenze», cit., 401 ss.; cf., também, do mesmo autor, «La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”», *RIDPP* 24 (1981), 2, pp. 529 ss., e D. PULITANÒ, «Tecnique premiali fra diritto e processo penale», *RIDPP* 29 (1986) 4, pp. 1005 ss.

À outra categoria pertencem todas hipóteses em que a mitigação punitiva se situa num plano «excêntrico» em relação à ofensa criminal e ao bem jurídico protegido, servindo como «moeda de troca» para obter a colaboração ativa do arguido na aquisição de prova<sup>7</sup>. A atribuição dos prémios penais pode assumir aqui formas e finalidades de geometria variável, legitimando a autonomização de diferentes subespécies de colaboração premiada: o benefício punitivo pode emergir de uma decisão livre do juiz ou resultar de um pacto previamente estabelecido com o «arrependido»; e, neste último caso, pode ter como contrapartida a confissão do crime ou, ao invés, a identificação e a incriminação de terceiros. A estas subespécies negociadas de mitigação punitiva correspondem os «acordos sobre a sentença», destinados a obter a confissão do arguido em audiência, e a chamada «delação premiada», que atribui o prémio como correspetivo da prestação de contributos para a identificação ou incriminação de outros participantes. Nenhuma destas figuras é, para já, admitida pelo ordenamento jurídico português<sup>8</sup>.

Numa primeira análise, poderíamos ser tentados a afirmar que a ENA acolhe soluções premiais das duas categorias: umas, fundadas em considerações análogas às da desistência da tentativa, estariam presentes na dispensa obrigatória da pena em caso de arrependimento e autodenúncia voluntária; as outras, assentes em considerações instrumentais de eficácia da perseguição penal, corresponderiam à dispensa facultativa e à atenuação da pena dos agentes que colaborem ativamente na descoberta da verdade. A disponibilidade do arguido para colaborar com as autoridades poderá decorrer da negociação de vantagens punitivas, desde que essa negociação ocorra na fase de julgamento sob a forma de um acordo sobre a sentença.

As linhas seguintes destinam-se a discutir se estas primeiras impressões sobrevivem a um olhar mais atento. A discussão impõe que sumariemos, com a brevidade que a natureza do estudo exige e o tempo nos concede, os fundamentos de cada uma das já descritas espécies premiais.

## II. Prémios penais: entre arrependimento e «compra de indulgências»

### 1. Premiar o arrependimento num direito penal de tutela de bens jurídicos

Os prémios penais fundados numa ideia de tutela do bem jurídico tomam como paradigma a conduta do agente que interrompe voluntariamente a execução do crime, ou ativamente impede a consumação ou a verificação de um resultado atípico lesivo de bens jurídicos, ou nos casos de comparticipação se esforça seriamente por impedir uma ou outra (artigos 24.º e 25.º).

Na longa história da dogmática penal, são várias as teorias desenhadas para explicar a não punibilidade da desistência da tentativa e do arrependimento ativo. Em todas elas está presente a ideia de que a desistência contribui para a tutela do bem jurídico, traduzida quer na imediata evitação do resultado lesivo e na

<sup>7</sup> Cf. T. PADOVANI, «Il traffico delle indulgenze», cit., 411.

<sup>8</sup> Não excluimos que possa eventualmente existir, à margem da lei, uma prática investigatória assente em formas larvares e informais de contratualização de benefícios punitivos, como sinaliza MÁRIO PEDRO MEIRELES, «Colaboração premiada: uma inevitabilidade?», *RPCC* 29 (2019), 1, pp. 75 ss.

eliminação da perigosidade subsistente do facto, quer na dissociação entre o agente e o facto criminoso, num regresso ao direito que se projeta na tutela prospetiva desses mesmos bens. A não punibilidade supõe, por isso, um abandono voluntário do projeto criminoso, quer dizer, uma realização pessoal do agente que de alguma forma «compense» o desvalor de ação inicial. «É o sentido político-penalmente positivo de valor ínsito nesta contribuição *pessoal* para o facto global que faz ganhar ao “regresso ao direito”, à “inversão do perigo”, “à reversibilidade do processo lesivo”, o seu efeito privilegiador.»<sup>9</sup> Não se reclama, em todo o caso, um autêntico «arrependimento»: a desistência deve provir de uma decisão não condicionada por pressões exteriores desrazoáveis, mas os motivos da conduta – nobres ou vis, valiosos ou abjetos, repúdio do delito ou simples cálculo utilitarista – são irrelevantes.

Na parte especial do Código e em legislação avulsa preveem-se numerosas hipóteses atípicas de desistência da tentativa e outras soluções premiais filiadas no mesmo horizonte político-criminal. Pense-se, por exemplo, na atenuação obrigatória da pena ou na exclusão da punição do usurário que renuncie à entrega da vantagem pecuniária pretendida, modifique o negócio ou restitua o excesso patrimonial recebido (artigo 226.º, n.º 5). A analogia com o arrependimento ativo é manifesta nas duas primeiras modalidades de atuação: embora não obstem à consumação do crime (a usura é delito de perigo), o repúdio da vantagem e a modificação do negócio impedem a efetiva lesão do bem jurídico protegido (o património), justificando a não punibilidade. Já a devolução do lucro usurário tem o sentido de uma verdadeira restituição ou reparação, a que se associam em geral (e devem atribuir-se também aqui) efeitos atenuantes [artigos 71.º, n.º 2, alínea e), e 72.º, n.º 2, alínea c)]<sup>10</sup>. O legislador outorgou-lhe, porém, outras virtualidades nos crimes de furto, abuso de confiança, dano e burla: se houver acordo entre o ofendido e o arguido, a reparação integral do dano implica aqui a própria extinção da responsabilidade criminal, ficando o tribunal desonerado de apurar e decidir sobre a culpabilidade (artigo 206.º, n.º 1)<sup>11</sup>.

Os delitos de perigo são terreno fértil para previsões premiais desta natureza. A consumação, situada a montante do dano para o bem jurídico, deixa em aberto a possibilidade de uma atuação posterior de reversão do processo lesivo. É paradigmática a não punibilidade dos atos preparatórios de crimes de contrafação de moeda e afins se o agente abandonar voluntariamente a conduta, destruir os instrumentos usados para a falsificação e impedir que outros possam prosseguir

<sup>9</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, I, Coimbra: Gestlegal, 2019, Cap. 29.º, § 10; contra, J. FARIA COSTA, «A analítica e a dogmática penal e o injusto: reflexões a partir da conduta omissiva imprópria e da desistência da conduta tentada», in J. FARIA COSTA et al. (org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, I, Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2017, 375.

<sup>10</sup> No sentido de que a não punição fica reservada para as hipóteses em que se consiga evitar o empobrecimento da vítima, cabendo nas outras hipóteses a atenuação da pena, cf. A. TAIPA DE CARVALHO, «Artigo 226.º», in J. FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, §§ 30-40.

<sup>11</sup> A singularidade desta solução de valorização da reparação compreende-se como projeção do modelo de «justiça restaurativa», mas a restituição pode ter um valor privilegiante reforçado também por outras razões – p. ex., em matéria fiscal (cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «A “reparação do dano” no direito tributário: benefícios penais legítimos ou hipocrisia fiscal?», in *Estudos in memoriam do Prof. Doutor Augusto Silva Dias*, em curso de publicação).

na prática criminosa ou, pelo menos, empreender um esforço sério nesse sentido (artigo 271.º, n.º 3)<sup>12</sup>. A incriminação versa sobre simples atos de preparação de crimes de perigo e, portanto, contempla uma dupla antecipação da tutela penal, razão pela qual a consumação não prejudica a possibilidade de um arrependimento eficaz. Os exemplos de privilegiamento nos delitos de perigo multiplicam-se *ad nauseam*. Pense-se no recuo da punição em caso de retratação voluntária nos crimes de falsas declarações ou falso testemunho, se não tiver havido prejuízo para terceiro e a reposição da verdade ainda puder ser tomada em conta na decisão (artigo 362.º)<sup>13</sup>; na atenuação especial da pena nos crimes eleitorais, se o agente voluntariamente afastar ou fizer diminuir de forma considerável o perigo (artigo 345.º)<sup>14</sup>; ou na atenuação obrigatória e na dispensa facultativa de pena nos crimes ambientais e outros de perigo comum «se o agente remover voluntariamente o perigo antes de se ter verificado um dano considerável» (artigo 286.º)<sup>15</sup>. O comportamento positivo posterior não apaga a ofensa à norma de determinação, mas elimina a fonte de perigo e impede ou minimiza os danos para o bem jurídico, cumprindo no todo ou em parte as finalidades de satisfação comunitária que à pena se atribuem.

Em plano distinto, mas que ainda se prende com a intenção de estimular a cessação da lesão ou a neutralização da perigosidade para os bens jurídicos, estão a atenuação especial da pena no rapto (artigo 161.º, n.º 3) e na evasão (artigo 352.º, n.º 2) – se, respetivamente, o agente libertar a vítima ou se entregar às autoridades –; a não punição do participante que se retire do motim «por ordem ou admoestação da autoridade sem ter cometido ou provocado violência» (artigo 302.º); e a atenuação obrigatória da pena de quem, numa insurreição, não tendo exercido funções de comando, se renda sem opor resistência, ou entregue ou abandone as armas «antes ou imediatamente depois da advertência da autoridade» (artigo 325.º, n.º 3)<sup>16</sup>. Podem ler-se como manifestação do mesmo propósito político-criminal os benefícios penais atribuíveis ao membro de uma associação criminosa que impeça ou se esforce seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações criminosas (artigo 299.º, n.º 4), ou a quem no domínio do terrorismo, do tráfico de armas ou do tráfico de drogas abandone voluntariamente a atividade criminosa, afaste ou faça diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, ou impeça a produção do resultado que a lei quer evitar (cf., com redações

<sup>12</sup> Cf. HELENA MONIZ, «Artigo 271.º», in J. FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, §§ 14-16.

<sup>13</sup> Cf. A. MEDINA DE SEIÇA, «Artigo 362.º», in J. FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense*, III, cit.

<sup>14</sup> Cf. PEDRO CAEIRO, «Artigo 345.º», in J. FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense*, III, cit., §§ 16-17.

<sup>15</sup> Cf. J. DAMIÃO DA CUNHA, «Não punibilidade e dispensa de pena», *RPCC* 15 (2005) 2, p. 242; cf., do mesmo, «Artigo 286.º», in J. FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense*, II, cit.

<sup>16</sup> Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, «Artigo 161.º», in J. FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, §§ 17-24; CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, «Artigo 352.º», § 16, A. TAIPA DE CARVALHO, «Artigo 302.º», §§ 15-17, e PEDRO CAEIRO, «Artigo 325.º», §§ 36-43, in J. FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense*, III, cit. Nas duas últimas hipóteses, o propósito de se conseguir a rápida dispersão do tumulto ou da sedição e os maiores perigos que a sua perpetuação arrasta justificam a flexibilização do requisito da voluntariedade. Aos participantes num motim ou numa sublevação que façam esforços para lhe pôr termo aplicar-se-á o regime geral do artigo 25.º

parcialmente sobreponíveis, os artigos 2.º, n.º 5, 4.º, n.º 13, e 5.º-A da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, o artigo 87.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro, e o artigo 31.º do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro)<sup>17</sup>. Também aqui a eventual consumação do delito não impede o privilegiamento, desde que a atuação voluntária possa ainda contribuir para o salvamento de bens jurídicos, quer dizer, para a realização da prestação funcional a que se dirige a pena, tornando-a dispensável ou menos necessária.

Em cada um dos casos que analisámos estão na mira do legislador crimes que ainda não esgotaram a sua potencialidade lesiva ao tempo do arrependimento, seja por terem estruturalmente delitos de perigo, seja por lhes ser inerente uma compressão duradoura do bem jurídico, seja por se inscreverem em redes ou contextos criminais mais amplos que – não fosse a dissociação e a conduta positiva do agente – conservariam a sua capacidade operacional. O propósito da atribuição do benefício punitivo é o de favorecer o regresso do agente ao direito e impedir ou minimizar os danos para o bem jurídico. A conduta que se premeia mantém uma relação de congruência com a que se pune: se à prática do crime «N» corresponde a pena «P», quem compensa em «x» o desvalor do crime, é punido com uma pena mitigada de «P – x». A conduta voluntária do agente ainda se move no âmbito das razões de tutela de bens jurídicos que justificam a incriminação da conduta, tornando menos necessária a pena. Sob este ponto de vista, os prémios penais não são meras categorias político-criminais; eles representam também «uma esperança, um programa, uma manifestação da subsidiariedade penal»<sup>18</sup>.

Na atual redação das normas, algumas das hipóteses de dispensa de pena nos crimes de corrupção parecem nutrir-se das intenções político-criminais que comandam as situações de arrependimento ativo. Referimo-nos concretamente à dispensa facultativa de pena de que beneficia o agente se (1) abandonar o projeto criminoso antes de o ato mercadejado ter sido praticado e (2) repudiar ou devolver os presentes ou dádivas, tratando-se do corrupto, ou, sendo o corruptor, recusar a sua entrega ou reclamar a sua restituição [artigo 374.º-B, n.º 1, alíneas b) e c)].

A circunstância de o ato «vendido» não ter sido ainda praticado não evita a consumação do delito, nem impede o dano para o bem jurídico – que não se confunde com os interesses ofendidos pelo processo decisório viciado. A simples instrumentalização dos poderes funcionais do cargo em favor dos fins privados do corrupto ou do corruptor já compromete a autonomia funcional do Estado e a integridade do sistema de realização do interesse público que é objeto de proteção das normas<sup>19</sup>. Não pode também atribuir-se à reposição do equilíbrio patrimonial anterior à infração o sentido de uma reintegração do bem jurídico protegido – que

<sup>17</sup> Sobre o sentido e o alcance destas normas premiais, veja-se, respetivamente, J. FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 299.º», in *Comentário Conimbricense*, II, cit., §§ 40-42, e NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, «artigo 4.º», in J. M. AROSO LINHARES / M. J. ANTUNES (coord.), *Terrorismo: Legislação Comentada, Textos Doutrinais*, Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2019, §§ 266-270.

<sup>18</sup> M. DONINI, «La logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente», in *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Napoli: Jovene, 2011, p. 887.

<sup>19</sup> Sobre o bem jurídico nos delitos de corrupção, veja-se, por todos, A. M. ALMEIDA COSTA, «Artigo 372.º», in J. FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense*, III, cit., §§ 7-9, e, do mesmo autor, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2014, p. 808.



não é modulado em função da medida do enriquecimento do funcionário corrupto, nem se ressentir da maior ou menor ablação ao património do corruptor<sup>20</sup>.

A justificação para a eventual não punição do agente resulta da atitude de fidelidade ao direito e abjuração do crime que se manifesta no seu comportamento ulterior. Por um lado, o repúdio ou restituição das prebendas recebidas compensa de alguma forma o desvalor de ação ínsito ao recebimento da vantagem, sinalizando a vontade de regresso ao direito. E o pedido de restituição da dádiva pelo corruptor pode também ser visto como uma conduta voluntária de sinal contrário ao do delito, se o ato de serviço visado pelo suborno não tiver sido ainda praticado – de outro modo a «traição» ao pacto não implica propriamente a renúncia ao crime. Por outro lado, o abandono do *iter criminis* antes da prática do ato visado pela peita traduz a evitação de um resultado desvalioso não compreendido no tipo legal – pense-se, por exemplo, num licenciamento ilegal que, concedido, ofenderia valores ambientais ou urbanísticos, ou num relatório pericial viciado, que comprometeria a retidão de uma sentença<sup>21</sup>. Nos casos em que o ato mercadejado tenha já sido praticado, uma eventual atuação pós-delitual positiva do agente já não impede a produção de danos para os interesses a que se liga a ação do Estado, mas pode ainda sinalizar o arrependimento voluntário e a vontade de regresso ao direito se, num prazo muito curto e sempre antes de o processo penal ter sido instaurado, o corrupto devolver a peita recebida e denunciar o pacto corruptivo [artigo 374.º-B, n.º 1, alínea a)]. Embora a teleologia da norma não seja clara, a denúncia do crime exterioriza mais uma atitude de abjuração do pacto, uma espécie de «autodenúncia», do que uma contribuição efetiva para a perseguição dos outros implicados<sup>22</sup>.

O cumprimento destas condições não garante *per se* que a conduta do agente tenha capacidade expressiva suficiente para se apresentar, aos olhos da comunidade, como negação simbólica do delito e reafirmação dinâmica da norma. A corrupção pode assumir manifestações fenomenológicas diversas, desde o pontual suborno destinado a agilizar um procedimento esquecido na gaveta até às práticas corruptivas em redes complexas instaladas nas mais altas esferas do Estado. O grau de ilicitude e de culpa pode ser muito diferente, assim como podem ser distintas as exigências de prevenção. A abdicação punitiva supõe que a atuação positiva pós-delitual deixe satisfeito o interesse público na punição, quer dizer, que a renúncia ao crime e às suas vantagens se apresente como um equivalente funcional da sanção. Nem sempre isso acontece e, por isso, atribuiu-se à dispensa de pena natureza facultativa, fazendo-se depender a sua atribuição do preenchimento em concreto dos requisitos das alíneas do n.º 1 do artigo 74.º

Claro que uma solução deste tipo não é eficaz a promover a dissolução de vínculos corruptivos. E nem se pode afirmar que fosse esse, sequer, o seu propósito.

<sup>20</sup> No entanto, a previsão de molduras agravadas de acordo com «escalões de valor» (cf. artigo 374.º-A) pode ser fonte de equívocos, como antecipou J. DAMIÃO DA CUNHA, *A reforma legislativa em matéria de corrupção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 95 ss.

<sup>21</sup> A circunstância de a prática do ato mercadejado não integrar os elementos típicos da infração, de tal modo que o crime se consuma mesmo que o funcionário corrupto esteja, *ab initio*, determinado a incumprir a sua prestação no acordo, não significa a sua absoluta irrelevância penal. A evitação de um resultado desvalioso não compreendido também interessa ao direito – como evidencia a parte final do n.º 1 do artigo 24.º

<sup>22</sup> Sobre as dificuldades interpretativas suscitadas por esta norma, cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 91.



Nas situações mais insidiosas, a ilicitude e a culpa são em regra elevadas e, por isso, o agente não poderá contar com o benefício da dispensa de pena – impede-o o filtro valorativo do artigo 74.º E mesmo nos casos de menor gravidade, estender uma «ponte dourada» para a impunidade não será suficiente para influenciar a conduta do corruptor ou do corrupto, se cada um deles tiver a expectativa de usufruir das vantagens do delito sem medo de ser descoberto. As partes no acordo ilícito só renunciarão às respetivas vantagens se estiverem de antemão determinadas a abandonar o projeto criminoso. É, de resto, essa «predisposição» para o regresso à juridicidade, essa «apostasia» voluntária do crime, que torna a pena «dispensável».

## 2. Colaboração premiada: um *trade-off* entre utilidade político-criminal e legitimidade constitucional?

No sentido de maximizar a utilidade instrumental-estratégica dos prémios penais, a ENA propõe-se reintroduzir a dispensa obrigatória de pena para o agente que denuncie o crime «em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal», quer a vantagem tenha ou não sido recebida e o ato mercadejado, praticado ou não – a menos que o objeto do «negócio» seja uma atuação contrária aos deveres do cargo<sup>23</sup>. A pronta atitude de repúdio do crime que se manifesta na autodenúncia feita pouco tempo depois do cometimento da infração deixa de ter relevo. O elemento-chave é agora a «colaboração do agente do crime, não limitada pelo “prazo máximo de 30 dias após a prática do ato”»<sup>24</sup>.

A solução corresponde a uma radical mutação de sentido da possibilidade já prevista na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 374.º-B. A atribuição de finalidades estritamente pragmáticas à dispensa de pena altera por completo os dados do problema, aproximando-a, nos seus propósitos e finalidades, da atenuação especial prevista na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 374.º-B. Não se premeia já o abandono simbólico do delito e a evitação de ulteriores resultados lesivos, mas os contributos processuais para o seu desvelamento e para a responsabilização dos implicados. E, desta forma, perde-se a congruência entre conduta proibida que legitima a pena (*P*) e atuação posterior positiva que justifica o desconto punitivo (*P* – *x*). A legitimidade para punir nasce do crime, mas a pena desliga-se dele e converte-se no título de crédito que as autoridades de perseguição penal mobilizam para pagar ao agente o preço dos seus serviços.

São de todos bem conhecidas as razões político-criminais que explicam o favorecimento da colaboração processual nos domínios da criminalidade mais resistentes à investigação, como o terrorismo, o crime organizado, a corrupção e as infrações económico-financeiras. Por razões diversas, que se prendem ora com a natureza pactuada das infrações e com a subtilidade dos procedimentos usados pelos criminosos, ora com a rigorosa circunscrição das informações no seio da própria organização, estas práticas ilícitas são difíceis de descobrir e, uma vez desveladas, extraordinariamente difíceis de provar sem o contributo das pessoas nelas envolvidas.

<sup>23</sup> Nesse caso, a dispensa de pena só será admissível se a denúncia anteceder a prática do ato.

<sup>24</sup> Pertencem ao texto da ENA todas as transcrições que não sejam acompanhadas de menção específica.

O legislador português não ficou imune a estas solicitações e, seguindo uma tendência que se foi afirmando em ordenamentos próximos, decidiu introduzir prémios penais destinados a estimular a colaboração dos próprios agentes na obtenção de prova. Com fórmulas que se repetem em diferentes lugares do Código ou da legislação avulsa, impõe-se ou permite-se a atenuação ou a dispensa de pena se o arguido «auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis»<sup>25</sup>.

Na sua matriz, estes prémios penais não servem puras finalidades repressivas. Não se trata apenas de estimular a denúncia de práticas criminosas que de outra forma poderiam permanecer ocultas ou de obter provas a que as autoridades não teriam acesso de outro modo. Pretende-se também prevenir ou evitar ulteriores crimes, favorecendo-se a dissociação entre os agentes, o desmantelamento da organização e a neutralização do seu ambiente de ação. Pense-se, por exemplo, nos crimes de terrorismo e no tráfico de armas ou de drogas cometidos no contexto de redes criminosas com alguma estabilidade. A colaboração processual dos próprios implicados (normalmente, o «peixe miúdo») para a captura e punição dos líderes da organização (os «tubarões») pode levar à dissolução da rede, contribuir para a neutralização da sua perigosidade ou, pelo menos, para a redução da sua capacidade operacional. Embora a colaboração probatória não exprima o abandono voluntário do crime, concorre para a realização das finalidades que se atribuem à pena. Nestes casos, diz DONINI, «a justiça ainda compra colaboradores a preços toleráveis»<sup>26</sup>.

É merecedor de outro juízo, menos benevolente, a extensão desta espécie de normas premiais a crimes já inteiramente esgotados e cometidos fora do contexto de uma organização ou de uma associação criminosa – *v.g.*, o singular ato de corrupção, de peculato, de branqueamento. Nestes casos, o privilégio punitivo perde toda a conexão com o «facto» – ou com o contexto criminoso permanente em que se inscreve –, para se centrar no «pós-facto», assumindo uma lógica puramente utilitarista. Numa racionalidade própria das chamadas teorias de «análise económica do direito», os prémios são atribuídos não por razões de justiça, nem de diminuição de carências preventivas, mas simplesmente para se criar um clima de insegurança que desincentive a formação de novos pactos criminosos: nenhum dos implicados pode estar seguro da fidelidade dos outros se cada um puder beneficiar da

<sup>25</sup> Normas premiais desta natureza estão contempladas: *i*) no domínio do terrorismo e delitos afins (artigos 2.º, n.º 5, 3.º, n.º 2, 4.º, n.º 1, 5.º, n.º 2, e 5.º-A, n.º 3, da Lei n.º 52/2003); *ii*) no tráfico de armas (artigo 87.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2006); *iii*) no tráfico de drogas (artigos 21.º, 22.º e 28.º do Dec.-Lei n.º 15/93); *iv*) nos crimes de peculato, participação económica em negócio e nas infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (artigo 8.º da Lei n.º 36/94); *v*) na recetação de mercadorias contrabandeadas (artigo 100.º, n.º 3, do RGIT); *vi*) no branqueamento (artigo 368.º-A, n.º 9); e *vii*) na corrupção [artigo 374.º-B, n.º 2, alínea *a*), artigo 19.º-A, n.º 2, alínea *a*), da Lei n.º 34/87, artigo 5.º, alínea *a*), da Lei n.º 20/2008, e artigo 13.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 50/2007]. Com um elenco exaustivo destas soluções premiais e a análise do seu regime jurídico, cf. NUNO BRANDÃO, «Colaboração probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais», *Julgar*, 38 (2019), pp. 120 ss.

<sup>26</sup> M. DONINI, «La logiche del pentimento...», cit., p. 911. Em todo o caso, a conexão com a prevenção exprime-se já não de forma linear como no arrendimento ativo, mas num plano de «dis-funcionalidade», em que o sistema controla o crime evidenciando ao mesmo tempo a sua incapacidade de o prevenir e conter pelos seus meios, sem a colaboração dos próprios delinquentes (T. PADOVANI, «Il traffico delle indulgenze», cit., p. 420).

impunidade denunciando os demais. Aqui, prossegue DONINI, «a “justiça” já compra colaboradores a preços deseducativos: não conta o mérito, não conta a ofensa, não conta a reeducação»<sup>27</sup>; conta apenas a maximização da eficiência, ainda que com menoscabo dos mais elementares princípios de justiça no dimensionamento da pena.

### III. O modelo de colaboração premiada da ENA

Na versão apresentada a consulta pública, a então ENCC reservava a dispensa de pena para os casos em que o agente denunciasse o crime «em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal», excluindo a sua aplicação a quem, não tendo denunciado ou não o tendo feito em tempo útil, viesse prestar um contributo efetivo e relevante na recolha de provas e na responsabilização de outros implicados. Os colaboradores não delatores poderiam aspirar apenas à atenuação especial já prevista na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 374.º-B.

Esta aparente inversão valorativa foi duramente criticada. «A mera denúncia do crime (que é de limitado interesse, pois mais cedo ou mais tarde sempre haveria notícia do crime, por um lado, e a elevada dificuldade probatória permanecerá exatamente a mesma, por outro) permitirá a dispensa de pena, mas a colaboração ativa (que normalmente será muito mais relevante) já não. Quem denunciar, mesmo que em nada contribua para a prova, terá esse benefício, quem não for o primeiro a denunciar, mesmo que contribua decisivamente para a prova, já não poderá beneficiar»<sup>28</sup>. As observações tornaram-se ainda mais acerbas no confronto da solução projetada com as já previstas no âmbito de crimes «de não menor gravidade» – como os de terrorismo, tráfico de drogas e tráfico de armas –; nesses domínios, o legislador não deixa de prever a dispensa de pena para os arguidos que, não tendo denunciado o crime antes do início do processo, «auxiliem concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis»<sup>29</sup>.

Colocado perante estes reparos e outros que lhe foram chegando, o Governo decidiu introduzir um esquema piramidal que integra três estratos ou patamares de privilégios punitivos<sup>30</sup>. (1) O primeiro contempla a *dispensa de pena obrigatória*, que continua reservada para o agente denuncie o crime em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal. (2) No segundo estrato, prevê-se a *atenuação obrigatória* e a *dispensa facultativa de pena* para as hipóteses em que o arguido, não tendo denunciado a infração em tempo útil, colabore decisivamente para a descoberta da verdade ainda durante a fase de inquérito ou instrução. (3) Se a colaboração probatória se manifestar apenas durante o julgamento, o arguido

<sup>27</sup> M. DONINI, «La logiche del pentimento», cit., p. 912.

<sup>28</sup> RUI CARDOSO, «A corrupção unida não será vencida», *Expresso*, 19.03.2020.

<sup>29</sup> RUI CARDOSO, «A corrupção unida», cit., refere-se também à associação criminosa e ao branqueamento, mas aí falha o alvo, porque no primeiro caso não se preveem sequer soluções processuais fundadas na colaboração probatória e no segundo o prémio reduz-se à atenuação facultativa da pena (um benefício qualitativamente inferior à atenuação obrigatória assegurada ao arguido colaborador na corrupção).

<sup>30</sup> Em Itália, perante normas similares, há quem fale de «uma espécie de clímax ascendente de premiação» – cf. T. MUIESAN, «La nuova causa di non punibilità nei delitti contro la Pubblica Amministrazione: al nemico che fugge ponti d'oro», *Discriminen*, 14.03.2019.

já só poderá contar com o terceiro prémio, o menos «valioso», da *atenuação (obrigatória) da pena*.

## 1. A colaboração probatória no julgamento

O arguido que reserve para a fase de julgamento a sua decisão de colaborar com a justiça continuará, como até aqui, a beneficiar (apenas) da atenuação obrigatória a que se refere a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 374.º-B. A medida da atenuação é a fixada nos termos gerais pelo legislador: o limite máximo da moldura é reduzido de um terço e o seu limite mínimo, ao mínimo legal (artigo 73.º, n.º 1).

Parece-nos sensata a opção legislativa de atribuir natureza obrigatória à atenuação e de predeterminar a sua medida. A maximização das utilidades instrumentais-probatórias dos prémios penais supõe, naturalmente, que o benefício punitivo seja certo. A ambiguidade das normas e a imprevisibilidade das vantagens esperadas torna menos sedutora a hipótese de colaboração e deixa o processo permeável a negociações obscuras, comprometendo a sua lisura e transparência. Claro que negociações podem sempre existir, agora que o Governo quer consagrar em letra de lei o mecanismo dos «acordos sobre a sentença», mas o arguido que preste uma colaboração efetiva sabe que – independentemente da maior ou menor força negociada das «partes» – a pena abstrata em que incorra sofrerá um corte de um terço no seu limite máximo.

Nesta linha, deverá o Governo aproveitar o processo legislativo que se avizinha para esclarecer que qualidades terá de revestir o contributo probatório para ser merecedor da atenuação da pena. Os desencontros doutriniais e jurisprudenciais na interpretação da fórmula «auxiliar concretamente na obtenção de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis» geram incerteza e são, provavelmente, o maior óbice à efetiva aplicação das normas premias.

É seguro que o contributo do colaborador não pode traduzir-se na mera identificação dos outros envolvidos na trama criminosa, sem contextualização da natureza e modo da sua intervenção e desacompanhada de elementos adicionais de prova<sup>31</sup>. Chegado o tempo do julgamento, as autoridades em regra já terão rastreado e localizado todos os possíveis implicados, faltando-lhes, porventura, as provas necessárias a obter a sua condenação. É na dissolução desses embaraços probatórios que o contributo do colaborador pode afigurar-se decisivo. Com efeito, as práticas corruptivas são facilmente confundíveis com operações lícitas, tornando-se difícil distinguir o obséquio inócuo da vantagem proibida, a simples cortesia da peita; enfim, separar o trigo do joio. O problema probatório desloca-se para a averiguação da própria essência penal da conduta: não se trata já de provar *quem* cometeu o crime, mas de apurar se o que aconteceu *é* crime. E esta tarefa, que incide sobre realidades sigilosas e dados inapreensíveis pelos sentidos, só pode fazer-se por uma de duas vias: ou por meio de indícios e inferências lógicas, com os seus perigos e limitações, ou mobilizando o contributo dos próprios implicados.

<sup>31</sup> Nesse sentido, cf. INÊS FERREIRA LEITE, «“Arrependido”: a colaboração processual do coarguido na investigação criminal», in 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra. Almedina, 2010, p. 400, e NUNO BRANDÃO, «Colaboração probatória», cit., pp. 121-122.

Para que o contributo do colaborador mereça o epíteto de «decisivo» não é forçoso que algum dos outros agentes do crime venha a ser condenado<sup>32</sup>. A condenação pode não sobrevir por uma miríade de razões não imputáveis ao colaborador: a verificação de alguma causa de justificação ou de desculpa, o decurso do prazo de prescrição, a falta de diligência das autoridades no asseguramento de algum meio de prova que o colaborador lhes indicou, *etc.* As circunstâncias imponderáveis e os descuidos dos investigadores não podem penalizar o arguido que tenha mostrado total espírito de colaboração com as autoridades. Não porque um tal resultado fosse injusto, mas porque esmoreceria eventuais ímpetus colaborativos e prejudicaria a eficácia dos instrumentos premiais. Ao colaborador pode apenas exigir-se que preste informações completas (contando tudo o que sabe) e apresente provas concretas (de que as autoridades não disponham já) sobre a sua imputação ou a dos outros comparticipantes.

Em suma: não será necessário que a colaboração do arguido produza resultados úteis, bastando que se mostre razoável esperar a produção desses resultados, considerada a natureza dos contributos dispensados, o seu grau de completude e densificação e o momento em que foram prestados<sup>33</sup>. Parece ir nesse sentido a proposta do Governo ao sublinhar que «a pena é especialmente atenuada se os arguidos colaborarem ativamente na descoberta da verdade até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, contribuindo de forma relevante para a prova da sua responsabilidade ou para a prova da responsabilidade de outros».

À semelhança do que se propõe a respeito da dispensa de pena, julgamos que a atenuação especial deverá ser estendida a todos os crimes que integram o mesmo «pedaço de vida», quer dizer, aos delitos «que, não sendo cometidos contra bens eminentemente pessoais, sejam efeito dos crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem ou de corrupção, ou que se tenham destinado a continuar ou a ocultar estes crimes ou as vantagens dos mesmos provenientes».

## 2. A colaboração probatória no inquérito e na instrução

Os contributos probatórios dos agentes do crime serão tanto mais úteis à investigação quanto mais precocemente forem prestados. Nas fases preliminares do processo, em que a suspeita se constrói e densifica, as informações dos arguidos podem levar à identificação de pessoas que ainda estavam fora dos radares das autoridades, ao asseguramento de provas que tenderiam mais tarde dissipar-se ou à localização e «congelamento» de proventos criminosos cujo rasto depressa se desvaneceria. Ponto é que no julgamento o «arrependido» mantenha a disponibilidade para colaborar, concorrendo com as suas declarações para dar sentido ao manancial probatório entretanto recolhido.

Ao Estado não interessa apenas receber denúncias e detetar crimes ocultos; interessa-lhe sobretudo que, desvelados os crimes, o sistema seja capaz de identificar e punir os culpados. O aumento das denúncias produz um efeito paradoxal na gestão das cifras da corrupção. Como os índices conhecidos não avaliam os níveis de corrupção, mas a percepção dos cidadãos sobre a sua disseminação, a revelação

<sup>32</sup> Contra, cf. NUNO BRANDÃO, «Colaboração probatória», cit., pp. 123-124.

<sup>33</sup> Em termos próximos, INÊS FERREIRA LEITE, «“Arrependido”: a colaboração processual», pp. 399 ss.

de teias corruptivas até então dissimuladas não conduz de imediato a um reforço de confiança nas instituições democráticas. É preciso aguardar o esclarecimento ritualizado dos factos e o desfecho dos processos penais. E nesse percurso, em regra longo, tortuoso e acidentado, e muitas vezes rematado com sonoras prescrições ou rotundos fracassos, amplifica-se a frustração das expectativas comunitárias e consuma-se a sensação de impunidade dos «poderosos». Num contexto criminal em que o efeito de funil é acentuado e as taxas de atrito especialmente elevadas, a tarefa probatória assume particular delicadeza. E embora a realização dessa tarefa deva repousar sobretudo nas provas que os órgãos de perseguição penal obtenham pelos seus próprios meios – apostando-se no reforço dos meios de investigação e na capacitação dos recursos humanos e atribuindo-se um lugar secundário e marginal à colaboração das pessoas envolvidas na trama criminosa –; apesar disso, dizíamos, é no plano probatório que esse contributo poderá interessar e tornar-se «apetecível».

À luz destas considerações utilitaristas, compreende-se a possibilidade de dispensar de pena o agente que colabore «decisivamente para a descoberta da verdade durante a fase de inquérito ou instrução, mesmo que não tenha denunciado o crime antes da instauração de procedimento criminal». Na proposta da ENA, a dispensa de pena tem aqui natureza facultativa, como também acontece no domínio do terrorismo, do tráfico de drogas e do tráfico de armas. E, nessa medida, estará dependente da conclusão positiva sobre a verificação de uma ilicitude e culpa diminutas, da reparação do dano, da não oposição de exigências de prevenção (cf. artigo 74.º, n.º 2). Na maioria dos casos – pelo menos naqueles a que estas medidas se dirigem e lhes dão sentido –, estes requisitos não estarão cumpridos, restando ao agente o benefício da atenuação especial a que já aludimos.

Um arguido racional, que pondera as vantagens estratégicas da sua atuação processual, preferirá esperar pelo julgamento para, então, decidir ou não colaborar. Pode até nem vir a ser acusado ou, se o for, a instrução pode ainda ser decidida em seu favor ou, chegado a julgamento, pode tornar-se patente que as provas da acusação são facilmente desmontáveis – não é raro nos «megaprocessos» que a montanha acabe por parir um rato. E mesmo que tudo corra mal e a condenação pareça a hipótese mais provável, sobra a possibilidade de negociar com a acusação e com o juiz uma pena mais leniente, a troco da confissão dos factos e de indicações relevantes para a prova da responsabilidade dos outros coarguidos.

Perder-se-ão, assim, contributos relevantes para a descoberta da verdade. Contributos que, se obtidos em tempo oportuno, trariam pistas importantes à investigação e, quiçá, evitariam a acusação de arguidos inocentes. Este efeito iatrogénico só poderá ser evitado se a colaboração se afigurar taticamente mais vantajosa no alvor do processo do que no seu epílogo. Nesse sentido, poder-se-ia premiar com uma atenuação mais generosa o arguido que se apresente a colaborar ainda durante a fase de inquérito, prevendo-se, por exemplo, uma redução de um terço a metade do limite máximo da sua pena<sup>34</sup>. A modulação dos benefícios em função da fase processual teria, além disso, importantes vantagens do ponto de vista da justiça material. O arguido que auxilia a investigação logo no início do processo, quando ainda é razoável a esperança de ficar impune, exprime um claro desligamento e

<sup>34</sup> No artigo 323 *bis*, co. 2, do *Codice Penal*, prevê-se uma atenuação ainda mais expressiva, de um terço a dois terços da pena, para quem contribua para a prova do crime ou para a individualização de outros responsáveis.



distanciamento em relação ao crime, que autoriza um prognóstico favorável sobre o comportamento futuro e uma menor necessidade de pena.

### 3. A denúncia dos factos antes da instauração do procedimento criminal

Eis-nos chegados à grande novidade da ENA em matéria premial: a dispensa obrigatória de pena «caso o agente denuncie o crime em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal». A linearidade da solução e a firmeza do prémio aumentam a sua capacidade para estimular a colaboração. Consideradas as coisas sob este prisma, não se afigura em si mesma errada a atribuição de carácter obrigatório à dispensa de pena. É, no entanto, imperioso que os seus pressupostos sejam recortados com rigor, evitando-se situações de flagrante injustiça material e efeitos adversos no plano da própria oportunidade instrumental da medida.

Na proposta do Governo, para que o agente de um delito de corrupção (ativa ou passiva, antecedente ou subsequente) fique impune pelo(s) seu(s) crime(s) – *incluindo os destinados a continuar ou ocultar a corrupção e as suas vantagens* – basta que: 1) tenha denunciado a infração em todos os seus contornos; 2) antes de iniciado o procedimento criminal; 3) e antes da prática do ato ilícito, no caso da corrupção própria.

Um relance pelo direito comparado permite-nos concluir que, nos sistemas de matriz continental, nenhum legislador chegou tão longe no favorecimento da delação.

Em Espanha, a isenção de pena no crime de corrupção beneficia apenas o particular que tenha acedido ocasionalmente à solicitação do funcionário público e denuncie o crime «antes da abertura do correspondente procedimento, sempre que não tenham decorrido mais de dois meses desde a data dos factos» (artigo 426 CP). Não se atribui prémio tão expressivo ao funcionário corrupto, nem ao particular que tenha tido a iniciativa do suborno, nem ao que tenha acedido repetidamente às solicitações do agente público. A razão de ser da isenção punitiva prende-se ainda com a menor censurabilidade da conduta do cidadão pressionado pelo funcionário público que teme ver as suas expectativas legítimas defraudadas ou prejudicadas se não lhe pagar a peita<sup>35</sup>. Não se trata, pois, de uma medida totalmente «excêntrica» em relação ao delito.

Em Itália, a nova causa de não punibilidade introduzida nos delitos contra a administração pública pela *Legge 9 gennaio 2019 n. 3* abrange os servidores públicos corruptos, mas depende ainda assim de um conjunto apertado de pressupostos: o agente deve denunciar o crime no prazo de quatro meses após o seu cometimento e antes do conhecimento do início das investigações contra si dirigidas; deve fornecer indicações úteis e concretas para assegurar a prova da infração e identificar outros responsáveis; e deve colocar à disposição das autoridades a utilidade recebida ou o seu equivalente pecuniário, ou fornecer elementos para a identificação do beneficiário efetivo das vantagens (artigo 323-ter c.p.)<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> T. S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, II, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 1841.

<sup>36</sup> Para uma análise crítica desta solução premial, recebida com grandes reservas pela doutrina, cf. ALBERTO DE VITA, «La nuova legge anticorruzione e la sugestione salvifica del Grande

E mesmo na Alemanha, que introduziu uma disciplina geral sobre o arguido colaborador, condensada nas chamadas «*große Kronzeugenregelungen*»<sup>37</sup>, a dispensa de pena tem natureza residual, configurando uma alternativa, não obrigatória, à mera atenuação. Para que o tribunal possa cogitar a não punição, é necessário que: 1) o agente tenha contribuído decisivamente para a descoberta da verdade ou, com as suas revelações, evitado o cometimento de outros crimes graves; 2) as indicações probatórias fornecidas transcendam a sua própria participação na infração e sejam prestadas antes de recebidos os autos para julgamento; 3) a natureza e a importância dos contributos prestados estejam numa relação de congruência com a gravidade do ilícito e da culpa do colaborador; 4) ao crime cometido pelo arrependido não caiba prisão perpétua e não lhe deva ser aplicada pena de prisão superior a três anos (§ 46b I StGB)<sup>38</sup>.

No confronto com estas soluções, a proposta premial da ENA peca por excesso. Paradoxalmente, peca também por defeito. Peca por excesso, pela generosidade com que atribui a impunidade sem cuidar de circunscrever o benefício aos casos em que a denúncia contribua para a realização das finalidades preventivas da punição, quer dizer, para efetiva neutralização do ambiente criminoso e para a eliminação da perigosidade para o bem jurídico. Por defeito, falha ao excluir da dispensa de pena as hipóteses em que o ilícito visado pela peita tenha sido praticado, embora não

---

Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 hennaio 2019, n. 3», *Processo penale e giustizia* 4 (2019), pp. 947 ss., MARIA NOVELLA MASULLO, «L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi», *RIDPP* 62 (2019), 3, pp. 1257 ss., e FABIO FASANI, «La nuova causa di non punibilità per il "pentito di corruzione"», in R. ORLANDI / S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino: Giappichelli, 2019, pp. 115 ss.

<sup>37</sup> Por contraposição às «*kleine Kronzeugenregelungen*», previstas para segmentos da criminalidade específicos.

<sup>38</sup> Para facilitar a análise, transcreve-se e traduz-se a parte relevante da norma: «§ 46b (Auxílio ao esclarecimento ou prevenção de crimes graves) (1) Se o agente de um crime punível com pena de prisão agravada no seu mínimo ou pena de prisão perpétua 1. através da revelação voluntária do seu conhecimento contribuir decisivamente para a descoberta de um crime referido no § 100a (2) do Código de Processo Penal, que esteja em conexão com o seu crime, ou 2. revelar a uma autoridade o seu conhecimento sobre um crime do § 100a (2) do Código de Processo Penal, que esteja em conexão com o seu crime e de cujo planeamento saiba, tão precocemente que esse crime possa ainda ser impedido, pode o tribunal atenuar a pena nos termos do §49 (1), [...]. Caso o agente tenha participado no crime, o seu contributo para o respetivo esclarecimento [...] não pode limitar-se à própria participação criminal. Em alternativa à atenuação, pode o tribunal dispensar de pena se o crime for punível só com pena de prisão temporária e o agente não deva ser punido com pena de prisão superior a três anos. (2) Na decisão de acordo com (1), o tribunal deve considerar especialmente: 1. a natureza e a extensão dos factos revelados e o seu significado para o esclarecimento ou a prevenção do crime, o momento da revelação, a medida do auxílio prestado pelo agente às autoridades de perseguição penal, assim como 2. a relação entre as circunstâncias referidas em 1. e a gravidade do ilícito e da culpa do agente. (3) Não podem ter lugar a atenuação nem a dispensa de pena de acordo com (1) se o agente apenas revelar o seu conhecimento depois da abertura contra si da fase de julgamento (nos termos do § 207 do Código de Processo Penal).» Sobre a norma, cf. G. WOLTERS, § 46a, in J. WOLTER (hrsg.), *Systematischer Kommentar zum strafgesetzbuch*, 9. Auf., Köln: Carl Heymanns, 2016, e J. KINZIG, § 46a, in A. ESER (hrsg.), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auf., München: C. H. Beck, 2019.

deixe de a atribuir mesmo que o agente pratique, a par da corrupção, outros crimes graves – crimes que «não sendo cometidos contra bens eminentemente pessoais, sejam efeito dos crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem ou de corrupção, ou que se tenham destinado a continuar ou a ocultar estes crimes ou as vantagens dos mesmos provenientes». São ininteligíveis as razões pelas quais o cometimento de crimes tão graves como o branqueamento de capitais, a falsificação de documentos ou a fraude fiscal não obsta à dispensa de pena, mas a impede irreversivelmente a simples prática do ato contrário aos deveres do cargo – que pode nem ser um ilícito criminal.

Para ser *eficaz* como estímulo à colaboração, a dispensa de pena deve ser certa e estender-se a todos os factos conexos com o crime de corrupção imputado, não recuando perante a simples prática do ato ilícito visado pela peita. Para ser *merecida* ou, pelo menos, comunitariamente tolerável, a abdicação punitiva do Estado não pode, todavia, bastar-se com a mera denúncia de um crime antes de iniciado o procedimento criminal. A maximização da utilidade dos prémios penais e o respeito pelas finalidades da punição inspiram-se em considerações antinómicas, que reclamam soluções normativas, as mais das vezes, incompatíveis entre si. O legislador caminha como um funâmbulo, num equilíbrio instável entre exigências contraditórias.

Os motivos da denúncia poderão ser totalmente estranhos às razões de tutela de bens jurídicos que justificam a incriminação e a previsão da pena: podem resultar de pura tática processual, podem ser movidos por um desejo de vingança ou ressentimento, podem resultar de um plano orquestrado para comprometer um inimigo político. A dispensa de pena não estará excluída nestes casos, mas deverá conservar a sua natureza facultativa, ficando dependente do preenchimento das alíneas do n.º 1 do artigo 74.º Para que a não punição se mostre aceitável fora daqueles condicionalismos é preciso que na denúncia vá implicada uma mais-valia do ponto de vista da prevenção de crimes futuros – requisito que não estará cumprido se traduzir a revelação de uma prática delituosa isolada e porventura irrepetível. E embora não se deva exigir que a ilicitude e a culpa do agente sejam diminutas, sempre deverá excluir-se do benefício mais radical da isenção de pena aqueles que ocupem uma posição de liderança na organização criminosa ou tenham cometido crimes particularmente graves<sup>39</sup>. A estes bastará que se afastem para que a rede se dissolva e a sua perigosidade se extinga; só os operacionais intermédios, cuja atuação é «fungível», terão de colocar o crime sob o foco das autoridades para lhe porem termo.

Por outro lado, se a dispensa de pena obrigatória não ficar circunscrita à denúncia de práticas corruptivas no contexto de redes criminosas organizadas que continuariam a cometê-los sem a participação do agente, poderá dar-se o caso de o sistema deixar impune a única pessoa que por ele podia ser responsabilizada. Pense-se no empresário que procura seduzir um político com prebendas a troco de favorecimento e vê as suas intenções frustradas pela probidade do servidor público. Pois bem, nada teria a perder, já que bastaria «autodenunciar-se» para – de modo distónico em relação aos outros crimes – beneficiar de total imunidade

<sup>39</sup> Para um lugar paralelo, veja-se o n.º 2 do artigo 325.º que exclui da atenuação da pena no crime de sublevação quem tenha exercido funções de comando.

penal<sup>40</sup>. Pior ainda: não está excluído que um instituto pensado para favorecer a quebra do pacto corruptivo sirva afinal como meio de pressão para caucionar o seu fiel cumprimento. «*Cumpra o combinado, ou denuncie-te!*» – dirá o corruptor para garantir que recebe do funcionário público tergiversante o ato «comprado» ou o agente corrupto para se assegurar que o particular relapso lhe paga a vantagem prometida. A mais de substancialmente injusta por se desinteressar do destino dos interesses protegidos pela incriminação, quebrando a relação de congruência e de proporcionalidade entre crime e castigo<sup>41</sup>, a dispensa de pena converter-se-ia nesses casos num expediente perverso com elevado potencial criminógeno<sup>42</sup>.

Note-se que, mesmo com estes cuidados, subsiste o perigo de se atribuir aos próprios membros de organizações criminosas o poder de comandar a política criminal, permitindo-lhes selecionar os alvos da justiça criminal e condicionar o rumo das investigações segundo a sua conveniência. A atenção das autoridades pode, assim, ser estrategicamente desviada para organizações «em fim de vida», deixando-se livre de peias a atuação de novas redes criminosas.

A denúncia não deve apenas servir para pôr termo à organização criminosa, mas também para permitir a efetiva punição dos responsáveis. Por isso, não deverão ficar isentos de punição os agentes que denunciem o crime em tempo útil, mas não colaborem de forma completa e efetiva na tarefa probatória – entregando todos os documentos e outros elementos a que tenham acesso, prestando declarações coerentes e sem quebras no inquérito e na audiência. De outra forma, continuaria a verificar-se a inversão valorativa a que acima nos referimos. Ao simples delator, garantir-se-ia a impunidade certa; ao colaborador, por muito relevante que o seu contributo fosse para a descoberta da verdade e para a punição dos responsáveis, far-se-ia depender o benefício de uma conclusão positiva – sempre incerta – sobre a diminuta ilicitude do facto e da culpa e a não oposição de razões de prevenção.

Cremos a nova proposta do Governo procura responder a essas críticas, quando faz depender a dispensa obrigatória de pena da denúncia do crime «em todos os seus contornos» e da «colaboração do agente do crime», relegando em princípio a decisão para o julgamento<sup>43</sup>. Nesta restrição temporal não se exprime, julgamos nós, um qualquer preconceito contra a magistratura do Ministério Público, mas o reconhecimento de que as informações prestadas pelo delator em inquérito são simples indicações de uma futura possibilidade probatória que só no julgamento

<sup>40</sup> Com esta crítica, cf. MARIA NOVELLA MASULLO, «L'emersione del patto corruttivo», cit., p. 1267, e F. FASANI, «La nuova causa di non punibilità», cit., pp. 130 ss. Para não adensarmos ainda mais a complexidade, não tomaremos sequer em conta a possibilidade de o corruptor malgrado, por despeito, denunciar o político probo, atribuindo-lhe a iniciativa do pacto fracassado. A eventual raridade de hipóteses como a descrita não exonera o legislador de as considerar na ponderação da oportunidade político-criminal da medida.

<sup>41</sup> L. FERRAJOLI, «Ravvedimento processuale e inquisizione penale», *Quest. giust.*, 1982, p. 217.

<sup>42</sup> Advertindo para este perigo (em face da lei italiana), cf. LAURA NOTARO, «La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A.: vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale e collaborazione processuale di fronte all'espansione del paradigma emergenziale», *La legislazione penale*, 24.11.2020.

<sup>43</sup> Ainda que se cumpram os pressupostos para a dispensa de pena, o arquivamento nos termos do artigo 280.º ficará reservado para as hipóteses, seguramente residuais, de verificação dos requisitos do n.º 1 do artigo 74.º

poderá confirmar-se. Podem iluminar e orientar as investigações, mas apenas em audiência permitirão efetivamente esclarecer o crime «com todos os seus contornos». Conceder a impunidade a troco da simples revelação de crimes ocultos é pagar um preço muito alto por informações que, mais cedo ou mais tarde, as autoridades sempre obteriam pelos seus próprios meios.

Noutra linha, parece-nos que a dispensa de pena deverá ficar condicionada – como, de resto, se estabelece no direito italiano – à restituição voluntária das utilidades recebidas ou, se tal não for possível, o seu equivalente pecuniário. A proposta do Governo esclarece que «a decisão judicial que decreta a dispensa de pena é uma sentença condenatória» e, por isso, não prejudica o regime da perda alargada de bens. As autoridades de perseguição penal ficarão munidas de um título que as habilitará a determinar a sua perda – se conseguirem localizar as vantagens ilícitas. A estratégia, destinada a passar a mensagem de que «o crime não compensa», parece-nos fraca. Não faz sentido que o Estado abdique totalmente da punição do delator e ainda tenha que percorrer o caminho tortuoso do processo de perda alargada para o privar dos proventos da sua atividade criminosa.

Quando falamos de utilidades recebidas, não nos referimos apenas à peita paga ou recebida em função de um concreto crime. Estão em causa todas as vantagens proporcionadas pela atividade criminosa, calculadas nos termos dos artigos 9.º e ss. da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. E essas vantagens são não apenas aquelas com que o corruptor gratificou o servidor público corrupto, mas também as que este obteve como contrapartida do suborno. Nem sempre será fácil computar o valor das utilidades reciprocamente auferidas. Do lado do corruptor, teremos vantagens não pecuniárias: adjudicação de contratos de empreitada ou fornecimento, licenciamentos ilegais, *etc.* Do lado oposto, poderemos ter disposições patrimoniais ou prestações de outra espécie, umas mais facilmente convertíveis em dinheiro do que outras: p. ex., oferta de cargos ou empregos, viagens, prestações de natureza sexual, *etc.* Competirá ao delator que aspira à impunidade fornecer todos os elementos necessários a esse apuramento e às autoridades confirmar e validar os cálculos.

Uma última nota sobre o momento/critério a considerar para o reconhecimento de efeitos dirimentes à denúncia. A ENA refere-se ao «início do procedimento criminal», querendo talvez apontar para a decisão de abertura de inquérito. No entanto, é sabido que em determinados domínios da criminalidade (em que se incluem a corrupção e os crimes económico-financeiros), existe – bem ou mal, não importa agora – a prática de, como momento prévio ao inquérito penal, se desenvolverem diligências policiais de averiguação (ditas «preventivas»), destinadas a concretizar e a densificar a notícia. A denúncia de uma infração já sinalizada pelas autoridades, mesmo que dela haja um conhecimento apenas sumário e preliminar, não pode sem mais dar lugar à impunidade. Afinal, as dificuldades na deteção do delito – que parecem ser a razão da atribuição de tão avultado benefício – já foram ultrapassadas com sucesso. E não está excluído que, em virtude da complacência dos investigadores ou imprudência na condução das tais «averiguações preliminares», o denunciante até já saiba que está a ser rastreado e se apresente a denunciar apenas para obstar à própria responsabilização. Para todos os efeitos, a denúncia feita depois do início das «averiguações preliminares» deve contar como se o fosse depois da abertura do inquérito. A fórmula «início do procedimento penal» deve ser entendida em sentido

amplo, incluindo todas as diligências de investigação desenvolvidas pelas autoridades de perseguição penal<sup>44</sup>.

#### 4. Entre a suspensão provisória do processo e os acordos sobre a sentença: a caminho da «barganha de indulgências»?

Os privilégios punitivos descritos não esgotam o elenco dos benefícios que o agente pode obter em troca da sua colaboração processual. A Lei n.º 36/94 prevê a suspensão provisória do processo, restrita aos casos de corrupção ativa, para os casos em que o arguido «tenha denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade» e seja de prever «que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir» (artigo 9.º, n.º 1).

Nestes casos, o Ministério Público – embora tenha recolhido indícios suficientes da prática de crime – pode abster-se de acusar. A suspensão provisória do processo constitui uma abertura no sentido da oportunidade processual, mas o legislador não quis – nem quer, aparentemente – convertê-la num expediente de negociação da colaboração. A não sujeição do agente a julgamento depende do auxílio que tenha dado no passado à investigação, e não daquele que no futuro ainda possa vir a prestar. Claro que o Ministério Público pode livremente informar o arguido da sua intenção de determinar a suspensão do processo em caso de colaboração relevante, mas não lhe é legítimo vincular-se à atribuição de um benefício que depende, em última instância, da concordância do juiz de instrução<sup>45</sup>. E nem a lei vigente estabelece, nem as normas *in fieri* preveem a possibilidade de entendimento entre as autoridades de perseguição penal e o arguido sobre os termos da colaboração em inquérito ou na instrução e os benefícios que dela podem emergir para o «arrendido», designadamente a sua não sujeição a julgamento.

É manifesto que o Governo não rejeita a negociação de descontos punitivos – a barganha de indulgências, se quisermos usar de amigável provocação –, embora o veemente repúdio uma específica modalidade de colaboração pactuada (a «delação premiada», à brasileira) contraste com o favor com que acolhe e se propõe introduzir a outra (os «acordos sobre a sentença», como na Alemanha)<sup>46</sup>. E terá sido por causa dessa rejeição de negociações prévias ao julgamento que a ENA recuou na ideia de estender a suspensão provisória do processo à corrupção passiva. Um alargamento deste tipo daria provavelmente azo à proliferação de acordos informais tendentes à obtenção de uma espécie de *immunity from prosecution* em troca da obrigação de prestar declarações em audiência e de contribuir para a descoberta da verdade. Prática que, com ou sem negociação, não é desconhecida da realidade quotidiana dos

<sup>44</sup> Com esta interpretação em face da fórmula equivalente do Código Penal espanhol, cf. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.) / P. DÍAZ MARTÍNEZ, *Código Penal Comentado con concordancias y jurisprudencia*, II, 2.ª ed., Barcelona: Bosch, 2004, p. 1256.

<sup>45</sup> Cf. NUNO BRANDÃO, «Colaboração probatória», cit., p. 131.

<sup>46</sup> Refira-se, todavia, que, a par dos *Urteilsabsprachen*, o direito alemão admite também «entendimentos» entre o Ministério Público e os outros sujeitos processuais sobre a condução ulterior do processo (cf. § 160b *StPO*), como alerta J. FIGUEIREDO DIAS, «Acordos anteriores ao julgamento em processo penal», *RPCC* 27 (2017) 2, pp. 389 ss.



processos<sup>47</sup>. Para evitar que a ampliação do espaço de operatividade da suspensão fizesse entrar pela janela aquilo a que tão ciosamente se quis fechar a porta, a ENA passou a referir-se apenas à aplicação do instituto aos crimes de oferta indevida de vantagem – «numa lógica de igualização de tratamento relativamente à corrupção ativa, considerando a similitude dos dois tipos legais» – e à sua utilização também na fase de instrução.

Não explanaremos aqui as razões pelas quais julgamos inconveniente – quer no plano da justiça material, quer no próprio plano político-criminal – a abertura a mecanismos de justiça negociada assentes em puras considerações instrumentais de estratégia criminal. Primeiro, porque já tivemos ocasião de o fazer em sede mais oportuna<sup>48</sup>. Segundo, porque exprimir ideias contrárias às defendidas pela doutrina mais autorizada e pela generalidade dos operadores judiciais vale o mesmo que pregar no deserto<sup>49</sup>.

Persistimos, todavia, na convicção de que os acordos sobre a sentença são um mau remédio para debelar a sobrecarga do sistema de justiça criminal e garantir a sua funcionalidade. E são-no muito especialmente na corrupção e nos demais crimes de «colarinho branco». Em sectores da criminalidade em que a infração se traduz precisamente no mercadejar com o cargo em proveito pessoal, permitir que o agente negocie também a pena a troco da assunção da própria imputação – e, repare-se, apenas para se obter ganhos em termos de celeridade – contraria de forma gritante a intenção anunciada de uma estabilização das expectativas comunitárias na correção e funcionalidade da justiça criminal. Para mais se estiverem em causa arguidos com «elevada competência de ação», que a opinião pública acredita estarem em condições de «vergar» a justiça, conseguindo, a troco da confissão de um crime que as autoridades sempre poderiam (embora com mais tempo) provar, a condenação numa pena meramente simbólica.

Uma coisa é beneficiar dos prémios que o legislador – de forma geral, abstrata e igual para todos – atribui a quem livremente decide colaborar com a justiça. Outra é a negociação de vantagens especiais ou suplementares, ainda que contidas dentro da moldura legal prevista, para um contributo probatório que só em julgamento (e, portanto, *in extremis*) se decidiu prestar. Parece-nos que com negócios processuais deste tipo é a própria capacidade de orientação das normas que se debilita e o

<sup>47</sup> Com referência concreta a processos em que injunções deste tipo foram estabelecidas, cf. INÊS FERREIRA LEITE, «A colaboração do coarguido na fase de investigação», in *Direito de investigação criminal e da prova*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 231 ss., e NUNO BRANDÃO, «Colaboração provatória», cit., pp. 131 ss.

<sup>48</sup> Cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 468 ss.

<sup>49</sup> A obra de J. FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal: o «fim» do Estado de Direito ou um novo princípio*, Porto: Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, 2011, inaugurou uma linhagem de outros importantes estudos favoráveis à solução. A título de exemplo, veja-se NUNO BRANDÃO, «Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução», *Julgar*, 25 (2015), pp. 164 ss., CLÁUDIA CRUZ SANTOS, «Decisão penal negociada», *Julgar*, 25 (2015), pp. 145 ss., e G. MARQUES DA SILVA, «Plea bargaining e acordos sobre a sentença», *RPCC*, 28 (2018), 1, pp. 95 ss. (embora temperando posição de princípio favorável com a alusão a uma experiência real traumática do funcionamento dos acordos). Contra, apenas E. MAIA COSTA, «Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo», *Julgar*, 19 (2013), pp. 87 ss.

Estado que aos olhos da comunidade se desacredita na sua função de realização da justiça.

#### IV. Observações conclusivas

O combate à corrupção é um tema permanente da ordem do dia das preocupações político-criminais. Nas últimas décadas, nenhum Governo deixou de o inscrever nas suas linhas programáticas e quase nenhum ministro da Justiça resistiu a apor a sua assinatura numa reforma penal dirigida a este segmento da criminalidade. Campo fértil para populismos e discursos demagógicos, a corrupção é o lugar simbólico onde se joga a confiança nas instituições e a própria democracia. E essa é a primeira razão da sua onnipresença em todos os debates sobre a eficácia do sistema penal.

A outra razão prende-se com a dificuldade de erradicar práticas corruptivas. Numa sociedade complexa, composta por uma teia inextrincável de recíprocas interações, são inevitáveis as relações de solidariedade, os pontuais conflitos de interesses, as posições de dependência ou de supremacia. E estas tensões dinâmicas potenciam toda a sorte favorecimentos, abusos de poder, tráficos de influências, concussões e prevaricações; em suma, as mais diversas formas de transacionar ou «mercadejar» poderes institucionais. A oportunidade de pactos ilícitos não é eliminada num cenário de menor intervenção estatal. Porque a redução da esfera pública não reduz a complexidade social, as descritas relações tensionais são simplesmente transferidas para outros núcleos de poder financeiro ou institucional – porventura ainda menos escrutinados, mais opacos, menos regulados. Aí estão, para o demonstrar, os casos de corrupção no sector privado, no comércio internacional e na atividade desportiva. Aí estão as ondas de choque da crise financeira da década passada, que não tendo como origem práticas corruptivas, se fazem sentir, como elas, sob a forma de pesadas faturas nos défices públicos e nos bolsos dos contribuintes.

Para vencer a especial opacidade da corrupção e a sua grande resistência à investigação, o ordenamento jurídico português tem-se desdobrado em estratégias. Refira-se, por exemplo, o alargamento dos prazos de inquérito, de duração do segredo interno e de prescrição do procedimento criminal. Refira-se, ainda, a previsão de regimes privilegiados de interferência no segredo bancário e fiscal ou a utilização dos agentes infiltrados e outros métodos ocultos de investigação. Refiram-se, por último, os sucessivos alargamentos ao tipo incriminador da corrupção<sup>50</sup>.

Nenhuma destas medidas, por si só ou somada às demais, foi suficiente para aumentar a funcionalidade e eficácia do aparelho repressivo. Ciente da dificuldade de ganhar a batalha no plano da repressão, a ENA elege a *prevenção* como «chave do problema» e «vetor essencial» de atuação, mas não deixa de dirigir as baterias de combate para um alvo até aqui pouco valorizado: *a promoção da colaboração processual dos próprios implicados nas práticas corruptivas*.

<sup>50</sup> Com uma síntese dessas alterações substantivas, cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «Da corrupção ao enriquecimento ilícito: o alargamento do tipo incriminador como forma de contornar dificuldades probatórias?», in CÂNDIDO DA AGRA / M. A. MELO GOMES (org.), *Criminologia integrativa*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, pp. 622 ss.

Tivemos ocasião de sublinhar as diferenças estruturais e dogmáticas entre os prémios penais destinados a favorecer a colaboração na recolha de provas e aqueles que se fundam no arrependimento do agente e no seu regresso ao direito. Os últimos, embora pressuponham a consumação do crime, cumprem ainda uma função de proteção ou reintegração de bens jurídicos. A renúncia à pena encontra, pois, fundamento nas mesmas razões de tutela que justificam a incriminação da conduta. Pelo contrário, a conduta do arguido colaborador situa-se num plano «excêntrico» ao crime: não se destina a neutralizar a sua perigosidade ou a reparar os danos causados ao bem jurídico, mas a fornecer um *apport* probatório às autoridades. A relação de simetria entre crime e castigo, entre contraconduta reparadora e desconto punitivo, atenua-se.

Há casos em que o auxílio prestado às autoridades de perseguição penal ainda encontra justificação no terreno da prevenção. Assim sucede quando a colaboração probatória contribua para o desmantelamento de redes criminosas, para a redução da sua capacidade operacional ou para a neutralização do seu ambiente de ação. Conseguem-se por caminhos diversos efeitos práticos similares aos da atuação do agente que se esforça por impedir a continuação de grupos, organizações ou associações, ou comunica à autoridade a sua existência de modo a esta poder impedir a prática de crimes (artigo 299.º, n.º 4). Aqui, a eventual abdicação punitiva do Estado representa ainda um «preço tolerável» (DONINI). Outro juízo merecem as situações em que o agente se limita a denunciar o próprio crime ou delitos que já esgotaram a sua capacidade lesiva. No limite, poderá dizer-se que o Estado, ao oferecer a impunidade a quem denuncie em primeiro lugar, promove um clima de insegurança dissuasor da formação de novos pactos criminosos. Mas, mesmo que assim fosse – e não o temos por certo –, esse seria sempre um efeito indireto, mediato e longínquo, incapaz de compensar as consequências negativas, do ponto de vista da respeitabilidade do Estado e da confiança da comunidade nas suas normas e instituições, da promoção da delação.

Em jeito de balanço, e na linha do que antecede, diremos que a ENA vai longe de mais na sua estratégia premial. A atribuição de carácter obrigatório à dispensa de pena é em si mesma ajustada, mas será necessário rodear a medida de requisitos mais apertados para que a abdicação punitiva do Estado se mantenha dentro de limites de legitimidade político-criminal.

Foi-nos pedido que concluíssemos o texto com propostas concretas que pudessem servir de orientação no processo legislativo *in fieri*. Cumprindo o repto, atrevemo-nos a recomendar:

- a) a previsão de um regime de colaboração premiada comum à corrupção, à criminalidade organizada e aos delitos económico-financeiros, que condense as normas existentes e evite a pulverização de regimes desarmónicos e, tantas vezes, contraditórios<sup>51</sup>;

<sup>51</sup> À semelhança do regime premial geral para as «testemunhas da coroa» (*große Kronzeugenregelungen*), previsto no § 46b StGB. Sem aludir ao referente do direito alemão, também ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, «O estatuto do arrependido colaborador no dealbar do (ainda) admirável mundo novo – um novo meio de obtenção de prova a tipificar em Portugal», *Julgar online*, abril 2020, propõe a «criação de um estatuto de arrependido colaborador, como novo meio de obtenção de prova, no combate e investigação da criminalidade organizada». Embora não nos pareça necessário, ou sequer conveniente, enquadrar o arrependido colaborador como um «novo» meio

- b) a consagração de prémios penais calibrados em função do momento processual em que a colaboração é prestada: *aa)* sendo-o no julgamento, o agente beneficiaria da atenuação da pena em um terço no seu limite superior e ao mínimo legal no seu limite inferior; *bb)* se o fosse no inquérito ou na instrução, a pena seria atenuada entre um terço e metade no seu limite superior e ao mínimo legal no seu limite inferior; *cc)* a menos que estivessem preenchidos os requisitos das alíneas do n.º 1 do artigo 74.º, a dispensa de pena ficaria reservada para as hipóteses em que o agente denunciasse o crime em todos os seus contornos antes da aquisição da notícia do crime pelas autoridades e contribuísse de forma decisiva para o seu esclarecimento, desde que: *i)* esse contributo tivesse concorrido para impedir a prática de outros crimes ou a continuação dos grupos, organizações ou associações criminosas e *ii)* o denunciante não devesse punido com pena de prisão superior a três anos;
- c) a atenuação e a dispensa de pena referir-se-iam a todos os crimes praticados pelo colaborador que, não se dirigindo contra bens jurídicos pessoais, se tivessem destinado a preparar, continuar ou ocultar o crime denunciado;
- d) a atribuição dos benefícios penais ficaria condicionada à restituição, até ao início da audiência de julgamento, das vantagens da atividade criminosa do agente, calculadas nos termos dos artigos 9.º e ss. da Lei n.º 5/2002.

5 de abril de 2021

## A tipificação do estatuto do arrependido colaborador

Ana Raquel Conceição<sup>1</sup>

### Sumário:

- I. As novas exigências de prevenção e combate à corrupção
- II. A colaboração do arguido na investigação criminal
- III. O arrependido colaborador
- IV. A tipificação do estatuto do arrependido colaborador
- V. Conclusão

**RESUMO:** O presente artigo visa demonstrar as graves dificuldades de prevenção e repressão que a criminalidade organizada em geral e a corrupção em particular comportam, evidenciando a aceitação pelo legislador nacional e internacional da necessidade de aplicar e prevalecer, como forma de atenuar tais dificuldades, a colaboração dos agentes da referida criminalidade com a investigação criminal através da atribuição de um prémio. Apreciaremos se tal medida de investigação se adequa à estrutura e modelo de processo penal português, dando nota que tal estatuto processual se adequa e o respeita, como direito constitucional aplicado que lhe é reconhecido. Por fim, apontaremos a necessidade da tipificação do referido regime legal, não obstante o princípio da legalidade da prova não o exigir, de modo que seja inequívoca para o aplicador da lei em que termos e com que finalidades o mesmo poderá operar, sempre com respeito pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação. Apresentaremos uma proposta de regime jurídico a positivar. A tipificação do estatuto de arrependido colaborador dará sentido e cumprimento à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, com respeito exímio pelos princípios fundamentais da lei processual penal portuguesa, que garantem e limitam a intervenção penal do Estado, respeitando, nesta concordância prática, os direitos fundamentais dos seus cidadãos.

### I. As novas exigências de prevenção e combate à corrupção

A sociedade sem limites e sem fronteiras levou a que grande parte da criminalidade também viesse a beneficiar destas características, que determinam de forma indubitável uma grave dificuldade na sua prevenção, investigação e repressão. A internacionalização e a criminalidade organizada são fenómenos indissociáveis. Como refere ANABELA MIRANDA RODRIGUES: «Sob o impulso da globalização, a sociedade redesenha as formas da sua organização: múltiplas redes debuxam os contornos fluidos de uma sociedade multiforme e policêntrica.»<sup>2</sup>

É a partir desta nova sociedade sem fronteiras, com comunicação em tempo real em qualquer parte do mundo, onde a evolução tecnológica é uma constante e onde

<sup>1</sup> O presente texto corresponde, em parte, à nossa tese de doutoramento que defendemos a 6 de setembro de 2018 na Universidade Lusíada – Norte (Porto), intitulada *O Branqueamento de Capitais e o Estatuto do Arrependido colaborador: uma nova exigência no (ainda) admirável mundo novo*.

<sup>2</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Criminalidade organizada – que política criminal?», in *Themis – Revista da Faculdade de Direitos da UNL*, Lisboa: Almedina, 2003, p. 33.

as estruturas fundamentais de uma sociedade são permeáveis, que a criminalidade organizada surge com maior exponencial.

A corrupção está no centro desta criminalidade e suporta todas as suas características sociológicas e de política criminal. Por força das dificuldades na sua prevenção e investigação, começam a surgir manifestações positivas e vozes no sentido de permitir e premiar a colaboração dos seus agentes com as autoridades judiciais.

Aferiremos, de seguida, quais são as manifestações dogmáticas e adjetivas nacionais da relevância da colaboração do arguido, também na investigação criminal.

## II. A colaboração do arguido na investigação criminal

O arguido não tem qualquer ónus *probatio* beneficiando da presunção da sua inocência, cabe-lhe um papel passivo na recolha da prova. A presunção da inocência e os seus respetivos corolários, bem como a proibição da autoincriminação, são formas de garantir que o arguido seja tratado e mereça o estatuto de sujeito e não um objeto do processo. São princípios, com uma referência axiológica na nossa lei fundamental tão forte e preponderante, que funcionam como limites à intervenção penal do Estado, respeitando a dignidade humana<sup>3</sup>. É inegável que o arguido beneficia dessa presunção e goza de vários e importantes direitos processuais, todavia poderá não os exercer. Poderá renunciar ao seu direito ao silêncio, prestando declarações incriminatórias, demonstrando a sua culpabilidade.

Na lei substantiva, logo em sede de punibilidade, é atendido o comportamento do agente que, apesar de iniciar a execução do crime, se arrepende do seu cometimento e tudo faz para evitar a produção do seu resultado. Há outros comportamentos do agente, posteriores ou anteriores ao cometimento do crime, que, não obstante não impedirem a sua responsabilização, são relevantes na determinação da medida concreta da pena. Detenhamos, rapidamente, alguma atenção em cada um deles.

Várias são as figuras de desistência, de arrependimento ou intuito de reparação do dano causado que surgem no âmbito do direito substantivo, quer oriundas da parte geral, aplicáveis a todo o tipo de criminalidade, quer na parte especial, que, como veremos, se aplica aos crimes de corrupção. A relevância da desistência ou do arrependimento, que excluem a punibilidade, resulta de razões de natureza dogmática e de política criminal. Ou seja, se não fosse relevante a desistência na tentativa poderia servir como um incentivo à concretização total do crime, pois, se o agente sabe que vai ser sempre punido, mesmo que desista, nada o demoverá de o exaurir. Por outro lado, se o agente desiste da prática de atos de execução ou se arrepende, tentando impedir a consumação, já não se verifica a necessidade de prevenção especial, pois o agente, com a sua desistência e arrependimento, regressou ao mundo da licitude, mesmo que impeça o resultado *não compreendido no tipo de crime*. Quer dizer, sempre que o agente manifeste um arrependimento ativo, mesmo em crimes de mera atividade, ou crimes formais, tal arrependimento deve ter assento. É o que resulta do disposto no artigo 374.º-B, n.º 1, do CP ou do 299.º, n.º 4, do CP, corrupção e associação criminosa, respetivamente, em que a relevância da desistência ou do

<sup>3</sup> Sobre a relação entre a dignidade humana e a presunção da inocência, ver o nosso anterior trabalho, ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, «A presunção da inocência no artigo 6.º n.º 2, da CEDH», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos protocolos adicionais*, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (Org.), Vol. II, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1069-1099.



arrependimento têm lugar na parte especial do CP. Assim, não obstante a corrupção ou a associação criminosa serem crimes de mera atividade, poderá a desistência ou o arrependimento do agente merecer a dispensa ou atenuação da pena<sup>4</sup>. O legislador criou, na parte especial, estas figuras da desistência e arrependimento nestes dois tipos de crime, por força também da danosidade que comportam e da sua existência exponencial no nosso país, de forma a demover a sua prática, criando, no próprio tipo, causas de não punibilidade, semelhantes às da parte geral, e uma muito especial, a exclusão da punibilidade quando o agente dá início à investigação. Para além da desistência, a promoção da ação penal é uma forma de permitir a não punibilidade do agente. É claro que a desistência ou o arrependimento do agente importam na intervenção penal dos seus comportamentos. Assim, a sua *autocolaboração* para evitar que o crime aconteça ou que se produzam os seus resultados tem relevância dogmática, fazendo com que não seja punido.

Outra manifestação da relevância substantiva do arrependimento consta das normas que regulamentam a determinação da medida concreta da pena, nos artigos 71.º e 72.º do CP. São normas que não excluem a punibilidade do agente, mas o facto de este reparar os danos causados ou mostrar sério arrependimento, após a consumação do crime, poderão permitir a aplicação de uma atenuação da pena. A reparação do dano, por regra, não exclui a responsabilidade do agente pois, ao contrário do que acontece na desistência e no arrependimento ativo, o agente limita-se a compensar o dano que causou e não a impedir que ocorra. E por isso, por razões de política criminal e dogmáticas, o agente deve continuar a ser punido<sup>5 6</sup>.

O arrependido colaborador serve o fim da investigação criminal, funcionando como uma forma especial de atenuação da pena, no âmbito da criminalidade organizada. É para e por força do carácter organizado do crime que surge e urge o arrependido colaborador. Apesar dos esforços para fazer face às necessidades investigatórias deste tipo de criminalidade, constata-se que se revelam insuficientes e daí a necessidade de criar outro meio de coadjuvar a recolha e obtenção de prova<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Conforme refere MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA: «[...] do modo como o art.º 24.º CP está redigido, ele dá abertura a uma isenção de penas sem limites para os crimes consumados, quando são preenchidos os requisitos neles inerentes». MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I. A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982*, 4.ª ed., Lisboa: Verbo, 1997, p. 423.

<sup>5</sup> Pode, contudo, a restituição ou reparação, em certos crimes e com certos requisitos, levar à extinção da responsabilidade do agente. É o que se verifica nos crimes contra o património, nos termos do artigo 206.º do CP.

<sup>6</sup> Neste sentido nos ensina DAMIÃO DA CUNHA quando refere: «Deve, aliás, acrescentar-se o seguinte: neste caso, em que se verifica um perigo concreto, criado pelo agente, este, ao impedir um dano – qualquer que ele seja –, está a actuar impedindo uma ofensa a um bem jurídico por ele próprio provocada; neste sentido, há como que uma obrigação de agir (um dever de agir), face à situação de perigo que (dolosa ou negligentemente) ele provocou. A eventual punibilidade do agente pareceria, neste caso, ser pouco razoável.» – DAMIÃO DA CUNHA, «Atenuação especial e dispensa de pena – artigo 286.º», in FIGUEIREDO DIAS (Coord.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo II*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 1038.

<sup>7</sup> Conforme refere INÊS FERREIRA LEITE: «[...] as normas que assentam na colaboração com a atividade probatória serão aplicáveis apenas a formas de criminalidade especialmente complexa ou organizada e dependem se ter sido fornecido, pelo agente do crime, um contributo decisivo para a recolha da prova do crime quanto a outros participantes ou agentes do crime» – INÊS FERREIRA LEITE, «“Arrependido”: a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal», in

Em suma, existem essencialmente quatro figuras de manifestação do arrependimento do agente: a desistência, o arrependimento ativo, a reparação dos danos e o arrependido colaborador. Contudo, não têm todas a mesma consequência: enquanto nas duas primeiras há uma exclusão da sua punibilidade, nas duas últimas verifica-se uma atenuação especial da pena, quer por o arguido demonstrar um menor grau de culpa por força de comportamentos que adota, antes ou depois do crime, que merecem relevância pelo julgador; e outros que, por auxiliarem de forma decisiva a investigação e porque o crime comporta extrema dificuldade investigatória, merecerão uma atenuação especial da pena, principalmente por força da satisfação das exigências de prevenção geral. Detenhamo-nos um pouco mais nesta última manifestação de colaboração, no ponto seguinte do presente trabalho.

### III. O arrependido colaborador

Numa análise imediata, a tendência é responder negativamente à sua admissibilidade, a qual assenta na dificuldade de se aceitar que a investigação criminal seja prosseguida através da colaboração de um arguido que atraçou os seus coautores do crime; ou que se aceite que a investigação criminal conformada pelo seus ditames constitucionais – em especial a própria separação de poderes, a proibição da autoincriminação e da presunção da inocência – admita que se utilizem arrependidos de forma a conseguir obter elementos de prova.

Desde há já algum tempo, a vasta doutrina portuguesa produz artigos científicos onde a manifestação dessa recusa é muito clara<sup>8</sup>. Reside, assim, a ideia da imoralidade e deslealdade na investigação criminal, com a colaboração do arguido, que até colocaria em causa a credibilidade do Estado na perseguição do crime, pois dependeria da colaboração daquele que pretende perseguir. Esta recusa assenta também na ampla tradição da doutrina católica onde aquele que trai merece castigo e nunca deve ser valorado ou perdoado.

Quanto a nós, os ditames constitucionais não saem defraudados ou violados com a existência do arrependido colaborador. Concretizemo-lo com maior acuidade.

O facto do nosso processo penal delimitar muito bem as diferenças entre quem pode investigar e julgar impede que a investigação possa ser feita por particulares; mas não impede que seja feita por sujeitos processuais e até mesmo por alguns particulares, basta pensarmos no regime das ações encobertas, nas declarações de arguido e nas declarações do assistente. Deve promover-se que a investigação seja feita pelo Ministério Público (MP) coadjuvado pelos Órgãos de Polícia Criminal (OPC), mas nada impede que o arguido colabore na investigação, pois, como sujeito processual que é, tem também o mesmo fim: a descoberta da verdade material.

Não se diga também que a figura do arguido colaborador periga a presunção da inocência ou a proibição da autoincriminação, pois, tal colaboração, desde que livre

---

MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS e PAULO SOUSA MENDES (Coord.), 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, 2010, p. 298.

<sup>8</sup> Realçamos as obras de TERESA PIZARRO BELEZA e GERMANO MARQUES DA SILVA, pelos seus conteúdos claros e os seus títulos esclarecedores: TERESA PIZARRO BELEZA, «“Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português», in *Revista do Ministério Público*, A. 19.º, n.º 74, 1998 pp. 39-60; GERMANO MARQUES DA SILVA, «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal», in *Direito e Justiça*, Vol. VII, Tomo 2, Lisboa, 1994, pp. 27-34.

e esclarecida dos seus contornos e efeitos, não gera qualquer tipo de proibição de prova. Mas importa determinar quais são os efeitos e, de facto, em que consiste essa mesma colaboração.

Desde já, adiantamos, deverá resultar num auxílio importante ou até decisivo na investigação, não uma obrigação de resultados, mas antes uma obrigação de meios, assente numa «colaboração integral e sem reservas».

Este novo meio de prova só deverá ser admitido quando existam graves dificuldades investigatórias e, necessariamente, quando em causa esteja a criminalidade organizada, onde a corrupção tem assento notório.

O estatuto de arrependido deverá passar sempre pelo crivo da autoridade judicial e nunca o juiz de julgamento ficará limitado na determinação da medida concreta da pena. Não vemos razões de princípio que obstem a que seja o JIC a autoridade judicial a estabelecer esse estatuto, redefinindo a pena abstratamente aplicável que se imporá ao Juiz de julgamento. E parece-nos que esta solução não periga o modelo acusatório, desde logo porque não impede o julgamento do arrependido colaborador, apenas impondo ao Juiz de julgamento, na determinação da pena, atender aos termos da atenuação especial. Daqui resultando, inclusivamente, uma maior segurança para o arguido que pretenda colaborar, mas que não sabe se o seu prémio por tal colaboração, exemplar e relevante, na investigação se irá verificar ou não, promovendo uma maior eficácia neste meio de obtenção da prova. Assim se consegue o equilíbrio entre o respeito pelo modelo acusatório e uma maior eficácia neste meio de obtenção da prova. Não nos parece que limitar o Juiz, na aplicação dos termos de atenuação especial da pena ao arrependido colaborador, ponha em causa a sua imparcialidade e independência como *dominus* de uma fase autónoma – o julgamento –, nem do princípio do Juiz natural. Desde logo, porque é uma também autoridade judiciária que o determina e principalmente porque há outras manifestações de delimitação do poder decisório, quanto ao *quantum* da pena, sem que delas resulte alguma inconstitucionalidade<sup>9</sup>.

Apenas se limita o julgador à pena abstratamente aplicável. A sua autonomia decisória de determinação da medida concreta da pena, atendendo à culpa do agente, continua intocável e exclusiva. Contudo, se o arguido não cumpre o estatuto, que o obrigará a renunciar ao seu direito ao silêncio prestando declarações em julgamento, o Juiz de julgamento não fica *limitado* a essa atenuação da pena pois já não existirá arrependido colaborador.

Conforme afirmamos, o único prémio possível será uma atenuação especial da pena que apenas se repercute no limite abstratamente aplicável. A aplicação de uma isenção de pena resultaria num meio absolutamente proibido. A não punibilidade seria não aplicar uma pena a quem cometeu um crime que nada fez para evitar que acontecesse, ou que o seu resultado se produzisse, ou a reparação dos danos que dele decorreram. O que o agente faz é auxiliar a investigação. Apesar de a exigência de prevenção geral positiva já estar bastante salvaguardada com o seu auxílio investigatório – principalmente neste tipo de criminalidade, onde a protecção do bem jurídico também se prende com a eficácia investigatória –, a prevenção especial ainda carece de atenção, pois o seu arrependimento apenas se verifica com efeitos investigatórios e não significará, necessariamente, que o agente tenha regressado ao mundo da licitude. Quando o agente apenas se limita a colaborar com a

<sup>9</sup> Referimo-nos em especial ao disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 16.º do CPP.

investigação, sem mostrar esforços no sentido de impedir a consumação do crime ou diminuir o seu perigo, não há fundamento político-criminal ou dogmático para a sua não punibilidade.

A dispensa de pena dos artigos 374.º-B, n.º 1, e 299.º, n.º 4, do CP, a par do n.º 5 do artigo 2.º da Lei n.º 53/2003, de 22 de agosto, assenta no esforço sério em evitar que o crime aconteça ou que se produzam os seus danos e não em qualquer auxílio na investigação do mesmo ou de outros, que caracteriza e esgota o arrependido colaborador.

Assim, desde logo, o resultado que o arrependido colaborador pode almejar é uma atenuação especial da pena. Significando, consequentemente, que o julgamento quanto ele também prosseguirá, mas o seu arrependimento, colaboração ativa na recolha de prova neste tipo de criminalidade, poderá determinar uma pena mais leve do que aquela que será aplicada aos seus participantes, por revelar uma diminuição do juízo de censura que sobre ele se possa emitir, atenta a sua colaboração com a justiça e a manifestação do seu arrependimento, como veículo necessário a essa colaboração.

Por fim, importa ainda dar nota da indissociabilidade entre as declarações de coarguido e o arrependido colaborador. Como já referimos, deverá prestar uma «colaboração integral e sem reservas», consequentemente renunciará ao seu direito ao silêncio prestando declarações, as quais poderão afetar, ou até mesmo esvaziar, o silêncio que outros arguidos pretendem, legitimamente, exercer. Assim, prestando declarações de coarguido, este meio de prova importará a proibição de valoração de prova contra os coarguidos silentes, senão exercido o contraditório, e a sua insuficiência para, por si só, servir para afastar a presunção da inocência<sup>10</sup>.

Caso não exista silêncio por parte dos coarguidos, este meio de prova cabe na livre apreciação do julgador, o qual tem a liberdade de determinar o valor probatório dessas declarações, mas desde logo significará que se deverá ter uma maior atenção na determinação dessa convicção, atenta a posição especial que este arguido tem no processo penal.

Resulta demonstrado que apesar das declarações de coarguido não terem uma referência autónoma como meio de prova, é certo que o legislador a elas atende em vários dispositivos legais. Não são um meio proibido de prova, muito pelo contrário, são totalmente permitidas atendendo à liberdade de declaração do arguido e ao princípio da legalidade da prova. Contudo, atendendo ao sujeito que as presta, carecem de uma maior atenção, principalmente quando com elas põem em causa os direitos de outros arguidos, em especial, o seu já referido direito ao silêncio como manifestação do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Aliás, como bem refere COSTA ANDRADE, «[o] que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade. Na liberdade de declaração espelha-se assim, o estatuto do arguido como autêntico *sujeito processual*»<sup>11</sup>.

O arrependido colaborador terá sempre de prestar declarações em julgamento, prestando deste modo declarações de coarguido, contudo a sua relevância probatória não se reduz a este meio de prova especial, muito pelo contrário, é muito

<sup>10</sup> Tal como determina o 345.º, n.º 4, do CPP.

<sup>11</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 121.

maior a sua importância em sede de investigação criminal e aqui, sim, carece de ser apreciada a sua legitimidade e a concretização do seu procedimento como meio de obtenção de prova que entendemos que é.

Apresentaremos no ponto seguinte do presente trabalho uma proposta de regime legal de estatuto de arrependido colaborador, bem como a fundamentação da necessidade da sua positivação.

#### IV. A tipificação do estatuto do arrependido colaborador

No nosso entender, deverá existir a sua regulamentação em direito positivo, principalmente para que seja claro, para o intérprete, para o próprio arguido e demais sujeitos processuais, como pode funcionar e quais são os efeitos que daqui possam decorrer. Só com a sua positivação ficaremos seguros da existência de um novo meio de obtenção de prova que, pressupondo uma colaboração ativa de um sujeito processual, com a atribuição de uma compensação, não destrói o nosso modelo de processo penal, nem determina soluções de oportunidade excessivas ou inoportáveis.

A admissibilidade deste novo meio de obtenção da prova estará circunscrita ao respeito e obediência pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação. E, nessa medida, estes devem constar, claramente, do seu regime jurídico.

Respeitando o princípio da proporcionalidade, este meio de obtenção da prova só se poderá utilizar para investigar a criminalidade grave ou complexa, ou seja, os seus crimes do catálogo correspondem aos crimes que se encontram descritos nas alíneas i) a m) do artigo 1.º do CPP.

Respeitando o princípio da necessidade, deverá existir no processo penal em curso uma grave dificuldade investigatória, onde a referência no texto da lei à expressão, *se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*<sup>12</sup>, deve constar. O que lhe outorga um carácter de *ultima ratio* ou de intervenção mínima.

Respeitando o princípio da adequação, a sua colaboração terá de demonstrar ser de grande relevância investigatória e efetivamente ser profícua na obtenção desses elementos de prova, fazendo-se cumprir a expressão que tem vindo a constar do texto da lei, *recolha das provas decisivas*, podendo criar-se um padrão de tipos de resultados probatórios que terão de decorrer da colaboração do arrependido. Será um meio de obtenção da prova com validação do Juiz de Instrução Criminal, o qual aferirá do preenchimento dos seus requisitos e determinará a aplicação do seu prémio pelo Juiz de Julgamento. Entendemos que, apesar de não ser, em rigor, uma obrigação de resultados, no sentido em que deverá resultar uma acusação ou uma condenação, deverá, todavia, advir algum elemento probatório relevante descrito na lei. Deverá ser, mais uma vez, uma «colaboração integral e sem reservas».

Importa referir que se o arguido não cumprir o acordo, exercendo o seu direito ao silêncio no julgamento, as declarações que prestou aquando da sua colaboração deverão merecer o mesmo tratamento processual que as declarações de arguido prestadas no inquérito perante autoridade judiciária, impondo um papel ativo ao

<sup>12</sup> Expressão utilizada no âmbito das condições de admissibilidade das escutas telefónicas. Sobre tal conceito e conteúdo, ver o nosso estudo: ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, *Escutas Telefónicas, Regime Processual Penal*, Lisboa: Quid Iuris, 2009, pp. 80 a 91.

Juiz de Instrução Criminal, que deverá inquirir o arguido, aferir da admissibilidade do acordo e, se for o caso, homologá-lo. A colaboração do arguido deve ser total. Cabendo ao JIC aferir do cumprimento da mesma.

Vigorando o estatuto, como meio de obtenção da prova que é, está sujeito à sindicância e contraditório de todos os sujeitos processuais, nunca podendo ser a única fonte de recolha da prova, nem o seu resultado probatório o único meio de prova para a condenação de qualquer outro arguido.

Dadas as assimetrias e descontinuidades do regime legal atual, impõe-se uma regulamentação própria e congruente da figura do arrependido colaborador. Um estatuto.

Apresentamos de seguida a nossa proposta de tipificação do estatuto de arrependido colaborador:

#### Estatuto do Arrependido Colaborador

1. O estatuto de arrependido colaborador é aplicável quando se mostre estritamente necessário à descoberta da verdade material, a colaboração ativa do agente, concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos do crime que se suspeita ter (com)participado.
2. Só tem lugar nos casos de terrorismo, criminalidade violenta, especialmente violenta ou altamente organizada e apenas quando houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter.
3. É suscetível de configurar recolha de provas decisivas, entre outras, aquela que da colaboração do arguido resultar:
  - a) Identificação dos demais autores ou participantes dos crimes sob investigação descritos em 2.
  - b) Revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas dos crimes sob investigação descritos em 2.
  - c) Prevenção de infrações penais decorrentes dos crimes sob investigação descritos em 2.
  - d) Localização de eventuais vítimas dos crimes sob investigação descritos em 2.
4. Tal colaboração permite a atribuição do estatuto de arrependido colaborador ao arguido, que deverá ser decretada pelo Juiz de Instrução Criminal após a redução a escrito do acordo de colaboração investigatório realizado entre o Ministério Público e o arguido.
5. Com o estatuto de arrependido colaborador o agente irá beneficiar, em julgamento, dos termos da atenuação especial da pena, bem como as medidas de proteção de testemunhas consignadas em legislação especial, em qualquer fase do processo.
6. Do acordo resultará a renúncia ao direito ao silêncio por parte do arguido que se verificará em qualquer momento processual, em especial na fase do julgamento.
7. São nulas todas as provas decorrentes desta colaboração que não sirvam apenas os interesses investigatórios referidos em 1, bem como todas outras vantagens propostas ao colaborador que não sejam as que resultam do n.º 5.
8. Incumprido o acordo de colaboração, por parte do arguido, resultará a revogação do estatuto de arrependido colaborador e dos seus efeitos.
9. A eficácia probatória decorrente do presente estatuto não prejudica as regras aplicáveis à aquisição da notícia do crime.



Com a positivação do referido regime jurídico consideramos que, ponderados os interesses investigatórios, entre as expectativas comunitárias e os direitos dos investigados se verifica uma *concordância prática dos interesses conflituantes*.

Por fim, em termos sistemáticos, entendemos que a sua positivação deveria constar em último lugar no elenco dos meios de obtenção da prova, logo após o regime jurídico das escutas telefónicas. Ao colocar-se este estatuto no fim do livro das provas revelará, ao intérprete, a sua natureza de *ultima ratio*.

## V. Conclusão

Há hoje uma clara tendência, em sede de política criminal nacional e estrangeira, no sentido da criação das condições e adoção de medidas destinadas a combater a impunidade dos agentes da criminalidade organizada, em especial no crime de corrupção, a qual tem sido responsável por um vasto conjunto de alterações legislativas. Porém, a grande dificuldade está em conciliar as exigências constitucionais nacionais, nomeadamente em matéria de processo penal, com a concessão de um prémio à delação. A concretização legislativa deste instituto, ao definir de forma clara as condições da sua admissibilidade e os seus efeitos, sempre traria a imediata vantagem de ajudar a prevenir atropelos ao nosso modelo de processo penal.

A proposta de estatuto de arrependido colaborador que oferecemos está em estrita consonância com os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade que norteiam e são o alicerce do regime jurídico da prova em processo penal, bem como o respeito pelos ditames constitucionais.

A colaboração do arguido consistirá numa obrigação de meios, concretamente na recolha de provas decisivas para a investigação. Renunciando à presunção da sua inocência e os seus respetivos corolários.

Apesar da atenuação especial ser atendida pelo Juiz de Julgamento, é o Juiz de Instrução Criminal que a determinará. É esta autoridade judicial quem vai atribuir o prémio que só deverá ser concretizado no julgamento. O Juiz de julgamento continua com a sua autonomia decisória e a culpa do agente persiste como o fundamento e limite da pena aplicar ao arguido. Fica, porém, com a moldura penal reduzida à atenuação especial. A par de outros limites de jurisdição que já existem no nosso CPP e conformes à Lei Fundamental.

Com a tipificação do estatuto de arrependido colaborador estamos certos de que o caminho da descoberta da verdade, processualmente possível, ficará, necessariamente, mais simples de percorrer, funcionando como um eficaz meio de obtenção de prova no combate à corrupção.

## Secção V

# UNIDADE E PLURALIDADE DE CRIMES

19.

### Corrupção ou corrupções?

Helena Moniz  
Carla Cardador

Sumário:

- I. A corrupção: fenómeno poliédrico
- II. O tipo objetivo do crime de corrupção do Código Penal
- III. Pluralidade de ilícitos unificada normativamente

**RESUMO:** A corrupção, enquanto fenómeno multifacetado, pretende punir aquele (funcionário ou não) que através da sua conduta lesa a legalidade de atuação e a objetividade decisional do funcionário, considerando-se consumado o crime logo após a prática da conduta típica e ilícita. Afastando a classificação do crime de corrupção como um crime de «consumação continuada», haverá, porém, casos (raros) em que a pluralidade de ilícitos poderá considerar-se unificada normativamente quando estejam criteriosamente preenchidos os pressupostos do crime continuado\*.

#### I. A corrupção: fenómeno poliédrico

O conceito de corrupção pode ser entendido de uma forma alargada. Nas palavras de GOMES CANOTILHO «o fenómeno da corrupção que, desde as catilinárias ciceronianas, teve como epicentro jurídico e dogmático subornar alguém por dinheiro (*aliquem pecunia corrumpere*), sofre hoje o efeito de transvase. Por excesso de líquido ou por defeito de vasos jurídicos, ele transborda de complexos fácticos para outros complexos fácticos, ganhando densidade simbólica à custa de dispersão dogmática e jurídica. [...] Além da dispersão por vários campos problemáticos – na actividade urbanística, fenómeno desportivo, no financiamento do sistema político, nas parcerias público-privadas – assiste-se, também, à pulverização do crime típico “material”, passando a incorporar vários tipos criminais como o tráfico de influência, o peculato, a prevaricação, o abuso de poder e a violação de regras urbanísticas»<sup>1</sup>. E por isso o «largo espectro criminal abrangido por [este] conjunto de crimes consubstancia [...] o apelo à necessidade de manter e respeitar as «regras do jogo»,

---

\* As considerações aqui expostas são apenas da responsabilidade das Autoras.

<sup>1</sup> Pequena Nótula de Apresentação, in José MOURAZ LOPES, *O espectro da corrupção*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 8.

aqui se englobando não só as regras do jogo democrático, mas também as regras do jogo de mercado»<sup>2</sup>.

Mas sabendo que estamos perante um direito de *ultima ratio*, o sistema penal não pode ser visto como a panaceia de todos os males, ou como tendo em vista a repressão<sup>3</sup>. Na verdade, a «incapacidade do sistema repressivo, nomeadamente de natureza penal, no afrontamento dos comportamentos patológicos de natureza corrupta parece evidente»<sup>4</sup>. Por isso, o fenómeno visto como uma patologia social e uma questão de cidadania<sup>5</sup> deve ser controlado a partir de uma ideia de prevenção, a ideia que preside à *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção*<sup>6</sup> recentemente apresentada.

O alargamento do fenómeno corruptivo teve como consequência não só a criação de diversos tipos legais de crime a punir a corrupção como, igualmente, um alargamento do âmbito do «tradicional» crime de corrupção previsto no Código Penal. Todavia, a presente análise terá por base apenas os tipos legais de crime tipificados no Código Penal nos artigos 373.º e 374.º, ou seja, os crimes de corrupção ativa e passiva «clássicos». Assim, restringiremos a análise do tipo objetivo de ilícito aos tipos referidos e, a partir deles, à análise da possibilidade (ou não) de integração de uma pluralidade de comportamentos subsumíveis ao crime de corrupção, numa unificação normativa do comportamento.

## II. O tipo objetivo do crime de corrupção do Código Penal

1. Uma leitura pela jurisprudência e pela doutrina permite-nos constatar que a caracterização do crime de corrupção é muito diversificada. O crime de corrupção tem sido integrado em conceitos muito distintos: ora caracterizado como crime de consumação continuada<sup>7</sup>, ora como crime instantâneo<sup>8</sup>, ora como crime de consumação formal ou de consumação antecipada<sup>9</sup>, ora como crime (tipicamente) de resultado<sup>10</sup> ou como crime de ato cortado<sup>11</sup>. Perante a variedade e muitas vezes discrepância de caracterizações, impõe-se uma classificação de acordo com a tipificação das condutas nos tipos legais de crimes previstos no Código Penal.

Mas, antes de procedermos à classificação do tipo de crime, vejamos, por forma meramente enunciativa, os tipos de tipicidade. Quando analisamos os tipos legais de crime na vertente do tipo de ilícito objetivo, este é considerado sob o ponto de vista do agente (que pratica o crime), do bem jurídico (protegido pelo tipo) e da conduta tipificada. No primeiro caso, encontramos crimes comuns e crimes específicos, no segundo caso encontramos crimes de dano ou de perigo, e no terceiro caso

<sup>2</sup> MOURAZ LOPES, *ob. cit.*, p. 84.

<sup>3</sup> Cf. artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal.

<sup>4</sup> MOURAZ LOPES, *ob. cit.*, p. 111.

<sup>5</sup> Neste sentido MOURAZ LOPES, *ob. cit.*, p. 28 (cf. igualmente bibliografia citada).

<sup>6</sup> *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (2020-2024)*, República Portuguesa: Justiça, Lisboa, março de 2021, p. 11, in <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=estrategia-nacional-de-combate-a-corrupcao-2020-2024> (acessível em abril de 2021).

<sup>7</sup> Ac. do STJ de 30/10/1997 (DIAS GIRÃO), Proc. 97P230, acessível, tal como todos os demais acórdãos dos tribunais judiciais citados sem outra indicação, em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>8</sup> Ac. do TRL de 13/07/2010 (CARLOS ESPÍRITO SANTO), proc. 712/00.9JFLSB.L1-5.

<sup>9</sup> Ac. do STJ de 23/10/1997 (DIAS GIRÃO), proc. 97P318 (sumário).

<sup>10</sup> Ac. do TRL de 13/07/2010 (CARLOS ESPÍRITO SANTO), proc. 712/00.9JFLSB.L1-5.

<sup>11</sup> Ac. do STJ de 18/04/2013 (ISABEL PAIS MARTINS), proc. 180/05.9JACBR.C1.S1.

deparamos com crimes de ação ou omissão, e dentro dos primeiros temos crimes de resultado ou crimes de mera atividade. Enquanto os crimes de dano se caracterizam pela efetiva lesão do bem jurídico quando se realiza a conduta prevista no tipo, nos crimes de perigo apenas se coloca em perigo o bem jurídico (sendo que neste âmbito se distinguem os casos de crime de perigo abstrato e os de perigo concreto); por seu turno, os crimes de mera atividade opõem-se aos crimes de resultado ou crimes materiais, por nestes últimos se exigir que a conduta típica se materialize num resultado spatiotemporalmente distinto daquele, assim se exigindo a necessária imputação objetiva deste à conduta<sup>12</sup>.

O crime de corrupção (passiva) pune todo o funcionário que realiza uma conduta (por si ou por interposta pessoa) de solicitação ou de aceitação de uma vantagem (patrimonial ou não, para si ou para terceiro), e todo aquele que pratica (por si ou por interposta pessoa) uma conduta de dádiva ou de promessa a funcionário de uma vantagem (patrimonial ou não) (corrupção ativa), em ambos os casos a troca da prática de um ato ou omissão da sua prática em violação, ou não, dos deveres do cargo.

A partir daqui a doutrina, inicialmente, considerou que podem ser dois os bens jurídicos protegidos pelo tipo – o bem jurídico da autonomia intencional do Estado (ALMEIDA COSTA<sup>13</sup>) ou o bem jurídico da integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>14</sup>); recentemente, e tendo em conta a evolução da tipificação legal, tem sido entendido que os crimes de corrupção protegem o bem jurídico da legalidade da atuação dos agentes públicos e a sua objetividade decisional (CLÁUDIA SANTOS<sup>15</sup>).

Em qualquer uma das conceções do bem jurídico protegido, pretende-se acentuar a proteção da integridade do Estado de modo a garantir que aqueles que exercem a sua atividade no Estado e em nome deste devem atuar<sup>16</sup> de acordo com as exigências de legalidade, objetividade e independência próprias de um Estado de Direito.

<sup>12</sup> Para uma distinção dos tipos de tipicidade, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal (Parte Geral)*, tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 355 e ss., e HELENA MONIZ, «Aspectos do resultado no direito penal», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 541 e ss.

<sup>13</sup> *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 661 e ss.

<sup>14</sup> *Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa: UCP, 2015, pp. 1185 e ss. e já na ed. de 2008, pp. 879 e ss.

<sup>15</sup> Por exemplo, «A Corrupção de Agentes Públicos em Portugal: Reflexões a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência», in CLÁUDIA SANTOS/CLÁUDIO BIDINO/ DÉBORA THAIS DE MELO, *A Corrupção – Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 109 e s.

<sup>16</sup> Porque não é relevante para o que nos propomos decidir, não problematizaremos aqui qual o âmbito de atos que se pretende abranger com os tipos, sendo certo que a conduta corruptiva tem em vista a prática de um ato ou a omissão de ato contrário ou não contrário aos deveres do cargo, parecendo com isto querer integrar apenas os atos a realizar no âmbito [por causa e por ocasião – também assim, CLÁUDIA SANTOS, «Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro (É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?)», in *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coord. Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra: Coimbra Editora/CEJ, 2011, p. 19] do cargo que exerce, e daí que no caso de cargos políticos se possa dizer que «o ato praticado no exercício de funções de um titular de cargo político inclui todos os atos destinados à *polis* relativos às matérias da competência do órgão em causa e a responsabilidade criminal nasce no momento da perversão, do desvio, do “abuso” dessa competência. Independentemente do local onde o ato tenha lugar.

Porém, se o crime de corrupção consagrado no Código Penal se integra no capítulo relativo aos crimes cometidos no exercício de funções públicas, o certo é que o conceito de funcionário tem sido objeto de um alargamento, tendo passado a abarcar um leque muito abrangente de servidores que não se resumem ao que comumente se integra no âmbito de funcionário público (cf. artigo 386.º do CP). E por isso a «extensão do conceito de funcionário [...] produziu, consequentemente, uma ampliação do bem jurídico»<sup>17</sup> e determinou «uma modificação do ilícito-típico (objectivo) dos crimes de corrupção»<sup>17</sup>.

A partir daqui, concordamos com o entendimento de que o bem jurídico protegido pelo crime de corrupção, tal como os tipos legais de crime estão consagrados, é o da *legalidade da atuação e de objetividade da decisão do funcionário*. Assim, o funcionário<sup>18</sup> que pede ou aceita vantagem (não insignificante<sup>19</sup>), ou o agente que dá<sup>20</sup> ou promete vantagem, logo pratica uma conduta típica e ilícita lesiva daquela legalidade de atuação e da objetividade da decisão do funcionário. Na verdade, logo que o funcionário pede ou aceita só com esta simples conduta lesa a legalidade da sua atuação; e aquele que dá ou promete logo lesa a objetividade decisória do funcionário<sup>21</sup> – pelo que estamos perante um *crime de dano* (no que respeita à classificação em função do bem jurídico).

---

Independentemente do momento em que o ato tenha lugar. Independentemente da veste formal com que o titular do órgão político aja» (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 1174).

<sup>17</sup> PEDRO CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 283.

<sup>18</sup> No caso do crime de corrupção passiva, a conduta típica deverá ser realizada por um agente com a qualidade de funcionário, pelo que estamos perante um crime específico próprio (também assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 1185).

<sup>19</sup> Cf. CLÁUDIA SANTOS, «A Corrupção de Agentes Públicos em Portugal: Reflexões a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência», *ob. cit.*, p. 32. Entende-se por «vantagem» «qualquer prestação que não é devida a um funcionário e que melhora a respetiva situação económica, jurídica ou simplesmente pessoal. Esta melhoria ocorre sobretudo através de ofertas materiais» – PAULO DE SOUSA MENDES, «Os novos crimes de recebimento e de ofertas indevidos de vantagem», in *As alterações de 2010 ao Código Penal...*, cit., *supra*, p. 36).

<sup>20</sup> Entendemos que se integra no âmbito do crime de corrupção ativa a dádiva e a oferta, ainda que esta venha a ser recusada, por considerarmos que o legislador português ao utilizar o verbo dar («der») pretendeu abranger não só aquilo que juridicamente se integra na noção de doação, mas também a oferta de «presente» (para além das regras da adequação social), uma vez que, em atenção ao princípio constitucional da culpa, a punição de um qualquer agente deve apenas depender da conduta (típica e ilícita) que se lhe possa imputar, não lhe podendo ser imputada culposamente a conduta de outro, ainda que esta se resuma a uma aceitação da oferta (em sentido idêntico, ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, *supra*, p. 682; em sentido contrário, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, *supra*, p. 1191).

<sup>21</sup> O que tem como consequência que se integram no âmbito destes crimes as seguintes condutas: «(1) pode haver crime de corrupção passiva e activa ainda que o valor da peita não seja proporcional ao valor ou importância do acto a praticar; (2) pode haver crime de corrupção passiva e activa sem que o acto acordado ou almejado venha a ter lugar; (3) pode haver crime de corrupção passiva e activa sem que fique demonstrado que a solicitação, aceitação ou oferta da peita têm por objectivo a prática de um acto concreto e determinado; (4) por maioria de razões, pode haver crime de corrupção passiva e activa quer a oferta/recebimento sejam anteriores à prática do acto, quer sejam posteriores; (5) pode haver crime consumado de corrupção, quer activa, quer passiva, mesmo que o agente público não chegue efectivamente a receber a vantagem prometida ou solicitada» (CLÁUDIA SANTOS, «A Corrupção de Agentes Públicos em Portugal: Reflexões a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência», *ob. cit.*, p. 110).

Mas não nos podemos esquecer de que a conduta punida é a conduta de pedir / solicitar ou aceitar vantagem ou promessa de vantagem, e a de dar ou prometer vantagem, bastando isto para que o comportamento já constitua um comportamento típico e ilícito. Na verdade, são as condutas de solicitação ou aceitação do suborno, assim como a dádiva ou a sua promessa de vantagem, que são as condutas tipificadas, sendo que qualquer um destes atos deverá respeitar o direito penal do facto, não se bastando a mera punição de intenções. Assim, ainda que se exija o (mero) conhecimento pelo funcionário (na corrupção ativa) ou pelo interlocutor (na corrupção passiva), este conhecimento nada mais constitui do que o integral preenchimento da conduta punida. A solicitação de vantagem (pelo funcionário) no vazio, ou a promessa de vantagem (de um qualquer agente) no vazio, não podem constituir um facto, mas apenas uma intenção, sendo que esta intenção apenas se consubstancia quando se procede a uma solicitação a alguém ou a uma promessa a alguém, o que não torna um crime de mera atividade num crime com um «evento»<sup>22</sup>.

Constituindo o crime de mera atividade um crime em que o tipo é construído a partir da incriminação de uma conduta sem que se exija uma materialização da conduta num resultado espaciotemporalmente distinto daquela, então *o crime de corrupção é um crime de mera atividade* – basta, para que se preencha o tipo, a realização da conduta de solicitar ou aceitar vantagem ou promessa de vantagem, ou a conduta de dar ou prometer vantagem (é a realização destas condutas que constitui o facto ilícito e típico do crime de corrupção<sup>23</sup>, provindo a vantagem deste ilícito-típico). Além de que o tipo não exige que haja efetiva prática de ato ou omissão da sua prática, tanto mais que o comportamento é punido ainda que a solicitação ou aceitação sejam posteriores à realização dos atos ou omissões pretendidas; e também basta a conduta de dar ou prometer vantagem a funcionário para que o comportamento seja considerado típico e ilícito<sup>24</sup>. Ou seja, os tipos legais de crime bastam-se com a punição destes comportamentos, independentemente da verificação do ato

<sup>22</sup> Afastamo-nos, pois, daqueles que entendem que o crime de corrupção ativa é um crime material ou de resultado, por entenderem que esse resultado ocorre com o conhecimento pelo funcionário da oferta ou promessa de suborno, ou a anuência à sua solicitação (cf. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, anotação ao artigo 374.º / § 6, pp. 683 e s.); ainda que se exija este conhecimento pelo funcionário, este conhecimento nada mais constitui do que o integral preenchimento da conduta punida, a conduta de dar ou prometer vantagem, uma vez que a dádiva ou a promessa (por inerência) pressupõe um destinatário, mas sem que o tipo exija a aceitação da vantagem oferecida. A conduta punida é a conduta de oferecer (dar) vantagem ou prometer vantagem, e qualquer uma destas condutas exige, para que seja um ato de oferta (dádiva) ou de promessa, um interlocutor, residindo nesta conduta globalmente analisada o desvalor de ação, enquanto comportamento derivado de um «centro ético de imputação», e o desvalor de resultado, enquanto lesão do bem jurídico protegido (para uma distinção cf. HELENA MONIZ, *ob. cit.*, *supra*, *passim* e bib. citada). Além disto, ainda que consideremos que há um objeto de ação no crime de corrupção ativa (o funcionário) isto não deixa de permitir que se considere que estamos perante um crime de mera atividade sem resultado (espaciotemporalmente distinto da própria ação) uma vez que o tipo não exige que se produza qualquer efeito sobre o objeto de ação (sobre o funcionário) distinto da própria conduta de suborno, ou do ato corruptivo.

<sup>23</sup> Também no sentido de que não é necessário o efetivo o recebimento da vantagem, nem o efetivo ato de entrega, nem o efetivo recebimento do suborno, cf. CLÁUDIA SANTOS, *ob. cit.*, *supra*, nota 16, pp. 12 e ss.

<sup>24</sup> Como refere ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, anotação ao artigo 374.º / § 6, o crime de corrupção ativa «consume-se com o simples oferecimento ou promessa de vantagem, independentemente de o funcionário aceitar ou repudiar».



(espaciotemporalmente distinto da conduta base) que se visa evitar – a prática de ato ou omissão de ato contrário aos deveres do cargo ou de acordo com os deveres do cargo, que apenas foi realizado ou omitido por causa daquela vantagem solicitada, aceite, dada ou prometida.

Em qualquer um dos tipos de corrupção previstos no Código Penal, estamos perante um crime instantâneo, isto é, ocorre um preenchimento total do crime logo que o agente (funcionário) num caso solicita ou aceita vantagem ou promessa de vantagem, e no outro logo que o agente dá ou promete dar vantagem, havendo tantos crimes de corrupção quantos os atos corruptivos. Se a efetiva prática do ato que se pretendeu com a corrupção, ou a efetiva omissão da prática do ato (contrário ou não aos deveres do cargo), vem a ocorrer mais cedo ou mais tarde, ou em diversos momentos, ou nem sequer vem a ocorrer, isto é irrelevante para o preenchimento do tipo que já foi preenchido e consumado com a conduta base. Pelo que *o crime de corrupção constitui um crime de consumação instantânea* com a simples realização da conduta base punida pelo tipo.

Acresce que, em ambos os casos, a conduta típica e ilícita é realizada com uma finalidade específica, pelo que o agente, para além do dolo do tipo enquanto conhecimento e vontade de realização do tipo de ilícito, ou seja, vontade e conhecimento da ilicitude do ato de corromper ou ser corrompido, deverá ter em vista que o funcionário corrompido realize um ato ou omita a sua realização, independentemente da licitude ou ilicitude do ato ou omissão a realizar ou omitir. Não estamos, porém, perante um resultado enquanto materialização da conduta em uma consequência espaciotemporalmente distinta desta, mas perante um outro ato (distinto do ato de aceitar ou solicitar vantagem ou promessa ou do ato de dádiva ou promessa de vantagem); trata-se da realização de um outro ato espaciotemporalmente distinto do primeiro, mas não uma consumação material ou materialização (espaciotemporalmente distinto) da conduta primária e a punida pelo tipo<sup>25</sup>, tanto mais que em ambos os tipos – de corrupção passiva e de corrupção ativa – apenas se exige que quem pratica o ato corruptivo tenha uma certa finalidade, sem que se exija para a efetiva punição do agente a concretização da finalidade<sup>26</sup>.

2. Tal como temos vindo a referir, o crime de corrupção é um crime instantâneo que se consuma com a (mera) realização da ação típica: aquele (funcionário) que pratica (por si ou interposta pessoa) a conduta de solicitação ou aceitação de

<sup>25</sup> E dado que a consequência da conduta típica é a realização ou omissão de um ato (e não a produção de um resultado material) tem sido considerado por alguns autores que estamos perante um crime de ato cortado, sem que, todavia, isto impeça que logo aquando da realização da conduta típica estejamos perante uma consumação formal de um crime (de mera atividade) (considerando tratar-se de um crime de ato cortado, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 1191), mas sem que se possa dizer que a realização do ato (que se pretendia com a conduta corruptiva) não possa ser relevante em sede de determinação da pena – assim, dando relevo, em sede de determinação da pena, à prática do ato ou omissão que se pretendia obter com a conduta corruptiva, cf. Ac. do STJ de 03/10/2002 (PEREIRA MADEIRA), proc. 045931, e Ac. do STJ de 13/05/1998 (LOPES ROCHA), processo n.º 046663.

<sup>26</sup> Como refere CLÁUDIA SANTOS «não se exige a ocorrência efectiva do acto do mercadejado ou a transferência da vantagem para se considerar consumado o crime de corrupção», in *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 75.

vantagem<sup>27</sup> e aquele que promete ou dá vantagem<sup>28</sup> realizam o comportamento típico e ilícito, ocorrendo com isto a consumação formal do crime, isto é, o crime consuma-se com a realização das ações descritas no tipo; a prática efetiva do ato lícito ou ilícito não é nunca necessária à consumação.

Na verdade, o crime consuma-se logo que qualquer uma das condutas proibidas é praticada. Assim, logo que a conduta de «solicitar ou aceitar» ou a conduta de dar ou prometer é realizada nos moldes descritos no tipo impõe-se o entendimento de que o crime está consumado<sup>29</sup>. Se à solicitação se segue ou não a aceitação, ou se à promessa se segue ou não a dádiva isso é irrelevante em sede do tipo de ilícito tal como este foi construído, dado que o legislador optou por punir cada uma destas condutas autonomamente, independentemente de existir (ou não), no caso concreto, uma sequência de atos.

Além disto, a prática (ou omissão) do ato ilícito (ou lícito) que se pretendia com aquele comportamento anterior constitui não só um resultado já não compreendido no tipo de ilícito objetivo, mas também um resultado irrelevante. E a demonstrar a irrelevância deste resultado está o disposto no artigo 374.º-B, n.º 1, al. a), do Código Penal – ainda que haja um esforço sério para que se impeça a realização (ou omissão) da prática do ato ilícito (ou lícito), este esforço só assume relevo quando há uma efetiva restituição da vantagem (cf. artigo 374.º-B do Código Penal). Assim sendo, a realização da prática (ou omissão) de ato lícito (ou ilícito) não constitui um resultado relevante, o que imporá a necessidade de contagem dos prazos de prescrição de procedimento criminal a partir da consumação formal do crime, o que ocorrerá sempre que uma das condutas ilícitas seja praticada<sup>30</sup> – isto é, relativamente

<sup>27</sup> Aceita não só aquele que concorda com a promessa (de vantagem) que lhe é feita, como aquele que recebendo a vantagem a aceita e não a devolve [o que não está em contradição com o entendimento de que aquele que recusa a oferta não impede que já não haja consumação do crime (de corrupção ativa) pela simples conduta de oferta, sem que haja (pelo que recusa) um crime de corrupção passiva, dado que não houve uma conduta de aceitação].

<sup>28</sup> Como referimos *supra* (nota 20) tanto integra a dádiva aquele que dá e entrega a vantagem, como aquele que oferece ainda que seja recusada a oferta. Além disto, tanto é aceitação aquele que anui à promessa, como aquele que recebe a entrega.

<sup>29</sup> Neste sentido, o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 90/2019: «o elemento literal do tipo previsto no artigo 374.º, n.º 1, do Código Penal, assenta na previsão de duas proposições ligadas por uma conjunção disjuntiva, exprimindo, nesta exata medida, uma dupla hipótese de preenchimento (“der ou prometer”). [...] O enunciado normativo é, nestes termos, particularmente claro e preciso: (i) o tipo legal encontra-se preenchido nos casos em que agente proceda à efetiva entrega da vantagem indevida ao funcionário, sem que previamente tenha dado a conhecer ao funcionário essa intenção (“der”); (ii) o tipo legal dá-se também por preenchido pela promessa enquanto manifestação da vontade de oferta da vantagem (“prometer”). [...] De facto, no entendimento do legislador, quer a promessa quer a entrega são penalmente censuráveis e, por isso, aptas a desencadear as consequências jurídicas da prática de um crime de corrupção ativa». E daqui resultou o entendimento de que tanto há consumação do crime com a promessa de vantagem como com a dádiva da vantagem – «o crime de corrupção ativa é tido por consumado com a promessa de entrega e, nessa exata medida, o agente já se encontra sujeito a perseguição criminal pela prática desse crime» e «no crime de corrupção ativa, a entrega da vantagem indevida consubstancia o momento da consumação do crime» (Ac. do Tribunal Constitucional citado).

<sup>30</sup> Também assim no crime de recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º, do Código Penal), onde é punida a conduta típica daquele (funcionário) que solicita ou aceita vantagem que não lhe é devida ou daquele que dá ou promete vantagem não devida – nestes momentos ocorre logo a consumação formal, sem que assuma qualquer relevo a realização da finalidade da vantagem, bastando que a vantagem não seja devida.

a cada ato (seja de solicitação ou de aceitação, de dádiva ou de promessa) que integralmente preenche o tipo e formalmente consuma o crime.

Sendo a solicitação e a aceitação da vantagem (solicitada) praticadas pelo mesmo agente, o crime consuma-se com a realização de qualquer uma das condutas [sendo o mesmo o entendimento quanto às condutas de promessa ou dádiva de vantagem (prometida)]<sup>31</sup>; nestes casos, haverá mais do que um crime (uma pluralidade de ilícitos) nas situações em que a solicitação de vantagem é uma conduta-meio para a conduta-fim – a aceitação da vantagem–, e a promessa de vantagem uma conduta-meio para a conduta-fim – a dádiva de vantagem<sup>32</sup>.

Havendo mais do que um crime e, portanto, uma pluralidade de ilícitos, o agente será punido de acordo com as regras do concurso de crimes<sup>33</sup>. Ou seja, havendo pluralidade de ilícitos estaremos perante uma situação de concurso efetivo de crimes, na terminologia de EDUARDO CORREIA. Porém, sabendo que, para FIGUEIREDO DIAS, o concurso de crimes engloba o concurso de crimes próprio ou puro e o concurso de crimes impróprio ou impuro, poderemos estar perante um caso de concurso impróprio – em função do caso concreto poderá considerar-se que a prática, pelo *mesmo* agente, da conduta de solicitação e da posterior (e conexa) aceitação (do solicitado) integram uma unidade de sentido de ilícito do comportamento total, a impor que se avalie qual o comportamento dominante e qual o dominado, no sentido proposto por FIGUEIREDO DIAS<sup>34</sup>.

Na verdade, punindo o tipo a aceitação e a dádiva, estas condutas não podem ser tidas por irrelevantes apenas porque, em momento anterior, o mesmo agente solicitou ou prometeu<sup>35</sup>. Tornar essas condutas irrelevantes contraria frontalmente o princípio da legalidade dado que, de forma clara, o tipo previu a sua punição,

<sup>31</sup> Assim o impondo o mandado da esgotante apreciação dos ilícitos praticados.

<sup>32</sup> A punição em sede de pluralidade de ilícitos pressupõe que relativamente a cada um dos crimes (que integram aquela pluralidade) seja ainda possível o procedimento criminal; no caso de o não ser relativamente a um dos crimes, prosseguirá o procedimento criminal relativamente ao outro (ou outros).

<sup>33</sup> *Ob. cit., supra*, pp. 1175 e ss.; todavia, dado que o legislador pune os atos de corrupção e não a *atividade* de corrupção torna-se difícil agrupar os diversos atos punidos autonomamente numa unidade típica de ação.

<sup>34</sup> Seguindo a doutrina de FIGUEIREDO DIAS, o agente deveria ser punido a partir da moldura do crime do ilícito dominante levando em linha de conta, aquando da determinação da medida concreta da pena, o ilícito dominado (*ob. cit., supra*, pp. 1179 s. e 1188 e ss.). Porém, em face do disposto no artigo 77.º do Código Penal, havendo uma pluralidade de ilícitos, isto é, um concurso de crimes, a determinação da pena única depende de uma prévia determinação da pena concreta de cada crime que integra o concurso. Assim sendo, nestes casos em que entre os ilícitos praticados surge um ilícito dominante e um ilícito dominado, terá necessariamente o julgador que punir o concurso de crimes de acordo com as regras estabelecidas naquele dispositivo, sendo certo, todavia, que na determinação da pena não se pode olvidar a circunstância de haver alguma sobreposição (parcial) dos ilícitos praticados, devendo assim evitar -se que a pena seja agravada em função de uma (proibida) dupla valoração dos factos.

<sup>35</sup> Nos casos em que o agente apenas aceita sem que anteriormente tenha ocorrido uma solicitação, apenas teremos um caso de uma consumação formal, integrando a aceitação um dos comportamentos tipificados e preenchendo integralmente o tipo. A classificação como consumação formal ou material da conduta de aceitar não poderá depender da circunstância de, anteriormente, o mesmo agente ter ou não praticado uma conduta de solicitação. Assim, qualquer conduta de aceitação de uma vantagem com vista à prática (ou não) de ato ilícito (ou lícito) constitui, por si só, a consumação (formal) do crime.

impondo que as condutas de aceitação e de dádiva da vantagem constituam igualmente condutas lesivas do bem jurídico protegido. E o mesmo raciocínio ter-se-á de fazer relativamente às condutas de solicitação ou promessa – estas não podem ser irrelevantes caso, posteriormente, haja aceitação ou dádiva<sup>36</sup>.

### III. Pluralidade de ilícitos unificada normativamente

Ora, perante estes dados – o crime de corrupção visa proteger a legalidade e atuação do funcionário e a sua objetividade decisional, sendo um crime de dano, um crime de mera atividade e de consumação instantânea<sup>37</sup> – poderemos conceber a possibilidade de verificação de um crime continuado?

Constitui um crime continuado a prática sucessiva de vários crimes, que são unificados (normativamente) pelo legislador (e, portanto, subtraídos às regras do concurso de crimes) quando é possível estabelecer uma conexão entre a pluralidade de crimes praticados. Deverá, pois, existir uma conexão objetiva – violação de forma plúrima do mesmo ou fundamentalmente do mesmo bem jurídico<sup>38</sup> e «executada de forma essencialmente homogênea e no quadro de uma mesma situação exterior»<sup>39</sup>; e uma conexão subjetiva – podendo afirmar-se um dolo continuado, mas sobretudo a «exigência que aquele crime seja dominado por uma situação exterior “que diminua sensivelmente a culpa do agente”»<sup>40</sup>, isto é, a «existência de uma relação que, *de fora*, e de maneira considerável, facilitou a repetição da actividade criminosa, tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito»<sup>41</sup>; o que pressupõe que esta circunstância não seja intencional e ativamente criada pelo agente, caso em que deixa de existir fundamento para se concluir por uma menor exigibilidade deste. Na verdade, conferindo a menor exigibilidade a «unidade do sentido de desvalor do ilícito» (FIGUEIREDO DIAS) esta deixa de existir quando as circunstâncias facilitadoras da manutenção da prática do crime são culposamente criadas pelo agente, que assim constrói artificialmente uma situação de menor exigibilidade (podendo até, eventualmente, colocar-se uma situação de uma maior culpa enquanto atitude contrária ao direito).

Assim, constituindo o crime continuado a unificação normativa de uma pluralidade de crimes cometidos, apenas será necessário, em função de cada caso concreto, verificar se o circunstancialismo exterior que envolveu a conduta corruptiva do agente foi de modo a que se possa considerar estarmos perante uma menor exigibilidade e, consequentemente, uma menor culpa do agente.

Não estamos, no crime de corrupção, perante um crime em que os bens jurídicos protegidos sejam bens jurídicos pessoalíssimos, casos em que a admissibilidade da

<sup>36</sup> Também nestes casos, se o mesmo agente promete e depois dá (o anteriormente prometido) haverá uma pluralidade de crimes podendo, em certos casos, concluir-se que, atendendo à unidade de sentido de ilícito do comportamento total, se impõe uma averiguação da eventual existência de um comportamento dominante e de um comportamento dominado.

<sup>37</sup> E assim nos afastamos da conceção do crime de corrupção como um crime de consumação continuada (para uma perspetiva crítica, cf. CLÁUDIA SANTOS, *ob. cit.* na nota 26, p. 78).

<sup>38</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, *supra*, p. 1194.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 1196.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 1998.

<sup>41</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, Coimbra: Almedina, 1993 (reimpressão), p. 209.

continuação criminosa estaria vedada por lei (cf. artigo 30.º, n.º 3, do CP). E ainda que se trate de um fenómeno que fragiliza e destrói o Estado de Direito, a exigibilidade de um comportamento distinto que se impõe a todos os membros da comunidade poderá, eventualmente, estar diminuída verificados os necessários pressupostos de aplicação do crime continuado<sup>42</sup>.

Isto não significa que consideremos que o crime de corrupção constitui um crime de consumação continuada. De facto, o crime de corrupção é um crime instantâneo, pelo que serão praticados tantos crimes de corrupção quantos as condutas corruptivas praticadas, estando o crime consumado no momento em que a conduta corruptiva foi praticada.

Apenas se procederá a uma unificação normativa nas situações excepcionais em que aquela unificação é aplicável. O que terá, desde logo, consequências ao nível da prescrição, uma vez que nos crimes continuados o prazo de prescrição só ocorre com a prática do último ato [artigo 119.º, n.º 1, alínea b), do CP], isto é, a última conduta corruptiva (diferentemente do que ocorrerá no caso de concurso de crimes).

Na verdade, é o que necessariamente tem de resultar a partir do modo como foi tipificada a conduta ilícita – a promessa de vantagem integra o tipo legal de crime estando consumado nesse momento, pelo que o prazo de prescrição começa no momento em que ocorre a promessa; porém, havendo várias promessas sucessivas ao mesmo funcionário, para se obter a prática de ato lícito ou ilícito ou a omissão da sua prática, haverá tantos crimes quantos as condutas corruptivas de promessa; mas, se as condutas forem realizadas num mesmo contexto exterior que justifique o entendimento de uma menor exigibilidade do agente, poderemos estar perante um crime continuado, caso em que o prazo de prescrição se iniciará no dia da prática do última conduta corruptiva<sup>43</sup>.

Tendemos a assumir que serão excepcionais os casos passíveis de subsunção à figura do crime continuado, porque é de difícil preenchimento a verificação de um circunstancialismo exterior que envolva a conduta do agente de modo a que se possa considerar estarmos perante uma menor exigibilidade<sup>44</sup>. Como salienta PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «a diminuição sensível da culpa só tem lugar quando a ocasião favorável à prática do crime se repete sem que o agente tenha contribuído para essa repetição. [...] Isto é, quando a ocasião se proporciona ao agente e não quando ele activamente a provoca»<sup>45</sup>.

Na verdade, nos casos de corrupção passiva poderá ser difícil explicar uma diminuição sensível da culpa nas sucessivas violações de deveres inerentes ao cargo quando assim tenha ocorrido<sup>46</sup>. Dever-se-á, por isso, verificar se estamos perante uma mera prática reiterada e habitual, ou antes uma situação em que se

<sup>42</sup> Vide Ac. do STJ de 18/04/2013 (ISABEL PAIS MARTINS), proc. 180/05.9JACBR.C1.S1.

<sup>43</sup> Sendo certo que, se após a condenação transitada em julgado for conhecida uma conduta corruptiva mais grave que integre a continuação, a pena que lhe for aplicada substitui a anterior – cf. artigo 79.º, n.º 2, do CP.

<sup>44</sup> Cfr. Ac. do STJ de 21/03/2018 (OLIVEIRA MENDES), proc. 736/03.4TOPRT.P2.S1, Ac. do STJ de 15/01/1997 (LOPES ROCHA), proc. 048892 (sumário), e, v.g., Ac. do TRL de 08/09/2020 (ARTUR VARGUES), proc. 3008/13.2JFLSB.L1.

<sup>45</sup> *Ob. cit.*, p. 223.

<sup>46</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que nestes casos, de corrupção passiva com a prática de «atos reiterados ao longo de anos» (*ob. cit.*, p. 224), «a culpa pode até ser mais grave, por revelar firmeza e persistência do propósito criminoso» (*idem*).

justifique afirmar a existência de uma «relação legal de continuação» (FIGUEIREDO DIAS) e de uma «unidade de contexto situacional» (FIGUEIREDO DIAS). Esta implica uma homogeneidade da conduta, bastando, por exemplo, que a aceitação ou a solicitação seja realizada perante entidades diferentes para que seja difícil afirmar esta homogeneidade, ou que a aceitação ou solicitação seja em vista da prática (ou omissão) de atos distintos (ainda que perante o mesmo agente da corrupção ativa) para que seja difícil a afirmação de que estamos perante uma unidade de contexto situacional. Na verdade, a diminuição da culpa assente numa menor exigibilidade depende «daquilo que deve ser exigido ao agente»<sup>47</sup>. Sabendo que deve exigir-se ao funcionário uma «exigibilidade intensificada» em virtude da função que exerce, a análise do seu comportamento deverá ser realizada, nesse contexto, tendo por base o critério «da correspondência do facto àquele que seria também praticado por um “homem fiel ao direito”»<sup>48</sup> colocado naquelas circunstâncias. Nestes casos, em que sobre o específico agente se impõe um especial dever de fidelidade à legalidade, raras serão as situações em que se possa fundamentar uma diminuição sensível da culpa, uma vez que a personalidade do agente documentada no facto tem que ser aferida em função do que lhe era concreta e juridicamente exigível. É certo que o direito não exige, mesmo nas circunstâncias particulares deste específico agente, um «herói moral», mas apenas «um homem dotado de uma resistência espiritual normal»<sup>49</sup>, para o qual não deixarão de ser relevantes as exigências comunitárias que naquele momento se impõem a cada cidadão.

Esta exigibilidade acrescida já não se encontrará no agente da corrupção ativa ao qual se impõe a atuação de acordo com a lei de modo idêntico ao que se impõe relativamente a qualquer outro crime – o respeito pelos bens jurídicos protegidos. E nesta medida caberá apreciar da existência ou não de uma continuação criminosa de acordo o que se exige à «generalidade das pessoas “honestas” ou “normalmente fiéis ao direito”» (FIGUEIREDO DIAS).

Porém, caberá aos Tribunais, em face de cada caso concreto, a apreciação rigorosa dos pressupostos da continuação criminosa que revelem a diminuição sensível da culpa do agente decorrente de uma exigibilidade sensivelmente diminuída.

<sup>47</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 1198.

<sup>48</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 711.

<sup>49</sup> *Idem*.



## Secção VI

# PERDA DE VANTAGENS

20.

## A dimensão patrimonial no crime de corrupção – dos direitos fundamentais à eficácia da repressão

Hélio Rigor Rodrigues

Sumário:

- I. Introdução
- II. Primeiro afloramento: a necessidade de proteção das «vítimas» no crime de corrupção através do reconhecimento do seu direito fundamental a uma sociedade livre de corrupção
- III. As causas da corrupção e a sua relação com as motivações dos agentes do crime
- IV. A dimensão patrimonial no crime de corrupção
  1. O confisco das vantagens como o único mecanismo não ingénuo de combater a corrupção enquanto fenómeno criminal que visa o lucro
  2. A dimensão patrimonial *in personam* e a (des)necessidade de criminalizar novos comportamentos – o caso do enriquecimento ilícito

**RESUMO:** O problema da corrupção não se resolve exclusivamente através da eliminação dos seus efeitos ou da correção das suas consequências. Só uma atuação estratégica, especialmente vocacionada para intervir diretamente nas suas causas poderá, em nossa perspetiva, contribuir decisivamente para alcançar a desejada eficácia no combate a este flagelo. Este texto, porventura demasiado ambicioso, pretende, em breves linhas, apresentar propostas de reflexão que partem de uma certa variação do princípio aristotélico de causa/efeito enquanto mecanismo de compreensão holística dos fenómenos corruptivos. Nessa medida, procuramos explorar a importância dos direitos fundamentais no contexto dos seus efeitos, por um lado, e definir a relevância da questão patrimonial no universo das suas causas, por outro, num exercício de maiêutica orientado pela dimensão jurídica ou normativa enquanto reflexo de um sentido de Justiça comum a todas as pessoas.

### I. Introdução

«A corrupção é uma praga insidiosa que possuiu um vasto leque de efeitos corrosivos nas sociedades. Mina a democracia e o Estado de Direito, conduz a violações dos direitos humanos, distorce os mercados, corrói a qualidade de vida e permite que floresçam o crime organizado, terrorismo e outras ameaças para a segurança das pessoas». Existem poucas definições do fenómeno sociológico da corrupção tão impressionantes como esta que o Ex-secretário geral das Nações Unidas, Kofi Annan, introduziu no Prefácio à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Existe uma consciência coletiva sobre a necessidade de erradicar a corrupção e todos os fenómenos que lhe estão associados. Não obstante, no documento do Governo relativo à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024 afirma-se, com razão, que persiste, contudo, no conjunto de certezas sociais adquiridas, a convicção de que:

- i. «os fenómenos corruptivos são sistémicos e atravessam amplos sectores da atividade política, administrativa e privada;
- ii. o Estado, através das suas instâncias de controlo, não tem conseguido prevenir, detetar e reprimir eficazmente a corrupção».

Qual a razão para que um fenómeno que todos, uniformemente, consideram nocivo se assuma como um problema sistémico?

Quais as suas causas?

As razões para a sua efervescência e profusão transversal?

O que é que alimenta este fenómeno, e porque é que as instâncias formais de controlo, especialmente ao nível judiciário, não alcançam a almejada eficácia no seu combate?

Se as respostas a estas questões fossem simples ou evidentes o problema da corrupção estaria resolvido. Não obstante, embora pouco ambicioso em alguns aspetos estruturantes<sup>1</sup>, o documento do Governo relativo à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024 constitui um guião que aponta inequivocamente no sentido certo, especialmente ao intensificar a aposta na prevenção.

Defendemos inequivocamente as vantagens de uma abordagem preventiva nesta matéria. Todavia, importará reconhecer que ao contrário do que ocorre noutros domínios, como no caso dos comportamentos que contribuem para diminuir a poluição ambiental ou estimular um estilo de vida saudável, que são essencialmente motivados por questões culturais, no caso da corrupção, para além da consciência dos seus malefícios ser tão inata e natural com a própria noção sobre o que é «justo» ou «injusto», existem outras motivações suplementares que justificam que os fenómenos corruptivos permaneçam, pese embora a consciência global da sua antijuridicidade (material).

Destaca-se a este respeito a motivação económica. Nessa medida, a eficácia de uma abordagem preferencialmente vocacionada para a prevenção deverá ser encaráda com um otimismo moderado.

Este estudo será assim dirigido para a necessidade de combater a corrupção igualmente através de uma perspetiva repressiva, designadamente mediante a aplicação de consequências jurídicas eficazes, proporcionais e dissuasivas, de natureza penal ou outra<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Designadamente, no âmbito do regime de dispensa e atenuação da pena em matéria de «direito premial», onde se continua a insistir no pressuposto «que o crime seja denunciado em todos os seus contornos antes da instauração do procedimento criminal», bem como no âmbito da recuperação de ativos, onde não se propõe a adaptação das medidas de garantias patrimonial para as especificidades próprias do confisco das vantagens.

<sup>2</sup> Como sugere EUCLIDES DÁMASO SIMÕES, «Comentários à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (2020-2024)», *Julgar online*, outubro de 2020, a prevenção também se realiza através da capacidade do sistema judicial para impor sanções penais efetivas proporcionais e dissuasórias.

## II. Primeiro afloramento: a necessidade de proteção das «vítimas» no crime de corrupção através do reconhecimento do seu direito fundamental a uma sociedade livre de corrupção

A criminalidade que hoje atenta contra os direitos e valores fundamentais é diferente da antiga delinquência de subsistência, que existia no momento em que foi definida a matriz da intervenção penal refletida nos Códigos, e na generalidade das leis que hoje temos. A «criminalidade do poder» não representa um fenómeno marginal, como a delinquência tradicional, mas reflete comportamentos criminosos que estão integrados transversalmente no funcionamento normal das nossas sociedades.

Se a criminalidade mudou, os mecanismos e as estratégias usadas para a combater não podem manter-se os mesmos. Têm de mudar também, e adaptar-se aos novos desafios. Os remédios do passado mostraram ser ineficazes para os problemas criados por alguns fenómenos criminais atuais, como a criminalidade económico-financeira organizada, transnacional e monetariamente poderosa.

Uma dessas novas abordagens passará precisamente por reconhecer a necessidade de proteção das vítimas da corrupção. Alguns perguntar-se-ão se a corrupção não será, tal como o branqueamento e outros fenómenos da dita «criminalidade económico-financeira», um crime sem vítima identificável?

Não. A Corrupção não é inevitavelmente um crime sem vítima concretamente determinada.

Mohamed Bouazizi é provavelmente umas das mais conhecidas vítimas da corrupção. O seu exemplo não deve ser esquecido, sendo merecedor de reflexão constante. Quando, aos 26 anos, se autoimolou pelo fogo em frente a um edifício governamental na cidade de Sidi Bouzid, na Tunísia, porque a peita ou suborno diário que tinha que pagar às autoridades locais não lhe permitia garantir a subsistência através do seu negócio de venda ambulante de frutas, deu início à primavera árabe. O sacrifício que lhe provocou a morte representa o desespero que milhões de vítimas da corrupção, que permanecendo com vida morrem progressivamente na sua dignidade, asfixiados pelos abusos daqueles a quem foi confiado um poder mais ou menos relevante na sociedade.

A corrupção produz vítimas<sup>3</sup>. Vítimas concretas, com um rosto, uma história, e uma vida, que em muitos casos é interrompida porque essa corrupção lhes retirou a liberdade individual, traduzida na oportunidade de iniciar ou manter o seu negócio, aceder a determinados lugares com base no mérito, ou simplesmente de usufruir de serviços públicos em igualdade de circunstâncias com todos os demais cidadãos, no quadro de instituições justas, e de uma sociedade livre, justa e solidária, como determina o artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

É por isso confrangedor assistir às controvérsias públicas relativamente à admissibilidade da criação de novos mecanismos jurídicos de combate à corrupção, ou adaptação dos existentes, numa discussão exclusivamente motivada e focada nas singularidades das garantias dos suspeitos ou potenciais prevaricadores, como se os efeitos nocivos da corrupção se produzissem num universo metafísico e abstrato,

<sup>3</sup> Interessante a este nível é igualmente o texto de NICHOLAS AMBRASEYS e ROGER BILHAM, «Corruption Kills», *Nature*, n.º 469, 2011, pp. 153-155, que conclui que 83% das mortes provocadas pelo colapso de edifícios durante terremotos ocorre em países com níveis anormalmente elevados de corrupção.

onde as pessoas são meros conceitos, desprezando-se completamente os direitos das vítimas, daqueles que não estão assessorados por um batalhão de defensores altamente qualificados.

Existem caminhos alternativos a este respeito?

Eventualmente sim, e o primeiro passo passaria por apelar à «dignidade inerente a todos os membros da família humana» enquanto «fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo»<sup>4</sup>, (como consta do primeiro considerando do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos), como referencial do reconhecimento expresso do direito fundamental e inalienável a uma sociedade livre de corrupção dos seus agentes públicos<sup>5</sup>.

A elevação do direito a uma sociedade livre de corrupção como direito fundamental tem sido defendida por MATTHEW MURRAY e ANDREW SPALDING<sup>6</sup> pelo menos desde 2012, e merecerá particular atenção na medida em que desse reconhecimento poderá resultar o início de uma estratégia de intervenção especialmente orientada para a sua proteção, não enquanto valor abstrato, mas como referência da dignidade dos Homens concretos, das pessoas humanas que devem ser protegidas dos efeitos da corrupção.

O reconhecimento do direito fundamental a uma sociedade livre de corrupção dos seus agentes públicos possuiria maior relevância e intensidade normativa do que qualquer documento estratégico ou pacote legislativo anticorrupção. Não só porque a proteção dos direitos fundamentais é por todos reconhecida como prioritária, mesmo em comparação com o exercício da ação penal, mas porque o discurso muitas vezes vazio de conteúdo e profundamente tautológico sobre a importância do combate à corrupção e à prioridade que o mesmo merece seria concretizada numa ação que efetivamente refletiria essas declarações de princípio e lhes concederia materialização no seu domínio mais relevante: o reconhecimento expresso de um direito fundamental.

Uma sociedade onde a corrupção seja sistémica retira às suas vítimas a capacidade de recorrer aos tribunais, às forças de segurança, aos hospitais e mesmo às escolas, se estes serviços forem igualmente permeáveis à corrupção. Nessa medida, aquele direito existe como direito fundamental prévio ao direito à liberdade, à justiça, à saúde e à educação, e distingue-se destes, autonomizando-se enquanto direito natural.

Portugal possui nesta matéria uma oportunidade imperdível para se assumir novamente como o país que dá novos mundos ao mundo. Não ao mundo «geográfico», pois nem é esse o mais importante, mas ao mundo do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do avanço civilizacional, como ocorreu com a Carta

<sup>4</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 48.

<sup>5</sup> «Agentes públicos» como conceito definido, designadamente, na Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, e que no contexto português abarca todos aqueles a quem tenha sido confiado um poder, ou seja, não só os que possam ser classificados como titulares de cargos políticos, mas igualmente todos os que integrem o conceito de «funcionário» previsto no artigo 386.º do Código Penal.

<sup>6</sup> MATTHEW MURRAY e ANDREW SPALDING, «Freedom from Official Corruption as a Human Right», *Brookings Institution*, January 28, 2015, <http://www.brookings.edu/research/papers/2015/01/27-freedom-corruption-human-right-murray-spalding> (consulta em 27 de março de 2021).

de Lei de 1867, que declarou a abolição da pena de morte<sup>7</sup>, antes de qualquer outro Estado, ou com a abolição da escravidão.

### III. As causas da corrupção e a sua relação com as motivações dos agentes do crime

A definição tradicional de corrupção, enquanto realidade com relevância jurídico-penal, como «o abuso de um poder público para obter vantagens privadas», que foi, em termos genéricos, preconizada por JOSEPH NYE<sup>8</sup> nos anos 60, e posteriormente adotada e difundida pelo Banco Mundial<sup>9</sup>, é suficientemente simples e indica, em nossa perspetiva, o caminho na identificação das causas da corrupção.

A existência de procedimentos concursais pouco claros e transparentes, ou a existência de sectores de atividade profundamente burocráticos ou mesmo a opacidade nas contas e orçamentos das entidades estaduais poderão contribuir para a ocorrência de atos de corrupção, mas será que podem considerar-se a sua causa?

Não pretendemos neste breve estudo identificar exaustivamente todas as possíveis causas da corrupção, nem estudar em detalhe as suas variações. Atrevemo-nos, todavia, a assumir que o que verdadeiramente motiva a corrupção será a vontade dos seus agentes em obter «vantagens privadas», em conformidade com a definição que anteriormente enunciamos.

A obtenção destas «vantagens» constitui elemento estruturante e transversal a todas as modalidades de corrupção previstas no ordenamento jurídico nacional<sup>10</sup>.

Não obstante se reconheça que as vantagens tipicamente relevantes para efeitos de consumação do crime de corrupção poderão assumir natureza patrimonial ou não patrimonial, não existirão dúvidas que na generalidade dos casos a motivação dos agentes do crime de corrupção (pelo menos do corruptor passivo) será económica, e de natureza pecuniária ou patrimonial.

A verdadeira causa da corrupção está sintetizada numa ideia de ADAM SMITH que nos aponta o caminho para a revelação das motivações, não apenas do agente público corrupto, mas de uma considerável parcela do comportamento humano:

<sup>7</sup> Que motivou a conhecida felicitação a Portugal pelo humanista e escritor francês VICTOR HUGO, publicada no jornal *Diário de Notícias*, onde proclamou que: «Está pois a pena de morte abolida nesse nobre Portugal, pequeno povo que tem uma grande história. [...] Felicito a vossa nação. Portugal dá o exemplo à Europa. Desfrutai de antemão essa imensa glória. A Europa imitará Portugal. Morte à morte! Guerra à guerra! Viva a vida! Ódio ao ódio. A liberdade é uma cidade imensa da qual todos somos concidadãos.»

<sup>8</sup> JOSEPH NYE, «Corruption and political development: a cost-benefit analysis», *American Political Science Review*, n.º 61, 1967, pp. 417-427.

<sup>9</sup> Designadamente no documento: «Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank», disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>.

<sup>10</sup> Não apenas do crime de corrupção previsto na secção I do capítulo IV do título V do Código Penal, mas igualmente nos crimes com idêntica designação consagrados por referência a sectores individualizados da sociedade, nomeadamente, nos artigos 7.º a 9.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril; nos artigos 16.º a 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho; nos artigos 8.º e 9.º da Lei 50/2007, de 31 de agosto; nos artigos 36.º e 37.º da Lei n.º 100/2003, de 15 de novembro.

«Não é da bondade do homem do talho, do cervejeiro ou do padeiro que podemos esperar o nosso jantar, mas da consideração em que eles têm os seus próprios interesses»<sup>11</sup>.

É sob esta mesma lógica de egoísmo mercantilista, ou seja, sob uma lógica de custo/benefício, que pondera e pensa o agente do crime que visa o lucro. O agente público no crime de corrupção raciocina como um qualquer *Homo Economicus*<sup>12</sup>, em que a pena será somente um custo (eventual) no rendimento certo obtido com o crime. A corrupção é assim, antes de mais, um crime que visa o lucro. Perante um crime que foi praticado com intenção de obter uma vantagem patrimonial, ou seja, com vista a obter um benefício económico, a solução passará necessariamente por dialogar com o agente do crime na mesma linguagem pecuniária, confrontando-o com o reflexo da dimensão patrimonial do seu comportamento, responsabilizando-o patrimonialmente.

Uma perspetiva exclusivamente fundada na responsabilização criminal é ineficaz para combater a corrupção.

Sendo assim, que soluções importa considerar?

#### IV. A dimensão patrimonial no crime de corrupção

No âmbito da criminalidade económico-financeira em geral, e no caso da corrupção em particular, importa antes de mais reconhecer que, para além da dimensão criminal (mais especificamente, da responsabilização criminal), ou seja, do conjunto de pressupostos substantivos e diligências processualmente ordenadas necessárias a assegurar a condenação de um agente através da aplicação de uma pena ou medida de segurança, existe um outro universo que não pode ser desprezado, traduzido precisamente na dimensão patrimonial do crime de corrupção<sup>13</sup>.

É atacando esta «vertente patrimonial do crime»<sup>14</sup> que o Estado poderá, em nossa perspetiva, amplificar a eficácia no combate ao crime de corrupção.

O que é, e em que consiste afinal esta dimensão patrimonial do crime?

Considerando a necessidade de evitar entre os criminosos a proliferação da ideia de que o «crime compensa», com todas as suas nocivas consequências (especialmente ao nível da prevenção) foi germinando a consciência da necessidade de atacar o problema através da «asfixia dos lucros ilicitamente obtidos»<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> ADAM SMITH, *Riqueza das Nações*, Lisboa: Gulbenkian, (1776) 1993, vol. I, p. 95.

<sup>12</sup> ANSELMO BORGES, «O crime económico na perspectiva filosófico-teológica», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, fasc. 1, janeiro-março, 2000 (pp. 7 a 35), p. 19.

<sup>13</sup> Dimensão patrimonial que deve ser considerada em qualquer crime que vise o lucro, ou que tenha gerado vantagens.

<sup>14</sup> Expressão utilizada por JORGE GODINHO, *Do Crime de «Branqueamento» de Capitais*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 17, no âmbito do crime de branqueamento.

<sup>15</sup> FERNANDO TORRÃO, «Intervenção punitiva em tempos de crise: a paradigmática questão da punibilidade do autobranqueamento (ou a relevância da valoração criminológica do facto na definição do concurso aparente de crimes)», in *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXVI, 2016, pp. 527 a 552; e ainda FARIA COSTA, «O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)», em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. II, Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 309.



Esse objetivo de aniquilar ou remover qualquer lucro ilícito reflete-se em duas vertentes da dimensão patrimonial do crime, que podem ser identificadas do seguinte modo:

Em primeiro lugar no desenvolvimento e aplicação de mecanismos ablativos, designadamente através do confisco das vantagens, nas suas diversas modalidades, que reflete o domínio das consequências *in rem* da dimensão patrimonial do crime.

Por outro lado, através da criminalização de determinadas condutas indiscutivelmente associadas ao aproveitamento dos benefícios económicos gerados pela prática do crime, designadamente por via da criminalização das condutas descritas nos crimes de branqueamento<sup>16</sup>, de recetação ou de auxílio material, ou seja, mediante o reconhecimento do universo *in personam* da dimensão patrimonial do crime.

É concedendo relevância a este contexto da dimensão patrimonial do crime (especialmente na sua dimensão *in rem*) que, em nossa perspetiva, poderemos inverter a manifesta ineficácia na responsabilização dos agentes públicos por comportamentos integrados no âmbito dos fenómenos criminais da corrupção.

Passaremos, por isso, brevemente, a enunciar as especificidades de cada uma referidas constelações da dimensão patrimonial do crime, traduzidas nas consequências *in rem* e *in personam* e a sua relevância para uma atuação mais eficaz no combate à corrupção.

## **1. O confisco das vantagens como o único mecanismo não ingénuo de combater a corrupção enquanto fenómeno criminal que visa o lucro**

Sendo a principal motivação dos agentes públicos no crime de corrupção a obtenção de uma vantagem patrimonial, a eliminação desse benefício económico com a remoção integral das vantagens constitui provavelmente a arma mais poderosa na luta a contra este tipo de criminalidade<sup>17</sup>. Neste sentido aponta precisamente o considerando 1 da Decisão-Quadro 2005/212/JAI<sup>18</sup>, onde se afirma de modo assertivo que «[...] para ser eficaz, qualquer tentativa de prevenir e combater essa criminalidade deverá centrar-se na deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime». Segue-se neste domínio precisamente a mesma linha dos considerandos 1 a 5 e 19 da Diretiva 2014/42/UE<sup>19</sup>, e ainda da Comunicação da Comissão ao Par-

<sup>16</sup> Quanto à posição que assumimos relativamente ao crime de branqueamento como reflexo desta consequência *in personam* da dimensão patrimonial do crime, *vide*: HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «O branqueamento de capitais enquanto consequência *in personam* da dimensão patrimonial do crime», in *Estudos Projeto Ethos*, Procuradoria-Geral da República, (org.), Lisboa: INCM – Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018, pp. 275 a 330.

<sup>17</sup> Veja-se a este respeito a justificação da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco, de 21 de dezembro de 2016 COM(2016) 819, final 2016/0412 (COD), adaptada no seguimento dos trabalhos de discussão da proposta, em 1 de dezembro de 2017, através do documento: 15104/17 JAI 1128 COPEN 380 DROIPEN 178 IA 202 CODEC 1946.

<sup>18</sup> Decisão-Quadro 2005/212/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime.

<sup>19</sup> Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia.

lamento Europeu e ao Conselho sobre as vantagens da criminalidade organizada, em que é «importante garantir que o crime não compensa»<sup>20</sup>.

As finalidades subjacentes ao confisco das vantagens do crime erigem-se, brevemente, segundo uma lógica de confluência de dois vetores primaciais, que se encontram já sintetizados no pensamento de FIGUEIREDO DIAS<sup>21</sup>:

- As *finalidades de natureza preventiva*, associadas à ideia «antiga, mas nem por isso menos prezável — de que “o ‘crime’ não compensa”», por um lado, e
- A necessidade de *restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente*, por outro.

A satisfação destas finalidades encontra no ordenamento jurídico nacional e internacional<sup>22</sup> uma constelação normativa própria, que se autonomiza dos tradicionais mecanismos exclusivamente tendentes à responsabilização criminal, e porventura por isso são muitas vezes esquecidas.

Independentemente da natureza que pretenda reconhecer-se ao instituto do confisco das vantagens<sup>23</sup>, este haverá de reconhecer-se como uma consequência jurídica do crime, podendo ser classificado como uma quarta via<sup>24</sup> ou quarto degrau nas reações que o Estado pode assumir contra os crimes, a par das penas, das medidas de segurança e da reparação da vítima<sup>25</sup>, esta última já na formulação preconizada por CLAUS ROXIN.

<sup>20</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre: «Produto da criminalidade organizada: Garantir que o “crime não compensa”», Bruxelas, 20 de novembro de 2008 COM(2008) 766 final.

<sup>21</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, 1.<sup>a</sup> ed., 4.<sup>a</sup> reimp., setembro de 2013, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 631 e ss.

<sup>22</sup> O instrumento jurídico internacional mais importante a este respeito é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, na medida em que estabelece o confisco como princípio fundamental, e que é considerada por muitos, ainda hoje, o ponto alto da cooperação internacional em matéria de confisco. A este respeito *vide*: LEONARDO SERGIO BORLINI e GIULIO NESSI, «International Asset Recovery: Origins, Evolution and Current Challenges», *Diritto del Commercio Internazionale*, Ano NXXVIII, n.º 2, 2014, pp. 377-415, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2391713> (data da consulta: 01.03.2021).

<sup>23</sup> Quanto à posição que defendemos relativamente à natureza jurídica do confisco das vantagens, classificando-a como assumindo natureza civil: HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos Homens e os deveres dos Estados – A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», in Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (org.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos – À luz da Diretiva 2014/42/EU e da lei que a transpôs*, Lisboa: INCM — Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018, pp. 39 a 84; HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis», in *Revista do Ministério Público*, n.º 134, 2013, pp. 189 e ss., e HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS ALBERTO REIS RODRIGUES, *Recuperação de Ativos na Criminalidade Económico-Financeira: Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão*, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, pp. 175 e ss.

<sup>24</sup> Considerando que o confisco poderia ser uma terceira via (*third track*) de consequências legais da prática de uma infração penal: JOACHIM VOGEL, «The Legal Construction that Property Can Do Harm: Reflections on the Rationality and Legitimacy of Civil Forfeiture», in Jon Petter Rui e Ulrich Sieber (org.), *Non conviction based confiscation in Europe*, Freiburg i.Br, 2016, pp. 226 a 243.

<sup>25</sup> Entre nós, MÁRIO FERREIRA MONTE, «Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime», in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 129 a 155.

Voltando ao tema deste título, diremos que o único modo não ingénuo de combater a corrupção será precisamente garantindo-se que esta consequência jurídica do crime é efetivamente aplicada, colocando-se os seus autores precisamente na situação patrimonial em que estariam se o crime não tivesse sido praticado<sup>26</sup>, assegurando-se assim que o crime não compensa.

Importa assim perguntar se o ordenamento jurídico nacional contempla mecanismos adequados para esse efeito.

O crime de corrupção, em qualquer das suas modalidades ou variações, constitui um dos fenómenos criminais relativamente aos quais são admissíveis genericamente todos os mecanismos substantivos de confisco existentes no ordenamento jurídico nacional.

Isto significa que no âmbito do crime de corrupção, com especial importância para a intervenção na fase de inquérito, importa considerar as vantagens obtidas no âmbito das modalidades de confisco clássicas ou tradicionais, quer na sequência de uma condenação, quer nas modalidades de confisco não baseado numa condenação, quer ainda no âmbito do confisco previsto no âmbito da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Não nos compete analisar as razões que determinam, na prática judiciária, uma aplicação manifestamente insuficiente dos mecanismos ablativos previstos no ordenamento jurídico nacional, mesmo nos casos em que os pressupostos dessa aplicação estão inequivocamente verificados. Todavia, podemos assinalar que, do nosso contacto prático e teórico nesta matéria, identificam-se dificuldades em questões elementares que implicam, em muitos casos, constrangimentos inultrapassáveis na responsabilização patrimonial dos agentes do crime nesta dimensão *in rem*. Essas dificuldades evidenciam-se desde logo numa incorreta articulação entre o confisco clássico e alargado, e na definição do próprio conceito de vantagem.

Em primeiro lugar, cabe destacar que o conceito de vantagem assume na tradição jurídica portuguesa um significado devidamente sedimentado. Nesta medida, o conceito de «vantagem patrimonial», previsto como elemento típico do crime de corrupção, partilha o seu conteúdo funcional e operativo com o conceito de vantagem *confiscável*<sup>27</sup> e deverá nessa medida ser concretizado por referência a «todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha sido alcançado»<sup>28</sup>. Não existe, afortunadamente, neste domínio, qualquer descontinui-

<sup>26</sup> Quanto ao fundamento dogmático para esta afirmação: HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos Homens e os deveres dos Estados», *ob. cit.*, pp. 39 a 84.

<sup>27</sup> Designadamente nos termos do artigo 110.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal.

<sup>28</sup> Em especial, sobre esta definição: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português* [...], *ob. cit.*, p. 632. Sobre este conceito de vantagem para efeitos de confisco existe já abundante doutrina, para a qual se remete, designadamente: JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Lisboa: INCM — Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 100; PEDRO CAEIRO, «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 2, abril-junho de 2011, pp. 267-321; MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «Enriquecimento ilícito/injustificado», *Julgar*, n.º 28 (2016), pp. 281-313; JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, «Perda de bens a favor do Estado», in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: CEJ/Coimbra Editora, 2004, pp. 121-164; DUARTE NUNES, «Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional)», in revista

dade lógica e/ou normativa entre o conceito de vantagem patrimonial relevante para a consumação do crime de corrupção e o conceito de vantagem que serve como referencial para identificar os bens ou valores suscetíveis de confisco. Estes refletem a mesma realidade. Excluídos do instituto do confisco (na perda clássica) ficam assim apenas os casos em que a vantagem tipicamente relevante para a consumação do crime de corrupção seja de natureza não patrimonial.

O que distingue então o confisco clássico previsto no Código Penal do confisco «alargado» previsto na Lei 5/2002, de 11 de janeiro?

Em termos muito breves, a distinção é simples e facilmente compreensível. Enquanto as modalidades de confisco clássicas, designadamente a que se encontra prevista no artigo 110.º do Código Penal, exigem que o Ministério Público, enquanto Magistratura a quem cabe exercer a ação penal, demonstre, ou prove, o vínculo ou conexão entre o facto ilícito típico (por um lado) e os objetos ou valores que devem ser confiscados (por outro), as modalidades de perda ampliada prescindem dessa demonstração<sup>29</sup>. A perda diz-se assim alargada, precisamente porque ultrapassa as fronteiras da perda clássica, ou seja, daquilo que é possível demonstrar como tendo sido obtido com a prática do crime<sup>30</sup>.

O regime do confisco previsto na Lei 5/2002, de 11 de janeiro, depende da condenação do agente por um dos crimes do catálogo, mas constitui ainda assim um mecanismo de confisco não baseado numa condenação, na medida em que os valores confiscáveis consideram-se provenientes de uma atividade criminosa precedente, pela qual o arguido não foi condenado. Trata-se de um mecanismo de confisco não baseado numa condenação extremamente robusto, que poucos países se atreveram ainda a consagrar<sup>31</sup>. Não obstante, foi considerado pelo Tribunal Constitucional plenamente compatível com as garantias constitucionais previstas no ordenamento jurídico nacional<sup>32</sup>.

*Julgar online*, fevereiro de 2017; JORGE DIAS DUARTE, «Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro – Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado», *Revista do Ministério Público*, ano 23, jan.-mar. de 2002, n.º 89, pp. 141-154; EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS TRINDADE, «Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)», in revista *Julgar online*, 2009; HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS ALBERTO REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos*, [...], *ob. cit.*

<sup>29</sup> Sublinha-se que as modalidades de perda ampliada, designadamente a prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, não prescindem do vínculo com o crime, o que dispensam é demonstração desse vínculo, uma vez que este é presumido.

<sup>30</sup> Ou seja, se um funcionário receber 1000€ para a prática de um ato contrário ao dever do cargo, esse montante estará sujeito ao confisco no âmbito da perda clássica, nos termos do artigo 110.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal, na medida em que é possível vincular tal valor com a prática do crime, sendo que o âmbito da aplicação da prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, «alarga-se» ou «estende-se» para lá do universo dos bens que eu consigo relacionar com o crime investigado, não se incluído aqueles 1000€, por essa razão, no cálculo do património incongruente.

<sup>31</sup> Veja-se a este respeito o estudo promovido pela Comissão Europeia: «*Comparative law study of the implementation of mutual recognition of orders to freeze and confiscate criminal assets in the European Union*», publicado a 2015-02-06 – JUST/2011/JPEN/PR/0153/A4 FINAL FINDINGS REPORT, e ainda o Documento de trabalho da Comissão Europeia sobre «*Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union, Brussels*», 12.4.2019 SWD(2019) 1050 final.

<sup>32</sup> Designadamente no Acórdão do Tribunal Constitucional 392/2015. Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de confisco: JOÃO CONDE CORREIA, «Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional

Embora existam aspetos que carecem de intervenção<sup>33</sup>, o problema em Portugal não é de base normativa, mas sim de interiorização de uma verdadeira cultura judiciária de aplicação dos mecanismos de recuperação de ativos.

## 2. A dimensão patrimonial *in personam* e a (des)necessidade de criminalizar novos comportamentos – o caso do enriquecimento ilícito

Como vimos anteriormente, a incriminação de condutas traduzidas na manipulação das vantagens ou de determinadas formas de auxílio no seu aproveitamento encontra justificação político-criminal no âmbito da proteção dos bens jurídicos já tutelados pelos crimes de branqueamento, de recetação ou de auxílio material. Estas incriminações poderão considerar-se consequências *in personam* da dimensão patrimonial do crime. Sucede, porém, que, ao contrário do que ocorreria com a criminalização do enriquecimento ilícito, estas estão, todavia, justificadas pela descrição típica das modalidades de ação por referência (ou orientadas) à efetiva violação de um dever<sup>34</sup>.

Vemos por isso com elevada preocupação que os problemas que toda a comunidade reconhece existir na acumulação de riqueza de origem «inconfessável» ou «injustificada» na titularidade dos agentes públicos pretendam resolver-se por via da criminalização de um designado «crime de enriquecimento ilícito».

Não deverão existir dogmas indiscutíveis a este respeito, e a discussão em torno da criminalização do enriquecimento ilícito terá naturalmente o seu espaço próprio. Consideramos, todavia, que esse não constitui o caminho a seguir, por duas razões essenciais.

Em primeiro lugar, por via das, porventura «inultrapassáveis», dificuldades de compatibilização dessa incriminação com o princípio da «definição do facto» em direito penal, por oposição a um critério do «direito penal do mero *status*»<sup>35</sup> em que parece basear-se a incriminação do enriquecimento ilícito, tendo por base as propostas que anteriormente vimos serem apresentadas, bem como aquelas que agora surgem em perspetiva da sua eventual correção. Tratar-se-ia, caso essa incriminação avançasse, do reconhecimento da admissibilidade do «direito penal do estamento» na formulação preconizada pelo Professor FARIA COSTA<sup>36</sup>, ou seja, da punição pelo facto de simplesmente alguém «estar» mais rico, sem que se identifique ou se saiba como enriqueceu.

Estranhamente, porventura por via da ausência de uma cultura judiciária orientada para a recuperação de ativos, não vemos a discussão ser orientada para o

n.ºs 101, 392 e 476/2015», in *Revista do Ministério Público* n.º 145, pp. 207-221, e ainda: DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, «Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes – Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional», in *Revista Julgar online*, Fevereiro de 2017.

<sup>33</sup> Desde logo a implementação de um mecanismo de perda ampliada nos termos previstos na Diretiva 42/2014UE.

<sup>34</sup> A respeito desta fonte de legitimação *vide*: PEDRO CAEIRO, «Quem Cabras vende e cabritos não tem...», *Série de escritos Breves*, edição do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, [https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/escritos\\_breves\\_n1.pdf](https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/escritos_breves_n1.pdf).

<sup>35</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, «Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *plaidoyer* por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado», in *RLJ*, n.º 3973, ano 141.º, pp. 249 a 264.

<sup>36</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, «Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito [...]», *ob. cit.*



caminho onde verdadeiramente se resolvem os problemas de enriquecimento ilícito ou injustificado, que é precisamente no âmbito do confisco das vantagens do crime.

Portugal possui, no âmbito da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, um mecanismo de confisco não baseado numa condenação que se encontra sustentado por uma presunção relativamente à origem do património de determinado condenado. Trata-se de uma modalidade de confisco do património injustificado não baseada numa condenação precisamente porque o valor confiscado foi obtido por crimes pelos quais o visado não foi condenado, embora o funcionamento deste mecanismo dependa da condenação por um crime do catálogo<sup>37</sup>.

Os problemas de acumulação de riqueza injustificada não se resolvem por via de uma incriminação que, em nossa perspetiva, sempre seria ilegítima, mas através, aproveitando igualmente as palavras do Professor FARIA COSTA, da «adopção de medidas extrapenais, de carácter sancionatório ou de intromissão direta no património ilicitamente acrescentado – como, *v.g.*, os procedimentos de confisco *in rem* (de natureza administrativa), ou, melhor ainda, a perda de vantagens “alargada”, também de natureza administrativa mas agora aplicada por ocasião e no seio de um processo penal»<sup>38</sup>.

O caminho deveria centrar-se na possibilidade de aplicação de medidas como as que foram implementadas pela Geórgia, que conduziram a decisões paradigmáticas do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em matéria de confisco não baseado numa condenação<sup>39</sup>, inclusivamente com recurso a presunções, ou da Bulgária, que foi igualmente objeto de recente apreciação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>40</sup>.

A discussão relativa ao enriquecimento ilícito deverá transferir-se, nessa medida, da dimensão criminal para a dimensão patrimonial *in rem*, explorando-se eventualmente a admissibilidade de mecanismos de confisco do «enriquecimento ilícito» semelhantes ao previsto na Lei 5/2002, de 11 de janeiro, mas que não tenham como pressuposto a condenação pela prática de um crime de catálogo, abandonando-se a via da incriminação, que sempre seria, em nossa perspetiva, uma forma ilegítima de resolver o problema num Estado de Direito.

<sup>37</sup> Quanto às singularidades do funcionamento deste mecanismo, *vide*: JOÃO CONDE CORREIA, «O confisco e a “fixação” do enriquecimento ilícito», in *Estudos Projeto Ethos*, Procuradoria-Geral da República (org.), Lisboa: INCM – Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018, pp. 249 a 274.

<sup>38</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, «Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito», [...], *ob. cit.*, p. 254.

<sup>39</sup> Designadamente as recentes decisões do TEDH: *Gogitidze and others v. Georgia*, proc. n.º 36862/05, 12 de maio de 2015; e ainda *Giorgi Devadz c. Geórgia*, processo 21727/05, de 3 de novembro de 2016. Relativamente ao Acórdão *Gogitidze and others v. Georgia*, *vide* entre nós: EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS TRINDADE, «Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal – A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos», in *Julgar online*, março de 2016, e HÉLIO RIGOR RODRIGUES, *O confisco das vantagens do crime, entre os direitos dos Homens e os deveres dos Estados* [...], *ob. cit.*, p. 76.

<sup>40</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia de 19 de março de 2020, proferido no processo C-234/18.



## Recuperação de activos (a decisiva importância da perda alargada e da cooperação internacional)

Euclides Dâmaso Simões

### Sumário:

- I. Reacções penais e recuperação de activos
- II. Instrumentos de direito internacional
- III. Modalidades de perda ou confisco: da perda clássica à *extended forfeiture*
- IV. A perda alargada na lei portuguesa
- V. Auxílio judiciário mútuo
- VI. Cooperação internacional: dimensões e procedimentos
- VII. Destino dos bens declarados perdidos
- VIII. Estratégia nacional de combate à corrupção

**RESUMO:** A justiça penal só realiza hoje os seus fins se conseguir afirmar que «o crime não compensa» através da instituição de um regime eficaz de recuperação de activos, em que a perda ampliada assume papel preponderante. Num mundo globalizado, de fronteiras cada vez mais permeáveis, a cooperação judiciária internacional é pedra angular dessa realização e a Convenção de Mérida constitui, pelo seu carácter universal, o mais importante instrumento no domínio do combate à corrupção. E ela abre portas a um novo paradigma em matéria de repartição de bens.

### I. Reacções penais e recuperação de activos

Uma visão de conjunto das tendências actuais em matéria de reacção penal redundará, provavelmente, na constatação de um maior número de mecanismos de antecipação da tutela penal, reflectido na proliferação de crimes de perigo abstracto, na busca acrescida de soluções de diversão e consenso, geradoras de menor onerosidade processual, e na progressiva deslocação do fulcro das reacções penais para o domínio económico, intentando colocar o criminoso na situação patrimonial que tinha antes do cometimento do crime. Noutro plano, procurando acompanhar a crescente globalização e consequente circulação de pessoas, mercadorias e capitais, assiste-se à intensificação dos mecanismos de cooperação judiciária e, a nível regional, à progressiva consagração de ingredientes de confiança recíproca e reconhecimento mútuo.

Pois bem, a questão da recuperação de activos inscreve-se precisamente naquele movimento de deslocação do eixo da reacção penal da privação da liberdade para a privação económica, perscrutável quer nos instrumentos convencionais elaborados no seio da ONU nas últimas três décadas<sup>1</sup> quer nas mais próximas produções

---

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> A Convenção da ONU contra a Corrupção, de 2003 (Convenção de Mérida) consagra um capítulo autónomo à «recuperação de activos» (artigos 51.º a 59.º).

do Conselho da Europa e da União Europeia. Vai fazendo curso a ideia de que as intenções ético-retributiva e preventiva que tradicionalmente presidem ao direito penal só lograrão plena satisfação se os agentes do crime sofrerem também o abalo económico resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas dos produtos e vantagens que hajam obtido. Assim, está praticamente cimentado o entendimento de que a perda ou confisco serve três objectivos: (i) o de acentuar as intenções de prevenção (geral e especial) através da demonstração de que «o crime não compensa»; (ii) o de evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novas infracções propiciando, pelo contrário, a sua aplicação na indemnização das vítimas e no apetrechamento das instituições de combate ao crime; (iii) e o de reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de proventos ilícitos nas actividades empresariais.

Por outro lado, constata-se que uma das características principais da criminalidade actual, especialmente da criminalidade organizada, é a da sua vocação para gerar elevados proventos económicos. As organizações criminosas, pelo menos aquelas de que trata a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional («Convenção de Palermo»), têm o lucro por escopo:

«Por grupo criminoso organizado deverá entender-se um grupo estruturado de três ou mais pessoas que existe durante certo tempo e actue concertadamente com o propósito de cometer um ou mais crimes graves ou crimes tipificados nos termos da presente convenção com vista a obter, directa ou indirectamente, um benefício de ordem material» [artigo 2.º, alínea a)].

A repressão dessa criminalidade, muitas vezes inserível no conceito de «tráfico» (tráfico de armas, tráfico de pessoas, tráfico de droga, tráfico de influências), não ultrapassará, por isso, a fase platónica se não se voltar para a recuperação de fundos, isto é, dos bens e produtos gerados pelas actividades ilícitas. Há, pois, que dar plena realização ao velho aforismo de que o «crime não compensa». Ora, isso não se tornará realidade se, a par do sancionamento com as penas adequadas, os condenados não sofrerem o abalo económico resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido, transformado ou exportado.

O estabelecimento de regimes eficazes de apreensão e confisco ou perda de bens tem, por isso, sido uma constante, quer nos principais instrumentos internacionais produzidos no seio da ONU, quer nas mais recentes produções do direito europeu. Poderá mesmo dizer-se que se vai firmando uma ideia de superação da prisão como fulcro da reacção penal em favor de soluções que viabilizem o «asfixiamento económico» do agente do crime, isto é, que facilitem a apreensão dos bens, produtos e instrumentos da sua actividade criminosa, actual ou pregressa, e a sua perda ou confisco. Por isso a doutrina alemã vem já falando do «quarto pilar do direito penal» para caracterizar o movimento de ablação intransigente dos produtos do crime.

## II. Instrumentos de direito internacional

A preocupação normativizadora dos órgãos e instâncias internacionais com vista ao alcance de sistemas eficazes de apreensão e perda ou confisco de bens, quer no plano meramente interno quer no domínio da cooperação judiciária internacional, está bem espelhada nos instrumentos seguintes:

- Convenção da ONU de 1988 contra o tráfico de drogas;
- Convenção da ONU contra o crime organizado transnacional («Convenção de Palermo»);
- Convenção da ONU contra a corrupção («Convenção de Mérida»);
- Convenções do Conselho da Europa relativas ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo, de 1990 («Convenção de Estrasburgo») e de 2005 («Convenção de Varsóvia»);
- Recomendações 4 e 38 do GAFI/FATF, na versão de 2012;
- Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22/7/2003, relativa à execução na UE das decisões de congelamento de bens ou de provas;
- Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24/2/2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime;
- Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6/10/2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda;
- Decisão 2007/845/JAI do Conselho, de 6/12/2007, relativa à criação de Gabinetes de Recuperação de Bens;
- Directiva 2014/42/UE do Parlamento e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia;
- Regulamento (UE) 2018/1805, do Parlamento e do Conselho, de 14/11/2018, sobre o reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda.

Acrescem a toda essa panóplia de instrumentos os esforços que vêm sendo desenvolvidos no campo da recuperação de activos pela iniciativa StAR (da responsabilidade das Nações Unidas e do Banco Mundial), pela Rede CARIN (*Camden Asset Recovery Inter – Agency Network*) e pela «*Informal Platform on Confiscation and Assets Recovery*».

A todo esse conjunto de instrumentos convencionais e organizações assiste a intenção de reforçar a recuperação de activos no plano dos procedimentos internos e no plano de cooperação internacional, essencialmente com base nas medidas seguintes:

- i. fórmulas tradicionais de perda ou confisco, assentes no estabelecimento de um nexo de causalidade directa entre um crime cuja prática um tribunal der como provada e determinado bem;
- ii. fórmulas inovadoras de perda ou confisco alargado («*decomiso ampliado*», «*extended confiscation*», «*confiscation élargie*», «*erweiterte verfall*»), assentes na presunção de que os bens ou produtos detidos por alguém condenado pela prática de um crime grave ou por pessoas próximas são resultado da sua actividade criminosa actual ou anterior na parte em que não forem compatíveis com o seu rendimento lícito, a menos que prove que os recebeu de qualquer fonte não criminosa;
- iii. fórmulas subsidiárias de perda civil («*civil confiscation*»), aplicáveis independentemente de condenação penal, isto é, aplicáveis através de um procedimento de natureza administrativa ou civil, de escassa onerosidade

probatória para o autor. Inscrevem-se nesta modalidade a «*civil forfeiture*» norte americana e a «*ley de extinción de dominio*» colombiana. O UNODC e o Banco Mundial atribuem tal importância a esta modalidade que criaram, no âmbito da «Iniciativa StAR», em 2009, um guia de boas práticas em matéria de confisco sem condenação, publicado já em inglês e em espanhol.

### III. Modalidades de perda ou confisco: da perda clássica à *extended forfeiture*

A noção de *perda ou confisco* de que aqui tratamos está convencionalmente definida em termos suficientemente amplos:

- «Perda de bens» é a perda definitiva de bens por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente [artigo 2.º, alínea g)], da Convenção da ONU Contra a Corrupção, conhecida por «Convenção de Mérida»;
- «Perda» é «a privação definitiva de um bem, decretada por um tribunal relativamente a uma infração penal» (artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia).

Isto é, acham guardada nestas definições:

- i. quer a modalidade tradicional de perda ou confisco, que ocorre relativamente aos benefícios resultantes de um crime cuja prática um tribunal der por provada;
- ii. quer a modalidade de perda ou confisco alargado, que ocorre relativamente aos benefícios ou activos de uma conduta criminosa genérica, de toda uma conduta criminosa passada.

Perante a insuficiência da modalidade tradicional de vinculação da perda a um crime concreto dado como provado, a comunidade internacional, quer ao nível global quer ao nível regional, tem vindo a defender a adopção da *extended forfeiture*. Pelo menos no domínio da repressão do crime grave, já que se considera que não há vantagem na sua aplicação nos casos de *lenient crime* («crime suave»).

O desenho deste novo instituto tem adquirido tonalidades diversas (mais carregadas nos sistemas de *common law* e nos Estados do Norte da Europa) e têm vindo a registar-se acertos vários em virtude da necessidade que houve de transpor para o direito interno os ditames da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24/2/2005, e de observar agora as imposições da Directiva 2014/42/UE, de 3 de Abril de 2014.

O artigo 5.º desta última estabelece agora que «[o]s Estados-membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso».

De forma simples, poderá dizer-se que, na sua formulação mais ousada, o instituto da «*extended forfeiture*» permite a perda ou confisco dos benefícios do crime, a menos que o criminoso prove que os recebeu de qualquer fonte não criminosa.

Consideram os defensores desta formulação que o princípio da presunção de inocência (não expressamente consagrado em todos os textos constitucionais da União Europeia, mas claramente acolhido no artigo 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), não é afectado por aquela inversão do ónus da prova. E isto porque, asseveram, não está em causa a prova dos elementos constitutivos do ilícito típico imputado, mas apenas a determinação da origem dos bens que foram encontrados ao arguido, em caso de condenação. Considera-se, por isso, que a inversão do ónus da prova da sua origem faz sentido na medida em que o condenado é a pessoa mais bem colocada e com as melhores condições para provar que a sua propriedade teve origem lícita.

A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso «Philips c. Reino Unido», de 5 de Julho de 2001<sup>2</sup>, afigura-se-nos paradigmática quanto a esta matéria.

Debruçando-se sobre a conformidade do artigo 2.º da Lei do Reino Unido sobre tráfico de droga, de 1994, que dá intensa consagração ao instituto da «*extended forfeiture*», com o princípio da presunção de inocência acolhido no artigo 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, veio o Tribunal de Estrasburgo a estatuir o seguinte:

- i. Em virtude da presunção estabelecida no artigo 2.º da lei da droga de 1994, segundo a qual o conjunto de bens na posse do acusado nos seis anos precedentes ao início do processo integram a noção de produto do tráfico de droga, a jurisdição nacional pode laborar na suposição de que o acusado participou noutras actividades ilegais ligadas ao tráfico de droga antes do cometimento do crime pelo qual foi condenado.
- ii. Contrariamente ao regime normal, em que a acusação tem a obrigação de provar os factos que impendem sobre o acusado, é a este último que incumbe provar, segundo o critério da probabilidade, que adquiriu os bens em questão por outra via que não o tráfico de droga.
- iii. Este procedimento não conduz à condenação ou à absolvição do requerente por uma outra infracção ligada ao tráfico de droga. Se o tribunal presume que o arguido retirou um benefício do tráfico de droga no passado isso não ocasionará, por exemplo, mais uma inscrição no seu registo criminal, ao qual será somente levada a condenação infligida pelos factos julgados provados segundo a regra tradicional da superação de qualquer dúvida razoável.
- iv. Isto é, não se pode considerar que, quanto a esta matéria (origem dos bens não directamente relacionados com os factos da condenação), tenha sido dirigida uma acusação penal contra o requerente, tratando-se apenas de um procedimento destinado a permitir ao tribunal competente apreciar o montante pelo qual deve fixar-se a ordem de perda ou confisco. Procedimento este semelhante à determinação por um tribunal de uma multa ou da duração de uma pena de prisão a impor a um arguido condenado de acordo com as regras legais.
- v. Assim, considerando que o direito a ser presumido inocente, com base no artigo 6.º, n.º 2, da Convenção, não se refere senão ao crime por que foi concretamente acusado, não podendo esse regime aplicar-se depois de ter sido

<sup>2</sup> Acessível em <https://rm.coe.int/09000016806ebe19>.

devidamente provada a sua culpabilidade pelo seu cometimento, decidiu o tribunal que: «O artigo 6.º, § 2.º, da Convenção não era aplicável ao procedimento de confisco de que o requerente foi objecto.»

Em 2004 também o Tribunal Constitucional Alemão confirmou a compatibilidade da «*Erweiterte Verfall*» com o princípio da culpa, com a presunção de inocência, com a garantia constitucional do direito de propriedade e com o princípio da tipicidade. Consequentemente, o alívio (aligeiramento) do ónus da prova foi considerado conforme ao princípio da proporcionalidade, tendo em consideração a necessidade de dispor de um instrumento de luta contra a criminalidade organizada<sup>3</sup>.

#### IV. A perda alargada na lei portuguesa

Inscribe-se neste conceito o regime de perda previsto no artigo 7.º da lei portuguesa 5/2002, de 11 de Janeiro, se bem que se possa afirmar que a formulação adoptada se aproxima muito também do conceito de enriquecimento ilícito ou injustificado, na medida em que permite a perda de todo o valor patrimonial incongruente que possa ser imputado ao arguido condenado por um crime do catálogo, ainda que advenha de qualquer outra infracção. Como igualmente nele se inscreve, com a mesma policromia, o regime previsto nos artigos 4.º, 5.º e 6.º da lei angolana 15/2018, de 26 de Dezembro. Ambos os regimes parecem inspirar-se no artigo 12.º, *sexies*, da lei italiana anti máfia 356, de 1992, com a epígrafe «*Ipotesi particolari di confisca*».

Parece-me, aliás, que a formulação da lei angolana é mais robusta, ao não consagrar as limitações temporais à titularidade ou à aquisição dos bens por parte do agente do crime, bem como à sua transferência para terceiros, adoptadas pela lei portuguesa.

A execução do regime de perda ampliada em Portugal foi um processo bastante difícil. Logo após a publicação da Lei 5/2002, DAMIÃO DA CUNHA, Professor e nome sonante da ciência jurídica, efectuou uma conferência no CEJ, depois amplamente divulgada, onde advogava a inconstitucionalidade desse novo instituto, por infracção ao princípio da presunção de inocência. Tratava-se, dizia ele, de uma verdadeira sanção que exigia – sob pena de subversão do sistema – a existência de um qualquer elo de ligação entre o crime por que o arguido era condenado e a eventual actividade criminosa pregressa.

Foi quanto bastou para os aplicadores da lei se inibissem. Porque, além do anátema doutrinário lançado sobre a lei, a sua aplicação implicava diligências diversas e manobras processuais difíceis de entranhar na rotina do judiciário, com o Ministério Público exclusivamente focado, por tradição, na obtenção de uma sanção penal.

Fez-se então o caminho das pedras, tentando satisfazer as exigências da doutrina. Em conclusões de aceso debate patrocinado pelo CEJ, em 2004, aceitou-se que, pelo menos, o Ministério Público deveria demonstrar, segundo um mero juízo de probabilidade (ou, segundo alguns, mediante juízos de adequação e proporcionalidade), que o crime objecto de condenação estava inserido numa determinada actividade criminosa. Nem assim a *intelligentsia* judiciária se moveu. O assunto continuou

<sup>3</sup> Acórdão de 14/01/2004, *apud* ANNA MARIA MAUGERI, «I Modelli di Sanzioni Patrimoniale nel Diritto Comparato», in *Atti del Convegno*, Catania: Giuffrè, 2008, p. 84.



arredado das acusações e das sentenças portuguesas. Não havia rasto de jurisprudência sobre o tema.

Em Maio de 2007, em parceria com o meu colega JOSÉ LUÍS TRINDADE, publiquei na revista *Julgar online* um artigo intitulado «Recuperação de Ativos: da perda ampliada à *actio in rem* (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)». Os nossos objectivos eram claros: dar conta de que a perda ampliada não era uma excentricidade nacional (boa parte dos sistemas do nosso entorno civilizacional também a adoptavam) e de que até já despontavam formas mais avançadas de perda ou confisco.

Em 12 de Novembro de 2008, o Supremo Tribunal de Justiça já sentenciava que a «previsão de um mecanismo especial de perda de bens a favor do Estado por força da lei 5/2002, tomando por base a presunção de obtenção de vantagens patrimoniais ilícitas através da actividade criminosa [...] estando em causa crimes graves [...] é perfeitamente conforme à Constituição da República». E em 2015 o Tribunal Constitucional decidiu uniformemente, nos acórdãos 101/2015, 392/2015 e 476/2015, não julgar inconstitucional o regime de perda alargada plasmado no artigo 7.º da Lei 5/2002. Veredicto que repetiu mais tarde no acórdão 498/2019.

Pode, pois, concluir-se, em suma, com as palavras de Érico Fernando Barin<sup>4</sup> no seu relatório de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: «a perda alargada traduz a opção do legislador que, apegado em regras de experiência comum, presume que o património incongruente de quem é condenado por certos crimes geradores de vantagem ilícita tem origem no cometimento de outros crimes. Não se identifica na ferramenta jurídica traço de inconstitucionalidade, de violação de garantias processuais penais ou de dissonância com a CEDH, e bem se percebe a tendência de o legislador restringir o remédio forte às patologias graves (em especial, à criminalidade organizada com fim de lucro), servindo como precioso instrumento de sedimentação da máxima “o crime não compensa”».

## V. Auxílio judiciário mútuo

Tem sido grande o esforço para afeiçoar o direito internacional, no plano do auxílio judiciário mútuo em matéria penal, às exigências de agilidade e de eficácia que se impõem. Porque as fronteiras são cada vez mais próximas e permeáveis e o crime regista, a par da economia lícita, globalização crescente. Por outras palavras:

É necessário «impedir que os criminosos tirem partido das fronteiras nacionais e das diferenças nos vários ordenamentos jurídicos, a fim de conservarem os seus rendimentos ilícitos, o que lhes poderá permitir manter a viabilidade das suas actividades, mesmo em caso de acusação e condenação»<sup>5</sup>.

Centremos a análise nas duas principais Convenções que versam sobre o tema e que, produzidas no seio das Nações Unidas, podem quase universalmente ser

<sup>4</sup> «Alargar a Perda Alargada: O Projecto Fénix», in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano IV, n.º 16 (Out.-Dez. 2013).

<sup>5</sup> Cfr. *Guia Legislativo para aplicação da Convenção das Nações Unidas a Criminalidade Organizada Transnacional*, Vancouver, Março de 2003, p. 114, acessível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/GuiaConv.pdf>.

tomadas como base legal para pedidos de cooperação judiciária em matéria de recuperação de activos. E tenhamos também presente a Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, já que obriga Portugal e Angola.

A Convenção de Palermo *obriga* os Estados-partes a tipificar como delitos a *corrupção de funcionários públicos* (artigo 8.º), o *branqueamento de bens ou produtos da corrupção* (artigo 6.º) e a *obstrução da justiça* (artigo 23.º). Assim, a sua invocação como base jurídica de pedidos de cooperação só poderá ocorrer quando se trate daqueles delitos.

Já a Convenção de Mérida tem uma abrangência mais vasta: os Estados-partes são *obrigados* a tipificar como delitos a *corrupção de agentes públicos nacionais* (artigo 15.º), a *corrupção de agentes públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas* (artigo 16.º), o *peculato, apropriação ilegítima ou outro desvio de bens por um agente público* (artigo 17.º), o *branqueamento de bens ou produtos* (artigo 23.º) e a *obstrução à justiça* (artigo 25.º).

Além disso, com carácter não imperativo, os Estados-partes são *convidados* a tipificar como delitos o *tráfico de influência* (artigo 18.º), o *abuso de funções* (artigo 19.º), o *enriquecimento ilícito* (artigo 20.º), a *corrupção no sector privado* (artigo 21.º), o *peculato no sector privado* (artigo 22.º) e a *ocultação ou conservação de bens* (artigo 24.º). A sua invocação como base jurídica de pedidos de cooperação poderá, por isso, ocorrer com mais frequência. Haverá, contudo, de prestar-se especial atenção às regras da «dupla incriminação», quando se trate de delitos cuja tipificação não seja imperativa.

Por seu turno, a Convenção da CPLP inscreve no âmbito do auxílio «os actos necessários à perda, apreensão ou congelamento ou à recuperação de instrumentos, bens, objectos ou produtos do crime» (artigo 1.º, n.º 1). Dispensa, em boa parte, o requisito da dupla incriminação, pois prescreve que «[o] auxílio é concedido mesmo quando a infracção não seja punível ao abrigo da lei do Estado requerido» (artigo 2.º, n.º 1), exigindo apenas que, no caso de buscas e apreensões, os factos que deram origem ao pedido sejam puníveis «com uma pena privativa de liberdade igual ou superior a seis meses, também no Estado requerido» (n.º 2 do citado artigo 2.º).

Os pedidos de cooperação judiciária podem incidir:

- i. sobre os produtos dos delitos tipificados de harmonia com essas Convenções ou de bens cujo valor corresponda a esse produto;
- ii. sobre os bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática dos delitos tipificados de harmonia com essas Convenções;
- iii. sobre os bens em que o produto do delito tiver sido convertido, no todo ou em parte;
- iv. sobre os bens adquiridos legalmente com que o produto do crime tiver sido misturado, dentro de certas proporções;
- v. sobre as receitas ou outros benefícios obtidos com o produto do crime, os bens nos quais o produto tenha sido transformado ou convertido ou os bens com que tenha sido misturado.

Sobre esta matéria (identificação dos objectos de apreensão e perda) são praticamente coincidentes as duas Convenções em análise – cfr. artigos 12.º e 13.º da

Convenção de Palermo e artigos 31.º e 54.º da Convenção de Mérida – sendo muito menos detalhada a Convenção da CPLP (artigo 16.º).

Delicada é a questão de saber se podem inserir-se nalguma dessas categorias os bens que, em caso de condenação pela prática de determinados tipos de delitos, a lei presume que constituam vantagem de actividade criminosa do condenado, apesar de não se ter feito prova da sua vinculação directa a qualquer das infracções julgadas como provadas.

Parece-me claro que sim, desde que ambos os Estados cooperantes tenham afeiçoado o seu direito interno aos termos do artigo 31.º, n.º 8, da Convenção de Mérida, onde a figura da perda alargada é prevista, embora de forma não imperativa.

Esta solução legislativa, porque considerada menos gravosa que a tipificação do delito de «enriquecimento ilícito» e não conflituante com as regras tradicionais da distribuição do ónus da prova no que respeita aos elementos do ilícito típico, é defendida pela União Europeia (cfr. artigo 5.º da Directiva 2014/42/UE, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) e tem vindo a merecer acolhimento crescente em muitos Estados (cfr. em Portugal, o capítulo IV da Lei 5/2002, de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e, em Angola, a Lei 15/18, sobre o repatriamento coercivo e a perda alargada de bens).

## VI. Cooperação internacional: dimensões e procedimentos

A cooperação internacional realiza-se:

- i. quer no plano (prévio) da identificação, localização, embargo preventivo ou apreensão dos bens, produtos ou instrumentos do crime (cfr. artigo 13.º, n.º 2, da Convenção de Palermo, artigo 55.º, n.º 2, da Convenção de Mérida e artigo 16.º, n.º 1, da Convenção CPLP);
- ii. quer no plano (subsequente) da perda desses bens, produtos ou instrumentos (cfr. artigo 13.º, n.º 1, da Convenção de Palermo, artigo 55.º, n.º 1, da Convenção de Mérida e artigo 16.º, n.º 2, da Convenção CPLP).

No domínio da prévia identificação, localização e embargo preventivo ou apreensão, predomina o regime do reconhecimento mútuo de decisões: verificados os requisitos básicos da cooperação, entre os quais o da dupla incriminação, o Estado requerido satisfará o pedido. Sublinha-se, contudo, que a Convenção CPLP é assaz permissiva no que respeita ao requisito da dupla incriminação, como decorre do seu artigo 2.º

Já no domínio da subsequente perda, as Convenções de Palermo e de Mérida coincidem na aceitação de duas vias alternativas de procedimento, permitindo alguma flexibilidade na escolha da forma como os Estados dão cumprimento aos pedidos apresentados por outros Estados:

- i. o Estado-parte requerido transmitirá directamente o pedido às suas autoridades competentes para a execução da decisão de perda emitida pelo Estado-parte requerente [cfr. artigo 13.º, n.º 1, alínea b), da Convenção de Palermo e artigo 55.º, n.º 1, alínea b), da Convenção de Mérida], segundo o regime de reconhecimento mútuo,

- ii. ou o Estado-parte requerido transmitirá o pedido às suas autoridades competentes a fim de obter destas, segundo o regime de revisão de sentença estrangeira, uma decisão de perda que, se for decretada, será depois executada [cfr. artigo 13.º, n.º 1, alínea *a*), da Convenção de Palermo e artigo 55.º, n.º 1, alínea *a*), da Convenção de Mérida].

Em Portugal, por exemplo, optou-se pela via exposta em segundo lugar (cfr. artigos 100.º e 160.º da Lei n.º 144/99 e 234.º a 240.º do CPP).

Quanto aos aspectos formais e substanciais do pedido, haverá que ter em atenção as regras gerais fixadas, em matéria de auxílio judiciário mútuo, quer no artigo 18.º da Convenção de Palermo quer no artigo 46.º da Convenção de Mérida, que são praticamente coincidentes, quer também nos artigos 9.º e 16.º da Convenção da CPLP sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal.

Devem, além disso, ser observados os seguintes requisitos especiais:

- a*) quando se trate de pedido de prévia identificação, localização, embargo preventivo ou apreensão, ele deverá conter uma exposição dos factos em que se baseia o Estado-parte requerente e uma descrição das medidas pedidas e, quando exista, uma cópia autenticada da decisão em que se baseia o pedido [cfr. artigo 13.º, n.º 3, alínea *c*), da Convenção de Palermo e artigo 55.º, n.º 3, alínea *c*), da Convenção de Mérida]<sup>6</sup>;
- b*) quando se trate de pedido de perda, ele deverá ser documentado:
  - i. ou com uma relação dos bens que deverão ser declarados perdidos incluindo, se possível, a sua localização e valor estimado, bem como uma exposição dos factos em que o Estado requerente se baseia, que permita ao Estado-parte requerido obter das suas autoridades a revisão da sentença estrangeira [cfr. artigo 13.º, n.º 3, alínea *a*), da Convenção de Palermo e artigo 55.º, n.º 3, alínea *a*), da Convenção de Mérida],
  - ii. ou com uma cópia autenticada da declaração de perda emitida pelo Estado requerente, uma exposição dos factos e informação sobre os termos em que é pedida a execução dessa decisão, uma declaração que indique as medidas tomadas pelo Estado requerente para notificar devidamente os terceiros de boa fé e uma declaração de que a decisão de perda é definitiva [cfr. artigo 13.º, n.º 3, alínea *b*), da Convenção de Palermo e artigo 55.º, n.º 3, alínea *b*), da Convenção de Mérida]<sup>7</sup>.

A Convenção de Auxílio Mútuo da CPLP obriga ainda a que os pedidos de diligências de revista, busca, apreensão, congelamento, perda e entrega de objectos ou valores sejam acompanhados de uma declaração certificando que são admitidos pela lei do Estado requerente [cfr. artigo 9.º, n.º 1, alínea *f*)].

Os pedidos de cooperação revestem a forma de carta rogatória e obedecem, como se disse, aos requisitos de forma especificados nos artigos 18.º, n.º 15, da Convenção de Palermo, 46.º, n.º 15, da Convenção de Mérida e 9.º da Convenção de Auxílio Mútuo da CPLP.

<sup>6</sup> Note-se, porém, que a exigência de cópia autenticada da decisão só é feita pela Convenção de Mérida.

<sup>7</sup> As duas últimas exigências apenas são feitas pela Convenção de Mérida.

Com o objectivo de disciplinar a forma das cartas rogatórias, a UNODC (Viena) preparou um formulário, à semelhança do que elaborou a Rede Judiciária Europeia para os actos de auxílio no âmbito da União Europeia, com as necessárias adaptações. Esse formulário abrange hoje também os pedidos de recuperação de activos formulados ao abrigo da Convenção de Mérida.

As cartas rogatórias poderão ser transmitidas por via diplomática (quando os Estados-partes o exijam), por via Interpol (especialmente em casos de urgência) ou directamente, entre autoridades centrais dos Estados-partes ou entre autoridades competentes – cfr. artigo 18.º, n.º 13, da Convenção de Palermo, artigo 46.º, n.º 13, da Convenção de Mérida e artigo 7.º da Convenção CPLP.

Por razões de abertura, proximidade e celeridade, que devem caracterizar os actos de cooperação judiciária no século XXI, defendo a maior utilização possível da via Interpol e da comunicação directa entre autoridades centrais ou, de preferência, entre autoridades competentes do Estado requerente e do Estado requerido.

As cartas rogatórias expedidas para recuperação de activos serão cumpridas em conformidade com o direito interno do Estado requerido e com eventuais regras e tratados que o vinculam ao Estado requerente (cfr. artigo 13.º, n.º 4, da Convenção de Palermo, artigo 55.º, n.º 4, da Convenção de Mérida e artigo 4.º, n.º 1, da Convenção CPLP). A Convenção CPLP prevê ainda que, a solicitação expressa do Estado requerente, o pedido possa ser cumprido em conformidade com as exigências da sua legislação, «desde que não contrarie os princípios fundamentais do estado requerido e não cause graves prejuízos aos intervenientes no processo» (n.º 2 do citado artigo 4.º).

Este princípio (*locus regit actum*) é, de resto, predominante em matéria de cooperação judiciária.

A formulação dos pedidos deve ser, de preferência, previamente acordada entre autoridades do Estado requerente e do Estado requerido, para que satisfaçam todos os requisitos de forma e de substância exigidos e possam ser cumpridos com a maior rapidez e facilidade.

As Redes Judiciárias entretanto criadas, nomeadamente a Rede Ibero-Americana, a Rede Judiciária Europeia e os canais judiciários da CPLP podem e devem ser utilizadas para se facilitarem os contactos directos entre autoridades dos Estados requerente e requerido e para, através delas, se conseguir maior aperfeiçoamento das cartas rogatórias e maior eficácia e celeridade no seu cumprimento.

A utilização cruzada dessas redes permitirá, por outro lado, obter esses mesmos resultados de celeridade e eficácia no envio e cumprimento de cartas rogatórias para Estados não pertencentes à mesma rede. Assim, por ex., Angola poderá beneficiar de um ponto de contacto português da Rede Judiciária Europeia num pedido de cooperação com o Luxemburgo, accionando a Rede Judiciária Europeia.

De tal modo se privilegia esta intervenção especializada no domínio de recuperação de activos, quer no plano interno quer no plano da cooperação internacional, que a União Europeia produziu a Decisão 2007/845/JAI, de 6 de Dezembro, visando a criação, em cada Estado-membro, de uma Oficina de Recuperação de Activos para facilitação do seguimento («*tracing*») e localização dos produtos do crime para permitir a sua posterior apreensão e perda ou confisco.

Sugiro que quando se trate de recuperação de activos localizados em centros «*off shore*» e, sobretudo, quando a complexidade e diferença dos sistemas jurídicos desses centros for maior, além do recurso a pontos de contacto das Redes Judiciárias

e à colaboração dos peritos das autoridades centrais dos Estados requeridos, se constituam advogados dessas jurisdições, que intervenham em favor da mais rápida e completa satisfação do pedido de cooperação.

Vem a propósito referir que no artigo 53.º da Convenção de Mérida estão, também, consagradas outras medidas inovadoras para a recuperação directa dos bens, inclusive através da instauração nos tribunais de acções cíveis para o reconhecimento da titularidade ou do direito de propriedade sobre bens ou produtos de crimes visados por essa Convenção.

Nestes casos parece-me que é imprescindível a contratação de advogados estabelecidos nas jurisdições onde esses procedimentos devam ter lugar.

Os artigos 56.º da Convenção de Mérida e 8.º da Convenção CPLP consagram, de forma inovadora, a possibilidade de um Estado-parte, sem pedido prévio, transmitir a outro Estado-parte informações sobre o produto de infracções estabelecidas nessas Convenções, a fim de que o Estado que as receba possa iniciar ou prosseguir investigações ou procedimentos judiciais e/ou possa vir a formular pedidos de cooperação judiciária, entre os quais os tendentes à recuperação de activos.

Estes dispositivos são de grande importância em matéria de corrupção se forem considerados conjuntamente com as especiais obrigações de vigilância das instituições financeiras sobre «*persons politicamente expostas*», fixadas no artigo 52.º, n.º 1, da Convenção de Mérida, na Recomendação 12 do GAFI (versão 2012) e na 4.ª Directiva da União Europeia sobre branqueamento, aprovada em 20/5/2015 (artigos 3.º, n.º 9, e 20.º a 23.º).

## VII. Destino dos bens declarados perdidos

É quanto à destinação dos bens declarados perdidos em virtude de um acto de cooperação judiciária que a Convenção de Mérida oferece maiores novidades.

Com efeito, o regime tradicional, acolhido na Convenção de Viena de 1988 contra o tráfico ilícito de estupefacientes [artigo 5.º, alínea b)] e na Convenção de Palermo (artigo 14.º, n.ºs 2 e 3), era o seguinte:

- i. prioritariamente os produtos ou bens deviam ser restituídos ao Estado-parte requerente para indemnização ou restituição às vítimas;
- ii. podendo, também, o seu valor ser entregue ao Fundo das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e a Justiça Penal, para utilização na luta contra o crime organizado [cfr. artigo 30.º, n.º 2, alínea c), da Convenção de Palermo];
- iii. ou podendo esse valor ser partilhado com outros Estados, de forma sistemática ou casuística.

Ora, o regime de partilha de bens tem vindo a ser estimulado nos últimos tempos relativamente aos produtos das actividades criminosas que são objecto das Convenções de Viena de 1988 e de Palermo.

Na 13.ª sessão da Comissão para a Prevenção do Crime e a Justiça Penal da ONU, em Maio de 2004, vários Estados, entre os quais os da União Europeia e os EUA, fizeram aprovar uma Recomendação ao Conselho Económico e Social no sentido de ser constituído um grupo intergovernamental de peritos encarregados de elaborar um novo «*projecto de acordo bilateral tipo sobre a disposição do produto do crime confiscado*», que venha substituir o de 1990, já referido. No preâmbulo dessa



Recomendação alude-se ao facto de os Estados requerentes de medidas de confisco e os Estados que as cumprem terem usualmente que suportar despesas substanciais em resultado das investigações e processos que têm que instaurar para o efeito<sup>8</sup>.

Por exigência de diversos Estados (grande parte dos quais pertencentes ao GRULAC), ficou também consignado no preâmbulo dessa Recomendação que o *Acordo Tipo* não deverá prejudicar os princípios enunciados na Convenção de Mérida contra a corrupção nem a posterior adopção de um mecanismo destinado a facilitar a aplicação dessa Convenção.

Assim, graças ao forte empenho de Estados do GRULAC, no decurso dos trabalhos de preparação da Convenção da ONU contra a Corrupção, em Viena, vieram a ser consagradas soluções diversas das tradicionais e já mencionadas. São as seguintes:

- i. em caso de desvio de fundos públicos (artigo 17.º) ou de branqueamento de fundos públicos desviados (artigo 23.º), o Estado-parte requerido deverá restituir os bens declarados perdidos ao Estado-parte requerente [artigo 57.º, n.º 3, alínea a), da Convenção de Mérida];
- ii. em casos de produtos de qualquer outra infracção prevista na Convenção de Mérida, o Estado-parte requerido deverá restituir os bens declarados perdidos ao Estado-parte requerente quando este prove de forma razoável o seu direito de propriedade anterior sobre os bens declarados perdidos ou quando o Estado-parte requerido reconhece que o prejuízo causado ao Estado-parte requerente constitui fundamento para restituir os bens declarados perdidos [cfr. artigo 57.º, n.º 3, alínea b)];
- iii. em todos os outros casos, dará prioridade à restituição dos bens declarados perdidos ao Estado-parte requerente, ou à restituição desses bens aos seus anteriores legítimos proprietários ou à indemnização das vítimas do delito [cfr. artigo 57.º, n.º 3, alínea c)].

Atendendo-se especialmente à origem dos bens resultantes desse tipo de delitos, quando são bens dos povos, das comunidades, espoliados pelos políticos e funcionários corruptos, foi rejeitada a hipótese de partilha ou repartição dos mesmos entre Estados cooperantes (requerente e requerido) em benefício de uma inovadora e equitativa solução de retorno, recuperação ou repatriamento de activos. Sem prejuízo, porém, de poderem ser deduzidas despesas razoáveis decorrentes das investigações e dos processos ou procedimentos judiciais conducentes à restituição ou disposição dos bens declarados perdidos (cfr. n.º 4 do artigo citado).

A Convenção de Auxílio Mútuo da CPLP prevê, por seu turno, de forma bastante ampla e abrangente, pois que se trata de um instrumento generalista, que o Estado requerido, na medida em que a sua lei o permita, decida sobre o destino a dar aos objectos ou produtos do crime e, se tal lhe for solicitado, considere a sua restituição ao Estado requerente, para que este possa indemnizar as vítimas ou restituí-los aos seus legítimos proprietários [cfr. artigo 16.º, n.º 3, alínea b)]. Não será, portanto, de estranhar que um Estado requerente que seja simultaneamente parte na Convenção da CPLP e na Convenção de Mérida opte pela invocação do regime desta última

<sup>8</sup> Cfr. documento E/CN.15/2004/L.2/Ver.1, de 18/5/2004.

na formulação do pedido de perda e restituição, por ser o que melhor serve os seus interesses.

Assim se cumprirá satisfatoriamente, a meu ver, a norma que de forma emblemática encabeça o capítulo V da Convenção de Mérida:

«A restituição de activos em conformidade com o presente capítulo é um princípio fundamental da presente Convenção e os Estados-partes deverão conceder-se a mais ampla cooperação e assistência neste domínio.»

### **VIII. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção**

Na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção afiguram-se de bom alcance os propósitos anunciados (i) de criação de normas que melhor definam procedimentos nos casos de perda de bens sem condenação penal, em complemento do que estabelecem já os artigos 110.º, n.º 5, do Código Penal e 335.º, n.º 5, do Código de Processo Penal, na redacção introduzida pela Lei 30/2017, (ii) assim como de promoção da formação e capacitação dos magistrados do Ministério Público na área da recuperação de activos, incluindo a vertente da cooperação judiciária internacional. Oxalá os propósitos não fiquem só no papel!

Coimbra, Março de 2021



**CAPÍTULO IV**

**REFORMA DA LEGISLAÇÃO**  
**PENAL EXTRAVAGANTE**



## **A reforma do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro (crimes contra a economia)**

Sandra Tavares

Sumário:

- I. Introdução
  - 1. Pertinência e atualidade da temática
  - 2. Plano de análise
- II. Regime jurídico vigente
  - 1. Evolução legislativa
  - 2. Análise de aspetos pontuais que resultam do regime jurídico vigente
    - 2.1. Desatualização da letra da lei
    - 2.2. Desatualização normativa
    - 2.3. Questões de técnica legislativa
    - 2.4. Publicidade da sentença
    - 2.5. Moldura penal
    - 2.6. Perda de bens
- III. Propostas de alteração normativa
  - 1. Decorrentes da análise do regime legal
  - 2. Sistematização
  - 3. Considerações constantes de documentos oficiais
- IV. Conclusão

**RESUMO:** A presente reflexão parte da omnipresença da «corrupção» no discurso social e jurídico-político, de onde ressalta uma certa noção de urgência de alteração do *status quo*, via (designadamente) alteração legislativa a nível penal, a bem de uma democracia mais robusta e saudável. Tendo como referencial que, em termos não técnicos, a abrangência do fenómeno corruptivo abrange realidades conexas, mais ou menos próximas, o movimento de reforma jurídico-penal que se antecipa irá com toda a probabilidade incluir também o já bastante datado e alterado Regime das Infrações Antieconómicas e contra a Saúde Pública (RIACSP), consagrado no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, pelo que julgamos justificar-se uma análise do mesmo, com o foco nessa mesma expectativa: a de uma reforma próxima futura expectável deste e doutros regimes, no âmbito do combate à corrupção. A presente reflexão baseia-se na análise documental de normativos e outros instrumentos oficiais disponíveis, para aquilatar da pertinência de se concretizarem alterações legislativas e se indicar o sentido eventual das mesmas. O objetivo da mesma é a procura de propostas de alteração legislativa ou, pelo menos, o patentear de desarticulações legais que devem ser tidas em consideração para efeitos de futuras evoluções normativas.

### **I. Introdução**

#### **1. Pertinência e atualidade da temática**

A criminalidade económico-financeira e empresarial é reiteradamente referida no campo social e jurídico-político como uma problemática imanente e significativamente



detratora da coesão social. É neste âmbito que se justifica e insere a abordagem do RIACSP, donde constam os crimes contra a economia. Não sendo este um diploma legal que trate, do ponto de vista estrito, temas de corrupção, não deixa de ser um diploma incluso no âmbito da criminalidade económico-financeira e empresarial e, por isso, inevitavelmente associado a um tratamento contextualizado que possa merecer o fenómeno da corrupção. Aliás, e demonstrativamente, já foram sucessivamente aditados a este diploma legal tipos legais de corrupção (artigos 41.º-A, 41.º-B e 41.º-C), entretanto alvo de revogação, por (meras) questões de reorganização normativa sectorial.

Mais do que a perceção social que se possa ter destes fenómenos, muitas vezes centralizados na noção de corrupção e crimes conexos, este é um ponto central das preocupações estaduais deste específico momento histórico, como o demonstram diferentes fontes oficiais.

O combate à corrupção é equacionado pelo legislador como intrinsecamente ligado à transparência e à garantia de uma democracia de qualidade. Isso mesmo é evidenciado na Lei das Grandes Opções para 2021-2023 (Lei n.º 75-C/2020, de 31 de dezembro), onde o ponto 3.2 do respetivo anexo, ocupado da governação e serviços públicos, contextualiza e concretiza o intuito de «melhorar a qualidade da democracia e combate à corrupção», designadamente pela promoção de uma «estratégia transversal e integrada de combate à corrupção, compreendendo a prevenção e a repressão». Para tal, o governo impõe-se uma série multifacetada de tarefas, agregadas, designadamente, em torno de tópicos como a prevenção da corrupção e da fraude.

Ao governo impõe-se, designadamente, que dê execução à estratégia nacional anticorrupção vigente<sup>1</sup>.

A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 corresponde à execução de um desígnio já presente no programa de governo<sup>2</sup>. Apesar dos crimes contra a economia não corresponderem a uma conceptualização jurídica estrita da corrupção, nem a uma visão mais abrangente do fenómeno corruptivo<sup>3</sup>, o que é certo é que a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 faz referência explícita<sup>4</sup> ao RIACSP, e a crimes aí tipificados, como os crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção (artigo 36.º)<sup>5</sup>, de desvio de subvenção subsídio ou crédito bonificado (artigo 37.º)<sup>6</sup> ou de fraude na obtenção de crédito (artigo 38.º)<sup>7</sup>, donde resulta reiteradamente comprovada a ligação entre os crimes contra a economia aí previstos e a pertinência do mesmos no combate à corrupção.

Em termos processuais e quantitativos, os dados oficiais disponíveis evidenciam a presença especificada de crimes contra a economia previstos no RIACSP.

<sup>1</sup> Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de abril, e publicada em anexo à mesma (pp. 9-49).

<sup>2</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>3</sup> *Idem*, pp. 10-11.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>5</sup> *Idem*, pp. 11, 32 e 40.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

O Relatório Anual de Segurança Interna 2020 (RASI 2020)<sup>8</sup>, na listagem de crimes económico-financeiros que apresenta, indica terem sido abertos 24 inquéritos pelo crime de desvio na obtenção de subvenção, subsídio ou crédito bonificado (artigo 37.º), tendo sido no mesmo período encerrados 30 inquéritos, sendo que destes, a maioria findou por «outros motivos» que não a acusação (1), o arquivamento (6) ou a suspensão provisória do processo (10). Já nos crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção (artigo 36.º) e de fraude na obtenção de crédito (artigo 38.º), que surgem indicados conjuntamente, foram abertos 102 inquéritos, tendo sido no mesmo período encerrados 156 inquéritos, a maioria dos quais por «outros motivos» (92), tendo 9 gerado acusação, 45 arquivamento e 10 suspensão provisória do processo. Quanto ao crime de especulação, foram iniciados 322 processos e encerrados 272, sendo que destes a maioria o foi por decisão de arquivamento (131), tendo os restantes terminado por decisão de acusação (36), por «outros motivos» (28) ou mediante suspensão provisória do processo (77)<sup>9</sup>. Relativamente aos dados dos inquéritos iniciados e findos, não há referência especificada aos demais crimes contra a economia constantes do RIACSP. Constata-se deste modo que são escassos os processos que terminam, quer em termos absolutos quer em termos percentuais, em acusação. Em paralelo, e quanto à corrupção, dados disponíveis demonstram verificar-se níveis bastante substanciais de arquivamentos, face aos inquéritos instaurados<sup>10</sup>.

O RASI 2020 informa ainda que, no âmbito das ações de segurança e ordem pública desencadeadas em sede de segurança alimentar e económica, entre os resultados operacionais mais importantes contam-se os relativos à especulação, com 2776 operadores fiscalizados em 2020 (em contraponto com os 54 operadores fiscalizados em 2019)<sup>11</sup>. Em termos de atividade processual penal, subjacente às ações de segurança alimentar e económica, o crime de especulação (artigo 35.º) demonstra ser a principal infração (23% da atividade processual penal), sendo também especificamente indicada a fraude sobre mercadorias (artigo 23.º) (9% da atividade processual penal) e os «géneros alimentícios avariados» (certamente correspondentes ao tipo legal previsto no artigo 24.º – contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares – designadamente à alínea c) do n.º 1 do artigo, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 82.º e do n.º 3 do mesmo artigo) (3% da atividade processual penal).

Da consulta às estatísticas da justiça, e aos relatórios dinâmicos aí disponíveis relativos a «Processos-crime em fase de julgamento findos nos tribunais de 1.ª instância», fazendo uma pesquisa, sequencial, pelos critérios legislação avulsa e (crimes) contra a economia, encontramos uma tripartição classificatória entre (crimes) «Contra genuinidade/qualidade/composição gen. alimentícios» (artigo 24.º), a que corresponderam 23 processos em 2019, (crimes de) especulação (artigo 35.º),

<sup>8</sup> SISTEMA DE SEGURANÇA INTERNA, RASI 2020 (<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDQ1NAUABR26oAUAA%3d>), 31 de março de 2021.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 91.

<sup>10</sup> Nota 1, p. 13.

<sup>11</sup> Nota 8, p. 111.

correspondente a 63 processos no mesmo período, e «Outros [crimes] contra a economia», correspondentes a 24 processos, num total de 110 processos no período em análise<sup>12</sup>.

## 2. Plano de análise

Do confronto entre a relevância social e jurídico-política do fenómeno corruptivo e os números relativamente escassos pelos quais os crimes económicos surgem nas estatísticas oficiais, há que detetar uma dissonância que, ou revela perceções sociais irrealistas quanto à real gravidade do fenómeno, ou demonstra que este, sendo efetivamente grave, consegue escapar a uma eficaz prossecução e perseguição penais. O que, a verificar-se, apela a alterações operativas e legislativas várias, aliás já refletidas e assumidas como necessárias designadamente, na já referida Lei das Grandes Opções para 2021-2023 ou na Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024. A existência destes documentos e o conteúdo exigente dos mesmos permite à partida, cremos, afastar qualquer crença de hipotética irrelevância social do fenómeno corruptivo, impele à ação a nível societário e serve de guia de ação no combate à corrupção e demais criminalidade económico-financeira e empresarial, pelo que se impõe, numa perspetiva jurídico-penal, analisar as leis que existem, as suas potencialidades e eventuais falhas, e antecipar como poderão estas ser revertidas, mediante uma alteração/reformulação normativa que permita um mais eficaz combate a este tipo de criminalidade. É o que esta reflexão pretende ensaiar, com apreciação restrita do normativo que tipifica os crimes contra a economia. Para tanto, vai-se proceder à análise do RIACSP, com referência às alterações que o mesmo já sofreu e a aspetos pontuais que suscitam dúvidas e permitem apresentar sugestões de alteração do mesmo, no sentido da melhoria do sistema criminal.

## II. Regime jurídico vigente

Os crimes económicos sobre que versa esta investigação correspondem aos crimes tipificados nos artigos 23.º a 41.º do RIACSP. Este diploma é composto de cinco capítulos (I: princípios gerais; II: dos crimes contra a economia e contra a saúde pública; III: das contraordenações; IV: definições e classificações; V: disposições finais). O capítulo II, estritamente relacionado com o tema em análise, decompõe-se em três secções [I: princípios gerais, II: dos crimes em especial – subsecção I (crimes contra a saúde pública) e subsecção II (crimes contra a economia); III: do processo].

Tendo em conta o objetivo pressuposto na investigação em curso, impõe-se uma análise das alterações, supressões e aditamentos normativos que se sucederam ao longo da vigência do normativo e do conteúdo e sentido de tais vicissitudes. Importa ainda aferir aspetos pontuais da atual letra da lei no que se refere aos crimes contra a economia. A finalidade desta conjugação de uma análise da dinâmica da letra da lei ao longo dos anos, com o enfoque na letra da lei no momento presente, pretende fazer evidenciar aspetos que sejam de especial valia no desenho da reforma do direito penal que contextualiza o foco da investigação.

<sup>12</sup> DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA, *Estatísticas da justiça* (<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Processos-crime-em-fase-de-julgamento-findos-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx>), 20 de março de 2021.

## 1. Evolução legislativa

O RIACSP surgiu em 1984 com o intuito de, à luz do respetivo preâmbulo, punir condutas «lesivas dos valores fundamentais do ordenamento sócio-jurídico»<sup>13</sup>. Este diploma foi alvo de sucessivas alterações, impondo-se hoje a consideração da pertinência do mesmo face a uma reforma que socialmente se exige e politicamente se adivinha, como estratégia de combate ao fenómeno da criminalidade económico-financeira e empresarial.

Entre as alterações ocorridas ao longo das quase quatro décadas de vigência, merece referência a que resulta do Decreto-Lei n.º 6/95, de 17 de janeiro, dedicado à alteração do código da publicidade e respetiva legislação complementar e cujo artigo 4.º determinou a revogação do artigo 40.º do RIACSP, que tipificava o tipo legal de publicidade fraudulenta.

Já o Decreto-Lei n.º 20/99, de 28 de janeiro, veio alterar a letra do artigo 23.º do RIACSP, alterando o tipo legal de fraude sobre as mercadorias de modo a abranger atos violadores de regulamento europeu entretanto publicado [Regulamento (CE) N.º 3295/94 do Conselho, de 22 de dezembro de 1994, que estabelece medidas destinadas a proibir a introdução em livre prática, a exportação, a reexportação e a colocação sob um regime suspensivo das mercadorias de contrafação e das mercadorias-pirata]<sup>14</sup>. Este tipo legal é o único que sofreu alterações à sua letra desde o início de vigência do RIACSP.

Em 2001 foram aditados ao RIACSP três tipos legais de corrupção: os artigos 41.º-A, 41.º-B e 41.º-C.

O artigo 41.º-A (corrupção ativa em prejuízo do comércio internacional) foi aditado por transposição para o direito interno da Convenção sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais (artigo 1.º da Lei n.º 13/2001, de 4 de junho).

Os artigos 41.º-B (corrupção passiva no setor privado) e 41.º-C (corrupção ativa no setor privado) foram aditados pela Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, igualmente dedicada à alteração dos artigos do CP referentes aos tipos legais de tráfico de influência (artigo 335.º), de corrupção passiva para ato ilícito (372.º na redação então estabelecida; atualmente o tipo legal previsto neste artigo corresponde ao tipo legal de recebimento indevido de vantagem) e corrupção passiva para ato lícito (artigo 373.º na redação então estabelecida; atualmente o tipo legal previsto neste artigo corresponde ao tipo legal de corrupção passiva) e à definição do conceito de funcionário (artigo 386.º). A Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, procedeu igualmente à alteração da Lei n.º 34/87, de 16 de julho (Crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos), no respeitante à definição de cargos políticos (artigo 3.º), aos tipos legais de corrupção passiva para ato ilícito (artigo 16.º, na redação então estabelecida; atualmente o tipo legal previsto neste artigo corresponde ao recebimento indevido de vantagem), de corrupção passiva para ato lícito (artigo 17.º na redação então estabelecida; atualmente o tipo legal previsto neste artigo corresponde ao tipo legal de corrupção passiva) e de corrupção ativa (artigo 18.º) e à definição dos termos de dispensa ou atenuação de pena para esses mesmos crimes (artigo 19.º, na

<sup>13</sup> Ponto 2 do preâmbulo do RIACSP.

<sup>14</sup> ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/1994/3295/oj>.

redação então estabelecida; hoje este artigo refere os termos de agravação da pena prevista nos artigos 16.º a 18.º).

Curiosamente, estes três artigos, aditados em 2001, vieram a ser alvo de revogação em 2008, em virtude da publicação da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, dedicada à criação de um novo regime penal por crimes de corrupção no comércio internacional e no setor privado, em cumprimento da Decisão-Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de julho<sup>15</sup>, passando a estar previstos nos artigos 7.º, 8.º e 9.º do referido diploma legal (ver ainda a norma revogatória do artigo 11.º).

## 2. Análise de aspetos pontuais que resultam do regime jurídico vigente

A letra dos tipos legais do RIACSP em geral tem-se mantido intocada ao longo da vigência do diploma, com exceção do tipo legal de fraude sobre mercadorias (artigo 23.º) cuja letra resulta de alteração ocorrida em 1999, por imposição de regulamento europeu. O que pode evidenciar um carácter datado das soluções legais, mas, por outro lado, demonstra a robustez dos tipos legais consagrados. Assim, e como já referido, o artigo 23.º tipifica a fraude sobre mercadorias, o artigo 24.º criminaliza comportamentos contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares, o artigo 25.º criminaliza comportamentos contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais, o artigo 28.º estabelece o tipo legal de açambarcamento, o artigo 29.º criminaliza o açambarcamento de adquirente, o artigo 30.º pune a desobediência a requisição de bens pelo governo, o artigo 31.º pune a destruição de bens e matérias-primas ou a aplicação dos mesmos a fins diferentes (do normal ou diverso do que for imposto por lei ou por entidade competente), o artigo 32.º tipifica a destruição de bens próprios com relevante interesse para a economia nacional, o artigo 33.º tipifica a exportação ilícita de bens, o artigo 34.º tipifica a violação de normas sobre declarações relativas a inquéritos, manifestos regimes de preços ou movimento das empresas, o artigo 35.º tipifica o crime de especulação, o artigo 36.º pune a fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, o artigo 37.º pune o desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado, o artigo 38.º pune a fraude na obtenção de crédito e o artigo 41.º pune a ofensa à reputação económica. Alguns destes tipos legais são expressamente referidos nos instrumentos oficiais normativos ou estatísticos supra analisados, o que deixa demonstrada – pelo menos quanto a estes – a sua pertinência e atualidade, não obstante a relativa antiguidade do diploma.

A presente análise não visa abordar especificamente o conteúdo de cada tipo legal, antes evidenciar determinados aspetos (designadamente por comparação relativa de diferentes tipos legais), alguns meramente formais, outros com impacto direto no conteúdo, sem qualquer preocupação de exaustão ou de hierarquização específica das questões a apontar, e preordenada à demonstração da adequação de alterações legislativas a considerar. É, pois, uma abordagem centrada no diploma legal que existe, sem prejuízo de ser de considerar uma reorganização genérica do mesmo, em conjugação com eventual sistematização alargada a criminalidade materialmente próxima, o que desde logo forçaria, concomitantemente, uma uniformização dos respetivos regimes.

<sup>15</sup> ELI: [http://data.europa.eu/eli/dec\\_framw/2003/568/oj](http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2003/568/oj).

## 2.1. Desatualização da letra da lei

Tendo em consideração a já relativa antiguidade do regime legal, e sendo certo que muitas das normas nunca sofreram qualquer alteração, é de certo modo expectável a verificação de referências desatualizadas, como por exemplo a remissão para normativos legais já revogados (artigo 12.º, n.º 3, ou artigo 47.º, n.º 1, por exemplo) ou para figuras jurídicas já inexistentes [artigo 6.º, alínea e)], ou até para uma moeda já sem valor legal (artigo 7.º, n.º 4, ou 10.º, n.º 1, por exemplo).

## 2.2. Desatualização normativa

São aspetos já expressamente reconhecidos na Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 que o RIACSP carece de atualização nos seus artigos 3.º (responsabilidade criminal das pessoas coletivas e equiparadas), 7.º (penas aplicáveis a pessoas coletivas e equiparadas) e 8.º (penas acessórias), designadamente pela incoerência que se constata entre estes artigos e o a propósito estabelecido no CP, fruto designadamente de alterações legislativas codificadas que não se refletiram no diploma avulso em causa<sup>16</sup>.

## 2.3. Questões de técnica legislativa

Não se percebe, na comparação dos artigos 36.º e 37.º, a alteração da sequência adotada na letra da lei (subsídio e subvenção no primeiro caso; subvenção e subsídio no segundo). Aparenta não ser diferenciação justificada.

De igual modo, aparenta ser injustificada a opção pela remissão constante do artigo 25.º, n.º 3, não se reiterar no artigo 30.º, n.ºs 3 e 4.

## 2.4. Publicidade da sentença

Ao longo do diploma legal vai sendo referida a publicidade da decisão (artigo 23.º, n.º 4, por exemplo, mas já não no artigo 33.º, também como exemplo), sendo que a publicidade da decisão condenatória está expressamente prevista como pena acessória [artigos 8.º, alínea l), e 19.º]. Tendo em consideração o âmbito de publicação previsto (artigo 19.º), bastante dispare do que seria hoje plausível (por exemplo, utilização de sítios da internet para publicação das decisões), seria pertinente a alteração do regime da publicação, usando como termo de comparação, por exemplo, o recentemente estatuído a título de pena acessória de publicação da decisão condenatória no Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro, que aprova o regime jurídico das contraordenações económicas (artigo 30.º). Por outro lado, tendo em conta a ambição social e jurídico-política de dar visibilidade à perseguição penal destes tipos de ilícito, seria de considerar a previsão de uma indiscutível imposição de divulgação das decisões judiciais, em termos similares aos previstos no artigo 422.º, n.º 5, do Código dos Valores Mobiliários.

## 2.5. Moldura penal

As penas de prisão previstas para os diferentes tipos legais do RIACSP oscilam entre os três meses, os seis meses, um ano, 18 meses, dois anos, três anos e

<sup>16</sup> Nota 1, p. 35.



cinco anos, o que logo nos remete para uma conceptualização de criminalidade não especialmente grave. Apenas o desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado poderá ascender a uma pena de seis anos «quando os valores ou danos causados forem consideravelmente elevados» (artigo 37.º, n.º 3) e a fraude na obtenção de subsídio ou subvenção pode levar à aplicação de uma pena máxima de oito anos nos «casos particularmente graves» (artigo 36.º, n.º 2).

Aparentam ser estas penas relativamente baixas face à gravidade pressuposta dos crimes contra a economia e à percepção danosa que os mesmos merecem no momento histórico em que nos encontramos, o que poderá levar ao equacionar de um agravamento genérico dos limites máximos das molduras penais. Acresce que, como consta do preâmbulo do RIACSP (ponto 4), em coerência com o seu artigo 42.º, teve lugar uma opção legislativa explícita de fixar determinadas molduras penais no limite dos três anos no máximo, para assim se garantir a eventual tramitação em processo sumário com as respetivas celeridade e eficácia que daí advêm. Ora, tendo sido o CPP alterado em 2007<sup>17</sup> e tendo então sido alargado de três para cinco anos o limite máximo da moldura que permite a tramitação em processo sumário, seria perfeitamente plausível, com essa justificação, proceder a um alargamento genérico dos limites máximos das penas previstas de três anos para a cinco anos (e todas as demais, com limites máximos inferiores ou superiores a três anos, no mesmo sentido e proporcionalmente).

## 2.6. Perda de bens

A perda de bens, prevista como pena acessória [artigo 8.º, alínea *a*)], é depois referida em termos diversificados nos diferentes tipos legais, sem que depreenda justificadamente o porquê da diversidade na letra da lei. Assim, «[o] tribunal poderá ordenar a perda das mercadorias» (artigo 23.º, n.º 3), «[o] tribunal ordenará a perda dos bens» (artigo 24.º, n.º 3, por exemplo), ou «[o] tribunal ordenará a perda de bens em caso de condenação por açambarcamento doloso» (artigo 28.º, n.º 5) (quando, tal como aqui, também nos casos anteriores o crime pode ser praticado por negligência e não há aí diferenciação na letra da lei quanto a eventual perda de bens a título doloso ou negligente). Esta divergência gera dúvidas sobre a bondade da opção legal e permite equacionar um regime em que a perda de bens fosse uniformemente tratada para os diferentes tipos legais em que fosse plausível.

## III. Propostas de alteração normativa

Estando a presente reflexão preordenada a um expectável movimento de reforma legislativa, urge agora expor algumas sugestões no sentido dessa reforma.

### 1. Decorrentes da análise do regime legal

No ponto II.2 *supra*, foram elencados uma série de aspetos pontuais presentes na lei, geradores de dúvidas sobre a bondade das soluções, muitas vezes até fruto apenas do carácter já bastante datado da lei, o que acarreta muitas vezes desarticulações com os demais normativos entretanto publicados. Os aspetos aí evidenciados serão,

<sup>17</sup> Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

por natureza, questões merecedoras da devida atenção numa eventual alteração da letra da lei. Pressupõe-se que o objetivo jurídico-político passará por uma reformulação do sistema e não pela alteração de diplomas e tipos legais avulsos, designadamente quando já bastante datados, como é o caso. O que não impede a apreciação de aspetos pontuais, como os concretizados *supra* em II.2, e a consideração dos mesmos em sede de sugestões de alteração legislativa a ponderar, independentemente da inserção sistemática futura desses tipos legais ou até da eventual codificação dos mesmos num diploma abrangente deste tipo de criminalidade.

## 2. Sistematização

A conveniência de uma sistematização abrangente da criminalidade económico-financeira e empresarial é demonstrada pelas próprias alterações que o RIACSP tem sofrido, donde se constata como que uma concorrência de diplomas legais em que determinado comportamento ora está previsto num diploma, ora é revogado nesse diploma, não por uma qualquer decisão de descriminalização, mas por passar a constar de outro, tido pelo legislador (subentende-se) por sectorialmente mais adequado.

É especialmente pertinente constatar que, com exceção de um crime económico que foi efetivamente alterado na sua letra por imposição europeia (fraude sobre mercadorias), os restantes tipos legais que se mantêm no RIACSP apresentam a sua letra intocada desde 1984, o que demonstra uma solidez normativa dos tipos que se mantêm alheia a alterações que a outros títulos o regime legal vai sofrendo. E os quatro tipos legais que foram alvo de revogação (publicidade fraudulenta, corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional, corrupção passiva no setor privado e corrupção ativa no setor privado) foram-no apenas em virtude de tipificação penal noutros normativos, entretanto surgidos. Será, pois, talvez de considerar uma atualização dos tipos, em função de critérios vários, mas, mais que tudo, uma mais conjugada sistematização contextualizada dos diferentes comportamentos nocivos que, no seu conjunto, importam distúrbios criminais ao bom fluir da vida económica.

A propósito do intuito sistematizador, cabe especial referência ao Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro. Pese embora não ter ainda entrado em vigor (artigo 183.º) e ser matéria alheia aos crimes contra a economia, este diploma aprova o regime jurídico das contraordenações económicas (artigo 1.º, n.º 1) e, com isso, procede a alterações profundas ao regime contraordenacional previsto no capítulo III do RIACSP, seja em sede de alteração legislativa (artigo 16.º), seja em sede de revogação normativa [artigo 181.º, alínea j)], o que mais uma vez fragiliza a robustez da estrutura normativa prevista no RIACSP. Mais uma vez se reforça a pertinência de uma regulamentação conjugada e sistematizada dos fenómenos incluídos na criminalidade económico-financeira e empresarial. E, até, poder-se-á recorrer às soluções do muito recente Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro, de molde a averiguar da pertinência das mesmas, com as devidas ressalvas, num hipotético regime jurídico-penal próximo futuro, relativo a um conjunto alargado e sistematizado de crimes económicos (como a já referida questão da publicidade da decisão).

## 3. Considerações constantes de documentos oficiais

Como aspetos a considerar numa eventual estrutura normativa que abranja os tipos legais previstos no RIACSP, mas que os transcenda e contextualize, no âmbito

de uma nova organização normativa, serão de considerar determinadas condicionantes na elaboração da lei, designadamente as que já estão pensadas no âmbito da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 e da Lei das Grandes Opções para 2021-2023. Da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, e sempre com consciência da não total identidade entre a corrupção e os crimes contra a economia, mas reconhecendo a complementaridade de preocupações que ambos suscitam, será de ter especialmente em conta as prioridades de cariz genérico pressupostas no documento<sup>18</sup> assim como investir num enquadramento normativo especialmente adequado à repressão da corrupção, o que passa por medidas como a unificação e uniformização de normas e de conceitos legais, a uniformização da responsabilidade penal das pessoas coletivas, a capacitação da investigação em torno da produção de prova (designadamente documental e pericial), entre outras medidas<sup>19</sup>. Também a Lei das Grandes Opções para 2021-2023 tem como objetivo a prevenção e o combate à corrupção e à fraude, o que mais uma vez se pode arregimentar conexamente para os crimes contra a economia, e refere (reiteradamente) mecanismos como a uniformização do regime da responsabilidade penal das pessoas coletivas ou a revisão dos diversos regimes legais vigentes a sua unificação num único diploma legal, entre outras propostas operativas (ver ponto 3.2 do respetivo anexo). Já em sede de qualificação das instituições, a mesma lei refere a simplificação e a codificação legislativas, em substituição da dispersão legislativa que se verifica (ver ponto 6.4 do mesmo anexo).

#### IV. Conclusão

Estando demonstrada a pertinência social das preocupações em torno do fenómeno corruptivo e a sua existência efetiva enquanto comportamento criminal disseminado, o que tem desde logo impacto direto na qualidade da democracia, impõe-se a adoção de estratégias de combate ao fenómeno em termos transversais.

Sendo tema assumido pelo governo, desde logo no seu programa eleitoral, e adotado pelo parlamento, coloca-se a questão do tratamento do fenómeno a nível do aparelho judiciário. A este propósito, é demonstrativo da confluência de interesses em torno do combate à corrupção, o facto de, entre as orientações estratégicas estabelecidas para 2021 no RASI 2020, este indicar, no que à justiça diz respeito, e logo em primeiro lugar, o «Reforço da dimensão da justiça como serviço público», e, logo de seguida a «Promoção da execução da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024»<sup>20</sup>.

No que ao RIACSP diz respeito, sugerem-se alterações específicas que podem ser de valia a uma futura reforma da tutela legal relativa à criminalidade económico-financeira e empresarial, onde se inclui, por definição, a corrupção e os fenómenos conexos.

<sup>18</sup> Nota 1, p. 15.

<sup>19</sup> *Idem*, pp. 47-48.

<sup>20</sup> Nota 8, p. 269.

# Do Direito Penal das Sociedades Comerciais, revisitado à luz da Estratégia Nacional do Combate à Corrupção

José Manuel Tomé de Carvalho  
Hugo Luz dos Santos

## Sumário:

- I. Introdução e revisitação do tema
- II. (Brevíssimo) bosquejo histórico
- III. A ligação entre a criminalidade da empresa e os fenómenos corruptivos: breves notas
- IV. Das medidas guarda-fogo, do direito penal como *ultima ratio* e do princípio da necessidade e da proporcionalidade na incriminação de comportamentos delituosos societários
- V. Os crimes societários e a (ingente) necessidade de reforma legislativa
- VI. Dos compromissos do Estado português no domínio da luta contra a corrupção e da importância dos programas de cumprimento normativo e demais meios preventivos de natureza não penal
- VII. Da revisão do critério de imputação da responsabilidade das pessoas colectivas na prática de actividades corruptivas ou conexas
- VIII. Da revisão do catálogo de crimes, das necessidades de prevenção emergentes e da aplicação de medidas de diversão ao direito penal societário
- IX. Da necessidade de reforma legislativa no que respeita às molduras penais dos crimes societários
- X. Da necessidade de introdução de sanções jurídico-civis que aumentem o efeito dissuasor da prática de crimes societários

**RESUMO:** A publicação da legislação penal e de mera ordenação social sobre comportamentos ilícitos que materialmente se inscrevem no âmbito das actividades próprias das sociedades comerciais decorre da ampla reforma centrada no Código das Sociedades Comerciais ocorrida em 1986. No entanto, recentemente, no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, o Estado português assumiu o compromisso deste diploma ser alterado no sentido de ser reflectida a obrigatoriedade de adopção de programas de cumprimento normativo, no que se refere às empresas de média e grande dimensão como instrumentos de prevenção e de repressão da corrupção.

A realização dos objectivos e a satisfação dos compromissos assumidos pelo Estado português no domínio da luta contra a corrupção pressupõe uma actividade de concepção, planeamento e execução que requer a mobilização de instrumentos legais de prevenção e combate a contextos geradores de práticas corruptivas e tal implica igualmente uma reavaliação do papel de intervenção junto das sociedades comerciais e de outras pessoas colectivas, bem como dos seus sócios ou órgãos sociais, no possível cometimento de infracções desse tipo, que passa pelo alargamento do leques de infracções e que, ao mesmo passo, assegure a transparência e a imparcialidade dos procedimentos e nas decisões estaduais.

Também é consensual que, para além da composição do catálogo de crimes que podem ser tipificados na zona de influência do Código das Sociedades Comerciais, o legislador

---

Por opção dos Autores, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

intervenha no domínio da representação da arguida pessoa colectiva, no recurso a soluções consensuais do tipo da suspensão provisória do processo com sujeição a injunções, na modernização das medidas de coacção e de garantia patrimonial, no aperfeiçoamento do modo de imputação dos factos à pessoa colectiva – com eventual desvio correctivo simplificado no caso das condutas provisionadas nos crimes de corrupção e actividades conexas –, no realinhamento das causas de agravação, dispensa ou atenuação da pena, no tratamento do mecanismo de transferência de responsabilidade pelo pagamento de multas e indemnizações e na necessidade de introdução de sanções jurídico-civis que aumentem o efeito dissuasor da prática de crimes societários.

É imperativo que o legislador mantenha um corpo de medidas repressivas que desempenhe um papel de guarda-fogo, de princípio regulador e de instrumento de segurança que garanta a concretização prática da democracia económica, social e cultural dos cidadãos e dos direitos fundamentais das pessoas colectivas, mas apenas quando as sanções civis ou penal-administrativas se revelam insuficientes ou ineficazes para garantir o completo respeito pelas regras estabelecidas.

## I. Introdução e revisitação do tema

A publicação da legislação penal e de mera ordenação social sobre comportamentos ilícitos que materialmente se inscrevem no âmbito das actividades próprias das sociedades comerciais decorre da ampla reforma centrada no Código das Sociedades Comerciais ocorrida em 1986.

As disposições penais presentes no Código das Sociedades Comerciais estão precipitadas nos artigos 509.º a 529.º *Brevitatis causa*, nos artigos 509.º, 511.º, 513.º e 514.º do referido diploma a intenção do legislador é garantir a integridade do capital social. Já nos artigos 510.º e 514.º é a fidelidade da actuação dos órgãos sociais que impera. Em sede do artigo 516.º o comando previne o regular funcionamento da sociedade. No artigo 519.º do mesmo diploma o eixo motriz da incriminação é a defesa da veracidade das informações sociais. Nos artigos 523.º e 526.º são protegidos outros interesses dos credores e dos sócios. Por seu turno, outros normativos protegem o regular funcionamento da sociedade e a sua transparência.

Na actualidade, no espaço comunitário onde estamos integrados, o Estado assume funções prioritárias de inspecção e de supervisão no âmbito de uma função preventiva-policial. Neste campo, o Estado Providência evoluiu para o papel de Estado Regulador. E é nosso entendimento que a regulamentação prudencial se deve ocupar da prevenção e da resolução das crises num esforço integrado, sem pôr em causa a globalização, a capacidade de iniciativa privada e a estrutura dos direitos fundamentais sociais, económicos e culturais.

A abordagem estritamente analítica do direito penal societário já foi realizada em artigo precedente<sup>1/2</sup>. E, logo nessa altura, deixou-se o presságio que se impunha a descriminalização de alguns comportamentos porque a sua criminalização se revelava forçada, excessiva e inútil, criminalizando-se, no entanto, outros em função das novas práticas mercantis, que seriam objectivamente merecedoras de sancionamento penal.

<sup>1</sup> JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO, «Direito Penal Societário», *revista Julgar*, n.º 9, 2009 (Setembro-Dezembro), pp. 203-232.

<sup>2</sup> Republicado com o título «Reflexões sobre o Direito Penal das Sociedades Comerciais entre o passado e o futuro: As iniquidades do presente no Regime Legal», na *Revista de Direito das Sociedades*, ano II (2010), 172, Coimbra: Almedina.

À data, na referenciada abordagem jurídica, ficou escrito que, no domínio do direito penal das sociedades, a preocupação do Estado e, bem assim, a das Instituições Europeias, deve ser interligada com a problemática da protecção dos trabalhadores, do mercado de valores mobiliários e da defesa da concorrência, da defesa dos interesses dos sócios – especialmente das minorias –, no amparo da situação jurídica dos credores sociais e na definição das políticas fiscais e de segurança social.

Este enquadramento supunha que o direito penal societário deveria ser integrado no âmbito de políticas de protecção da estrutura institucional da empresa, de defesa da veracidade da dimensão patrimonial contabilisticamente apurada, de optimização da gestão empresarial e dos respectivos reflexos ao nível dos direitos de informação e de participação plena dos accionista na vida social, de acesso regulamentado à escrituração mercantil e do conhecimento dos balanços e de outras notas elaboradas com o fim de dar conta da situação patrimonial e financeira da empresa aos sócios.

O tempo veio reforçar a acuidade de tal prognóstico e, recentemente, no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, o Estado português assumiu o compromisso do Código das Sociedades Comerciais ser alterado no sentido de ser reflectida a obrigatoriedade de adopção de programas de cumprimento normativo, no que se refere às empresas de média e grande dimensão como instrumentos de prevenção e de repressão da corrupção.

Atendendo aos interesses específicos da economia e ao texto constitucional, entendemos que o quadro sancionatório do Direito Penal Societário se destina a assegurar a eficiência do mercado e da livre concorrência empresarial, no domínio do correcto funcionamento das sociedades comerciais e do cumprimento das respectivas obrigações legais<sup>3</sup>.

SILVA DIAS entende que «o bem referente económico do comportamento danoso não é suficiente para caracterizar um ilícito específico, de modo a diferenciá-lo de outros comportamentos puníveis e mesmo de outras formas de ilícito»<sup>4</sup>.

E é com base nesta linha de continuidade entre economia e os crimes cometidos no exercício de funções públicas que se tratarão das questões específicas da corrupção e das actividades conexas no seio das pessoas colectivas, máxime da empresa e das sociedades comerciais.

## II. (Brevíssimo) bosquejo histórico

A corrupção é um comportamento delituoso que mergulha as suas raízes no magma vivificador da história. Num tempo em que impera uma tonitruante onda de (descoroçoante) populismo penal<sup>5</sup>, esta é uma asserção que, com lamentável frequência, se esboroa nos ventos fugidios da memória.

<sup>3</sup> JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO, «Direito Penal Societário», cit., p. 224.

<sup>4</sup> SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*». *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da construção de uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 852.

<sup>5</sup> O populismo penal emerge na cena jurídico-penal ancorado, quer na narração do sofrimento das vítimas quer na mediatização da justiça penal. Sobre este (deletério) fenómeno, na doutrina francesa, DENIS SALAS, *La Volonté de Punir: Essai sur le Populisme Penal*, Paris: Hachette, 2005, pp. 12-18; na doutrina dos Estados Unidos da América, JOHN PRATT, *Penal Populism*, New York: Routledge, 2007, pp. 8 e ss.; na doutrina portuguesa, JOSÉ MOURAZ LOPES, «A contaminação do



Um breve relance do olhar para os cadernos da História (que aspira, justamente, unir a verdade do Direito e a verdade da História<sup>6</sup>) confirma essa asserção. Mais do que isso. Um tal bosquejo histórico desnuda, ainda, uma ligação umbilical entre o tipo legal de crime de corrupção passiva, o tipo legal de crime de branqueamento de capitais e, para o que aqui nos interessa, a criminalidade da empresa. O que cauciona a seguinte interrogação: quão fundo mergulha (e remonta) a punição autónoma do tipo objectivo de ilícito de corrupção passiva em Portugal?

A punição autónoma do tipo legal de crime de corrupção passiva remonta às Ordenações Filipinas<sup>7</sup>, que tiveram um impacto assinalável na administração da justiça penal em Portugal<sup>8</sup>. As Ordenações Filipinas puniam a actividade do empresário que, directa ou indirectamente, desse (ou oferecesse) contrapartidas financeiras a funcionários públicos<sup>9</sup>.

As Ordenações Filipinas operavam a uma cisão teórica entre corrupção passiva e corrupção activa<sup>10</sup>. Distinção fecunda que, pese embora o desejo indómito de punir a tentativa de corrupção<sup>11</sup>, se viria a manter no Código Penal de 1982, saído das cinzas da «Revolução dos Cravos» de 1974. O ímpeto codificador (e criminalizador) que se lhe seguiu manteve esta tendência de autonomização entre a corrupção passiva e a corrupção activa.

---

sistema penal português pelo “populismo penal”», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume I, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2017, pp. 798 e ss.

<sup>6</sup> A questão da verdade do Direito e da verdade histórica foi tratada por: MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, Madrid: Trotta Editorial, 4.ª edición, 2011, pp. 1-544 (pp. 336-341) (que pugna por delimitar o campo de actuação funcional do juiz e do historiador, que não se interpenetram). Ver ainda: CLARA CALHEIROS, «Justiça, Verdade e História», in *Scientia Iuridica* (SI), *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXII, n.º 332, Maio-Agosto de 2013, Braga/Rio de Janeiro, 2013, p. 255 e p. 263 (que sublinha a juridicidade do Direito e dos factos que são «sempre irremissivelmente jurídicos»).

<sup>7</sup> HENRIQUE DA GAMA BARROS, *História da Administração Pública dos Séculos XII a XV*, Tomo I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1885, pp. 72 ss. e *passim* (refere que a Época das Ordenações constituiu um autêntico *tourrant* no que tange à administração da justiça em Portugal e além-mar).

<sup>8</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 272-338 (alude às origens, âmbito e largura da denominada Época das Ordenações no dealbar da História do Direito Português).

<sup>9</sup> PAULO DE SOUSA MENDES/SÓNIA REIS/ANTÓNIO MIRANDA, «A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?», in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes/Carlota Almeida (Coord.), Coimbra: Almedina, 2014, pp. 61 e ss., que seguimos de muito perto.

<sup>10</sup> JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, *Classes dos crimes, por ordem systemática, com as penas correspondentes, segundo a legislação actual*, Lisboa: Regia officina typografica, 1803, pp. 114 e ss.

<sup>11</sup> O artigo 446.º (Tentativa de corrupção) constante da Proposta de Lei e Projecto de Proposta de Lei de Revisão do Código Penal de 1979 tinha a seguinte redacção: «Quem oferecer ou promover dar a funcionários dinheiro ou outra vantagem patrimonial que lhe não sejam devidos, com os fins indicados no artigo 442.º (Corrupção passiva para acto ilícito), não sendo a promessa ou oferta aceite, será punido conforme os casos, com as penas previstas nos artigos 442.º e 443.º, reduzidas de um terço.» Esta proposta guarda várias semelhanças com a versão originária do *articolo 322.º* do Código Penal italiano («Instigação à Corrupção»). Um dos (muitos) engulhos que têm sido assacados a este tipo legal de crime prende-se, no essencial, com a (malsã) justaposição entre a tentativa de corrupção e a instigação à corrupção. Sobre isto: VERONICA PEZZINI, «Problemi interpretativi in tema di istigazione alla corruzione», in *L'indice penale*, 1, 1999, pp. 217-228.

### III. A ligação entre a criminalidade da empresa e os fenómenos corruptivos: breves notas

O sobredito ímpeto criminalizador (e sancionador) dos fenómenos corruptivos, que acima se deixou antecipado, colima-se, por um lado, a extirpar a ligação umbilical entre a corrupção e o branqueamento de capitais<sup>12</sup>, e, por outro lado, a punir a conexão entre os fenómenos corruptivos e a criminalidade da empresa<sup>13</sup>. Isso explica a própria técnica legislativa de equiparação da tentativa à consumação material<sup>14</sup> (um crime de empreendimento)<sup>15</sup>.

É esse ímpeto criminalizador<sup>16</sup> que, por um lado, configura o tipo objectivo de ilícito de corrupção activa como um vero crime de perigo, e, por outro lado, cunha ao crime de corrupção passiva a taxionomia doutrinal de crime de resultado ou de crime de dano<sup>17</sup>. Ambos atentam contra o mesmo bem jurídico colectivo ou supra-

<sup>12</sup> Por todos, HUGO LUZ DOS SANTOS, «O Crime de branqueamento de capitais e o crime de precedente em Macau e em Portugal: concurso efectivo? Adequação social e exclusão da tipicidade?», in *Revista do Ministério Público*, n.º 143, Julho-Setembro 2015, *passim*.

<sup>13</sup> JORGE DOS REIS BRAVO, «Investigação financeira ou patrimonial postecipada – um lugar estranho no sistema de recuperação de ativos», in Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso/João Conde Correia (Coord.), *O novo regime de recuperação de activos à luz da Diretiva 2014/42/EU que a transpõe*, 1.ª edição, Lisboa: Ministério Público de Portugal, Procuradoria-Geral do Porto, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018, p. 305 [nota, com o costumado acerto, que os mecanismos de combate ao lucro ilícito – nacionais e internacionais – são vitais para a «efetiva perseguição da criminalidade económico-financeira, enquanto emanação de formas de criminalidade complexa, sofisticada, empresarial e desterritorializada, deve ser complementada com instrumentos jurídicos de confisco, no sentido de impedir que, apesar da imposição de uma pena, mais ou menos justa, os criminosos não possam prevalecer-se das vantagens obtidas com a prática do (s) crime (s)»].

<sup>14</sup> ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Anotação aos artigos 372.º a 374.º CP – Corrupção passiva e corrupção activa», in Jorge de Figueiredo Dias (Org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 683-684.

<sup>15</sup> Nos crimes de empreendimento, verifica-se uma equiparação típica entre tentativa e consumação, em que, por conseguinte, a tentativa de cometimento do facto é equiparada à consumação e é jurídico-penalmente tratada como tal. Assim: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 315; no mesmo sentido, JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de Empreendimento e Tentativa*, Tese de Mestrado, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (AAFDL), 1986, pp. 45-57 e 324-351.

<sup>16</sup> Ímpeto criminalizador que se estende a áreas conexas, como o Direito da Saúde. Ver, em mandarim tradicional: LEONG CHENG HANG/HUGO LUZ DOS SANTOS, 梁靜姮, 雨果: 第七章 葡萄牙衛生基本法, 《部分國家衛生基本法研究》, 法律出版社, Pequim: Law Press China, 2017年版, 第115頁至第127頁. Tradução livre para o português: LEONG CHENG HANG/HUGO LUZ DOS SANTOS, «A Lei de Bases da Saúde de Portugal», in *Visão panorâmica sobre as leis de base da saúde em algumas jurisdições*, Pequim: Law Press China, 2017, 115-127. Ver ainda: HUGO LUZ DOS SANTOS, «A prospective court-connected mandatory mediation regime in Macau: A Brief Note», *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, Peter Chi Hin Chan/C. H. van Rhee (Editors), New York/Berlin/Singapore/Beijing: Springer, 2021.

<sup>17</sup> Convergente: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 1185 (refere, ainda, que o crime de corrupção é um crime específico próprio, em sede do qual a condição de funcionário fundamenta a ilicitude).

-individual: a (sacrossanta) autonomia técnico-funcional<sup>18</sup> do Estado-Administração, que se quer probro.

Enquanto expressão de um ataque organizado a esse bem jurídico colectivo ou supra-individual, a corrupção (passiva e activa) fere não só o interesse público como, e sobretudo, faz perigar os alicerces em que se estriba, quer a sustentabilidade económico-financeira do Estado-Colectividade, quer a solidariedade social e a justiça intergeracional<sup>19</sup> que dela depende<sup>20</sup>.

A criminalidade da empresa, quando cruzada com os aludidos fenómenos corruptivos<sup>21</sup>, agrava a danosidade social que vem de se referir<sup>22</sup>. Por essa razão, o Estado Português está vinculado a uma amálgama de instrumentos legislativos internacionais<sup>23</sup> que se colimam, por um lado, ao combate (estrénuo) contra a

<sup>18</sup> PAULO DE SOUSA MENDES/SÓNIA REIS/ANTÓNIO MIRANDA, «A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?», cit., p. 64, que seguimos de perto.

<sup>19</sup> SUSANA TAVARES DA SILVA, «O problema da Justiça intergeracional em jeito de comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2003», in *Cadernos de Justiça Tributária*, Ano 00, Braga: Cejur, 2013, (discorre sobre a temática da justiça intergeracional no quadro do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2003). Ver: Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 862/2013, de 19 de Dezembro de 2013, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Lino Ribeiro, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [sublinha que «o princípio da “justiça intergeracional” recebe acolhimento constitucional, falando a CRP em “solidariedade entre gerações” [artigo 66.º, n.º 2, alínea d)]»].

<sup>20</sup> Em geral, sobre ligação entre a sustentabilidade económico-financeira, a solidariedade social e a justiça intergeracional, na doutrina alemã, ANNA LEISNER, *Kontinuität als Verfassungsprinzip: Berücksichtigung des Steuerrechts, Jus Publicum*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, pp. 297 e ss. (alude à proibição do retrocesso social e a uma vincada exigência de continuidade de serviços públicos que, naturalmente, dependem da continuada captação de receitas fiscais para cumprir esse desiderato). Na doutrina italiana, ALFREDO FIORITTO, *L'Amministrazione dell'Emergenza tra Autorità e Garanzie*, Il, Bologna: Mulino, 2008, *passim*. Na doutrina portuguesa: JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, «Sustentabilidade e Finanças Públicas Responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro Equilibrado», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *Stvdia Iuridica* 103, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 620 e ss. Essa é a razão pela qual o direito da despesa pública não pode (*rectius*: não deve) ser o «parente pauvre» das finanças públicas. Na doutrina francesa: BENOÎT CHEVAUCHEZ, *La dépense publique, au cœu de nos systèmes de finances publiques*, in *RFFP*, 77, Mar 2002, pp. 26-28.

<sup>21</sup> JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, «Da Corrupção (Do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado. Erros legislativos e lacunas de punibilidade)», in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 849-918.

<sup>22</sup> GONÇALO NICOLAU CERQUEIRA SOPAS DE MELO BANDEIRA, «A responsabilidade das empresas pelo crime de corrupção: o caso português a partir de uma perspectiva de direito penal, mas também de criminologia», in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 805-848.

<sup>23</sup> Ver, entre muitos outros instrumentos legislativos: Convenção Penal sobre a Corrupção (ETS, n.º 173), do Conselho da Europa, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, e ulteriormente ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 56/2001; a Convenção contra a Corrupção das Nações Unidas, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de Setembro, e posteriormente ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, de 21 de Setembro; Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2000, e oportunamente ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2000. A Lei n.º 13/2001, de 04

corrupção, e, por outro lado, à densificação do almejado «carácter impositivo da pena»<sup>24</sup>, que se quer sempre justa e proporcional à culpa do agente<sup>25</sup>.

#### IV. Das medidas guarda-fogo, do direito penal como *ultima ratio* e do princípio da necessidade e da proporcionalidade na incriminação de comportamentos delituosos societários

É imperativo que o legislador mantenha um corpo de medidas repressivas que desempenhe um papel de guarda-fogo, de princípio regulador e de instrumento de segurança<sup>26</sup> que garanta a concretização prática da democracia económica, social e cultural dos cidadãos e dos direitos fundamentais das pessoas colectivas, mas apenas quando as sanções civis ou penal-administrativas se revelam insuficientes ou ineficazes para garantir o completo respeito pelas regras estabelecidas.

Traduzindo, por ser limitador dos direitos e das liberdades das pessoas, o direito penal só pode intervir nos casos em que todos os meios alternativos de solução de litígios se revelem insuficientes e inadequados. A intervenção de meios não penais de controlo social deve prevalecer quando a tutela de bens jurídicos determinados é realizada de forma suficiente, oportuna e conveniente.

Assim o dita o princípio constitucional da proporcionalidade e o critério da necessidade de intervenção mínima do aparelho penal. Desta forma, a intervenção penal é ilegítima nos casos em que o bem jurídico afectado possa ser regularizado através da intervenção dos meios civis, pelas sanções de direito administrativo ou do direito corporativo ou disciplinar.

De outro modo, por força da intervenção do direito penal como última terapêutica, tal como alerta MOURAZ LOPES, a híper-criminalização de condutas deve parar no limite em que é difícil provar o que é crime e o que, sendo ilícito, não é crime<sup>27</sup>.

---

de Junho de 2001, converteu em direito interno auto-executivo o grosso das estipulações legais que constavam desse diploma. Por último, mas não menos importante, o Estado português encontra-se, ainda, vinculado à estrita observância da Convenção Europeia sobre o combate contra a corrupção envolvendo funcionários das Comunidades Europeias ou funcionários dos Estados-membros da União Europeia.

<sup>24</sup> Aqui se vê o *carácter impositivo da pena*; «e) entendemos que existe sempre uma intencionalidade protectora da sociedade face ao evento criminoso, *i.e.*, a pena é um mecanismo de autoprotecção social, de manutenção do *status quo*, de asseguramento de que a situação social, política, económica e cultural daquele Estado se vai conservar. Neste sentido, a *pena é uma reafirmação desses interesses sociais da comunidade* (que, para alguns, como nós, podem mesmo designar-se por “valores”)». Ver: ANDRÉ LAMAS LEITE, «Algumas notas sobre o conceito operativo de pena», in *Revista Julgar*, n.º 32, Maio-Agosto de 2017, Coimbra: Almedina, 2017, *passim*, manuscrito gentilmente cedido pelo Autor. Entende-se que assim seja, na medida em que a pretensão punitiva de sinal forte «constitui o símbolo e concretização do seu *ius puniendi* soberano, com o controlo exclusivo das funções de administração, segurança e manutenção da ordem pública»; ANDRÉ LAMAS LEITE, «“Nova Penologia”, *Punitive Turn* e Direito Criminal: *Quo Vadimus?* Pelos Caminhos da Incerteza (Pós) Moderna», in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 419.

<sup>25</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Medida da pena de prisão – desafios da era da inteligência artificial», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Março-Abril de 2020, 149.º (4021), 2020, *passim*.

<sup>26</sup> LÉON CONSTANTIN, *Droit Pénal des Sociétés par Actions*, Paris: Presses Universitaires de France, 1968, p. 15.

<sup>27</sup> JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção. O Labirinto do Minotauro*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 82.

## V. Os crimes societários e a (ingente) necessidade de reforma legislativa

O tema que nos interpela (a criminalidade da empresa, num âmbito geral, e os crimes societários<sup>28</sup>, num âmbito mais restrito) tem uma ligação íntima com a criminalidade económico-financeira: destinam-se, em conjunto, a aplicar penas e sanções contra-ordenacionais<sup>29</sup> a empresários<sup>30</sup>. O que, em si e por si, fundamenta a sua necessidade político-criminal<sup>31</sup>.

Se isso é certo – e é nossa funda convicção que sim –, o legislador que criou a disciplina normativa respeitante aos crimes societários tem denotado um estranho alheamento à realidade social<sup>32</sup> que o circunda. Desatenção que derroga, desde logo, a (velhinha, mas funcional) reconciliação Hegeliana<sup>33</sup> entre a vontade particular (que é encabeçada pelo legislador) e a vontade geral (cujos titulares somos todos nós). Basta olhar para as (profundamente) desactualizadas penas respeitantes aos crimes societários, tema que mais adiante será retomado.

<sup>28</sup> Sobre a plausibilidade da intervenção jurídico-penal e contra-ordenacional no âmbito dos crimes societários, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Direito penal das sociedades comerciais. Qual o bem jurídico?», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 12, Coimbra: Coimbra Editora, 2002; JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO, «Direito Penal Societário», cit., pp. 203 e ss.

<sup>29</sup> Cuja inclusão no âmbito do Código Penal, apesar de intensamente debatida no Parlamento, nunca conseguiu transpor os (estritos e estreitos) limites do domínio do Direito de Mera Ordenação Social. Ver, no que tange aos crimes societários, PAULO DE SOUSA MENDES, «Título VII – Disposições penais e de mera ordenação social. Introdução», António Menezes Cordeiro (Org.), in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 1336. Sobre o ponto, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, AA.VV., Coimbra: Almedina, 2010-2016, que seguimos de perto.

<sup>30</sup> Na doutrina alemã, WOLFGANG NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafrecht – Eine Annäherung*, 2012, Münster: LIT Verlag Münster, pp. 1-101 (8-72) (que preconiza a tipificação dos comportamentos lesivos dessa dimensão da liberdade colectiva – como a acima referida solidariedade social e da justiça equigeracional – num capítulo inteiramente dedicado aos tipos legais de crime contra os direitos de liberdade económicos, veros direitos fundamentais económicos). O que se interliga com a própria validade intrínseca dos direitos fundamentais económicos: CLAUDIUS WILHELM CANARIS, «Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts», in *Juristische Schulung*, 1989, pp. 160 e ss. (afirma que a dogmática dos direitos fundamentais é reconduzível aos imperativos de tutela – *Schutzgebote*). E isto é particularmente visível nos denominados direitos de liberdade (*Freiheitsrechte*).

<sup>31</sup> Na doutrina espanhola, LUIS GRACIA MARTÍN, «Prólogo», *La necesidad del derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*, Montevideo/Buenos Aires: BdeF-Euros Editores, 2016, pp. 27 e ss.

<sup>32</sup> NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Stanford (CA): Stanford University Press, 1995, pp. 78-196 (ênfatisa que a lei deve reduzir a complexidade social). O direito é uma ciência prática dinâmica, que clama pelo olhar atento do Estado-Legislador. No essencial: AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in se*»..., cit., pp. 219 e ss e *passim*.

<sup>33</sup> Na doutrina italiana, SERGIO MOCCIA, «Contributo a uno studio sulla teoria penale del G. W. Hegel», in *Rivista Italiana e Procedura Penale*, 1984, pp. 131 e ss.; na doutrina alemã, DIETER HEINRICH, *Hegel im Kontext*, Frankfurt am Main Suhrkamp, 2010, *passim*.



## VI. Dos compromissos do Estado português no domínio da luta contra a corrupção e da importância dos programas de cumprimento normativo e demais meios preventivos de natureza não penal

O reforço da qualidade da democracia também é prosseguido através da transparência da acção do Estado, da igualdade de tratamento entre cidadãos e empresas e do fomento do crescimento económico e a prevenção da corrupção e das infracções conexas pode ser realizado através de uma política interventiva no capítulo da regulação da actividade das sociedades comerciais, entidades colectivas essas, por vezes, de acordo com a prática judiciária, a literatura jurídica e o próprio conhecimento empírico, podem ser autoras, lesadas, instrumento ou veículo do cometimento de infracções corruptivas.

A realização dos objectivos e a satisfação dos compromissos assumidos pelo Estado português no domínio da luta contra a corrupção pressupõe uma actividade de concepção, planeamento e execução que requer a mobilização de instrumentos legais de prevenção e combate a contextos geradores de práticas corruptivas e tal implica igualmente uma reavaliação do papel de intervenção junto das sociedades comerciais e de outras pessoas colectivas, bem como dos seus sócios ou órgãos sociais, no possível cometimento de infracções desse tipo, que passa pelo alargamento do leques de infracções e que, ao mesmo passo, assegure a transparência e a imparcialidade dos procedimentos e nas decisões estaduais.

É intuitivo que muitos dos comportamentos societários relevantes são meramente instrumentais e preparatórios e situam-se a jusante das actividades corruptivas e infracções conexas e, por isso, a laboração legislativa a que se propõe o Estado Português deve estar sustentada numa avaliação do risco de fraude, permitir a criação de canais dedicados de comunicação que antevejam quais são as áreas que requerem uma maior intervenção legislativa e reclama que o processo de construção normativo exprima correctamente o pensamento do legislador, sem lugar a opacidades legais ou que conduzam a labirintos legais facilitadores da fraude e da impunidade.

O objectivo político criminal de prevenir, detectar ou reprimir o fenómeno da corrupção não se basta com a previsão de normas substantivas ou processuais penais específicas e exige claramente a adopção e a implementação de programas de cumprimento normativo por parte das sociedades comerciais que possam contribuir para um maior compromisso global no combate à corrupção, sendo que a *compliance* e a auto-regulação regulada são instrumentos que não devem estar destacados da responsabilização penal, administrativa ou contra-ordenacional das pessoas colectivas e entidades equiparadas.

Partindo de experiências estrangeiras e de tratados e convenções internacionais, designadamente de documentos emanados da ONU (Convenção de Mérida) e da OCDE (Convenção sobre a Luta contra a corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais) e de outras organizações, tem existido um esforço interno na consolidação de esquemas *corporate* e *compliance* de prevenção de patologias na actividade económica e empresarial no domínio das actuações corruptivas.

Pode aqui assinalar-se a adopção da norma *NP ISO 37001: 2018*, do Instituto Português da qualidade, referente aos «sistemas de gestão anticorrupção: requisitos e orientações para a sua utilização», que tem como fonte internacional a *ISSO 370001: 2016, Anti-bribery management systems*, instrumento que especifica requisitos e linhas



orientadoras para a criação, manutenção e actualização de sistemas preventivos do fenómeno da corrupção.

Entre portas, a ausência de uma acção fiscalizatória sólida acaba por travar o proveito que poderia ser retirado da actuação das entidades reguladoras<sup>34</sup> e das autoridades judiciais com competência investigatória<sup>35</sup> que, amiúde, à minguada de meios humanos, logísticos e operacionais, estão mais centradas na detecção de problemas ao nível do acerto contabilístico das operações comerciais e da avaliação da forma destes actos do que no escrutínio substancial das operações comerciais que possam envolver práticas corruptivas.

Infelizmente continuamos num universo de actuação que se baseia mais na denúncia do que numa iniciativa proactiva eficaz na investigação de práticas comerciais e empresariais que possam degenerar no cometimento deste tipo de crimes e daí a necessidade de criar e preparar forças especializadas no combate a este fenómeno disruptivo da sociedade e da economia, bem como aumentar os poderes de actuação e o reforço de competências das entidades dedicadas à luta contra a corrupção.

No universo académico europeu nomes como KLAUS TIEDEMANN<sup>36</sup>, LÉON CONSTANTIN<sup>37</sup>, JEAN-MARIE ROBERT<sup>38</sup>, MIGUEL BAJO FERNANDEZ<sup>39</sup>, GUISEPPE LA CUTE<sup>40</sup>, FRANCESCO GALGANO<sup>41</sup>, SÉRGIO VINCIGUERRA<sup>42</sup>, NICOLA MAZZACUVA<sup>43</sup>, MIREILLE DELMAS-MARTY<sup>44</sup>,

<sup>34</sup> Instituto de Seguros de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, a Autoridade da Concorrência, a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, a Autoridade Nacional de Comunicações, a Autoridade Nacional da Aviação Civil, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, a Entidade Reguladora da Saúde, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social e o Banco de Portugal.

<sup>35</sup> Em especial, a Polícia Judiciária e demais órgãos de polícia criminal e a Autoridade Tributária.

<sup>36</sup> KLAUS TIEDMANN, «La Criminalidad Economica como Objecto de Investigacion», tradução Enrique Bacigalupo, in *CPC*, n.º 19 (1983), pp. 171-183; *Poder Económico y Delito (Introducción al Derecho Penal económico y de la Empresa)*, trad. A. Mantilla Villegas, Barcelona, 1985; «Les taches de la recherche et de la reforme dans le domaine de la criminalité économique», trad. Denyse Chast, in *RScCrim*, n.º 3 (julho-setembro), 1985, pp. 451-478.

<sup>37</sup> LÉON CONSTANTIN, *Droit Penal des Sociétés par Actions*, cit.

<sup>38</sup> JEAN-MARIE ROBERT, *Le Droit Penal des Affaires*, Paris: Presses Universitaires de France, 1982, e col. «Que sais-je», n.º 1653, PUF, 1976.

<sup>39</sup> MIGUEL BAJO FERNANDEZ, «Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial», Madrid, 1978; «Los Delitos contra el Orden Socioeconómico en el Proyecto de Código Penal», in *RFDUCM, La Reforma del Derecho Penale*, Madrid, 1980, «La Delinquência Económica, 1980. Um enfoque criminológico y politica criminal», in *Estudios Penales – Libro Homenaje al Prof. J. Anton Oneca*, Salamanca, 1980.

<sup>40</sup> GUISEPPE LA CUTE, *Manuale di Diritto Penale del Lavoro*, Napoli, 1983.

<sup>41</sup> FRANCESCO GALGANO, «Criminalità Economica: Il Punto di Vista del Civilista», in *RIVS*, 25.º (1980), fasc. 3.º, pp. 425-437.

<sup>42</sup> SÉRGIO VINCIGUERRA, *Concetto, Fonti, Validità, Interpretazione*, I, Padova: CEDAM, 1999.

<sup>43</sup> NICOLA MAZZACUVA, «Problema Attuali di Diritto Penale Societário. La Tutela Penale Dell'Informazione Societária», *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano: Giuffrè, 1985.

<sup>44</sup> MIREILLE DELMAS-MARTY, «Les Aspects Pénaux de l'Information Sociétaire en France», in *Inf. Soc.*, II, pp. 755-773.

ARROYO ZAPATERO<sup>45/46</sup>, MUÑOZ CONDE<sup>47/48</sup>, ENRIQUE BACIGALUPO<sup>49</sup>, ROCCO<sup>50</sup>, GUIDO ROSSI<sup>51</sup>, PATRÍCIA FARALDO CABANA<sup>52</sup>, SÍLVIO RIONDATO<sup>53</sup> ou TERRADILLOS BASOCO<sup>54</sup> têm assumido posições públicas que contribuíram para a autonomização do Direito Penal Societário, mas, a par da punição, todos eles defendem a existência de políticas públicas integradas e coordenadas, a existência de uma cultura de transparência e integridade e a consagração de mecanismos de sinalização e denúncia como métodos eficazes de prevenção e controlo da actividade comercial e do fenómeno da corrupção.

A nível interno, igual enfoque tem sido dado ao tema por PIZARRO BELEZA<sup>55</sup>. MENEZES CORDEIRO<sup>56</sup>, FIGUEIREDO DIAS<sup>57/58/59/60</sup>, COSTA ANDRADE<sup>61/62</sup>, FARIA COSTA<sup>63/64</sup>, MARIA

<sup>45</sup> ARROYO ZAPATERO, «El Derecho Penal Económico en la RFA», Barbero Santos (ed.): *La Reforma Penale: Delitos Sócio-Económicos*, Madrid, 1985.

<sup>46</sup> JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, ARROYO ZAPATER et al., *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>47</sup> MUÑOZ CONDE, «Delincuencia Económica: Estado de la Cuestión y Propuestas de Reforma», en AA.VV.: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Madrid, 1995.

<sup>48</sup> MUÑOZ CONDE, *Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann* [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], *Boletín Oficial del Estado* (BOE), 1995.

<sup>49</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, 1999.

<sup>50</sup> ROCCO, «Il Dolo nella Falsità dei Bilanci delle Società Commerciali», in *Riv. Pen.*, 1941.

<sup>51</sup> GUIDO ROSSI, «L'Informazione Societaria e l'Organo di Controllo», in *RivS*, anno 26.º (1981), fasc. 4.º-5.º.

<sup>52</sup> PATRÍCIA FARALDO CABANA, *Los Delitos Societarios*, 2.ª edição, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

<sup>53</sup> SÍLVIO RIONDATO, «L'Influenza del Diritto Comunitario sul Diritto Penale Societario», in *Revista Trimestral di Diritto Penal dell'Economia*, ano XVIII, n.º 1 (Janeiro-Junho de 2005).

<sup>54</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Delitos Societarios: El Derecho Penal de Las Sociedades Mercantiles a la Luz de Nuestra Adhesión a la CEE*, Madrid: Akal, 1987.

<sup>55</sup> JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, «Notas sobre o Direito Penal Especial das Sociedades Comerciais», *Revista de Direito e Economia*, separata do n.º 2 (Julho/Dezembro 1977), Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 267-299.

<sup>56</sup> MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>57</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>58</sup> FIGUEIREDO DIAS, «Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro», *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43, Lisboa, 1983.

<sup>59</sup> FIGUEIREDO DIAS, «Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, anos 116.º (1983-4) e 117.º (1984-5). Republicado na *Revista Direito e Justiça*, IV (1989-90).

<sup>60</sup> FIGUEIREDO DIAS, «Crime de Corrupção. Tentativa», *Colectânea de Jurisprudência*, tomo I, 1988, pp. 29-34.

<sup>61</sup> MANUEL COSTA ANDRADE, «A Dignidade e a Carência de Tutela Penal», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, A. 2 (2), Abril-Junho 1992, pp. 173-205.

<sup>62</sup> MANUEL COSTA ANDRADE, «A Nova Lei dos Crimes contra a Economia (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20-01), à luz do conceito de bem jurídico», *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*. Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1985, pp. 69-105.

<sup>63</sup> FARIA COSTA, *Direito Penal Especial. Contributo a uma Sistematização dos Problemas «Especiais», da Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

<sup>64</sup> FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FERNANDA PALMA<sup>65</sup>, SILVA DIAS<sup>66/67/68/69/70</sup>, GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>71</sup>, PAULO SOUSA MENDES<sup>72/73</sup>, FREDERICO COSTA PINTO<sup>74</sup>, NUNO BRANDÃO<sup>75</sup>, MIGUEL PEDROSA MACHADO<sup>76</sup>, MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA<sup>77</sup>, MOURAZ LOPES<sup>78</sup>, GABRIELA PÁRIS FERNANDES<sup>79</sup>, SUSANA AIRES DE SOUSA<sup>80</sup> ou GONÇALO MELO BANDEIRA<sup>81</sup>, entre muitos outros.

## VII. Da revisão do critério de imputação da responsabilidade das pessoas colectivas na prática de actividades corruptivas ou conexas

34. Embora parte das infracções criminais e contra-ordenacionais sediadas no Código das Sociedades Comerciais sejam normalmente atribuídas a pessoas singulares, esta matéria cruza-se inevitavelmente com a responsabilidade penal das pessoas colectivas, onde também em publicação anterior<sup>82</sup> se deixou diagnosticado que, fruto da crescente administrativização do direito penal e da expansão abusiva do direito de mera ordenação social, a harmonia do sistema exige «a criação de um novo direito

<sup>65</sup> *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

<sup>66</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in Se*»..., cit.

<sup>67</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Protecção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

<sup>68</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>69</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, «Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, anos 8 (1998), n.º 4, e 9 (1999) n.º 1.

<sup>70</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, «O direito penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão novas perspectivas», *Anatomia do Crime*, Coimbra: Almedina, n.º 0 (Jul.-Dez. 2014), pp. 45-73.

<sup>71</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Textos, Sociedades Comerciais*, Lisboa: CEJ, 1994-1995.

<sup>72</sup> PAULO SOUSA MENDES, no seu ensino oral, II Curso de Pós-Graduação em Direito das Sociedades (O Direito das Sociedades e a Crise de 2008/2010), IX sessão, dia 14 de Maio de 2009.

<sup>73</sup> *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes (org. Paulo de Sousa Mendes et al.), 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2018.

<sup>74</sup> FREDERICO COSTA PINTO, «A Tutela dos Mercados de Valores Mobiliários e o Regime do Ilícito de Mera Ordenação Social», *Direitos Dos Valores Mobiliários*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

<sup>75</sup> NUNO BRANDÃO, «Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, 1 (2014), pp. 29-55.

<sup>76</sup> MIGUEL PEDROSA MACHADO, «Sobre a Tutela Penal da Informação nas Sociedades Anónimas: Problemas da Reforma Legislativa», in *Separata da Revista «O Direito»*, anos 106-119, 1974/1987.

<sup>77</sup> MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

<sup>78</sup> JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção. O Labirinto de Minotauro*, cit.

<sup>79</sup> GABRIELA PÁRIS FERNANDES, «O Crime de Distribuição Ilícita de Bens da Sociedade», *DJ XV/2* (2001).

<sup>80</sup> SUSANA AIRES DE SOUSA, «Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 1 (Janeiro-Março 2002).

<sup>81</sup> GONÇALO NICOLAU CERQUEIRA SOPAS DE MELO BANDEIRA, «A responsabilidade...», cit.

<sup>82</sup> JOSÉ MANUEL COSTA GALO TOMÉ DE CARVALHO, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado de coisas», *Revista do Ministério Público*, n.º 118 (Abr./Jun. 2009), pp. 45-96.

de intervenção dotado de instrumentos jurídico proactivos que conceda às entidades reguladoras sectoriais a possibilidade de actuarem estrategicamente nas respectivas áreas de actuação e que opere as mudanças no regime substantivo e processual que se mostrem mais adequadas às novas realidades jurídicas, comerciais, sociais, económicas e financeiras vigentes em território nacional e que, paralelamente, permita estimular o nível de auxílio, solidariedade e cooperação internacional com entidades reguladoras externas no domínio da criminalidade transnacional»<sup>83</sup>.

Aliás, a responsabilidade criminal das pessoas colectivas é o antecedente lógico e o fundamento genético da punibilidade das sociedades comerciais, enquanto espaço de legitimação da acção estadual sobre práticas danosas incidentes sobre a concorrência empresarial e a economia nacional.

Sem embargo da delimitação temática que nos foi proposta, tal não impede que deixem vertidas umas breves considerações sobre a referida matéria, pois qualquer intervenção com sucesso nesta área específica da prevenção do branqueamento de capitais, do combate à corrupção e às infracções conexas convoca necessariamente a responsabilidade penal das sociedades comerciais no âmbito de aplicação do artigo 11.º do Código Penal.

É no núcleo gravitacional da responsabilidade penal das pessoas colectivas que, *prima facie*, deve ocorrer uma intervenção relevante que condicione toda a compreensão do fenómeno da corrupção e infracções conexas praticada através ou por intermédio de sociedades comerciais.

Ciente de tal primazia, o Estado português avança que, sem alterar o disposto no artigo 11.º do Código Penal quanto ao modelo de imputação do facto à pessoa colectiva, deve ser dada relevância substantiva aos programas de cumprimento normativo ao nível da determinação da pena em sentido amplo, à semelhança do que sucede em diversos ordenamentos jurídicos (espanhol, francês, argentino e chileno, italiano e brasileiro), no âmbito da responsabilidade administrativa das pessoas colectivas.

Não obstante a ressalva contida na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, no cruzamento entre os crimes cometidos no exercício de funções públicas e os crimes societários em que exista um dano social e comunitário de grande relevância, poder-se-ia entender que, face à natureza do bem jurídico, tal como já ocorreu no direito criminal do terrorismo, fosse adoptado um critério de imputação mais alargado, em que se permitisse a responsabilização das acções cometidas por qualquer pessoa sob a autoridade daqueles quando a concretização criminosa tenha lugar em virtude da violação dolosa dos deveres de vigilância que lhes incumbem.

Na verdade, nos diversos diagnósticos nacionais e internacionais, recorrentemente, é sublinhado que, em sede de actividades corruptivas transnacionais ou internas de importante impacto económico, em que são intervenientes empresas comerciais de grande dimensão, torna-se difícil a prova da imputação dos factos a qualquer pessoa com poderes de liderança na orgânica de uma pessoa colectiva

<sup>83</sup> Sobre o tema da responsabilidade dos administradores, mas noutra dimensão, também podem ser consultado o artigo de HUGO LUZ DOS SANTOS e de JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO, «A responsabilidade subsidiária dos administradores pelo pagamento das multas e das coimas [artigo 8.º, n.º 1, alínea a), do RGIT]: um caso de responsabilidade civil extracontratual por violação de normas de protecção dos credores sociais», *Revista do Ministério Público*, n.º 157 (Jan.-Mar. 2019), pp. 55-92.

e aquilo que, por vezes, se consegue demonstrar é apenas a intervenção de um agente corruptor situado em patamares não superiores da tomada de decisão corruptiva ou de natureza afim, que aparentemente actua fora do quadro de motivação empresarial.

Maior acuidade ganha esta perspectiva quando se está perante um quadro de concorrência de ordenamento jurídicos plurilegislativos. E esta circunstância é susceptível de, num nível de decisão judicial interno, não permitir a punição da sociedade comercial envolvida na prática corruptiva criminosa ou de alguns dos agentes formadores de vontade colectiva, bem como acarreta o risco de exponenciar a indesejável possibilidade de existirem juízos antagónicos relativamente à corrupção activa e passiva em sede de sentenciamento judicial que, por razões óbvias, nem sempre é compreendida pela comunidade destinatária da norma e das decisões jurisdicionais.

### **VIII. Da revisão do catálogo de crimes, das necessidades de prevenção emergentes e da aplicação de medidas de diversão ao direito penal societário**

Fora desta zona de discussão controvertida do alargamento da punibilidade, é consensual que, para além da composição do catálogo de crimes que podem ser tipificados na zona de influência do Código das Sociedades Comerciais, o legislador intervenha no domínio da representação da arguida pessoa colectiva, no recurso a soluções consensuais do tipo da suspensão provisória do processo com sujeição a injunções, na modernização das medidas de coacção e de garantia patrimonial, no aperfeiçoamento do modo de imputação dos factos à pessoa colectiva – com eventual desvio correctivo simplificado no caso das condutas provisionadas nos crimes de corrupção e actividades conexas –, no realinhamento das causas de agravação, dispensa ou atenuação da pena e no tratamento do mecanismo de transferência de responsabilidade pelo pagamento de multas e indemnizações.

A par da opção de legislar claro, que tantas vezes é esquecida pelos construtores das normas, urge a criminalização de comportamentos como a escrituração fraudulenta, de grande relevância instrumental em matéria de criminalidade económico-financeira.

Atente-se que o décimo princípio do Pacto Global das Nações Unidas estatui que «as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, incluindo a extorsão e o suborno» e, na perspectiva da *lege ferenda*, ficou vertido na dita Estratégia Nacional que é irrecusável a relevância directa de algumas disposições penais que integram o Código das Sociedades Comerciais em matéria de corrupção, nomeadamente as que se referem aos crimes de aquisição ilícita de quotas ou acções (artigo 510.º) e de informações falsas (artigo 519.º).

Neste campo, para além da construção de novos tipos que visem prevenir a circulação não legitimada de capitais e de bens diversos com valorização económica relevante, retoma-se a ideia que se torna imperioso relativamente a algumas condutas criminosas alargar a esfera de previsão da aplicação do artigo 11.º do Código Penal de forma a abranger a violação dolosa dos deveres de vigilância, medida essa que, ao nível da respectiva repercussão do fenómeno da corrupção nos crimes do direito penal societário, permitiria de forma mais eficaz combater o possível fenómeno delinquente.



Efectivamente, muito se debate a propósito da inversão do ónus da prova e da requalificação do princípio *in dubio pro reo* no domínio dos crimes de corrupção, mas, quanto a nós, face ao quadro constitucional vigente, em sede de responsabilização de sociedades comerciais, esse não é manifestamente o caminho certo. A criação de um regime geral de prevenção da corrupção ao nível da alteração dos requisitos depositados no artigo 11.º do Código Penal pode ser a resposta adequada para assegurar a efectividade da prevenção.

A previsão legal poderá, ainda, incidir sobre a punição instrumental de comportamentos como a sobrecapitalização dos montantes de entrada, de reforços de capital ou política de suprimentos, fornecidos pelos sócios ou accionistas da empresa, para o exercício da actividade da sociedade, quando estes se mostrem perfeitamente desproporcionais para os fins societários prosseguidos. Na verdade, o capital social é um indicador importante que não condiciona simplesmente o direito aos lucros e o direito de voto de cada um dos sócios. Porém, de forma encoberta, cada vez mais existem indícios que estas condutas podem viabilizar mecanismo de subversão da normal actividade económica e têm idoneidade para promover o branqueamento de capitais, a repartição injusta da riqueza e a integridade do desenvolvimento económico.

Também surgem sinais que o objectivo de atrair capitais estrangeiros para o país, por via do recurso ao regime dos *vistos gold*, quer através do regime jurídico das autorizações de residência para investimento a partir dos mecanismos de investimento em empresas em dificuldades, pode potenciar que, nos casos em que essa residência ou sede seja meramente contabilística e fictícia, sejam congregados outros objectivos ilegítimos e que não são dissociáveis de fenómenos de natureza corruptiva ou similares.

Alerte-se, novamente, no entanto, que o legislador não pode deixar de tentar circunscrever o direito penal aos seus justos limites, determinando assim que a protecção penal apenas é quando se reporta «a bens ou interesses com uma certa relevância social, que não possam ser suficientemente garantidos com o recurso a outro tipo de sanções»<sup>84</sup>.

## **IX. Da necessidade de reforma legislativa no que respeita às molduras penais dos crimes societários**

Também é indiscutível que é necessária uma intervenção correctiva das penas previstas para os crimes tipificados no Código das Sociedades Comerciais. Estas, ao invés de servirem como filtro de protecção da decisão criminógena, mostram-se aptas a facilitar o desenvolvimento de fenómenos indesejados, pois estamos num cenário em que as penas são manifestamente irrisórias e não apresentam qualquer efeito dissuasor e, costumeiramente, face à natureza silenciosa da corrupção, acabam por ficar impunes os delitos corruptivos praticados através de veículos societários ou de entes colectivos.

As penas tipificadas para os crimes societários são, no cômputo geral, leves e (quase) irrisórias. O universo de razões que lhe subjaz, por mais plausível que seja,

<sup>84</sup> JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, «Notas sobre o Direito Penal Especial das Sociedades Comerciais», *Revista Direito Economia*, separata do n.º 2 (Julho/Dezembro 1977), Universidade de Coimbra, p. 285.



parece olvidar a enorme danosidade social que deriva da prática de actos de má gestão empresarial. Basta pensar em pessoas colectivas como a Enron, a Arthur Andersen e a Lehmann Brothers, de tão má memória colectiva.

Ademais, os crimes societários conservam, ainda, na sua arquitectura normativa um verdadeiro «tesourinho deprimente»: a arqueológica pena mista de prisão e de multa. A pena de multa complementar, uma designação doutrinal que também é usualmente cunhada à pena mista de prisão e de multa, apresenta vários inconvenientes<sup>85</sup>.

De entre os quais se enumera a incongruência político-criminal de se aplicar, em simultâneo, uma pena de prisão privativa da liberdade e uma pena de multa complementar, subtraindo ao arguido a possibilidade de a pagar. Vários tipos legais de crime societários prevêem penas de multa complementares, a saber: artigos 516.º, n.º 1, 517.º, 518.º, n.º 1, 519.º, 520.º, 520.º, 522.º, 523.º e 526.º do Código das Sociedades Comerciais.

Propõe-se que o legislador do futuro revogue as aludidas penas complementares de multa, substituindo-as pelo modelo de pena alternativa de multa que consta do Código Penal e da (hoje inabarcável) Legislação Extravagante.

Além dos embaraços da moldura penal, acresce um outro problema: a crassa desproporcionalidade das penas respeitantes aos crimes societários que, na sua forma agravada, remetem para a pena tipificada para o tipo legal de crime de infidelidade previsto e punido pelo artigo 224.º do Código Penal. São vários os crimes societários que prevêem uma tal cláusula de equiparação. De entre os quais se enumera, sem pretensão de exaustividade, os artigos 509.º, n.º 3, 511.º, n.º 2, 512.º, n.º 3, 513.º, n.º 3, 514.º, n.º 4, 515.º, n.º 3, e o 518.º, n.º 3 do Código das Sociedades Comerciais.

Não se trata de uma boa técnica legislativa. Por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, porque cria uma descontinuidade punitiva entre a forma comum de punição (corporizada, em regra, por penas muito leves) e a forma agravada de punição (materializada, em regra, na equiparação à pena prevista para o crime de infidelidade). Em segundo lugar, porque cria (e, em muitos casos, adensa) a sensação de que o legislador que desenhou a arquitectura normativa atinente aos crimes societários não tem uma ideia clara (sequer esclarecida) da reacção punitiva adequada aos (aparentemente) inofensivos crimes societários.

Propõe-se que o legislador do futuro dê plena cidadania punitiva aos crimes societários, elevando os limites mínimos e máximos da forma comum de punição e procure derruir a crassa desproporcionalidade que se verifica hodiernamente entre o tipo fundamental e o tipo agravado; que deve passar, outrossim, pela eliminação da cláusula de equiparação entre o tipo agravado e o crime de infidelidade comum<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Ver: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Reimpressão da 1.ª edição de 1993, pp. 152-154. Convergente: PAULO DE TARSO DOMINGUES/SUSANA AIRES DE SOUSA, «Os crimes societários: algumas reflexões a propósito dos artigos 509.º a 527.º do Código das Sociedades Comerciais», José Neves Cruz / Carla Cardoso/ André Lamas Leite/Rita Faria (Org.), *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e de Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014; SUSANA AIRES DE SOUSA, «Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais», *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, vol. 9 (2013), Coimbra: Almedina, 2013, pp. 115-134, que seguimos de muito perto.

<sup>86</sup> Criticamente: SUSANA AIRES DE SOUSA, «Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais», cit., pp. 115-134, que seguimos de muito perto. Em sentido oposto, se bem a lemos: SOFIA RIBEIRO BRANCO, «Notas sobre os crimes do Código das Sociedades Comerciais e

Partilhamos da ideia que existe a necessidade de institucionalização de equipas especializadas de magistrados, polícias e outros profissionais com experiência e formação no tratamento das matérias relacionadas com a investigação, que permita agregar conhecimentos e funções diversificadas tendo em vista chegar a um resultado efectivo e eficaz na luta contra a corrupção e a criminalidade económica e financeira<sup>87</sup>.

## X. Da necessidade de introdução de sanções jurídico-civis que aumentem o efeito dissuasor da prática de crimes societários

No plano jurídico-civil, os crimes societários não dispõem de qualquer mecanismo coercitivo no que tange à restituição dos bens pertencentes à sociedade comercial e que foram ilicitamente distribuídos (artigo 514.º do Código das Sociedades Comerciais); distracção legislativa (será incúria dogmática?) que constitui um vero (e, bastas vezes, irrecusável) convite à prevaricação continuada por parte dos sócios menos escrupulosos. Principalmente nos casos de *tunnelling*<sup>88</sup>, que se funda, precisamente, na apropriação ilícita de bens da sociedade.

Propõe-se que o legislador do futuro crie, por um lado, um mecanismo híbrido que condense os pilares identitários da *faute lucrative*<sup>89</sup> e do *disgorgement*<sup>90</sup> e, por um

alguns afins», *IV Congresso do Direito das Sociedades em Revista* (DSR) (2016), Coimbra: Almedina, 2016, pp. 270-291 (274-275).

<sup>87</sup> Neste sentido, JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção. O Labirinto de Minotauro*, cit., pág. 93.

<sup>88</sup> Sobre o *tunnelling*: SIMON JOHNSON/RAFALE LA PORTA/FLORENCIO LOPEZ-DE-SILANES, ANDREI SHLEIFER, «Tunnelling», *Harvard Institute of Economic Research*, Discussion Paper Number 1887, Cambridge, Massachusetts: Harvard University (2009): 2-7. *Tunnelling* tem que ver com o «*duty of fair dealing*», que se encontra alojado na Part V of the *Principles of Corporate Governance* (PCG). Sobre o «*duty of fair dealing*»: THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance analysis and recommendations*, Vol. I, Part I-VI, §§ 1.01.-6.02, as adopted and promulgated by American Law Institute of Washington, D.C., May 13, 1992, St. Paul, Minn: American Law Publishers (1994): 199 ff., MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores*, Coimbra: Almedina, 2010, *passim*.

<sup>89</sup> Na doutrina francesa, NICOLAS RIAS, «Les nouvelles fonctions de la responsabilité civile (regard français)», in Mallet-Bricout (Coord., sob a égide da Association Henri Capitant), *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, Paris: Dalloz, 2018, pp. 63-77 (discorrendo sobre o sentido geral da recente reforma da responsabilidade civil extracontratual francesa e do Quebec, conferindo relevo às funções restitutivas da responsabilidade civil. Principalmente, no que toca à restituição do lucro ilícito. Problemática sobre a qual o legislador português do futuro deveria reflectir seriamente). Tal debate já se iniciou em Portugal. Por todos: HENRIQUE SOUSA ANTUNES, «Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do Código Civil Português», in *Revista de Direito Civil* (RDC), Ano IV (2019), Número 2, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 249 e ss.

<sup>90</sup> É certo que o artigo 180.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal prevê um afloramento da categoria doutrinária francesa da *faute lucrative*. À luz desse artigo, a sociedade em nome colectivo pode pedir que o sócio lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efectuados por ele, de conta alheia, ou lhe ceda os seus direitos a tais proventos. Mas, como está bem de ver, esta disposição legal só se aplica às sociedades em nome colectivo, deixando de fora o grosso da criminalidade societária, que é constituído pelas sociedades por quotas e pelas sociedades anónimas. Para obviar a estas dificuldades: «Em França o art.º 54.º do *Projet de Loi* (sobre a reforma da responsabilidade civil) prevê a restituição do montante ilicitamente obtido através da *faute lucrative* cometida intencionalmente». No direito inglês, a genérica violação do *obligation of loyalty* conduz à restituição dos lucros (o *account of profits*) ou o *disgorgement* tal

lado, que faça acompanhar esta pena civil<sup>91</sup> da aplicação de uma sanção pecuniária compulsória<sup>92</sup> com o escopo primacial de compelir o infractor a restituir expeditamente os bens da sociedade comercial ilicitamente distribuídos.

como foi afirmado, em 2000, no *Attorney-General v. Blake, Jonathan Cape Ltd* tem «uma natureza próxima da punição, mas já nos *proprietary torts* os tribunais ingleses concedem os *restitutionary damages* (por exemplo, o valor de um bem furtado ou o valor de uso do bem aproveitado) ao que parece reconduzidos ao instituto jurídico do enriquecimento sem causa. Por essa razão, tem sido maioritariamente defendido pela doutrina que as soluções restitutivas devem ser reconduzidos ao instituto jurídico do enriquecimento sem causa»; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, «À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa», in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 50, Abril-Junho 2015, Braga: CEJUR, 2015, pp. 3-22, que seguimos textualmente. Em sentido aproximado, na doutrina francesa, RODOLPHE MÉSA, «Précisions sur la notion de faute lucrative et son regime», in *La Semaine Juridique*, 2012, pp. 1017 e ss. A propósito do *disgorgement*, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «Sobre a obrigação de restituir dos administradores», in *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 353 e ss.; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias», in *RCJE*, n.º 20, 2011, pp. 23 e ss. Sobre o conteúdo dogmático do dever de restituição dos administradores das sociedades comerciais, no plano do direito comercial, HUGO LUZ DOS SANTOS, «O dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal (notas mais ou menos desenvolvidas)», in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, ano 7, volume 14 (2015), Coimbra: Almedina, 2015, pp. 115-142. Sobre os *restitutionary damages*, monograficamente, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual. A sua legitimação pelo dano*, dissertação de doutoramento, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 214 e ss. Um outro sector da doutrina estrangeira critica duramente o DCFR. Nomeadamente, o artigo 6: 104 do BW (o dano é fundamentalmente fixado em função do lucro obtido) e o artigo II.-3:302 (4), VI.6:101 (4) (consistente no pedido subsidiário de *reparation-recovery of any advantage... in connection with causing the damage*) e o VII.-5:102, 103, e 104 do DCFR. Afirmando que as soluções restitutivas dos lucros obtidos ilicitamente previstas no Livro VI não são, no essencial, as melhores nem as mais felizes. Sobre isto: ERIK MONSEN, «DCFR and restitution for wrongs», in *ERPL*, 4, 2010, pp. 813 e ss.; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, «À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa», cit., pp. 3-22, que seguimos de muito perto.

<sup>91</sup> Chamam-se *penas civis* as que, no direito civil, se distinguem (e caracterizam) pela sua eminente função punitiva por oposição a uma função puramente ressarcitória ou também punitiva; sobre estas questões, que seguimos de perto, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 62-74; FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, «O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel. Alguns aspectos do seu regime jurídico», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, n.º 78, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 351-359; LUÍS POÇAS, «A cominação civil da fraude na execução do contrato de seguro – Ocorrência e participação do sinistro», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais (RDES)*, n.º 55, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 219-273; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, «Nótula sobre as penas privadas na responsabilidade civil em Portugal», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 133-148.

<sup>92</sup> PEDRO ALBUQUERQUE, «O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução», in *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, *passim*, que seguimos de muito perto; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra: Almedina, Reimpressão da 4.ª edição de 2002, 2007, pp. 375 e ss.; DU RUSQUEC, «La nature juridique de l'astreinte en matière civile», in *La semaine juridique*, 1993, n.º 37, 3699; MARC DONNER/JEAN-BAPTISTE DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 6.ª ed., 2001, pp. 107 e ss.

# **A Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024 e os crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos e de titulares de altos cargos públicos**

Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias

## Sumário:

- I. A visão da Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024 para os crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos e de titulares de altos cargos públicos (principais linhas de força)
  1. Breve evolução histórica da legislação relativa aos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos (para melhor compreender o impacto das medidas propostas no âmbito da ENA)
    - 1.1. A mudança de paradigma com a recuperação do princípio de separação da responsabilidade penal entre titulares de cargos políticos por um lado e titulares de altos cargos públicos por outro lado
    - 1.2. Consequências dessa solução, nomeadamente, a nível da punição dos titulares de altos cargos públicos (no Código Penal)
- II. Síntese de propostas de temas a equacionar e/ou de soluções a discutir
- III. Conclusões

**RESUMO:** A visão da Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024 para os crimes da responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos e de Titulares de Altos Cargos Públicos, apresentada em março de 2021, melhorou em relação à versão provisória apresentada em setembro de 2020, mas ainda necessita de ser aperfeiçoada, designadamente a nível da implementação de uma maior fiscalização e sindicância das várias áreas propícias à corrupção e crimes congêneres, que podem ser por eles cometidos.

É certo que todos os cidadãos devem colaborar nesta discussão (e sentirem-se motivados para o efeito, o que pressupõe a implementação de políticas transparentes por um lado e educativas, desde a escola, por outro lado), apontando soluções: só assim se conseguindo garantir a validade dos princípios e normas subjacentes a qualquer Estado de Direito, que são afinal as regras básicas à sã convivência em sociedades democráticas.

A maior parte das preocupações a implementar também devem cumprir o estipulado em convenções que Portugal tem vindo a ratificar, que se prendem, nomeadamente e em resumo: com a qualidade dos sujeitos/corrompidos; com a necessidade de estender a responsabilidade das pessoas coletivas; com a imposição de sanções dissuasoras, incluindo além de penas acessórias, o confisco e perda dos instrumentos e produtos dos crimes, nas suas várias modalidades; com o alargamento dos prazos de prescrição; com a importância de uma estreita e eficiente cooperação internacional; com questões de competência territorial, mesmo além-fronteiras, nomeadamente quando não são extraditados os nacionais, por força da legislação interna; com a proteção dos denunciantes/colaboradores da justiça e testemunhas em sentido amplo, portanto, incluindo os próprios arguidos e suspeitos quando for o caso; e com a maior celeridade das investigações e a obtenção de uma decisão final em tempo útil e razoável.

## I. A visão da Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024 para os crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos e de titulares de altos cargos públicos (principais linhas de força)

A Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024 (doravante, ENA, versão definitiva de março de 2021, que foi melhorada em relação à versão provisória de setembro de 2020) nesta particular área visa elevar a qualidade do Estado de Direito e de quem o representa. Deve, pois, assegurar *a boa gestão de diversos assuntos*, com integridade, transparência e responsabilidade (que são princípios subjacentes aos Estados de Direito), permitindo ao mesmo tempo criar no cidadão maior confiança no correto funcionamento do Estado e das suas instituições.

Ora, a luta contra a corrupção supõe que se promova uma «boa governação» quer no sector público, quer no sector privado, o que exige imparcialidade, integridade, eficiência, bem como sentido de responsabilidade e, simultaneamente, transparência e prestação de contas por parte de quem decide e administra/gere os diferentes assuntos.

A corrupção, para além de pôr em causa a confiança que merecem os governos, a administração pública (e, assim, a própria democracia e o Estado de Direito), e, no sector privado, as empresas, também prejudicando a economia e o próprio desenvolvimento das sociedades, afeta a competitividade, mesmo no desporto, e, em termos mais amplos, prejudica o bem-estar geral dos cidadãos, das pessoas<sup>1</sup>.

A corrupção no sector público gera maior desconfiança em relação às instituições e organismos estaduais, uma vez que a vantagem ilícita é obtida à custa de um desvio/«deslealdade» no exercício do cargo ou funções, com prejuízo para o interesse público. Por isso, a falta de confiança, a pouca transparência, aliada à má governação, à perda de credibilidade da classe política e às ligações perigosas com o poder económico, patrocina o favoritismo e gera muitos ganhos inexplicáveis, que não correspondem a qualquer contrapartida lícita, causando prejuízos, incluindo imateriais.

Como o fenómeno da corrupção, seja no sector público, seja no sector privado, é transnacional, constituindo uma ameaça ao Estado de Direito e às sociedades democráticas, além de ser um entrave ao desenvolvimento económico, o seu combate exige uma estratégia comum de toda a comunidade internacional.

Ora, quem desempenha funções no âmbito da organização política e administrativa do Estado tem de cumprir com integridade, imparcialidade, eficiência e transparência o dever funcional que lhe advém do cargo que ocupa, satisfazendo o interesse público, com observância da legalidade, exigindo-se que seja (política,) criminal e civilmente responsável pelos seus atos (e, se for o caso, também seja punido disciplinarmente): só assim é possível conferir dignidade a quem assume cargos políticos e públicos, ficando salvaguardado o seu prestígio e, ao mesmo tempo, passando a ser merecedor de confiança pública.

<sup>1</sup> É a ideia de que a corrupção não afeta apenas o Estado (a sua natureza democrática), mas também a economia, que (como diz CLÁUDIA SANTOS, «A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência», in AA.VV., *A Corrupção, Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 17) se julga justificar quer a criminalização da corrupção no sector privado, quer a criminalização da corrupção ativa de agente público estrangeiro.



Por isso, a existência de transparência, permite uma melhor governação, ajuda a prevenir a corrupção e cria maior confiança pública.

A ENA, *entre outras medidas* (para além das relativas ao reforço da transparência e da dimensão de integridade no exercício da atividade política e de altos cargos públicos<sup>2</sup> e das que visam prevenir e detetar os riscos da corrupção na ação pública<sup>3</sup>), *prevê intervir, essencialmente, nos seguintes aspetos que interferem, direta ou indiretamente, com a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho*<sup>4</sup>:

«Retirar os “titulares de altos cargos públicos” da Lei n.º 34/87 e alterar subsequentemente o artigo 374.º-A [agravação] do Código Penal, mantendo as penas aplicáveis aos crimes de corrupção e de oferta e recebimento indevido de vantagem, em função dessa especial qualidade do agente.

Responsabilizar as pessoas coletivas e entidades equiparadas pela prática de crime de corrupção ativa de titular de cargo político e de oferta indevida de vantagem (aditando, para o efeito, o artigo 6.º-A à Lei n.º 34/87).

<sup>2</sup> Essencialmente e, em resumo, conforme consta da ENA, pp. 30 a 41, a nível das instituições (pugnando pelo exercício da atividade política «com efetiva transparência e liberdade»), das obrigações declarativas (criando «uma declaração única de rendimentos, património, interesses, incompatibilidades e impedimentos e a previsão da sua apresentação por via eletrónica, reduzindo a complexidade dos procedimentos», o que «concorre para melhorar as condições de cumprimento das obrigações declarativas» e alargando o leque dos que a elas estão sujeitos, sendo mais rigoroso na fiscalização do seu cumprimento), prevenir o risco das portas giratórias (estabelecendo prazos mínimos de 3 anos de impossibilidade de transição no condicionalismo que ali descrevem por causa dos impedimentos e das incompatibilidades), do financiamento dos partidos políticos (exigindo-se «um adequado controlo das regras de financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais») e dos procedimentos (para além da necessidade de legislar sobre o *lobby*, a contratação pública «é uma das áreas em que se justificam alterações ao quadro legal, no sentido de tornar os procedimentos mais transparentes e assim reduzir os contextos facilitadores da corrupção»), transparência na governança de fundos públicos («A utilização de Fundos, europeus ou outros, destinados a apoiar a execução de políticas públicas deve ser monitorizada através de estruturas de governança adequadas, publicitadas e escrutináveis.»).

<sup>3</sup> Em resumo, conforme consta da ENA, pp. 41 a 54, visando:

- a adoção de programas de cumprimento normativo no sector público (Programas de *Public Compliance*);
- análise de riscos e planos de prevenção ou gestão de riscos;
- implementar códigos de ética ou de conduta;
- canais de denúncia;
- o responsável pelo programa de cumprimento normativo;
- articular todas essas componentes com um Regime Geral de Prevenção da Corrupção (RGPC);
- desenvolver o mecanismo de prevenção da corrupção;
- as inspeções-gerais, entidades equiparadas e inspeções regionais;
- reforço da eficácia da atuação do Tribunal de Contas;
- comprometer o sector privado na prevenção, deteção e repressão da corrupção;
- reforçar a articulação entre instituições públicas e privadas;
- garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão da corrupção, melhorar o tempo de resposta do sistema judicial e assegurar a adequação e efetividade da punição;
- procurar alcançar a unificação e uniformização de normas, compilação de legislação, atualização e uniformização de conceitos legais, avaliação do impacto normativo. [...].

<sup>4</sup> Ver ENA, pp. 60 a 67, 80 e 81.



Reforçar a eficácia preventivo-geral e especial da punição dos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos, através da aplicação de uma pena acessória juntamente com a pena principal ou de substituição em que o agente seja condenado – pena de incapacidade para ser eleito ou nomeado para cargo político por um período de 2 a 10 anos.»

«Alargar a mais crimes o prazo de prescrição de 15 anos, uma vez que se verifica que, “em alguns casos, o artigo 118.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal contempla apenas as modalidades do crime previstas nesse Código, deixando incoerentemente de fora aquelas previstas em legislação especial. O prazo de 15 anos de prescrição do procedimento criminal deve estender-se também aos crimes previstos nos artigos 20.º, 23.º, n.º 1, 26.º e 27.º da Lei n.º 34/87 (peculato, participação económica em negócio, abuso de poderes e violação de segredo), nos artigos 10.º-A e 12.º da Lei n.º 50/2007 (oferta ou recebimento indevido de vantagem), nos artigos 36.º e 37.º do Código de Justiça Militar (corrupção passiva para a prática de ato ilícito e corrupção ativa) e no artigo 299.º do Código Penal, quando a finalidade ou atividade da associação criminosa seja dirigida à prática de um ou mais crimes relativamente aos quais se prevê exceionalmente um prazo de 15 anos”, importando ainda “refletir sobre a inclusão do artigo 11.º (prevaricação) da Lei n.º 34/87 entre aqueles crimes.”»

«Rever o conceito de funcionário para efeitos penais, nomeadamente em face da evolução verificada ao nível do sector público empresarial, da justiça militar e do conceito de titular de alto cargo público. [...]»

«Uniformizar, harmonizar e tornar mais eficazes os institutos da dispensa de pena, aplicável ao agente que se retrate e denuncie o crime antes de instaurado o procedimento criminal, e da atenuação especial da pena, aplicável ao arguido que colabore ativamente na descoberta da verdade.» Aliás, acrescenta-se que «Os regimes de dispensa e atenuação especial da pena, em matéria de corrupção de funcionários, de corrupção de titulares de cargos políticos ou altos cargos públicos, de corrupção de agentes desportivos e de corrupção no comércio internacional e no sector privado devem ser uniformizados, harmonizando-se também o Código Penal com a legislação extravagante.»

«Prever a possibilidade de celebração de acordo sobre a pena aplicável, na fase de julgamento, assente na confissão livre e sem reservas dos factos imputados ao arguido, independentemente da natureza ou da gravidade do crime imputado, afastando qualquer configuração que premeie, através da redução da pena aplicável, quem colabore responsabilizando outro ou outros arguidos e sem prejuízo da perda de bens, o que tem especial relevância preventiva na criminalidade em que há que combater o lucro ilícito.» [...]

«Criar um diploma que estabeleça o regime jurídico geral de proteção dos denunciantes, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 [o que deve ser feito até 17.12.2021] e abrangendo e articulando as normas sobre denunciante previstas no direito vigente.

Alertar e sensibilizar os cidadãos para os canais de denúncia existentes.

Rever a Lei do Cibercrime, no sentido de regular mais adequadamente métodos de investigação em ambiente digital, nomeadamente buscas *online*.»

Estas medidas genéricas, que já são variadas e visam que a intervenção ocorra em várias fases do processo, ainda assim diremos que carecem de melhorias para se poder considerar que contribuem para um combate eficaz da corrupção a nível da responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos e dos titulares de altos cargos públicos (mesmo aceitando-se que é mais ajustado que a responsabilidade penal do titular de alto cargo público seja autonomizado da Lei n.º 34/87, passando a integrar a definição de funcionário para efeito de lei penal, previsto no artigo 386.º do Código Penal, sendo este dispositivo legal objeto de nova alteração para o efeito).

### **1. Breve evolução histórica da legislação relativa aos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos (para melhor compreender o impacto das medidas propostas no âmbito da ENA)**

Da evolução legislativa ao longo dos séculos XIX e XX, concretamente desde a Constituição de 1822 até à publicação da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, resultaram mudanças a nível dos crimes de responsabilidade cometidos por determinados agentes políticos que se fizeram notar essencialmente a nível substantivo, prendendo-se, particularmente, por um lado, com o alargamento e individualização dos sujeitos/agentes que assumem a categoria de «titulares de cargos políticos» para efeitos de responsabilidade penal e, por outro lado, com a configuração de alguns tipos legais de crime.

Na base está sempre a exigência, a quem desempenha determinados papéis no âmbito da organização política do Estado, que cumpra o dever funcional que lhe advém do cargo que ocupa, sendo (política,) criminal e civilmente responsável pelos seus atos, o que se prende com a inerente dignificação dos titulares de cargos políticos, com a salvaguarda do seu prestígio e com o merecimento da confiança pública<sup>5</sup>.

Era, por isso, essencial criar um regime sério de «autorresponsabilidade» dos políticos, onde como regra deveria estar previsto um agravamento de penas para os titulares de cargos políticos. Responsabilidade criminal que, todavia, por circunstâncias várias, embora não subordine a responsabilidade política (a qual deverá ser autónoma, embora possa coexistir com aquela), na maior parte das vezes conduz a um indevido aproveitamento político (que mesmo injustificadamente pode levar à «morte política» de figuras que exercem o poder), arrastando outras vezes malefícios como o da «judicialização ou criminalização da política» ou da «politização da Justiça»<sup>6</sup>.

Considerando a «imposição legiferante» que resultava do disposto no n.º 3 do artigo 120.º (hoje correspondente ao n.º 3 do artigo 117.º) da CRP – tal como defendido no Ac. do TC n.º 276/89<sup>7</sup> – o certo é que a elaboração de legislação penal especial (concretamente da Lei n.º 34/87) vinca a manutenção de uma opção de

<sup>5</sup> Ver a este propósito, CARMO DIAS, «Lei n.º 34/87, de 16 de Julho», in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco (Org.), volume I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 711.

<sup>6</sup> Ver MARIA BENEDITA URBANO, *Representação Política e Parlamento, Contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 187, 217 e 218.

<sup>7</sup> Acessível em <https://dre.pt/application/file/67609686>.

política criminal herdada do passado, apesar de serem poucos os crimes que podem ser definidos como exclusivos do exercício de funções políticas.

Anteriormente, a Lei n.º 266, de 27 de julho de 1914, da iniciativa de Bernardino Machado, reveladora das preocupações políticas republicanas da época, veio dar execução ao estabelecido nos artigos 55.º (relativo aos crimes de responsabilidade), 72.º (onde se indicava que os crimes de responsabilidade seriam definidos em lei especial) e 85.º, alínea *a*) (que atribuiu ao Primeiro Congresso a tarefa de elaborar lei sobre crimes de responsabilidade) da Constituição Política da República Portuguesa de 21 de agosto de 1911, fixando como objetivos (artigo 1.º, n.º 1) «definir o carácter e a extensão da responsabilidade penal dos membros do Poder Executivo e seus agentes, pelos actos praticados no exercício das suas funções» e «estabelecer os meios de tornar efectiva essa responsabilidade».

De recordar que, ainda na vigência do regime monárquico (face ao disposto nos artigos 103.º e 104.º da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822, regime mantido na Carta Constitucional de 1826 e na Constituição Política de 1838, sendo nesta última alargado por forma a abranger os Secretários de Estado, consoante o § 3 do seu artigo 116.º), a partir da Constituição de 1822, os Ministros de Estado e, a partir da Constituição de 1838, também os Secretários de Estado, seriam responsáveis por traição, peita, suborno ou concussão, abuso de poder, falta de observância de leis, «pelo que obrarem contra a liberdade, segurança ou propriedade dos cidadãos» e «por qualquer dissipação dos bens públicos» (artigo 103.º da Constituição de 1822, mantido na Carta Constitucional de 1826 e transferido para o artigo 116.º na Constituição de 1838). No entanto, o respetivo regime sancionatório nunca chegou a ser aprovado, apesar de várias Propostas de lei apresentadas na Câmara dos Deputados. Na falta dessa legislação especial (que nunca chegou a ser aprovada antes da instauração da República), os atos integradores de crimes de responsabilidade só podiam ser sancionados de acordo com o regime penal geral (na vigência do Código Penal de 1852 e depois do de 1886, entendendo-se que os Ministros, e mais tarde os Secretários de Estado, estavam abrangidos na definição de empregado público constante, *v.g.*, do seu artigo 327.º<sup>8</sup>).

Por isso, a Lei n.º 266, sinal decorrente do princípio republicano (por oposição ao princípio monárquico, onde o Rei estava isento de responsabilidade, de acordo com o artigo 127.º da Constituição de 1822, incumbindo-lhe, a partir da Carta Constitucional de 1826, entre outras atribuições, nos termos do artigo 75.º, § 15.º, «prover a tudo o que for concernente à segurança interna e externa do Estado, na forma da Constituição»), foi inovadora uma vez que até então não havia legislação penal especial sobre a responsabilidade criminal dos Ministros e Secretários de Estado em «atos de governação». Nesta perspetiva, poder-se-á ainda dizer que este diploma legal contribuiu para uma melhor definição sobre a «ética política» (ainda que seja controverso, mesmo que politicamente correto, colar-lhe o rótulo de «ética republicana», desde logo porque a «ética» nesta área não é «privativa» de qualquer regime político, nomeadamente do republicano).

Classificação como «crimes de responsabilidade» que se encontrava na Constituição de 1911, por ser sua nota característica a responsabilização penal dos titulares de determinados cargos do Poder Executivo (Ministros de Estado e, em casos particulares, Presidente da República, como estabelecido no artigo 3.º da Lei n.º 266, não

<sup>8</sup> Ver a este propósito, CARMO DIAS, «Lei n.º 34/87, de 16 de Julho», p. 710.

obstante a Constituição de 1933, através do seu artigo 78.º, ter revogado tacitamente tal norma no que se refere à responsabilidade penal do Presidente da República) e seus agentes (aqui se incluindo ainda, nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 266<sup>9</sup>, os funcionários da administração que, com a prática de determinados atos que ali são especificados, tiverem colaborado nos atos de administração declarados puníveis pela mesma lei).

De qualquer modo, esta legislação específica (seja a Lei n.º 266, seja a Lei n.º 34/87 que lhe sucedeu) assentou na escolha de uma particular noção de «cargos políticos» (para depois determinar quem eram os titulares responsáveis criminalmente – artigo 117.º, n.º 1 e n.º 3, da CRP) a qual é distinta de «cargos públicos» – artigo 50.º da CRP (e consequentemente dos respetivos titulares de altos cargos públicos que respondem criminalmente – para os quais a CRP não impôs qualquer obrigação de ser determinado em lei especial os crimes da sua particular responsabilidade).

Os «titulares de cargos políticos», em Portugal, desde a aprovação do Código Penal, na versão de 1982, foram claramente separados / autonomizados (não obstante a equiparação) do conceito de funcionário definido «para efeito da lei penal» (hoje artigo 386.º, n.º 4, notando-se, como realça DAMIÃO DA CUNHA<sup>10</sup>, a importância «da “categorização” dos tipos legais de crime para estabelecer “a distinção, ao nível do Código Penal, entre os tipos de agentes”», sejam agentes de autoridade ou agentes de gestão consoante a atividade que desenvolvem). Diferentemente, em Espanha, por exemplo, os conceitos de «autoridade» e de «funcionário público», incluídos no artigo 24.º do Código Penal Espanhol, abarcam os titulares de cargos políticos, sejam ou não providos por via eletiva<sup>11</sup>.

Como ensina DAMIÃO DA CUNHA<sup>12</sup>, «“Titular de cargo político” é conceito que em nosso entender, não deve ser interpretado como de “titularidade do exercício de funções políticas” (pelo menos para efeitos penais). Com efeito, um “titular” de cargo político pode exercer várias funções públicas: funções legislativas, governativas, administrativas, etc. A função política, em sentido estrito, referir-se-ia, assim, a um dos segmentos dos poderes públicos, que podem caber, ou podem estar envolvidos, no conteúdo do cargo. O cargo político do titular não designa as funções exercidas; designa a “fonte” da titularidade do cargo. Julgamos que o conceito de cargo público para efeitos de doutrina administrativa, deve também ser entendido neste sentido algo formal. Com efeito, a titularidade de cargo público significa um

<sup>9</sup> A Lei n.º 266, de 27 de julho de 1914, cuja vigência era ainda discutida em 1986 (como se extrai das intervenções de MANUEL DA COSTA ANDRADE, na Reunião Plenária de 4.12.1986, in *DAR*, 1.ª Série, de 5.12.1986, tal como igualmente recorda M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português, anotado e comentado*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 912, e chega a ser apreciado no Parecer da PGR n.º 85/86, in *BMJ* n.º 377, 55 a 85), foi implicitamente revogada pela Lei n.º 34/87, de 16 de julho.

<sup>10</sup> JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O conceito de funcionário, para efeito de lei penal e a «privatização» da administração pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 28.

<sup>11</sup> Ver ANDRÉS DELGADO GIL, *Delitos cometidos por funcionarios públicos, negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, Valência: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 103 a 109.

<sup>12</sup> JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, 1.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 60, nota 70.

modo específico de designação. O cargo é que implica a atribuição de determinados poderes ou funções.»

Ensaando a definição de «cargos políticos», salientam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS<sup>13</sup>, que corresponde «a uma espécie dentro daquele [cargos públicos] género, caracterizados não tanto pelo exercício da função política ou governativa do Estado (contraposto à função administrativa e à jurisdicional) quanto pelo significado político da designação dos seus titulares. Em democracia, todos os cargos relativos à definição do interesse público e à direcção política devem assentar no princípio da representação política. Mas não é necessário que sejam todos de eleição directa; basta que, não o sendo, os seus titulares sejam designados por quem seja directamente eleito pelo povo». Nessa esteira, avançam como sendo «cargos políticos» quer os baseados no sufrágio universal e directo, quer os dependentes de responsabilidade política perante órgãos eletivos, quer os que resultam de designação estritamente política.

Tal caracterização coloca em crise o elenco fechado e taxativo indicado no artigo 3.º da Lei n.º 34/87, pela sua insuficiência face à realidade atual.

Para além disso, o legislador mostra uma certa desarmonia na filosofia que presidiu ao seu pensamento (que deixou de ser uniforme) quando alargou o conceito de «titular de cargo político» no artigo 2.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, que aprova o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos.

A necessidade de repensar e unificar a definição de «titular de cargo político» também é realçada com a definição (ainda que criticável) de «titular de cargo político estrangeiro» que consta do artigo 2.º, alínea c), da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril (regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção cometidos no comércio internacional e na atividade privada): «“Titular de cargo político estrangeiro”: a pessoa que, ao serviço de um país estrangeiro, exerce um cargo no âmbito da função legislativa, judicial ou executiva, ao nível nacional, regional ou local, para o qual tenha sido nomeada ou eleita.»

Não seria, por isso, de estranhar que, no futuro, a equiparação a funcionário, para efeito da lei penal geral, de quem desempenhe funções políticas (legislativa ou executiva), fosse incluída no Código Penal (em vez de ser regulada por lei especial, como atualmente sucede), desde logo tendo em atenção as equiparações que já constam do artigo 386.º, n.ºs 2 e 3 (repare-se que o próprio artigo 386.º, n.º 2, do Código Penal abrange parte dos titulares de altos cargos públicos previstos no artigo 3.º-A da Lei n.º 34/87, os quais não coincidem na totalidade com os indicados no artigo 3.º da Lei n.º 52/2019).

Hoje em dia, face às limitadas alterações introduzidas pelo legislador nesta área dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, talvez fosse de equacionar se ainda faz sentido aquela opção legislativa (que, a manter-se, deveria merecer uma revisão profunda e não pontual, o que necessariamente teria, desde logo, de passar por uma nova definição de «titulares de cargos políticos», que fosse mais alargada, tendo em atenção não só os que exercem, mas também os que participam no exercício de funções políticas, mesmo que sem competências decisórias, mas de qualquer forma com repercussões na satisfação do interesse público) ou se antes

<sup>13</sup> JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 319.



se justificaria a sua inclusão no Código Penal (*v.g.*, alargando e alterando a definição de funcionário, enquanto conceito autónomo da lei penal, prevendo novos tipos legais específicos e, simultaneamente, quando necessário, incluindo uma agravação especial da moldura abstrata de crimes que fossem cometidos por titulares de cargos políticos no exercício de funções ou por titulares de altos cargos públicos<sup>14</sup>).

A necessidade de reformular o conceito de funcionário, para efeito de lei penal, também é notada por DAMIÃO DA CUNHA<sup>15</sup>, nomeadamente por causa do novo conceito de gestor público (titular de alto cargo público) e visto também o disposto no artigo 386.º, n.º 2, do CP, até tendo em atenção o sector empresarial do Estado («pelo menos do seu sector de base privada»)<sup>16</sup>.

Defende DAMIÃO DA CUNHA<sup>17</sup> que «o conceito de “cargo público”, no sentido constitucional, abrange por via directa ou indirecta toda a Administração Pública (seja por via do posto de direcção, seja por via de mandato de representação) – será esse o sentido prevalecente deste novo conceito».

A sistematização escolhida para a Lei n.º 34/87, que é aparentemente mais simples do que a do Código Penal (na medida em que aglutina no capítulo II todos os «crimes de responsabilidade de titular de cargo político em especial», sem ter a preocupação de os compartimentar em diferentes secções, partindo, por exemplo, do bem jurídico fundamental violado), é de certa forma compreensível por se tratar de regime penal especial que procura regulamentar e punir os ataques ao Estado, e à forma como este se organiza, que provém do seu interior, contendo, por isso, todo um regime próprio, *v.g.*, desde normas de natureza substantiva até regras especiais de processo, incluindo sobre responsabilidade civil.

No entanto, acaba por sobrar a sensação de incompletude da Lei n.º 34/87, uma vez que, apesar de no seu capítulo I, com a rubrica de «crimes de responsabilidade de titular de cargo político em geral», deixar em aberto, através do artigo 2.º, uma definição genérica e subsidiária que remete (na falta de previsão de crimes especiais da responsabilidade dos titulares de cargos políticos) para os crimes «previstos na lei penal geral», com referência expressa ao exercício de funções ou que mostrem terem sido praticados com flagrante desvio ou abuso da função ou com grave violação dos inerentes deveres, o certo é que essa definição não é tão abrangente como seria de esperar, face à importância dos deveres especiais que recaem sobre os titulares de cargos políticos. Essa insuficiência torna-se patente, por exemplo, quando na infração prevista na lei penal geral (obviamente quando não estiver em causa crime comum) não se fizer expressa referência ao exercício de funções e, apesar disso, tiver sido praticada pelo titular de cargo político com desvio de funções ou violação dos inerentes deveres (o que significa – por não haver *flagrante* desvio de função ou por não haver *grave* violação dos inerentes deveres – ausência de censura penal, o que não será curial com a filosofia subjacente à elaboração da lei penal especial). De

<sup>14</sup> Assim, CARMO DIAS, «Lei n.º 34/87, de 16 de Julho», p. 713.

<sup>15</sup> JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, p. 69.

<sup>16</sup> O Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, estabelece o regime jurídico do sector público empresarial (que integra as empresas públicas e as empresas participadas) e, por sua vez, o estatuto do gestor público está previsto no Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março (tendo sido revogado o anterior estatuto previsto no Decreto-Lei n.º 464/82, de 9 de dezembro).

<sup>17</sup> JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, pp. 71 e 72, nota de rodapé 87.



resto, a tal insatisfação revela-se, ainda, perante as raras e superficiais alterações à Lei n.º 34/87, o que a tem tornado incoerente (designadamente com outra legislação) e carecida de revisão, nomeadamente quando se comparam as molduras penais das incriminações nela previstas com as da lei penal geral (*v.g.*, Código Penal) que, entretanto, foram evoluindo.

E, como «nem todos os crimes praticados pelos titulares de cargos políticos no exercício de funções são considerados crimes de responsabilidade» em especial (apesar da insuficiente definição contida no artigo 2.º da Lei n.º 34/87, tanto mais que a lei penal geral, na respetiva infração, pode não fazer referência expressa ao «exercício de funções», «ou o crime não mostrar um flagrante desvio ou abuso da função ou grave violação dos inerentes deveres»), a possibilidade de aplicação do «regime geral penal e processual penal» acaba por significar (conforme parecer da PGR n.º 81/2007, de 24.07.2008, DR II de 9.10.2009), que, nesta área, as infrações cometidas pelos agentes titulares de cargos políticos, dependendo da verificação dos respetivos pressupostos, poderão ficar sujeitas ou a «uma responsabilidade criminal geral» ou a «uma responsabilidade criminal específica» (traduzindo alguma incoerência, desde logo considerando igualmente as hipóteses restritas em que poderá haver agravamento especial, visto o disposto no artigo 5.º da mesma Lei n.º 34/87).

Genericamente os titulares de «cargos políticos» estão identificados no artigo 3.º da Lei n.º 34/87, sendo que, para a definição que adotou, o legislador olhou para as funções desempenhadas por quem ocupa determinados cargos, a nível da organização do Estado, da União Europeia, das regiões autónomas e das autarquias locais (órgãos representativos). Obviamente que enquanto não existirem alterações legislativas, também não se podem considerar titulares de cargos políticos, para efeitos da Lei n.º 34/87, os titulares de outros quaisquer «cargos políticos» que não sejam abrangidos no citado artigo 3.º. Isto significa que diferentes titulares de «cargos políticos» e de «altos cargos públicos», indicados nomeadamente nos artigos 2.º e 3.º da referida Lei n.º 52/2019, de 31 de Julho (que aprova o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos) que não coincidem com os identificados no artigo 3.º da Lei n.º 34/87, apenas poderão ser punidos nos termos da lei penal geral, sem prejuízo do disposto no artigo 28.º do Código Penal e da eventual discussão sobre se a atividade que desenvolvem se enquadra ou não no conceito de funcionário, no caso de crimes específicos destes.

Por sua vez, a escolha do legislador para definir os titulares de altos cargos públicos foi feita tendo em atenção as funções e cargos que indicou nas várias alíneas do artigo 3.º-A da Lei n.º 34/87, os quais também não coincidem integralmente com os indicados no artigo 3.º da mesma Lei n.º 52/2019. O desempenho desses cargos exige qualidades acrescidas dada a importância dos organismos ou entidades em causa no próprio desenvolvimento e consolidação do Estado de direito democrático.

Por isso, compreende-se o agravamento da censura penal em função da qualidade do agente. Discutível é a opção de apenas e quanto aos crimes de recebimento indevido de vantagem, corrupção passiva e corrupção ativa, os titulares de altos cargos públicos devam ser incluídos no regime especial substantivo previsto na Lei n.º 34/87 (que se refere especificamente à responsabilidade dos titulares de cargos políticos), em vez de pura e simplesmente serem equiparados a funcionário para efeito da lei penal geral, diploma este que abrange um maior leque de crimes relacionados com o exercício de funções públicas (e, portanto, necessariamente também de diferentes cargos públicos).

Com efeito, não prevendo a Lei n.º 34/87 a equiparação dos titulares de altos cargos públicos (artigo 3.º-A) aos titulares de cargos políticos (artigo 3.º), não se lhes pode aplicar as demais disposições legais que os não abranjam, designadamente as previstas no capítulo I, *v.g.*, artigos 2.º, 5.º e 6.º e no capítulo II (demais crimes, ressalvados os previstos nos artigos 16.º a 18.º).

Isto significa que, considerando que nem todos os titulares de altos cargos públicos, tal como definidos na Lei n.º 34/87, estão abrangidos no conceito de funcionário previsto na lei penal geral, poderá sobrar um espaço de impunidade incompreensível, designadamente em relação aos demais crimes em que se procura proteger a integridade no exercício de funções, tendo em vista a satisfação do interesse público de acordo com a legalidade.

### **1.1. A mudança de paradigma com a recuperação do princípio de separação da responsabilidade penal entre titulares de cargos políticos por um lado e titulares de altos cargos públicos por outro lado**

A mudança de paradigma proposta na ENA, relativamente à diferente responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos por um lado e dos titulares de altos cargos públicos por outro lado, não é nova, uma vez que, anteriormente, mesmo antes da Lei n.º 266, os primeiros respondiam a nível penal de forma equiparada à dos empregados/funcionários públicos e antes da alteração introduzida pela Lei n.º 41/2010, de 3 de setembro, também os segundos (titulares de altos cargos públicos) eram equiparados para efeito de lei penal a funcionários públicos (a menos que não preenchessem qualquer das situações previstas nas diferentes alíneas do artigo que contém a definição de funcionário para efeito de lei penal no código penal).

A distinção entre estas duas categorias de sujeitos/agentes do crime apenas faz sentido pelas qualidades que detêm em função do cargo que ocupam, que são de maior responsabilidade e, por isso, quando cometem infrações, merecem (em nome da prevenção geral e da prevenção especial) uma maior punição do que o vulgar cidadão que comete o mesmo tipo de infração.

Repare-se que são raros os crimes privativos de cada uma destas categorias de sujeitos ativos previstos na Lei n.º 34/87.

Com efeito, analisando a Lei n.º 34/87 vemos que dos crimes da responsabilidade dos titulares de cargos políticos (capítulo II) apenas são privativos destes (pela qualidade dos sujeitos ativos) os crimes de violação de normas de execução orçamental (artigo 14.º) e o de suspensão ou restrição ilícitas de direitos, liberdades e garantias (artigo 15.º), o que facilmente evidencia que não era por esse motivo que o legislador optara por autonomizar (da legislação geral, ou seja, do Código Penal) a sua responsabilidade penal, passando a concentrá-la em legislação especial, extravagante (Lei n.º 34/87).

Nesta legislação especial (Lei n.º 34/87), além das regras gerais contidas no capítulo I («Dos crimes de responsabilidade de titular de cargo político em geral») e particulares do capítulo II («Dos crimes de responsabilidade de titular de cargo político em especial»), preveem-se outras normas mais abrangentes, mas ainda relativas aos titulares de cargos políticos, nomeadamente um capítulo relativo aos efeitos das penas (capítulo III), além de terem sido consagradas «Regras especiais de processo» (capítulo IV) e sendo ainda disciplinado sobre a «responsabilidade civil emergente de crime de responsabilidade de titular de cargo político» (capítulo V),

para além do último capítulo sobre disposição final (VI), conter apenas uma única norma sobre a entrada em vigor.

Ora, até pela própria sistematização deste diploma especial (Lei n.º 34/87) se via que o encaixe que nela foi feito dos «titulares de altos cargos públicos», através da Lei n.º 41/2010, de 3 de setembro – quando o legislador apenas introduziu no artigo 3.º-A a definição de altos cargos públicos e depois previu tão só que pudessem ser sujeitos dos crimes de recebimento indevido de vantagem (artigo 16.º), corrupção passiva (artigo 17.º) e corrupção ativa (artigo 18.º), bem como de agravação (artigo 19.º) e/ou de dispensa ou atenuação da pena (artigo 20.º) – era forçado e não trazia quaisquer vantagens, uma vez que, além de criar uma desarmonia na filosofia geral subjacente a tal diploma, aquelas normas podiam ter sido introduzidas no Código Penal, sendo integrada a definição de «altos cargos públicos» no conceito de funcionário para efeito de lei penal.

Em termos de punição/moldura abstrata dos crimes de recebimento indevido de vantagem (artigo 16.º da Lei n.º 34/87 e artigo 372.º do CP), corrupção passiva (artigo 17.º da Lei n.º 34/87 e artigo 373.º do CP) e corrupção ativa (artigo 18.º da Lei n.º 34/87 e artigo 374.º do CP), não se vê que haja uma diferença substancial ou sensível consoante a punição fosse feita pela Lei n.º 34/87 ou pelo CP, caso os titulares de altos cargos públicos fossem enquadrados no Código Penal, fosse na definição alargada de funcionário, fosse em definição autónoma, sendo certo que o legislador sempre poderia estabelecer uma agravante especial para os mesmos, até por lhes ser exigível um comportamento mais ajustado e íntegro com as normas considerando o cargo que ocupam, o que era perfeitamente aceite e esperado pelo cidadão comum.

De resto, não se vê que haja qualquer motivo que justifique uma particular legislação penal específica para os titulares de altos cargos públicos e, muito menos, que fosse adequado colocá-los a par, como se fossem equivalentes (ainda que apenas ou ainda para mais para os crimes de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e de corrupção ativa) com os titulares de cargos políticos.

Claro que sempre se pode dizer que a sua conduta (até pelas suas qualidades especiais) é mais censurável que a do cidadão comum e, por isso, deve ser punido de forma mais elevada, o que pode ser feito no Código Penal, uma vez que não há crime específico ou particular que seja privativo por apenas poder ser cometido por eles.

Ou seja, concorda-se com essa ideia da recuperação do princípio da separação (em termos de responsabilidade penal, que é o que estamos aqui a tratar) entre titulares de cargos políticos e titulares de altos cargos públicos, uma vez que além do mais estes últimos nem sempre representam cargos políticos para assumirem um tratamento semelhante ao destes, ainda que apenas em alguns aspetos (isto, claro, a manter-se a opção de prever em legislação especial a responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos).

## **1.2. Consequências dessa solução, nomeadamente, a nível da punição dos titulares de altos cargos públicos (no Código Penal)**

O que impressiona mais aqueles que aderem à posição de que se devia manter o regime de responsabilização penal dos titulares de altos cargos públicos na Lei

n.º 34/87, ao lado dos titulares de cargos políticos<sup>18</sup>, é precisamente a maior penalização dos seus atos.

No entanto, quanto a nós, essa questão (sendo um falso problema) é facilmente ultrapassada, mesmo que os titulares de altos cargos públicos sejam punidos pelo Código Penal (tal como já sucede com outros titulares de cargos públicos como se pode ver pela definição do conceito de funcionário para efeito da lei penal), sendo que ainda poderia ser estabelecida uma agravação da pena, para vincar a censurabilidade da sua conduta, quando de facto infringissem de forma grave os seus deveres e funções e consoante mais elevado fosse o cargo para o qual tivessem sido investidos.

De resto, não é pelo facto de na CRP não se prever para os titulares de altos cargos públicos um regime penal especial para os crimes de responsabilidade por si cometidos (em leque mais alargado), nem uma norma semelhante (artigo 117.º, n.º 3) à prevista para os titulares de cargos políticos, que então se deve fazer o raciocínio que também não é proibido que seja o mesmo fixado a par daqueles ou até incluído na mesma legislação especial que for criada para aqueles.

Claro que não é inconstitucional a alteração introduzida pela Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro, mas não deixava de ser inadequada ou imprópria a equiparação que se pretendeu fazer com ela quanto a três crimes (recebimento indevido de vantagem, corrupção passiva e corrupção ativa), quando os mesmos objetivos podiam ser alcançados (através do CP) sem «deformar» o espírito da Lei n.º 34/87, ao nela incluir de forma anómala os titulares de altos cargos públicos, ainda que muitos destes também sejam agentes políticos.

## II. Síntese de propostas de temas a equacionar e/ou de soluções a discutir

Para melhorar a ENA nesta área concreta dos crimes da responsabilidade dos titulares de cargos políticos e dos titulares de altos cargos públicos, apresentaria a seguinte síntese de propostas de temas a equacionar e/ou de soluções a discutir:

(a) *É importante repensar se deveria haver uma nova e mais ampla noção de «titular de cargo político», que abrangesse quem desempenhasse funções políticas (legislativa e executiva, o que inclui a administrativa), considerando, portanto, quer os que exercem, mas também os que participam em funções políticas, mesmo que não tivessem competências decisórias, mas que, de qualquer forma, o seu desempenho tivesse repercussão ou reflexo na satisfação do interesse público.*

No caso até de se vir a optar pela inclusão do titular de cargo político na categoria de funcionário para efeito de lei penal (como já acima se referiu, até para eliminar espaços de impunidade), haveria então que, por um lado, prever novos tipos legais de crime (específicos desta categoria de sujeitos ativos/agentes), como também, por outro lado, prever-se agravantes especiais, atenta a sua qualidade e maior exigência no exercício das suas funções, tendo em atenção o particular cargo que ocupassem.

(b) *De aplaudir a solução de incluir a responsabilidade dos titulares de altos cargos públicos no Código Penal (assim se autonomizando da responsabilidade particular dos titulares de cargos políticos prevista na Lei n.º 34/87, mesmo que a opção fosse a*

<sup>18</sup> Como sucede com EUCLIDES DÂMASO, «Comentários à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (2020-2024)», revista *Julgar online*, outubro de 2020, p. 8.

de manter esta legislação especial), *mas acrescentando-se que deve ser equivalente à dos funcionários para efeito da lei penal, não se restringindo apenas aos crimes de recebimento indevido de vantagem, corrupção passiva e corrupção ativa* (como sucede no caso da Lei n.º 34/87), *devendo prever-se ainda agravantes especiais, atenta a sua qualidade e maior exigência no exercício das suas funções e consoante fosse mais elevado o cargo para o qual tivessem sido investidos.*

(c) *Sendo, como sabido, parte dos crimes de corrupção e crimes congêneres cometidos a nível regional, concretamente do poder local (autarquias locais), convinha, como bem diz a ASJP<sup>19</sup>, que houvesse uma maior fiscalização pelas entidades competentes para o efeito, particularmente na área do licenciamento da construção civil, na área dos «esquemas» de alterações dos Planos Diretores Municipais<sup>20</sup> e também na área da contratação pública, por serem as mais favoráveis e propícias a este tipo de criminalidade.*

Aliás, como já defendemos em 2011<sup>21</sup>, *a falta de fiscalização e de investigação atempada deste tipo de criminalidade (o que exige previamente uma boa articulação entre o MP e os OPC) anda muitas vezes associada à «corrupção urbana» e, pode vir a converter-se, como diz Manuel Alcaraz Ramos<sup>22</sup>, «numa autêntica corrupção da democracia», o que significa o fim do Estado de direito.*

Ainda em matéria de prevenção e fiscalização, é importante que também os funcionários dos serviços competentes dos diferentes «organismos públicos», nomeadamente da administração local, não se demitam das suas tarefas e, conseqüentemente,

<sup>19</sup> Ver Pronúncia da ASJP sobre a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020/2024, ASJP, outubro de 2020, p. 8. Aliás, nesse sentido, anteriormente, já nos pronunciamos, em MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «O Direito Penal e o Direito Administrativo: A Propósito dos Novos Crimes Previstos nos Artigos 278.º-A (Violação das Regas Urbanísticas) e 382.º-A (Violação das Regras Urbanísticas Por Funcionário) do Código Penal», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 31/34, Jan./Dez. 2009/2010, pp. 176 e ss., e em «Breves Notas sobre os Novos Crimes Previstos nos Artigos 278.º-A (Violação de regras urbanísticas) e 382.º-A (Violação de regras urbanísticas por funcionário) do Código Penal», in *Boletim Informação & Debate*, V Série, n.º 5, janeiro de 2011, da ASJP.

<sup>20</sup> Como escreve MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «O Direito Penal e o Direito Administrativo: A Propósito dos Novos Crimes Previstos nos Artigos 278.º-A (Violação das Regas Urbanísticas) e 382.º-A (Violação das Regras Urbanísticas Por Funcionário) do Código Penal», p. 176, «quando se está perante obras que incidem, por exemplo, sobre terreno que não era urbanizável ou que merece especial proteção (v.g., por nele estar inserido prédio classificado ou em vias de classificação ou por se tratar de terreno de reserva agrícola nacional), caso o que era proibido passe a ser permitido (v.g., por a autarquia conceder licença para se proceder a obra em prédio classificado, violando regras que anteriormente estabelecera para classificar esse mesmo prédio como de interesse municipal, assim pondo em causa também o património arquitectónico ou por ter alterado o PDM transformando terreno não urbanizável em terreno urbanizável), importa estar especialmente atento, porque essas modificações (que em geral resultam da especulação imobiliária, são lucrativas, não visando satisfazer interesses gerais) podem estar associadas à criminalidade urbanística (aqui incluindo ainda, por exemplo, crimes de recebimento indevido de vantagem, de corrupção, tráfico de influência etc.), a qual é de investigação oficiosa (dada a sua natureza pública), não podendo ser descurada, nem branqueada».

<sup>21</sup> MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «O Direito Penal e o Direito Administrativo: A Propósito dos Novos Crimes Previstos nos Artigos 278.º-A (Violação das Regas Urbanísticas) e 382.º-A (Violação das Regras Urbanísticas Por Funcionário) do Código Penal», p. 147.

<sup>22</sup> MANUEL ALCARAZ RAMOS, «De la corrupción urbanística a la corrupción de la democracia», in *El Estado de Derecho Frente a la Corrupción Urbanística*, Madrid: La Lei, 2007, p. 40.



atuem nesta área, denunciando (como é sua obrigação) os crimes (por exemplo, de violação de regras urbanísticas cometidos seja por quem for, incluindo pelos seus superiores hierárquicos) de que tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas [artigo 242.º, n.º 1, alínea b), do CPP].

Por exemplo, os funcionários dos serviços competentes das Câmaras Municipais (nomeadamente daqueles que lidam com o ordenamento do território e o urbanismo, incluindo a área de projetos e de obras) e das Juntas de Freguesia (nomeadamente serviços relacionadas com o urbanismo e edificação) a quem incumba fiscalizar o cumprimento das regras urbanísticas, têm a responsabilidade/ dever de, sempre que for caso disso, denunciar os casos de violação dessas normas ao Ministério Público do respetivo juízo competente (que lhes dará o devido encaminhamento).

É claro que, até por uma questão de maior proximidade, os municípios e as freguesias (que são os que estão em melhores condições para, na sua missão de fiscalização, detetarem situações de infração nesta matéria) não se podem alhear do cumprimento das normas (legais e infralegais), nomeadamente nesta área relacionada com o urbanismo e o ordenamento do território<sup>23</sup>.

*O poder local deveria ser o primeiro e principal interessado em fazer cumprir a legislação e respetiva regulamentação nesta área, efetuando as competentes fiscalizações, sancionando ou denunciando os prevaricadores às autoridades competentes (consoante o tipo de infração cometida e competência para a sua apreciação), assim salvaguardando eficazmente a preservação da natureza (incluindo solo, tendo em atenção a respetiva classificação), dos seus recursos, favorecendo um melhor aproveitamento do solo, o equilíbrio ecológico, ambiental, o valor estético da paisagem, o património cultural, histórico e arquitetónico e, simultaneamente, promovendo o bem-estar e melhor qualidade de vida dos cidadãos*<sup>24</sup>.

No entanto, não é isso o que se vê por esse país fora (por exemplo, basta ver o caos urbanístico quer em meio rural, quer em meio urbano, que deixam a paisagem degradada e, mesmo quando acontecem acidentes, pouco se tem alterado), o que mostra bem que não há fiscalização, nem prevenção, nem penalização e, por isso, não conseguimos evoluir, porque ao mesmo tempo nem sequer há educação cívica nesta matéria (nem os funcionários, nem o cidadão comum estão educados para respeitar a natureza e o ambiente e, como não há igualmente sentido de responsabilidade, continuando a ver-se por todo o lado o maior desrespeito pelas normas que existem – apenas no papel – e cuja violação não tem consequências, como as pessoas em geral se vão habituando a ver, e por isso não tem um incentivo para cumprir, salvo num caso ou outro, que de qualquer modo é apenas simbólico e não impressiona o suficiente para dissuadir comportamentos infratores).

Apesar da existência de variada legislação, basta dar um passeio pelo país do norte a sul, para ver, por exemplo, no meio de áreas de reserva agrícola ou florestal, situações (v.g., aterros ilegais, indevida utilização de zonas de reserva agrícola ou florestal para fins industriais ou mesmo nelas implantadas construções clandestinas,

<sup>23</sup> No artigo 101.º do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação (RJUE) prevê-se a responsabilidade disciplinar dos funcionários e agentes da Administração Pública que «deixem de participar infrações às entidades fiscalizadoras ou prestem informações falsas ou erradas sobre as infrações à lei e aos regulamentos de que tenham conhecimento no exercício das suas funções», sendo tais condutas puníveis com pena de suspensão a demissão.

<sup>24</sup> MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «O Direito Penal e o Direito Administrativo: A Propósito dos Novos Crimes Previstos nos Artigos 278.º-A (Violação das Regas Urbanísticas) e 382.º-A (Violação das Regras Urbanísticas Por Funcionário) do Código Penal», p. 149.



até moradias que se exibem ostensivamente, estando habitadas por famílias que não têm debilidades económicas) absolutamente proibidas, que não são objeto de fiscalização (apesar de serem conhecidas nas freguesias e municípios), mantendo-se impunes os infratores (*sendo protegidos na medida em que não são fiscalizados, apesar de serem conhecidos pelas entidades oficiais*), situações essas ilegais que continuam a propagar-se e tendem a alastrar.

Ora essa impunidade acontece porquê?

Importa ter presente que está em causa não só o desenvolvimento económico e social, como a proteção e melhoria da qualidade do ambiente, do bem-estar da população (incluindo saúde em qualquer das suas vertentes) e a própria preservação da natureza.

Num país como o nosso, que ainda tem de evoluir muito, para o cidadão comum crescer em termos de educação cívica, tornar-se mais responsável e ativo na defesa do património cultural, natural, ecológico, assim contribuindo para uma melhor qualidade de vida, obviamente que quando se fala em sindicância a mesma tem de ser concreta, eficiente, regular, incidindo em todos os organismos públicos e estaduais (mesmo ao mais alto nível, nomeadamente ministerial), para que haja eficácia e comece a haver maior confiança no correto exercício de funções e, assim, comece igualmente a sentir-se maior respeito pelas normas existentes.

No entanto, não se vê que haja preocupações efetivas na ENA apresentada, com esta matéria, o que é pena, porque num país que tem como uma das principais fontes de riqueza precisamente o turismo, convinha que se preocupasse, de uma vez por todas, em melhorar a nossa paisagem urbanística, que é também património cultural, ambiental e arquitetónico, que favorece as condições de vida e o bem-estar da população, além de contribuir para o desenvolvimento económico, social e turístico.

(d) A pouca transparência na administração pública, aliada à má governação favorece o fenómeno da corrupção, seja no sector público, seja no sector privado, que é transnacional (sendo, desde logo, fruto da liberalização da economia e também da mundialização), constituindo uma ameaça aos Estados de direito e às sociedades democráticas, além de ser um entrave a um desenvolvimento sustentável e à defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>25</sup>.

Dois exemplos bem conhecidos, que estão na ordem do dia (mesmo a nível europeu) há vários anos, considerados propícios à corrupção (que é preciso combater com medidas adequadas, *as quais são abordadas ligeiramente na ENA de Março de 2021, mas até eram omitidas na sua versão provisória, o que mostra ainda alguma insensibilidade nesta matéria*) e que geram elevados prejuízos, são por um lado, o conhecido fenómeno da «porta giratória» (passagem, sobretudo, das chefias do sector público, para o sector privado e vice-versa, quando há ou pode haver conflitos de interesses) e, por outro lado, a área dos «contratos por concurso público» (sendo inúmeras as entidades adjudicantes nos variados sectores).

<sup>25</sup> De acordo com o Documento de Trabalho de 3.12.2012 sobre a Corrupção, da Comissão Especial sobre a Criminalidade Organizada, a Corrupção e o Branqueamento de Capitais, do Parlamento Europeu, em que foi relator Salvatore Iacolino (acessível, ainda em consulta feita em 14.03.2021, em [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/crim/dt/919/919585/919585pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/crim/dt/919/919585/919585pt.pdf), nas pp. 5 e ss.), «A nível internacional, segundo as estimativas do Banco Mundial, que aliás não são completamente pacíficas, o custo da corrupção deve aproximar-se de 1 bilião de dólares, ou seja, cerca de 770 mil milhões de euros».

Para evitar a promiscuidade que resulta desse *fenómeno da «porta giratória»*, que apenas gera o descrédito na classe política e nos próprios governos, é preciso combater a possibilidade de um funcionário ou titular de cargo político ou equiparado ocupar vários e sucessivos cargos, nos sectores público e privado, com políticas adequadas, o que passa, desde logo, pela revisão da legislação em matéria de incompatibilidades e de obrigatoriedade de apresentação de declaração única de rendimentos, património, interesses, incompatibilidades e impedimentos (ver Lei n.º 52/2019, de 31 de Julho, sua extensão a magistrados e alargamento a outros titulares de altos cargos públicos e políticos, a anunciada redução da complexidade de procedimentos para facilitar o cumprimento dessas obrigações, embora, obviamente, tenha igualmente que haver, na prática, rigorosa fiscalização do seu cumprimento e aplicação das respetivas sanções para os incumpridores, o que parece nem sempre existir no terreno).

A legislação relativa a incompatibilidades (que entretanto já tem sido objeto de alterações) deveria ter períodos compatíveis de «nojo» alongados (apontaria os 5 anos e não os 3 anos propostos), que merecessem crédito, e depois fazê-la cumprir, havendo a devida fiscalização para o efeito (e não alterá-la ao sabor das conveniências ou mudanças ou saídas de governo), só assim se podendo criar a confiança pública esperada.

Só estabelecendo uma adequada *gestão, regulação e controlo/fiscalização nos casos em que há conflitos de interesses e incompatibilidades* é que se consegue evitar a confusão entre interesses privados do agente público/titular de cargo político e os interesses públicos subjacentes à sua função.

(e) Quem desempenha funções no âmbito da organização política e administrativa do Estado tem de cumprir com integridade, imparcialidade, eficiência e transparência o dever funcional que lhe advém do cargo que ocupa, satisfazendo o interesse público, com observância da legalidade, exigindo-se que seja (política,) criminal e civilmente responsável pelos seus atos: só assim é possível conferir dignidade a quem assume cargos políticos e cargos públicos, ficando salvaguardado o seu prestígio e, ao mesmo tempo, passando a ser merecedor de confiança pública.

Por isso, a existência de transparência, particularmente nas atividades públicas e onde se exerce atividade política, permite uma melhor governação, ajuda a prevenir a corrupção e cria maior confiança pública: o que significa, além do mais, *fazer uma reforma na administração pública, tornando-a mais transparente*, acessível ao cidadão, em que as decisões (quando necessário, em função do valor e importância, sejam tomadas por mais do que um decisor) sejam clara e objetivamente fundamentadas, *em que se protejam os denunciantes* de forma efetiva (transpondo-se a Diretiva da UE 2019/1937, de 23 de Outubro de 2019, e fazendo-a depois cumprir, sendo que o reforço dos direitos e da proteção do denunciante contribui para a prevenção e para dissuadir a violação das regras e normas que se desejam ver cumpridas para o bem de todos), inculcando ao mesmo tempo o cumprimento de códigos de ética e de boa conduta nos vários serviços, *v.g.*, onde existem titulares de cargos políticos (nomeadamente a nível governativo, a nível parlamentar<sup>26</sup>, a nível autárquico), assentes em valores como a lealdade, integridade, honestidade e autorresponsabilidade.

<sup>26</sup> Ver Resolução da Assembleia da República n.º 210/2019, de 20 de setembro (aprova o Código de Conduta dos Deputados à Assembleia da República).

Por sua vez, é sabido que é urgente *combater a corrupção que envolve os contratos por concurso público*<sup>27</sup> (sendo inúmeras as entidades adjudicantes nos variados sectores neles envolvidas)<sup>28</sup>.

E para isso é preciso adotar medidas práticas, devendo para o efeito combater-se esses conluios que se formam designadamente entre empresas, fazendo rigorosos controlos e sindicâncias para evitar que esses comportamentos continuem impunes.

De resto, estando envolvido «dinheiro público» ou estando em causa o «interesse público» naturalmente que o cidadão médio exige controlo e fiscalização do Estado, o que está diretamente relacionado com a própria confiança nas instituições que procedem a esses concursos públicos e com uma atuação transparente por parte das mesmas, nomeadamente, quando são dirigidas por titulares de cargos políticos.

(f) Por outro lado, importa *sindicar com frequência e regularidade* (de modo a poder impor-se o respeito pelas normas e leis orçamentais), *nomeadamente todos os pagamentos que são feitos sem o visto do Tribunal de Contas legalmente exigido ou quando são cometidas outras práticas ilegais* (ver crime de violação de normas de execução orçamental previsto no artigo 14.º da Lei n.º 34/87).

Aliás, o legislador devia *ter o cuidado de limitar os casos* (designadamente quanto ao seu montante) *em que autoriza os pagamentos sem ser necessário o visto do Tribunal de Contas*, porque, sem fiscalização e controlo constante, essa é uma forma de poder depois não haver transparência nas contas que terão de ser apresentadas anualmente e de poder haver eventual responsabilidade criminal.

E, o legislador podia bem estar mais atento nas consultas ao Tribunal de Contas, ouvindo as sugestões para as melhores soluções, para que houvesse transparência nas despesas públicas, além de rigor e legalidade (o que naturalmente pressupõe o reforço de mecanismos internos de transparência e de prestação de contas, exigindo-se ao mesmo tempo controlo e fiscalização).

Além de uma maior fiscalização a nível da atividade desenvolvida pelo titular de cargo político a quem incumbe superintender/dar cumprimento a normas de execução orçamental, como já anteriormente defendemos<sup>29</sup>, impunha-se até por razões preventivas, *eleva a moldura abstrata do crime (que é de prisão até 1 ano) previsto no artigo 14.º (violação de normas de execução orçamental) da Lei n.º 34/87*.

<sup>27</sup> No mesmo Documento de Trabalho sobre a Corrupção de 3.12.2012, o relator Salvatore Iacolino faz apelo a um estudo de 2008, onde se escreve que «a corrupção pode fazer aumentar entre 20 a 25% os custos totais dos contratos por concurso público». Aliás, mais à frente, adianta: «Habitualmente, as empresas envolvidas nos referidos acordos determinam previamente qual delas apresentará a proposta vencedora e aumentam, de forma intencional, o montante da oferta adjudicatária a fim de maximizar os lucros do proponente. As empresas implicadas estabelecem também mecanismos para a repartição dos lucros suplementares resultantes do preço adjudicado mais elevado. O vencedor escolhido pode, por exemplo, oferecer contratos de subcontratação ou de fornecimentos às empresas que aceitem não participar num determinado concurso ou que concordem em apresentar propostas perdedoras. Em alguns casos, nomeadamente, pode prever-se que o vencedor escolhido disponibilize um “pagamento compensatório” a um ou mais empresas envolvidas no acordo em troca da apresentação de ofertas fictícias, frequentemente utilizando contratos falsos de subcontratação, de fornecimentos ou de consultoria.».

<sup>28</sup> Ver, a este propósito, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «Enriquecimento ilícito/injustificado», *Revista Julgar*, n.º 28, janeiro-abril 2016, pp. 293 e 294.

<sup>29</sup> Ver CARMO DIAS, «Lei n.º 34/87, de 16 de Julho», p. 768.

(g) Mantendo-se a opção de ter uma lei especial para os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, convinha *reformular, atualizando, a Lei n.º 34/87 quanto a vários aspetos* (destacando-se, entre os acima adiantados, o *alargamento da definição de titulares de cargos políticos*, que, no mínimo, deve coincidir com a prevista na Lei n.º 52/2019, também a *nível dos efeitos das penas*, ou melhor dizendo, *sanções acessórias* que deveria ser igual em termos de destituição do cargo e perda do respetivo mandato, com consequente impossibilidade de reeleição, no mínimo por dois períodos eletivos, independentemente do cargo que ocupam – artigos 28.º a 30.º –, mesmo que tal exija uma prévia revisão constitucional), até para haver uniformidade e harmonia na legislação e ser mais fácil ao intérprete aplicar o direito.

(h) Como resulta da ENA, os «[d]ados recolhidos e analisados pela Procuradoria-Geral da República, relativos a 2019, dão nota do registo de 2155 novos inquéritos por crimes de corrupção e afins (fenómeno que abarca crimes de corrupção ativa e passiva, tráfico de influência, apropriação ilegítima de bens públicos, administração danosa, peculato, participação económica em negócio e abuso de poder), correspondendo este número a uma diminuição com pouco significado estatístico face a 2018, ano em que foram registados 2586 inquéritos. Pela prática destes crimes, foram deduzidas 170 acusações, suspensos provisoriamente 33 processos e arquivados 1152 inquéritos. No mesmo período foram registados 204 novos inquéritos para investigação do crime de branqueamento, o que constituiu uma diminuição por referência a 2018 (387) e a 2017 (494). Foram, quanto a este tipo de crime, deduzidas 49 acusações e proferidos 61 despachos de arquivamento.»

Mas, mais: consultando o *Relatório de Segurança Interna de 2019*, apresentado em junho de 2020 (RASI 2019), vemos que entre a criminalidade participada (tendo a análise recaído, segundo a p. 26 do RAVI, sobre aquela que assumia «um peso relativo igual ou superior a 2%»<sup>30</sup>), não consta nenhum crime relacionado com a corrupção, seja do sector público, político ou do sector privado, o que não quer dizer que não exista ou que na vida real não ascenda a esse mínimo considerado (antes o que se pode deduzir é que *não estão suficientemente protegidos os possíveis denunciadores desse tipo de crimes* e, por isso, por causa das represálias, tem medo de dar a conhecer às autoridades competentes os factos integradores de infrações de que têm conhecimento).

Como é por demais sabido, nesta área, as dificuldades na investigação são, desde logo, consequência da existência de pactos de silêncio, do conluio entre os agentes, da sofisticação das técnicas utilizadas para o suborno (evitando contactos diretos, recorrendo a intermediários ou testas de ferro), da ocultação dos lucros, com o recurso a paraísos fiscais (*v.g.*, uso de *offshores*, que servem para esconder dinheiro) e ao branqueamento, e da ocultação geral dos vestígios dos crimes.

A importância deste tipo de criminalidade ser rapidamente investigada e decidida é evidente desde logo pelos elevados prejuízos financeiros que causa nas economias

<sup>30</sup> No quadro relativo aos crimes económico-financeiros que consta do mesmo RAVI, p. 96, por exemplo, quanto à prevaricação de titulares de cargos políticos, foram iniciados 246 inquéritos, terminando 9 com acusação, tendo sido 167 arquivados, sendo declarados findos por outros motivos 65 e tendo sido 1 objeto de suspensão provisória de processo. Chega a ser curiosa a afirmação feita na p. 278 do mesmo Relatório, no sentido de «[a] corrupção ativa, a corrupção ativa no desporto e a corrupção de titulares de cargos políticos, tal como o tráfico de influências, apresentam em 2019 descidas assinaláveis».

(o que mostra a ineficácia no combate à corrupção em geral e, assim, a necessidade de incrementar variadas medidas para tornar eficiente o combate desse tipo de infração e das demais congêneres), com todas as consequências negativas para o bem-estar dos cidadãos.

Portanto, *é preciso tomar medidas que permitam ultrapassar essas dificuldades, agilizem o inquérito e, ao mesmo tempo, acelerem as investigações para chegarem a seu termo em tempo útil* (incluindo, depois, se for o caso, com julgamento e prolação da decisão final transitada em julgado em tempo razoável).

Pelos números indicados evidencia-se que estamos só perante a ponta do iceberg e o problema maior estará certamente na dificuldade na recolha de provas, sendo certo, por outro lado, que este tipo de criminalidade causa elevados prejuízos financeiros nas economias, com todas as consequências negativas para o bem-estar dos cidadãos: vejam-se as estimativas quanto a custos, por exp., da corrupção na economia da UE, que em 2014 (portanto há mais de 6 anos) se situavam em «120 mil milhões de EUR por ano».

As dificuldades na investigação dos crimes de corrupção e crimes congêneres particularmente no âmbito da Lei n.º 34/87 mostram que há que dotar o Ministério Público (que é o titular da ação penal) de mecanismos que agilizem a sua atuação considerando as finalidades do inquérito (artigo 262.º do CPP) e lhe permitam com rapidez e eficiência recolher provas.

Por o crime de corrupção ser transnacional, muitas vezes a investigação tem de sair para fora de fronteiras, exige-se maior e mais rápida cooperação policial e entre autoridades judiciárias, além de celeridade nos pedidos feitos, entre os vários Estados envolvidos.

No entanto, as investigações são demoradas pela sofisticação das técnicas de suborno e muitas vezes pela necessidade de recolha de provas noutros Estados; também para a ultrapassagem dos prazos de duração máxima dos inquéritos (artigo 276.º do CPP) contribui a tendência de se criarem «megaprocessos», que, por vezes, acabam por ser contraproducentes, porque se tornam infundáveis, sabido que depois se pode seguir a fase de instrução, a do julgamento, a dos recursos e, como sabemos, por vezes voltam novamente à 1.ª instância e vão passando anos e anos, não se fazendo justiça em tempo útil, portanto não se reafirmando, perante a sociedade, a validade da norma violada e acabando por se fazer letra morta do direito a uma decisão em prazo razoável.

Portanto, *é preciso lutar seriamente contra a ineficiência do sistema de justiça, o que significa acabar com a morosidade excessiva dos processos penais* (incluindo fase investigatória), só assim se conseguindo tornar eficaz a ação penal.

É, por isso, importante, pensar em estruturar a investigação de forma a evitar mega processos (optando antes pela separação de processos), disponibilizar mais meios materiais e humanos para os Magistrados e OPC e mais mecanismos eficazes de controlo (v.g., agilizar o acesso rápido a informação bancária e outras informações necessárias à investigação; fomentar o maior cruzamento de dados e partilha de informações, incluindo a nível da cooperação entre as autoridades judiciárias dos diferentes Estados-membros, tendo em conta a dimensão transfronteiriça da criminalidade organizada, da criminalidade económico-financeira e, em geral, da criminalidade que gera maiores benefícios/vantagens), lutar contra os atrasos na justiça (o que nesta área acontece essencialmente nos chamados «megaprocessos», desde logo face à sua complexidade), o que significa mais rapidez e celeridade nos



processos crimes, inclusive a nível da decisão de recursos e promover ações de formação especializada de magistrados e dos OPC nesta matéria.

Em relatório de 2020 sobre o Estado de Direito capítulo relativo a Portugal, da Comissão Europeia de 30.09.2020, SWD (2020) 321 final<sup>31</sup>, reafirma-se a ideia de haver ainda carências, em termos de eficiência, no sistema judicial português (o que já havia sido notado no relatório da GRECO de 2016, relativamente a Portugal, embora agora se apontem outras carências e dificuldades), continuando, de qualquer modo, a verificar-se a falta de recursos e de especialização das autoridades policiais, o que tudo condiciona os resultados dos processos judiciais contra a corrupção o que associado à demora na sua resolução, figuram entre os principais obstáculos para que ocorram perseguições eficazes nesta área da corrupção e crimes congéneres, nomeadamente dos cometidos por titulares de cargos políticos.

E o que se propõe agora para facilitar a investigação, embora tendo a preocupação de não comprimir de forma excessiva os direitos de defesa do arguido?

Repare-se que muitos dos mecanismos já existiam e têm vindo a ser aperfeiçoados.

Esta nova Estratégia 2020-2024 vem melhorar muitas das medidas que já existiam *antes* da Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril, quando o legislador facultou uma série de mecanismos (nomeadamente quando alterou o CP com a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro e também quando alterou a Lei n.º 34/87, com a Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro), *destacando-se, ainda, no que aqui agora interessa:*

- i. A nível dos *prazos de prescrição*, sendo alargado o prazo de 15 anos previsto no artigo 118.º, n.º 1, alínea *a*), do CP, na redação da Lei n.º 32/2010, a mais crimes, pretendendo-se agora com esta nova Estratégia 2020-2024 ampliar a outros crimes, nomeadamente os previstos nos artigos 20.º, 23.º, n.º 1, 26.º e 27.º da Lei n.º 34/87 (peculato, participação económica em negócio, abuso de poderes e violação de segredo);
- ii. Igualmente com a Estratégia 2020-2024 pretende-se *responsabilizar as pessoas coletivas pela prática de crime de corrupção ativa de titular de cargo político e de oferta indevida de vantagem* (tal como já sucedia pelos crimes de corrupção previstos no Código Penal, nos moldes indicados no artigo 11.º, desde as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro);
- iii. Pretende-se também agora *melhorar e tornar mais eficiente o regime das medidas/prémios* (dispensa de pena ou atenuação especial) *para os arrependidos e para os que colaboram de forma decisiva para a descoberta da verdade e recolha de provas* – artigo 374.º-B do CP, já na versão da Lei n.º 32/2010; artigo 19.º-A da Lei n.º 34/87; artigo 5.º da Lei n.º 20/2008 e artigo 13.º da Lei n.º 50/2007. Portanto, desde que se verificassem os respetivos pressupostos, independentemente da gravidade do crime de corrupção em causa, seria aplicada a dispensa de pena (com arquivamento do inquérito – artigo 280.º do CPP) ou a atenuação especial, importando agora melhorar esses regimes e uniformizá-los na medida do que for possível;
- iv. Também é importante *implementar o «acordo sobre a pena aplicável»*, o qual deve ser devidamente regulamentado, na fase de julgamento, e assente (como proposto na ENA) «na confissão livre, integral e sem reservas dos factos imputados ao

<sup>31</sup> Acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0321&from=PT>.



arguido, independentemente da natureza ou da gravidade do crime imputado, afastando qualquer configuração que premeie, através da redução da pena aplicável, quem colabore responsabilizando outro ou outros arguidos». De facto, em princípio, quem quer colaborar de forma aberta, imputando ou partilhando a culpa e responsabilidade a outros arguidos, deve-o fazer em fase de inquérito/investigação, altura em que deve identificar os seus parceiros, apresentando as provas que confirmem as imputações que faz;

- v. É de aplaudir (como atrás já se defendeu) a ideia de «[r]eforçar a eficácia preventivo-geral e especial da punição dos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos, através da aplicação de uma pena acessória juntamente com a pena principal ou de substituição em que o agente seja condenado – pena de incapacidade para ser eleito ou nomeado para cargo político por um período de 2 a 10 anos» (o que nos casos mais graves sempre permite *aplicar, de forma fundamentada, uma pena acessória que ou impeça a candidatura ao menos por dois períodos eleitorais ou impeça a nomeação para cargo político, devendo ainda acrescentar-se o impedimento de nomeação também para cargo público*);
- vi. Ainda a nível processual, importa que para investigar o crime de corrupção e os crimes congéneres da Lei n.º 34/87, *sejam cumpridos os prazos máximos do inquérito* (artigo 276.º do CPP), *o que significa dotar o MP e a PJ (uma vez que se tratam de crimes da competência reservada da PJ) dos meios próprios e adequados para o efeito*, pois só assim se conseguirá ter uma justiça eficaz, realizada em tempo útil e que será dissuasora;
- vii. *Melhorar a aplicação dos regimes especiais previstos na Lei n.º 5/2002*, de 11 de Janeiro, quer a nível da recolha de provas (registo de voz e imagem), quebra de segredo profissional e perda de bens a favor do Estado; note-se que a aplicação da perda de bens significa o reconhecimento de um dos métodos de combate ao crime que priva o delinquente dos produtos e dos instrumentos que com ele obteve, sendo de incentivar e dinamizar, na prática diária dos tribunais, a utilização desses mecanismos;
- viii. Já se admitem ações encobertas no âmbito da prevenção e da repressão da corrupção (artigo 2.º, alínea n), da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto), ou seja, admitem-se *investigações encobertas*, que podem ainda ser melhoradas para serem mais eficazes;
- ix. Proteger, ainda mais, os denunciantes, ampliando as normas que já existem nessa matéria e transpondo a Diretiva da (UE) 2019/1937, sugerindo-se simultaneamente todo um programa educacional, que promova uma «*cultura de intolerância à corrupção*», consciencializando a comunidade dos prejuízos que causa e incentivando à denúncia do crime e que defenda o denunciante.

*A preocupação de garantir o sigilo da fonte para quem denúncia* (em contraponto, revelar a identidade de quem faz denúncias falsas) *e a imposição de prazos razoáveis na duração dos processos* (devendo as autoridades judiciais prestar contas dos atrasos e ter consequências quando não sejam justificados) *para garantir eficiência* (nomeadamente criar normas que imprimam celeridade na decisão dos recursos), também ajuda a combater a corrupção.

Proteger quem denuncia e quem colabora, designadamente com *programas de proteção de testemunhas e outros*. Mas, proteger para que quem denuncia (mesmo não sendo agente do crime) se sinta seguro e salvaguardado. Por certo, que haverá gente que presencia a preparação ou a prática de crimes de corrupção e crimes conexos, como o peculato, o tráfico de influência e outros cometidos por titulares de cargos políticos, que podia fornecer provas ou pistas ao Ministério Público para investigação e, porém, não denuncia porque tem medo das consequências/represálias para si ou para os seus, não só decorrentes da participação no processo, como a nível social, de vizinhança, a nível laboral, etc.

Se não é assegurado o anonimato absoluto, mesmo na fase de julgamento e, posteriormente, como se pode esperar a denúncia no mundo de hoje nestes crimes que são tão difíceis de provar, mas em que quem os comete tem «poder» e vai vivendo impunemente? (obviamente que sempre teria de incumbir ao MP provar o crime que viesse a imputar).

Para além disso, pode ser melhorada a luta contra a corrupção tomando ainda as seguintes medidas<sup>32</sup>:

- (i) Como sugerem a Transparência Internacional e a ONU realizar «*testes de integridade*», sem conhecimento do agente público/titular de cargo político ou funcionário, para prevenir a corrupção e testar a sua predisposição para cometer crimes contra a administração pública (o que pressupõe reforçar as políticas em matéria de prevenção e de integridade).
- (j) Há quem defenda a criminalização do enriquecimento ilícito (*v.g.* quando não se consegue provar a corrupção), nomeadamente dos titulares de cargos políticos e dos titulares de altos cargos públicos, havendo, nesse caso, que estudar a melhor forma de estruturar esse tipo legal, sem prejuízo da salvaguardar dos direitos de defesa e sem ofender princípios essenciais, como o da presunção de inocência, nas suas diferentes vertentes (no entanto, a própria punição da não justificação de património incongruente com rendimentos declarados ou que deviam ser declarados, apenas se podia configurar como incumprimento de um dever que teria de estar previamente estabelecido – o que *também reclamava uma reforma fiscal* –, ajustando nomeadamente o crime de fraude fiscal, até para evitar equívocos, por então haver parcial coincidência com a sua área de tutela típica; aliás, com a configuração do crime de fraude fiscal, ainda que sujeito a eventual ajustamento, seria desnecessária essa nova incriminação autónoma)<sup>33</sup>.
- (l) Complementarmente está a implementação de *medidas de recuperação do lucro derivado do crime*: quer com o mecanismo da perda alargada que, quanto a nós, ainda não foi transposta para a legislação portuguesa<sup>34</sup>, quer a ação

<sup>32</sup> A maior parte das medidas a seguir indicadas já foram por nós sugeridas em palestra realizada em 28.09.2016, no CEJ, em Lisboa, subordinada ao tema «Crimes de corrupção: as alterações de 2015 e reflexões sobre a sua eficácia», inserida em Conferência da Revista Julgar [Alterações às Leis Penais].

<sup>33</sup> Ver, a este propósito, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «Enriquecimento ilícito/injustificado» e Autores aí citados.

<sup>34</sup> Ver, a nossa posição, em Maria do Carmo Silva Dias, «“Perda alargada” prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5.º) e “Perda do valor de vantagem de atividade criminosa” prevista na Lei n.º 5/2002 (artigos 7.º a 12.º)», in Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João

cível para perdimento de bens de origem ilícita, independentemente da responsabilidade penal do autor dos factos ilícitos, que pode não ser punido por não ser descoberto, por falecer ou por prescrição – cf. Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014 (sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime da União Europeia).

- (m) Haverá que pensar na implementação do confisco civil [ver artigo 54.º, n.º 1, alínea c), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção] assente no instituto do enriquecimento sem justa causa (articulando com o arresto e com a ação condenatória respetiva proposta pelo Estado).
- (n) Haverá que melhor combater o branqueamento de capitais, o que passa, por exemplo, pela luta contra o segredo bancário, contra os paraísos fiscais e por aí fora (ver a respetiva legislação comunitária nessa matéria), o que igualmente vai facilitar a investigação deste tipo de criminalidade.
- (o) *Também se tem sugerido o aumento das penas* (por exemplo, no Brasil, para desvios elevados – *v.g.*, valores superiores a 100 salários mínimos – até sugerem molduras equivalentes ao crime de homicídio, não podendo ser objeto de perdão ou indulto) *e do prazo de prescrição*.
- (p) Combater a criminalidade de forma coordenada, evitando que se propiciem situações favoráveis à aquisição de riqueza ilegítima, de origem criminoso, como acontece, designadamente, com a corrupção cometida por titulares de cargos políticos ou por titulares de altos cargos públicos (*v.g.*, tornando a atuação da administração pública mais transparente e acessível ao cidadão, através de medidas concretas; implementando o cumprimento de códigos de ética e de boa conduta; sensibilizando para o exercício de funções de forma ímpolita, evitando a permeabilidade ao suborno e aos conhecidos «pagamentos de facilitação»<sup>35</sup>; fiscalizando a atividade da administração pública, dos titulares de cargos políticos e dos titulares de altos cargos públicos; combatendo a economia informal e a evasão fiscal; promovendo uma boa gestão pública).
- (q) Regular a atividade dos partidos políticos, a nível da organização, funcionamento e financiamentos, tornando tudo isso mais transparente e, nessa medida, mais credível (o que naturalmente exige uma atuação rápida na fiscalização e controlo das contas dos partidos e no seu financiamento, nomeadamente nas campanhas eleitorais, o que, como diz JOSÉ MOURAZ LOPES<sup>36</sup>, «assume uma relevância essencial na “rede” coordenada de prevenção das patologias da governação»).

---

Conde Correia (coord.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpõe*, INCM, 2018, pp. 106 e ss.

<sup>35</sup> «Pagamentos de facilitação» consistem por regra em alguém entregar a funcionários de inferior categoria, pequenas quantias em dinheiro ou vantagens equivalentes, que não lhes são devidas, mas que servem para acelerar um procedimento perfeitamente lícito e que se não fosse aquele pagamento poderia demorar mais tempo. Por isso também se chamam de pagamentos «aceleradores» ou «agilizadores».

<sup>36</sup> JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção, O Labirinto do Minotauro*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 90.

- (r) Importa também regulamentar as atividades de *lobbying*, por causa dos contactos existentes entre os lobistas (que genericamente são aqueles, nomeadamente grupos de interesses, que procuram influenciar as decisões públicas) e os decisores políticos.
- (s) Além disso, seria bom encontrar um ponto de equilíbrio ajustado entre os privilégios e as imunidades para que os mesmos não sejam utilizados (por exemplo, por deputados) como obstáculos à investigação criminal, quando se investigam crimes de corrupção ou crimes congêneres<sup>37</sup>.

### III. CONCLUSÕES

Outras medidas existirão, até mais eficazes, o que significa que todos temos de colaborar nesta discussão, apontando soluções: só assim se consegue garantir a validade dos princípios e normas subjacentes a qualquer Estado de direito, que são afinal as regras básicas à sã convivência em autênticas sociedades democráticas.

Note-se que a maior parte destas preocupações tem a ver essencialmente com a necessidade de cumprir o estipulado em convenções que Portugal tem vindo a ratificar e que se prendem nomeadamente e em resumo: com a qualidade dos sujeitos/corrompidos; com a necessidade de estender a responsabilidade das pessoas coletivas; com a imposição de sanções dissuasoras, incluindo além de penas acessórias, o confisco e perda dos instrumentos e produtos dos crimes, nas suas várias modalidades; com o alargamento dos prazos de prescrição; com a importância de uma estreita e eficiente cooperação internacional; com questões de competência territorial, mesmo além fronteiras, nomeadamente quando não são extraditados os nacionais, por força da legislação interna; com proteção dos denunciantes/colaboradores da justiça e testemunhas em sentido amplo, incluindo arguidos e suspeitos quando for o caso; e com a maior celeridade das investigações e a obtenção de uma decisão final em tempo útil e razoável.

1.04.2021

<sup>37</sup> Ver COM (2020) 580 final, Bruxelas 30.09.2020, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Relatório 2020 sobre o Estado de Direito situação na União Europeia {SWD (2020) 30 a 326}, pp. 14 a 20, consultado em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A52020DC0580&from=PT>.

# Os crimes de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e ativa no âmbito da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, Lei da Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos: reflexões jurídico-criminais à luz do *ideologismo crítico*

Fernando Conde Monteiro

## Sumário:

- I. Introdução
- II. A Lei n.º 34/87, de 16 de julho, Lei da Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos (LRTCP)
  1. Gênese e razão de ser (aspetos descritivos)
  2. Âmbito de aplicação pessoal e geral (conteúdo ideológico-empírico e crítica)
  3. Aspetos substantivos particulares (breves apontamentos)
    - 3.1. A punibilidade da tentativa
    - 3.2. A agravação especial
    - 3.3. Atenuação especial
    - 3.4. Efeitos das penas (aspetos descritivos)
      - 3.4.1. Natureza jurídica dos efeitos das penas
  4. Os tipos legais de «Recebimento indevido de vantagem», «Corrupção passiva» e de «Corrupção ativa»
    - 4.1. Considerações gerais de índole ideológico-empírica
    - 4.2. A agravação das penas. Aspetos empíricos ou pseudoempíricos
    - 4.3. Crítica à luz do *ideologismo crítico*
    - 4.4. Dispensa ou atenuação da pena (artigo 19.º-A). Considerações gerais (aspetos ideológico-empíricos)
    - 4.5. A intencionalidade do legislador. A técnica da antecipação da tutela do bem jurídico
    - 4.6. Reflexões empíricas
    - 4.7. Reflexões gerais sobre o regime substantivo neste âmbito (aspetos empíricos)
  5. Os aspetos processuais do diploma em causa (elementos descritivos)
    - 5.1. Os crimes de recebimento indevido de vantagem, corrupção passiva e ativa (reflexões empíricas)

**RESUMO:** O texto em causa constitui uma reflexão crítico-analítica essencialmente de cunho político-criminal sobre os crimes de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e ativa no âmbito da Lei n.º 34/87 de 16 de julho, Lei da Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos, propondo também novas soluções para o problema da corrupção neste âmbito.

## I. Introdução

A palavra corrupção deriva dos termos latinos *corruptio*, *-ōnis*. Entre outros significados pode traduzir-se por: «Degradação ou deterioração dos valores morais,

dos bons costumes». Também por: «Modificação, mudança de alguma coisa, que se torna menos pura ou pior que o seu estado original.»<sup>1</sup>

Este último sentido sempre esteve presente na fenomenologia jurídica (de resto como em praticamente tudo que é objeto da nossa atenção). Ele corresponde por inteiro a um hábito e mesmo a uma necessidade de efetuar julgamentos por parte do género humano<sup>2</sup>. Assim a distinção entre «bom e mau direito», a partir de juízos ideológicos ou empíricos, ainda hoje faz parte do nosso vocabulário<sup>3</sup>. Constituirá uma análise jurídico-criminal<sup>4</sup>, utilizando esta expressão no plano dos tipos penais no título referidos. Tratar-se-á assim de uma reflexão sobre significativas questões, das quais necessariamente resultarão consequências, fundamentalmente empíricas, no âmbito político-criminal.

Toda esta tarefa decorrerá imbuída pela nossa visão do ser em que nos movemos e que cunhámos por *ideologismo crítico*<sup>5</sup>.

## II. A Lei n.º 34/87, de 16 de julho, Lei da Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos (LRTCP)

### 1. Gênese e razão de ser (aspetos descritivos)

A conceção de que quem exerce funções políticas deve ser possuidor de qualidades acima da média, não apenas em termos de competências específicas, mas igualmente no plano ético-jurídico, dominou a ideia de criar entre nós um diploma legal que estabelecesse particulares sanções para quem cometesse infrações no âmbito destas funções<sup>6</sup>. Efetivamente esta intencionalidade nasceu logo no âmbito

<sup>1</sup> *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, I Volume, 2001, «corrupção».

<sup>2</sup> Sobre a inevitabilidade deste tipo de juízos relativamente ao ser humano e de acordo com o *ideologismo crítico*, CONDE MONTEIRO, «Ética e Direito Penal (Reflexões epistemológicas sobre as relações entre ética e direito penal em face do direito positivo português)», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho* – Tomo II, 2013, Ética e Direito, Coord. de Joaquim Freitas Rocha ([http://issuu.com/eduminho/docs/final\\_anu\\_rio\\_2013\\_etica\\_e\\_direito](http://issuu.com/eduminho/docs/final_anu_rio_2013_etica_e_direito)), acesso em 29/3/2020, Braga, 2014, pp. 45 e ss.

<sup>3</sup> Sobre este conceito no plano da expressão do mal, CONDE MONTEIRO, «O mal e o direito penal: Algumas reflexões sobre o mal e a sua relação com o direito penal», *XX Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP*, I, Helena Mota, Juliana Ferraz Coutinho, Maria Raquel Guimarães, Miguel Pestana de Vasconcelos, Paulo de Tarso Domingues, Rute Teixeira Pedro (org.), Porto: Almedina, 2017, pp. 417 e ss.

<sup>4</sup> Sobre a confusão do jurídico-penal com a criminologia, CONDE MONTEIRO, «A Ideia Lisztiana da Ciência Conjunta do Direito Penal: Uma Visão Desconstrutivista da Mesma», in *Estudos de Homenagem Ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, Direito Penal, José de Faria e Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo (org.), Universidade de Coimbra, 2017, pp. 861-874.

<sup>5</sup> Sobre este, CONDE MONTEIRO, «Exceções ao direito à vida, 29.», in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. I, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, pp. 607-610.

<sup>6</sup> Algo muito questionável no plano empírico, desde logo pelas limitações epistemológicas inerentes ao processo de seleção dos titulares de cargos políticos. A democracia não assenta na eficiência, mas antes na vontade popular, que não se rege por critérios de cientificidade – algo particularmente expressivo nas nossas sociedades modernas, híper complexas. Sobre isto, CONDE MONTEIRO, «Democracia e Complexidade: A Crise que já não é de Agora. Reflexões Sobre



do ideário demoliberal com a Constituição de 1822, no seu artigo 159.º, ao estabelecer na sua parte final a obrigatoriedade de «uma lei particular» para sancionar os «Secretários de Estado» por condutas contrárias à axiologia jurídica vigente à altura (números I a IV desta disposição). Algo repetido nos artigos 103.º e 104.º da Carta Constitucional de 1826. Também enfatizado no artigo 116.º da Constituição de 1838, ainda que sem referência expressa à necessidade de uma lei particular.

No entanto, apesar de todas estas declarações de vontade, nunca nenhum diploma legal foi elaborado neste sentido. Algo de particular relevância no que toca à Carta Constitucional, que foi de longe o texto com maior vigência neste período e a demonstrar ideologicamente uma ausência de preocupação neste plano, expressiva da secundarização desta problemática.

Tivemos então de esperar pelo advento da Constituição republicana de 1911, onde, em consequência do seu artigo 55.º, se elaborou a Lei n.º 266, de 24 de julho, em 1914, «Lei de Responsabilidade Ministerial», consagrando assim pela primeira vez na nossa ordem jurídica a criminalização especificamente de crimes ditos de «Responsabilidade»<sup>7</sup>.

Esta lei acabou por vigorar durante toda a vigência da Constituição de 1933, por via, por um lado, da inação legislativa sobre este tema; por outro, pela vontade afirmada pelo legislador constitucional de criminalizar este tipo de condutas (artigo 114.º)<sup>8</sup>.

Foi neste quadro situacional que surgiu a Constituição de 1976, estabelecendo, no seu artigo 120.º, por um lado, a necessidade de uma lei própria para punir crimes praticados por titulares de cargos políticos (n.º 2); por outro, determinando a sua responsabilidade *tout court* (n.º 1).

A formulação do diploma referenciado pelo texto constitucional em causa só teve lugar 11 anos depois, em 1987, encontrando-se então em vigor a Lei n.º 266, atrás citada<sup>9</sup>.

## 2. Âmbito de aplicação pessoal e geral (conteúdo ideológico-empírico e crítica)

O atual artigo 3.º da LRTCP estabelece o elenco taxativo dos titulares de cargos políticos. Este elenco foi, por um lado e em face da redação inicial, restringido (*v.g.*, referência inicial ao governador de Macau); por outro, aumentado. Efetivamente, este diploma consagra também a sua aplicabilidade, ainda que limitadamente (aos artigos 16.º a 19.º), a titulares de cargos políticos da União Europeia e de outros

---

o Sentido das Democracias Atuais», in *Direito na Lusofonia, Direito e novas tecnologias*, Maria Clara Calheiros, Mário Ferreira Monte, Maria Assunção Pereira, Anabela Gonçalves (coord.), Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governação (Jusgov), 2018, pp. 85-93.

<sup>7</sup> De notar que de qualquer maneira a responsabilidade dos detentores de cargos políticos nunca deixou, de todo, de ser objeto de punibilidade, por via, desde logo, dos crimes em geral previstos no Código Penal de 1852.

<sup>8</sup> De fora ficou o Presidente da República, por via da sua exclusão do artigo em causa (114.º) e ao contrário do que sucedia no artigo 55.º da Constituição de 1911. Cf., neste sentido, CÂNDIDO OLIVEIRA/MACHADO DIAS, *Crimes de Responsabilidade dos Eleitos Locais*, Braga: CEJUR, 2008, p. 29.

<sup>9</sup> Sobre a questão da sua vigência, Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria da República n.º 85/86, de 7 de maio de 1987, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 377.

Estados-Membros da União Europeia (n.º 2 do artigo 3.º)<sup>10</sup> e ainda a titulares de altos cargos públicos (artigo 3.º-A)<sup>11</sup>.

Trata-se assim e primariamente de uma densificação do conceito-quadro constitucional inerente ao atual artigo 117.º da CRP (sucessor do artigo 120.º), a que acresceram os conceitos presentes no n.º 2 do artigo 3.º e no artigo 3.º-A. Esta densificação revelou-se, por um lado, restritiva. Por exemplo, os membros do Conselho de Estado estão, enquanto tais, fora do seu âmbito<sup>12</sup>. Por outro lado, a adição acima referida de titulares de cargos políticos da União Europeia, de Estados-Membros da União Europeia e dos titulares de altos cargos públicos acaba por não bulir com o conceito constitucional, porque se trata apenas de juntar, não se alterando nada nesta perspetiva, de resto, com um âmbito no plano do conteúdo deveras restrito, como referimos anteriormente (aplicabilidade somente no plano dos artigos 16.º a 19.º desta lei).

É, por outro lado, pouco plausível, empiricamente perspetivado, o alargamento deste diploma a titulares de cargos políticos de outros Estados-Membros da União Europeia, com ordens jurídicas diferentes da nossa, quer substantiva, quer processualmente.

No plano do conteúdo normativo, o artigo 2.º da LRTCP, mais do que uma definição destes crimes, enuncia três critérios caracterizadores dos mesmos (aspeto epistemológico). No primeiro, trata-se somente de uma remissão para os artigos 7.º a 27.º deste diploma («como tais previstos na presente lei»). No segundo caso, o legislador alarga (ou pretende alargar) o âmbito destes crimes aos «previstos na lei penal geral com referência expressa a esse exercício». O que se deva entender por «lei penal geral», literalmente, significa o Código Penal, único diploma legal com carácter geral relativamente aos demais<sup>13</sup>. Por outro lado, a «referência expressa a esse exercício», («das suas funções»), só pode ser encarada, também literalmente, como correspondendo às atividades inerentes ao elenco dos cargos políticos enunciados no artigo 3.º Finalmente, a última parte do dispositivo em questão contém um alargamento da conceção em causa, realizado através do uso simultâneo de três conceitos indeterminados: «flagrante desvio ou abuso de função» e «grave violação dos inerentes deveres». A fonte normativa destes crimes terá naturalmente de se situar fora desta lei e, portanto, no Código Penal, onde somente está prevista a sua agravação nos termos do artigo 5.º De resto, teleológico-empiricamente, faz todo o sentido o alargamento em causa. As necessidades de prevenção geral e especial a esta lei naturalmente inerentes isto mesmo determinam, quer os tipos legais de crime estejam neste normativo ou somente dentro do Código Penal. O «flagrante desvio ou abuso de função» situam-se naturalmente fora do quadro estrito das funções do titular de cargo político. Constituem, por outro lado, «grave violação dos inerentes deveres» (necessário conteúdo do ilícito). Efetivamente, furtar, roubar ou matar em conexão com as funções do respetivo titular político podem naturalmente integrar tais conceitos, caracterizando-se assim por graves violações de deveres e

<sup>10</sup> Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro.

<sup>11</sup> Lei n.º 41/2010, de 3 de setembro.

<sup>12</sup> Algo compreensível de resto pela natureza meramente consultiva (senão mesmo decorativa/ideológica) deste órgão.

<sup>13</sup> Cf., por exemplo, neste sentido, com o artigo 8.º deste Código («Aplicação subsidiária do Código Penal»).

consequentemente por desvios ou abusos de funções. Tal liga-se naturalmente ao uso da expressão do texto constitucional «exercício das suas funções» (artigo 117.º, *in fine*), repetido amiudadas vezes na LRTCP (artigos 1.º, 2.º, 5.º, 6.º, ...). Por exercício de funções, por outro lado, não se deve neste âmbito e antes de mais entender estritamente esta expressão. As funções dos titulares de cargos políticos estão maioritariamente disciplinadas no texto constitucional, embora possam ir muito para além deste texto<sup>14</sup>. As suas infrações constituem por isso e ainda nesta perspetiva não funções, disfunções («desvios, abusos»). Assim, por exemplo, o Presidente da República que tentar submeter a soberania estrangeira parte do território português, em clara violação dos princípios da soberania e da unidade do território português (artigos 1.º, 3.º n.º 1, 5.º e 6.º da CRP), atuará, em princípio, em desvio flagrante das suas funções e com grave violação dos seus deveres (*v.g.*, artigo 120.º da CRP), podendo deste modo integrar o tipo legal de crime de «Traição à Pátria», artigo 7.º da LRTCP. Portanto, o núcleo de ligação às funções prende-se fundamentalmente pela ilicitude da concreta conduta, em contraditoriedade com os deveres do cargo ou violação dos respetivos bens jurídicos, por parte do seu titular em exercício.

### 3. Aspetos substantivos particulares (breves apontamentos)

#### 3.1. A punibilidade da tentativa

O artigo 4.º do diploma em causa estabelece a punibilidade da tentativa independentemente da medida penal prevista para cada tipo legal de crime. É antes de mais uma determinação que do ponto de vista prático assume muito pouco relevo. Por exemplo, desde logo nos casos de denegação de justiça (artigo 12.º) ou desacetamento ou recusa de execução de decisão de tribunal (artigo 13.º), sendo crimes omissivos, a tentativa é desde logo algo de problemático, em termos reais, nomeadamente<sup>15</sup>. Por outro lado, a referência ao artigo 24.º é puro anedotismo jurídico. Se a tentativa não é punível, o problema da desistência naturalmente que não se coloca. Sendo punível (existindo), a desistência pode naturalmente ter lugar, desde logo por via do carácter subsidiário do CP<sup>16</sup>. Depois, porquê a invocação do artigo 24.º e não do artigo 25.º («Desistência em caso de comparticipação»)?

#### 3.2. A agravação especial

O artigo 5.º desta lei determina a agravação dos limites máximos e mínimos das molduras penais dos tipos legais de crimes não enquadrados no seu elenco específico. Este critério não foi seguido aquando do estabelecimento das molduras penais dos tipos legais de crime estabelecidos nesta lei. Por outro lado, têm lugar assimetrias e contradições com os tipos legais de crime do Código Penal (*v.g.*, a «Traição à pátria»). O mais que se pode dizer é que se trata de um regime mais ou menos caótico, de âmbito meramente ideológico, com pouco ou nenhum substrato empírico.

<sup>14</sup> Cf., por exemplo, com a Lei n.º 7/93, de 1 de março (Estatuto de Deputados).

<sup>15</sup> Em geral, sobre isto, CONDE MONTEIRO, *Direito Penal I*, Braga: ELSA, 2015, p. 181.

<sup>16</sup> *Supra*, n. 13.

### 3.3. Atenuação especial

O legislador no artigo 6.º prevê a possibilidade de atenuação especial da pena, «para além dos casos previstos da lei geral, quando se mostre que o bem ou valor sacrificados o foram para salvaguarda de outros constitucionalmente relevantes». Do que se trata, portanto, aqui, é de um conflito de valores ou bens, em que tem lugar o sacrifício de um para salvaguarda de outro. De notar antes de mais que todas as causas de justificação obedecem a este modelo<sup>17</sup>. Mais, mesmo o direito pode ser largamente encarado nesta perspetiva e com ele toda a questão da(s) ética(s)<sup>18</sup>. Os próprios interesses ou bens individuais do criminoso, o seu bem-estar pessoal, por exemplo, são valores constitucionalmente protegidos, que conflituem com eventuais valores de outrem ou /e da coletividade<sup>19</sup>. Portanto e desde logo, para que serve esta referência? Assim como se encontra delineada, para simplesmente nada. A atenuação especial da pena, por outro lado, diz respeito a circunstâncias «que diminuam por forma acentuada a ilicitude, a culpa do agente ou a necessidade da pena» (artigo 72.º do CP). Ora, será a partir daqui que esta circunstância deverá ser perspetivada. Não enquanto causa de exclusão da ilicitude (por exemplo, artigo 34.º do CP), nem como causa de exculpação (*v.g.*, artigo 35.º, n.º 1, do CP), mas neste plano e dependendo do circunstancialismo próprio. Assim sendo, qual o valor da sua invocação? Em nosso entendimento, nenhum<sup>20</sup>.

A segunda circunstância geradora de uma eventual atenuação especial terá lugar «quando for diminuto o grau de responsabilidade funcional do agente e não haja lugar à exclusão da ilicitude ou da culpa, nos termos gerais». Sobre esta circunstância, a primeira questão a colocar é o uso, mais uma vez inovatório, da expressão «diminuto grau de responsabilidade funcional do agente». Ora, em termos de linguagem jurídico-penal, do que aqui se trata é naturalmente de uma diminuição acentuada da culpa, por via do quadro funcional em que o agente estaria integrado (*v.g.*, aprovação por parte de um membro do Governo em Conselho de Ministros, de um entre vários diplomas, com carácter criminal?). Mas se assim é, para quê, mais uma vez, a utilização de tal particularidade? De resto, a parte final é digna de uma autêntica obra-prima de cabotinagem. Trata-se de um «diminuto grau de responsabilidade funcional do agente», que pode conduzir ou não «à exclusão da ilicitude ou culpa, nos termos gerais». Que nova categoria é esta? Para que serve? Só para confundir, para quem ingenuamente a leve minimamente a sério (proposição ideológico-empírica desnecessária).

<sup>17</sup> CONDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 132.

<sup>18</sup> Cf., sobre isto, KARL LARENZ, *Metodologia de Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª ed., 1983, pp. 136 e ss.

<sup>19</sup> Cf. neste sentido, MONTEIRO, *idem*.

<sup>20</sup> A existência do crime de violação de normas de execução orçamental, artigo 14.º, nem sequer justifica tal consagração. Se a violação das normas ínsitas a este tipo legal de crime se enquadrar, por exemplo, perto do direito de necessidade, o que é que esta menção acrescentará? Só terá efeito útil, se os aplicadores do direito forem mesmo muito pouco qualificados e a defesa do arguido igualmente (algo de carácter mais ideológico do que empírico)...

### 3.4. Efeitos das penas (aspetos descritivos)

Nos artigos 28.º a 31.º estão previstos «Efeitos das Penas» da condenação de titulares de cargos políticos e todas elas conducentes, aparentemente de forma automática (literalmente), à perda da titularidade dos cargos por parte dos mesmos. De resto, a própria Constituição consagra (consagrava à altura da entrada em vigor deste diploma)<sup>21</sup> algumas destas consequências [artigos 130.º, n.º 3, e 160.º, n.º 1, alínea d)].

Naturalmente que a primeira questão a colocar e nos apertados limites deste trabalho, é a de discutir a natureza jurídica desta consequência jurídica. Efetivamente, os efeitos das penas podem ser diretos, porque expressamente previstos. Assim, a pena de prisão pode consequentemente implicar a privação da liberdade de locomoção do respetivo condenado, uma vez tornada exequível. Subjacente a esta consequência jurídico-penal, podem ocorrer outras consequências indiretas e implícitas de carácter automático ou não (*v.g.*, perda do emprego, da ida ao clube de bairro ou de relacionamentos de amizade). Já as perdas de cargos políticos não são antes de mais consequências implícitas da condenação, estão expressamente previstas em termos normativos e resultam diretamente destes. São assim consequências jurídico-penais, derivadas de uma condenação jurídico-penal por parte de um tribunal, à luz do direito estabelecido, obedecendo deste modo ao princípio da legalidade. Por outro lado, a sua gravidade é óbvia. A destituição de um presidente da República ou de um primeiro-ministro não constituem propriamente um facto corriqueiro.

#### 3.4.1. *Natureza jurídica dos efeitos das penas*

Como referimos, trata-se aqui de autênticas consequências jurídico-penais, apesar de poderem ter lugar fora do âmbito jurídico-penal<sup>22</sup>. Deste modo, como derivado de um concreto tipo de ilícito criminal, não podem escapar ao princípio da culpa, como expressão do mais amplo princípio da proporcionalidade, constitucionalmente ancorado<sup>23</sup>. Especificamente, comportam-se como penas, acessórias, porque derivadas de uma pena, principal<sup>24</sup>. Não são por isso diferentes das penas acessórias de «Proibição do exercício de função» (artigo 66.º do CP), da «Proibição de conduzir veículos com motor» (artigo 69.º do CP), etc. Assim, o artigo 30.º n.º 4, da CRP aplica-se-lhes por inteiro. Por isso não devem ser aplicadas automaticamente. O grau de ilicitude e da culpa é-lhes deste modo conatural. Algo em contrário contraria naturalmente o texto constitucional (*v.g.*, a apropriação de uma simples esferográfica de uma funcionária, «acessível em razão das suas funções» e de reduzido valor por parte do Presidente da República)<sup>25</sup>. Mesmo nos casos em que este mesmo texto constitucional determina a

<sup>21</sup> Artigo 133.º, n.º 3.

<sup>22</sup> Cf. desde logo com o artigo 160.º, n.º 1, da CRP.

<sup>23</sup> Sobre isto, CONDE MONTEIRO, *Consequências Jurídico-Penais do Crime*, Braga: ELSA, 2015, p. 59.

<sup>24</sup> Sobre estas, *idem*, pp. 12-13; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português*, Lisboa: AEQUITAS/Editorial Notícias, 1993, § 196.

<sup>25</sup> Neste último sentido, Ac. do Tribunal Constitucional n.º 473/2009, acessível, tal como todos os demais acórdãos do Tribunal Constitucional citados sem outra indicação, em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Contraditoriamente, aceitando, por um lado, a doutrina do Ac. do Tribunal Constitucional n.º 274/90 (*idem*), no sentido da aplicação automática dos efeitos das penas na LRTCP, por via de uma putativa especialidade do atual artigo 117.º, n.º 3, em face do n.º 4 do artigo 30.º (ambos da CRP); mas, por outro lado, fazendo funcionar as «regras de proporcionalidade (tendo em conta a gravidade do facto, da pena e mesmo da

destituição [artigos 131.º n.º 3, e 160.º n.º 1, alínea *d*) da CRP], esta, numa visão sistemática e teleológico-empírica, deverá ser interpretada restritivamente, só devendo ter lugar em casos de efetiva gravidade do facto por parte dos seus respetivos agentes, ainda que quanto maior for o cargo (máxime do Presidente da República ou Primeiro-Ministro), maiores deverão ser as exigências e, portanto, menos culpa se deva exigir – *princípio da maior gravidade da pena no plano da maior importância do cargo político ou menor gravidade em função da menor importância do cargo político*, consequência derivada do já citado princípio da proporcionalidade (dedução lógico-concetual)<sup>26</sup>.

#### 4. Os tipos legais de «Recebimento indevido de vantagem», «Corrupção passiva» e de «Corrupção ativa»

##### 4.1. Considerações gerais de índole ideológico-empírica

Os tipos legais em causa inserem-se numa intencionalidade de combate ou pseudo-combate à corrupção (intencionalidade empírica). É, por outro lado, óbvio que a vertente tipológica penal não constitui nem de perto nem de longe o elemento primordial de combate ao fenómeno em causa. Este desenrola-se por defeito num plano de secretismo, entre os beneficiários com o crime, apresentando-se criminologicamente como um «crime sem vítima»<sup>27</sup>. Tal, por outro lado, repercute-se no carácter de «cifras negras» que este tipo de criminalidade apresenta. Corruptor e corrompido apresentam interesses comuns. Concretizam-nos na prática dos crimes em causa. Recebem os seus benefícios. As instâncias formais de controlo são habitualmente vistas como algo distante e nebuloso, face ao prazer imediato, proveniente da prática da infração («lei da sequência temporal de Eysenck»)<sup>28</sup>. O combate a este tipo de delitos passa naturalmente por outros aspetos bem mais relevantes, do que o mero aumento das penas ou a adição de outras consequências.

##### 4.2. A agravação das penas. Aspetos empíricos ou pseudoempíricos

Os crimes em causa obedecem a uma lógica de agravamento em face dos seus homólogos gerais. No entanto, esta lógica não é levada a cabo em bom rigor, ou melhor, fica a meio do caminho. Efetivamente, encontramos em geral agravações quase simbólicas.

Assim, no crime de recebimento indevido de vantagem, apenas o limite mínimo é elevado para 1 ano no âmbito do n.º 1 do artigo 16.º da LRTCP e comparativamente com o n.º 1 do artigo 372.º do CP. Já no âmbito do seu n.º 2, há uma real diferença.

---

dignidade constitucional do cargo, etc.) tanto admitindo exceções à automaticidade, como a determinação do seu conteúdo (sancionatório) deverá permitir fazer as distinções, em função daquelas ponderações», DAMIÃO CUNHA, *Constituição Portuguesa Anotada*, TI, 2.ª ed., Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 698-690.

<sup>26</sup> Sobre este princípio, CONDE MONTEIRO, «Crime e Democracia: Algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Papel do Direito Penal na Defesa dos Valores do Estado de Direito Democrático e Social da Constituição da República Portuguesa», *Política e Filosofia I: A Democracia em Questão (Politics and Philosophy I: Democracy in Question)*, Álvaro Balsas SJ. (org.) [Evocatio Prof. Doutor Bacelar e Oliveira, SJ (1916-1999)], Vol. 72, Fasc. 4, 2016, pp. 1077-1088.

<sup>27</sup> Sobre esta noção, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 412.

<sup>28</sup> *Idem*, pp. 210-211.



O artigo 16.º, n.º 2, eleva a pena de prisão até 3 anos prevista no n.º 2 do artigo 372.º para 5 anos e a multa em alternativa eleva-se dos 360 dias no âmbito do CP, para 600 dias na LRTCP. No entanto, não nos iludamos. Continuamos no plano da criminalidade menos grave<sup>29</sup>.

No caso de corrupção passiva, a diferença entre os tipos legais de crime em causa apenas tem lugar no mínimo legal e cifra-se num mero aumento de mais 1 ano (n.ºs 1 e 2 dos respetivos tipos de crime, artigos 373.º do CP e 17.º da LRTCP).

Finalmente, no âmbito da corrupção ativa, também no n.º 1 do artigo 18.º da LRTCP, há uma simples agravação do limite mínimo em 1 ano, face ao mínimo legal do CP; no n.º 2, encontramos o máximo agravado em mais 2 anos (5 anos) em face dos meros 3 anos no âmbito do CP, prevendo ainda este em alternativa a pena de multa até 360 dias (artigo 374.º, n.º 2, do CP), para além da especificidade prevista no n.º 3 do artigo 18.º em causa.

Por último, a agravação prevista em ambos os textos legislativos (artigo 374.º-A do CP e artigo 18.º da LRTCP), é igual nos dois casos (?).

#### 4.3. Crítica à luz do *ideologismo crítico*

É puramente ideológico querer-se com pequenos (ou mesmo grandes) aumentos de penas um combate mais eficaz a este tipo de criminalidade, como já referimos. Nenhum estudo criminológico sustenta tal ideia político-criminalmente. Trata-se por isso de puro *ideologismo*, com pouco ou nenhum suporte empírico (*ideologismo* vazio ou quase vazio de conteúdo empírico). Mesmo o significativo aumento das penas previsto no artigo 19.º não se revela particularmente relevante neste tipo de criminalidade. O combate aqui deve ser perspetivado a montante e a jusante, ou seja, no âmbito preventivo, fundamentalmente.

#### 4.4. Dispensa ou atenuação da pena (artigo 19.º-A). Considerações gerais (aspetos ideológico-empíricos)

Trata-se de uma disposição comum, quer do CP quer da LRTCP. Insere-se no âmbito do que se designa genericamente por *direito premial ou colaboração protegida*<sup>30</sup>, no plano da desistência [alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 19.º-A] ou fora desta, nos restantes casos. A única exceção a isto encontra-se no n.º 2, alínea b), deste artigo, onde se trata somente de aspetos ligados à culpa do agente (sua diminuição). Espera-se deste modo e através dos quatro primeiros mecanismos, previstos no n.º 1 e da alínea a) do n.º 2, uma maior eficácia no combate a formas de criminalidade como é o caso, em que a investigação é particularmente difícil de realizar.

<sup>29</sup> Sobre esta, CONDE MONTEIRO, «O alargamento do âmbito de aplicação da suspensão da execução de pena de prisão na Reforma do Sistema Penal de 2007», in *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 499-502.

<sup>30</sup> Preferimos estas expressões à de (em voga) «delação premiada». Delatar é literalmente denunciar alguém de algo (*Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, I Volume, 2001, «delatar»). Ora, o regime em causa vai para além da denúncia, estritamente, de alguma pessoa, consubstanciando também o carreamento de provas [v.g., alínea a) do n.º 2 do artigo 19.º-A], a sua própria autodenúncia [v.g., alíneas a), b) e c) do n.º 1 do mesmo normativo].

A dispensa da pena está prevista no n.º 1 do artigo 19.º-A da LRTCP e é fácil perceber o seu desiderato. Trata-se antes de mais de incentivar os agentes ou a de desistirem da prática dos atos consequentes da corrupção ou do recebimento indevido de vantagem [alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 19.º-A]; ou, depois das condutas provenientes dos crimes praticados (alínea a) do n.º 1), denunciarem as mesmas, inutilizando os seus efeitos. É de qualquer maneira duvidosa a sua real eficácia político-criminal. Em regra, se «as coisas correrem bem», ninguém irá colocar fim ao pacto<sup>31</sup>. Se tal não acontecer, porque houve, por exemplo, uma denúncia, o corruptor passivo não será dispensado da pena, porque os seus eventuais repúdios ou restituições não serão, em princípio, voluntários [alínea b) do n.º 1 do artigo em causa, *a contrario*]. Já no que toca ao corruptor ativo, a lei em questão não lhe exige (estranhamente) este requisito [alínea b) do n.º 1], pelo que, à luz do princípio da legalidade<sup>32</sup> e por omissão deste pressuposto, ele poderá locupletar-se deste regime de favor, a partir de uma denúncia de terceiro e ao contrário do primeiro (ilogismo legal). Algo que igualmente pode ter lugar no caso da alínea a) do mesmo n.º 1 e dentro dos circunstancialismos temporais aí determinados («prazo máximo de 30 dias após a prática do acto e sempre antes da instauração de procedimento criminal»).

Na alínea a) do n.º 2 do artigo em causa prevê-se o funcionamento da pena especialmente atenuada para quem contribua para a obtenção ou produção de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis. Estimula-se deste modo a dissociação dos criminosos participantes para obter uma maior eficácia na investigação. Algo que de resto tem uma história longa no domínio da criminalidade, especialmente em países anglo-americanos.

Já a alínea b) deste número enquadra-se no âmbito da culpa, por via das relações de poder entre as partes. É, no entanto, criticável, por funcionar automaticamente. Nem sempre o carácter «coativo» do solicitante se efetivará, pelo que o seu funcionamento deveria ser *ope iudicis*.

#### 4.5. A intencionalidade do legislador. A técnica da antecipação da tutela do bem jurídico

Os crimes de corrupção ativa e passiva apresentam características de crimes de resultado cortado, ou de mera aptidão<sup>33</sup>, isto é, a intervenção jurídico-penal efetiva-se, não quando o resultado-fim tem lugar (referimo-nos somente à «prática de um qualquer ato ou omissão contrários ao dever»), mas logo que haja uma intencionalidade, uma aptidão nesse sentido. Nestes casos, essa intencionalidade é reforçada imperativamente pela vantagem prometida, dada, solicitada ou aceite (resultado-meio). Do

<sup>31</sup> Os 30 dias previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 19.º-A da lei em causa são particularmente infelizes, se a denúncia foi feita posteriormente, porquê a sua inviabilização? Cf. Estratégia Nacional Anticorrupção / 2020-2024, pp. 53-54.

<sup>32</sup> Sobre este, CONDE MONTEIRO, «A aplicação das normas no âmbito jurídico-penal: reflexões epistemológicas», in *Direitos de Personalidade e Sua Tutela*, Volume I, da Coleção *Estudos Seleccionados do Instituto Jurídico Portucalense*, Lisboa: Rei dos Livros, 2013, pp. 152-156.

<sup>33</sup> Sobre os crimes de aptidão, SILVA DIAS, «Entre “comes e bebes”»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de julho de 1996)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 8 (1998), pp. 520 e ss.

ponto de vista dos bens jurídicos, trata-se de crimes de dano (quebra da autonomia ético-jurídica dos titulares em causa)<sup>34</sup>.

Uma maior antecipação dá-se ainda no crime de recebimento indevido de vantagem. Aqui a simples solicitação ou aceitação de vantagem indevida justifica a intervenção jurídico-penal. Sob ponto de vista da prática da conduta contrária ao dever e com ela a lesão do bem jurídico, encontramos-nos perante um mero crime de perigo abstrato<sup>35</sup>. Neste caso, o tipo legal de crime fica-se pela violação de deveres inerentes à condição de titular de cargo político ou alto cargo público, ainda relativamente pouco relevantes, desde logo em face de posteriores condutas. Portanto poderemos encontrar-nos perante condutas inofensivas para a realização de posteriores comportamentos ilícitos (*v.g.*, o canalizador que não se paga pelo seu serviço ao Presidente da República, «porque o admira muito» e este que a aceita) e que assim consubstanciam este tipo de ilícito criminal, sem mais<sup>36</sup>. Nestes termos, o tipo em causa revela-se, antes de mais, inconstitucional por violação, desde logo, do princípio da determinabilidade do bem jurídico a tutelar (tipo legal de crime oco). Assim, uma possibilidade de intervenção consistiria na utilização do direito contraordenacional ou do direito administrativo (por exemplo, relativamente a deputados), que, através de coimas e sanções acessórias ou puramente administrativas, seriam naturalmente aptos para intervir nestes casos de menor dignidade penal. Algo que seria totalmente eficaz, desde logo pela publicidade criada, que naturalmente inibira os agentes de posteriores condutas (efeito de prevenção primário).

#### 4.6. Reflexões empíricas

Naturalmente que sem tipo legal de crime não pode ter lugar a punibilidade de quem quer seja. Se, portanto, a tipificação nos moldes em causa se aceita plenamente e mesmo no seu recorte acentuadamente preventivo<sup>37</sup>, ela, por si só, sendo pressuposto necessário, não se configura como suficiente para a tutela de uma eficaz política criminal de combate ao fenómeno da corrupção. Efetivamente, a criminalização da corrupção é algo de longa data e constitui também um fenómeno universal. Não obstante, a sua eficiência sempre foi reduzida, senão ao mero simbolismo, pelo menos ao quase simbolismo. Os crimes de corrupção sempre ostentaram a qualificação criminológica de crimes de «cifras negras», a par da sua caracterização como «crimes sem vítima», como já deixámos dito<sup>38</sup>. O seu real combate não passa por isto mesmo, fundamentalmente por este plano.

<sup>34</sup> Sobre isto, cf. ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, TIII, Figueiredo Dias (dirig.), Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 654-662.

<sup>35</sup> Neste sentido, PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 1180; sobre estes em geral, CONDE MONTEIRO, *Direito Penal I*, Braga: ELSA, 2015, pp. 108-109.

<sup>36</sup> Alertando para o carácter vago deste tipo legal de crime, FERNANDA PALMA, «Conceito material de crime e reforma penal», in *Anatomia do Crime*, n.º 0, julho-dezembro, Lisboa, 2014, p. 21.

<sup>37</sup> E referir-mo-nos naturalmente e apenas aos crimes de corrupção passiva e ativa.

<sup>38</sup> Esta conexão não surge por mero acaso. Porque se trata de «crimes sem vítima», em que os agentes se perspetivam como beneficiários, com comuns interesses, realizados no mais puro secretismo, protetor de ambos, então, o seu descobrimento, desde logo, por isto mesmo, se revela difícil de alcançar, *supra*, n. 27.

#### 4.7. Reflexões gerais sobre o regime substantivo neste âmbito (aspetos empíricos)

Em geral e no que toca ao aspeto substantivo, o regime em causa caracteriza-se grosso modo pela agravação da responsabilidade penal dos agentes deste tipo de crimes, consubstanciada no alargamento da punibilidade da tentativa, da agravação das penas e do estabelecimento dos «efeitos das penas».

Como é óbvio, os resultados obtidos têm sido medíocres. Desde 1987 até hoje que a corrupção tem existido e a influência deste diploma no seu âmbito tem sido praticamente nula ou de pouco relevo<sup>39</sup>.

De resto, o fenómeno em causa (agravação das penas) é bem conhecido («*law and order*»). A um lado, é fácil de ter lugar (basta alterar a legislação). Depois, pode sempre gerar algum impacto na população ou pelo menos pode ser invocado como um esforço de luta contra o crime (demagogia). Os efeitos de tal política em geral são pouco relevantes. As pessoas cometem crimes, não em função das penas dos mesmos, mas, na maior parte dos casos (e tratando-se de crimes dolosos), esperando que as suas consequências não tenham lugar ou em último termo vendo-as como muito distantes<sup>40</sup>. Este diploma é assim um exemplo acabado disto mesmo. Senão uma peça inútil, pelo menos pouco relevante político-criminalmente<sup>41</sup>.

### 5. Os aspetos processuais do diploma em causa (elementos descritivos)

Numa rápida perspetivação deste regime, o que antes de mais se poderá referir em termos político-criminais é que o diploma em causa se assume basicamente como um instrumento de proteção aos titulares de cargos políticos, com a exceção do artigo 41.º («Do direito de ação») e mais duvidosamente do artigo 40.º («Da não intervenção do júri»). É, portanto, estranho a qualquer intenção de combater os crimes em causa. Deste modo, político-criminalmente reforça o carácter ambivalente desta lei.

#### 5.1. Os crimes de recebimento indevido de vantagem, corrupção passiva e ativa (reflexões empíricas)

A natureza intimista, mesmo fechada, deste tipo de infrações penais, a par da conexão de alguns dos titulares em causa (*v.g.*, membros do governo ou das autarquias), com situações que envolvem elevados interesses financeiros<sup>42</sup>, tende à sua continuidade, senão mesmo à sua expansão.

<sup>39</sup> De notar, por exemplo, que foi durante este período que se assistiu ao desenrolar do caso «Sócrates», ainda em curso, em que um primeiro-ministro é acusado de várias infrações penais conexas com o seu desempenho de funções políticas. Por outro lado, a proliferação da corrupção tem decorrido sem grandes entraves, cf. com, por exemplo, o índice de corrupção da Transparency Organization (<https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>), acesso em 29/3/2021.

<sup>40</sup> *Supra*, n. 28.

<sup>41</sup> Expressivo disto mesmo foi o que se passou entre nós com o famigerado artigo 13.º da Lei n.º 27/96, de 1 de agosto, sobre a perda de mandato por membro de órgão autárquico: expressão patente da inoperacionalidade do sistema em causa, sobre isto, CÂNDIDO OLIVEIRA/MACHADO DIAS, *op. cit.*, pp. 9-21.

<sup>42</sup> De notar que a ligação entre a riqueza e o crime desta natureza é de longa data. Efetivamente, onde há muito dinheiro, o crime (patrimonial/económico) tende a existir e a acompanhar o maior ou menor fluxo monetário existente (relação de proporcionalidade) e assim também menos quantidade de riqueza tende a diminuir a prática de crimes desta natureza; sobre uma

Como referimos anteriormente, o aumento da punibilidade ou mesmo a diversidade da mesma são de nula ou pouca importância político-criminal.

Neste plano, a questão passa antes de mais pela prática de medidas que sejam o inverso da natureza deste tipo de crimes (invisíveis)<sup>43</sup>, ou seja, que impliquem uma visibilidade ou a sua real possibilidade. Noutros termos, do que se trata é de paralelamente à possibilidade de estabelecimento de regras de transparência no âmbito da ação dos titulares que mais de perto lidam com situações de risco (*v.g.*, membros do governo ou de autarquias), facilitar a denúncia dos mesmos<sup>44</sup>, ao mesmo tempo que se possibilite uma real intervenções das instâncias formais de controlo, utilizando meios intrusivos da privacidade dos suspeitos (*v. g.*, telefones, meios informáticos), em qualidade e quantidade e sem grandes restrições legais (*princípio de que quem não deve não teme*). Neste âmbito, a parte especial do processo deste diploma analisado deveria aligeirar as normas processuais penais existentes neste domínio, ao mesmo tempo que se assegurasse o efetivo respeito pelo segredo de justiça, tão degradado neste tipo de casos. Algo que poderia ter lugar através da criação de um órgão específico para tal, formado por magistrados em número reduzido e respondendo por um outro órgão fiscalizador. Necessidades de alterações processuais e mesmo eventualmente constitucionais deveriam ter lugar. Político-criminalmente, só assim se poderia efetivamente dar passos significativos neste plano, a montante, pela consciencialização por parte dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos de um possível controlo da sua atividade, a jusante pelos efeitos gerados na concretização deste desiderato. Certamente que este tipo de política comportaria custos, desde logo axiológicos para os visados. Poderiam ser causados danos irreversíveis a propósito de factos, afinal infundados. No entanto, não se pode deixar de tomar em consideração o fenómeno altamente negativo da corrupção, que por via disso, justificaria, em nossa opinião, este tipo de política, particularmente forte. No fundo, a privacidade encontra-se largamente em crise com o desenvolvimento das modernas tecnologias de comunicação. Nenhum de nós está atualmente oculto. Todos somos cada vez mais membros da aldeia global, membros transparentes, diga-se em abono da verdade. Também por último temos total consciência que não existem atualmente condições, desde logo, políticas para sequer se discutir uma proposta tão ousada quanto esta (completamente omissa no âmbito do documento de Estratégia Nacional Anticorrupção / 2020-2024). No fundo, deve-se frontalmente referir que esta particular matéria é algo que constitui objeto a ser legislado pelos próprios visados, o que consequentemente implica estarem a decidir sobre causa própria – algo que naturalmente implicará desde logo uma prévia recusa, sequer, de a debater. De qualquer maneira, fica a sugestão, senão para esta geração, para quem possa vir no futuro, pelo menos com uma nova atitude...

---

primeira constatação empírica deste fenómeno, cf. MAURICE CUSSON, *Criminologia*, Alfragide: Casa das Letras, trad., 2.ª ed., 2007, p. 57.

<sup>43</sup> Utilizamos esta expressão, não apenas no sentido atrás referido, de «crimes sem vítima», mas também por via das, aparentes, poucas marcas deles derivados, isto é, uma vez consumados, os indícios não saltam desde logo à vista, antes tudo parecendo, primariamente, que se encontra na maior normalidade (*v.g.*, a empresa ganhadora do concurso aparece como a mais capaz, o indivíduo escolhido como o mais apto...).

<sup>44</sup> Cf. Estratégia Nacional Anticorrupção / 2020-2024, pp. 60-62.

# Ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas

Manuel Soares

Sumário:

I. Prólogo

II. Proposta

1. Introdução

2. Antecedentes

3. Objecto

4. Justificação

5. Articulado

6. Constitucionalidade

**RESUMO:** recupera-se o essencial de uma intervenção de Fevereiro de 2011, em que já se defendia, em alternativa à criminalização do enriquecimento ilícito, uma criminalização mais robusta da omissão de justificar a aquisição de riqueza no exercício de cargos públicos: Essa referência é a «rampa de lançamento» para a compreensão da proposta de revisão da Lei 52/2019 que a Associação Sindical dos Juízes Portugueses enviou à Assembleia da República.

## I. Prólogo

Escrevo este texto na qualidade de presidente da Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP) e também de relator da proposta de revisão da Lei n.º 52/2019, de 31 de Julho, enviada para a Assembleia da República.

A questão da criminalização do chamado enriquecimento ilícito interessa-me há mais de 10 anos. Em Fevereiro de 2011, quando era secretário-geral da ASJP, tive oportunidade de participar num debate público organizado pelo jornal Correio da Manhã, que estava a promover uma petição pública pela criminalização do enriquecimento ilícito. Defendi nessa ocasião essencialmente as mesmas ideias que ainda mantenho, numa intervenção cujos traços principais agora recupero.

No ponto de partida, para se discutir seriamente uma matéria desta complexidade, era preciso afastar as seguintes ideias simplistas que faziam perder lucidez no debate:

- i. O enriquecimento ilícito de políticos já é crime – corrupção, peculato, recebimento indevido de vantagem, participação económica em negócio e abuso de poderes, são crimes em que, de formas diversas, já se punem comportamentos de enriquecimento ilícito de titulares de cargos públicos;
- ii. Discordar de uma incriminação autónoma do enriquecimento ilícito não significa pactuar com a corrupção – a questão é complexa e há razões



válidas e legítimas para duvidar desta incriminação no plano das soluções jurídico-constitucionais;

- iii. Defender a incriminação autónoma do enriquecimento ilícito, por outro lado, não quer dizer que se desprezem os valores do Estado de direito e as liberdades e garantias constitucionais – há instrumentos internacionais que apontam na direcção dessa criminalização e não é segura a impossibilidade de se encontrar uma formulação respeitadora da constituição<sup>1</sup>;
- iv. Não é preciso alterar as leis, basta dar mais meios para que a investigação funcione melhor – com a crescente sofisticação e internacionalização da criminalidade económica, por mais meios que sejam dados à investigação criminal, a punição da corrupção na área dos poderes públicos terá sempre uma margem de ineficácia, como é evidente se olharmos para a nossa história e também para a experiência nos outros países;
- v. A criminalização do enriquecimento ilícito não vai acabar com a corrupção – mesmo pondo de lado as questões de constitucionalidade, haverá sempre casos de impunidade de enriquecimento escondido ou congelado;
- vi. Há uma forte censura social sobre a corrupção dos políticos – a censura existe como sentimento difuso de inaceitabilidade mas não como atitude efectiva e consequente; no único momento em que o cidadão pode censurar políticos acusados ou condenados por corrupção, que é o do voto, por vezes não o faz e premeia-os com nova eleição, deslegitimando os tribunais e incentivando a impunidade.

Em 2011, como hoje, não tinha aparecido ainda uma formulação para o enriquecimento ilícito imune às dúvidas de constitucionalidade. Como se antevia no momento em que a questão começou a ser discutida, a regra da presunção de inocência, que impõe que tenha de ser a acusação a provar o crime, não estaria salvaguardada com qualquer solução em que ao Ministério Público bastasse fazer a prova da disparidade entre a riqueza e o rendimento, advindo o juízo de ilicitude do silêncio do acusado.

Como fazer, então, perguntava-me em 2011? Parecia-me, como hoje, que se deveria dirigir o enfoque da punição, não para a ilicitude do enriquecimento, mas para a sua injustificação. Existindo já um dever de sujeição à fiscalização da riqueza de quem exercia cargos políticos, que impunha a declaração dos rendimentos no início, no decurso (acima de um certo limite) e no final do exercício dos cargos, então o valor penal ofendido pelo enriquecimento não deveria ser a ilicitude corruptiva do comportamento do titular do cargo, mas sim a omissão do seu dever de declaração e justificação da proveniência dos bens.

Como se sabe, as soluções legislativas experimentadas nunca evoluíram nessa direcção. Seguiram, ao contrário, um caminho que não tem saída, porque esbarra com a Constituição. Por isso, passaram 10 anos e estamos na mesma. Talvez seja, então, o momento certo para se experimentar outra abordagem

---

<sup>1</sup> Notar que esta afirmação foi feita antes de ser aprovada na Assembleia da República a primeira lei que viria a ser julgada inconstitucional no primeiro acórdão do Tribunal Constitucional a que se faz referência adiante.

É esse o sentido fundamental da proposta da Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Criminalizar, de forma mais robusta, na Lei 52/2019, a ocultação de riqueza adquirida no exercício de altas funções públicas.

O momento em que escrevo coincide com o do envio da proposta para os Grupos Parlamentares representados na Assembleia da República. Desconhecendo-se, em absoluto, se será ou não acolhida e em que termos, servirá este texto, ao menos, para a deixar registada numa obra sobre os diversos aspectos em que se pode desdobrar a Estratégia Nacional Anticorrupção aprovada em Conselho de Ministros e contribuir com elementos de reflexão para os processos legislativos que vão seguir-se na Assembleia da República.

## II. Proposta

Segue-se, pois, o texto da proposta, com a advertência, talvez óbvia, mas ainda assim necessária, que se trata de um texto «político» e não de um trabalho científico ou académico.

### 1. Introdução

A apresentação desta proposta pela associação que representa os juizes portugueses (ASJP) surge na sequência da participação na audição pública promovida pelo Governo sobre a *ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO / 2020-2024* (ENCC) e corresponde ao exercício da cidadania e participação cívica no processo democrático, por uma entidade com especiais responsabilidades na melhoria do sistema de justiça.

Ela visa robustecer os instrumentos legais de transparência e fiscalização no exercício de altas funções públicas<sup>2</sup> e de prevenção e combate à corrupção e criminalidade conexa, partindo do desenvolvimento de institutos jurídicos consolidados no nosso ordenamento e respeitando, na sua plenitude, os princípios constitucionais que estabelecem o quadro de garantias em processo penal, inerentes ao Estado de Direito.

A acrescida actualidade da intervenção pública da ASJP nesta matéria resulta, também, da publicação e entrada em vigor da Lei 52/2019, de 31 de Julho (LOD), que passou a incluir os magistrados judiciais em exercício de funções nos tribunais judiciais e administrativos e fiscais no universo dos sujeitos das obrigações declarativas ali previstas.

De resto, a ASJP já antes se tinha pronunciado publicamente sobre este assunto e essencialmente no mesmo sentido em que o faz agora. Em 2011, a propósito de uma petição pública lançada pelo jornal *Correio da Manhã*, responsáveis da ASJP defenderam, em alternativa à tipificação penal do enriquecimento ilícito, a previsão de um crime com base na «injustificação» e não na «ilicitude» do enriquecimento, pela prova efectiva da violação do conteúdo mais alargado do dever de sujeição à fiscalização da riqueza e não com base numa ilicitude presumida<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Usa-se a expressão «altas funções públicas», para os efeitos deste documento, com o sentido de abranger todos os sujeitos das obrigações declarativas da Lei n.º 52/2019, de 31 de Julho.

<sup>3</sup> MANUEL SOARES, «Caminhar na direcção certa, sem olhar para o lado errado», *Correio da Manhã*, 23MAR2011.

A proposta que aqui se apresenta em resultado dessa reflexão é entregue a todos os Grupos Parlamentares e dirigida à Assembleia da República, órgão com competência para legislar sobre a definição dos crimes e respectivas penas.

A ASJP está disponível para ser ouvida no decurso do processo legislativo a que a presente proposta venha eventualmente a dar lugar.

## 2. Antecedentes

Em 16OUT2020, no âmbito da consulta pública sobre a ENCC, a ASJP entregou ao Governo o documento «*ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO 2020/2023 – PRONÚNCIA DA ASJP*», com conhecimento aos Grupos Parlamentares do BE, CDS-PP, PCP, PS e PSD.

Nesse documento, apresentou-se o seguinte esboço de proposta de «criminalização do enriquecimento incongruente»<sup>4</sup>:

«Não é este o local para fazer a história dos projectos legislativos de criminalização do enriquecimento ilícito nem das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional. Pode, no entanto, dar-se como adquirida a inconstitucionalidade de qualquer solução de criminalização da incongruência entre o património detectado e os rendimentos lícitos conhecidos, estabelecida com base em qualquer presunção de ilicitude, por violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Não obstante, na situação actual, a ordem jurídica portuguesa continua a não dar cumprimento à Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, cujo art. 20.º recomenda aos Estados-membros o seguinte: «Sem prejuízo da sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu sistema jurídico, cada Estado-parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infracção penal, quando praticado intencionalmente, o enriquecimento ilícito, isto é o aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo.»

Nas diversas tentativas de formulação do crime de enriquecimento ilícito, não apareceu ainda uma conforme à garantia constitucional da presunção de inocência. Qualquer solução de criminalização que se baste com a prova pela acusação da disparidade objectiva entre o enriquecimento detectado e os rendimentos conhecidos e em que o juízo sobre a ilicitude resulte da falta de provas apresentadas pelo acusado, permitirá condenações por «enriquecimento ilícito» em situações em que não há prova da acção ilícita. A razão da dificuldade de encontrar a formulação exacta resulta da impossibilidade de punir a ilicitude de uma acção sem que essa ilicitude seja efectivamente demonstrada por quem acusa e não por presunção tirada de um qualquer comportamento activo ou omissivo do acusado.

A punição da violação do dever de declaração como crime de desobediência qualificada, punível com pena até 3 anos de prisão (conforme previsto no art. 18.º n.º 4 da Lei 52/2019), é um instrumento manifestamente insuficiente para combater as situações de enriquecimento com origem ilícita e ligada ao exercício

<sup>4</sup> Cap. III.1, p. 60.

do cargo, na medida em que, como é evidente, o património ilícito dificilmente se encontra na titularidade da pessoa sujeita à obrigação declarativa.

Crê-se que as objecções de constitucionalidade não existirão se a previsão do crime focar o desvalor normativo na «injustificação» e não na «ilicitude» do enriquecimento. Nesse caso, bastará acrescentar aos actuais dispositivos legais que regulam a fiscalização dos rendimentos e património dos titulares de cargos públicos o dever de justificar a aquisição de património durante o exercício do cargo acima de certo valor (e não apenas declarar a aquisição desse, como agora) e fazer corresponder o novo crime à violação desse dever. Aí, se durante o exercício do cargo houver aquisição de património que não tenha sido declarado e justificado, o fundamento da punição será a prova efectiva da violação do dever de sujeição à fiscalização, inerente às obrigações declarativas próprias do exercício de cargos públicos, que a acusação facilmente poderá provar, e não uma ilicitude presumida a partir do comportamento do acusado. Nas situações em que o património não se encontre formalmente na titularidade do agente do crime, uma vez feita a prova dessa titularidade, o agente será punido não por se presumir que enriqueceu ilicitamente, mas por ter enriquecido sem o declarar e justificar.»

Posteriormente, na *CONFERÊNCIA DE BALANÇO DA ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO*, organizada pelo Ministério da Justiça e realizada em 24NOV2020, na qual a ASJP foi convidada a intervir, foi possível desenvolver um pouco mais os contornos da ideia, sugerindo-se, nomeadamente, a ponderação de uma designação do tipo penal, como, por exemplo, «crime de ocultação de riqueza», que se afastasse das já ensaiadas – «enriquecimento ilícito» e «enriquecimento injustificado» – que remetem para normas julgadas inconstitucionais e para objecções doutrinárias que devem ser tidas como adquiridas.

A sugestão ali apresentada obedecia aos seguintes traços essenciais:

«Primeiro, restringir o âmbito pessoal de aplicação da norma aos titulares de cargos sujeitos às obrigações declarativas previstas na Lei 52/2019: cargos políticos, altos cargos públicos e equiparados, juízes do Tribunal Constitucional e do Tribunal de Contas, Provedor de Justiça, membros dos conselhos superiores das magistraturas e magistrados judiciais e do Ministério Público.

Segundo, acrescentar ao dever de declaração de rendimentos, património e interesses, já previsto na Lei 52/2019, um novo dever, em desenvolvimento do anterior, de identificar os factos geradores dos aumentos relevantes de rendimentos e património verificados durante o exercício do cargo ou num período posterior a fixar.

Terceiro, definir o tipo legal como a omissão de declaração e justificação da aquisição de riqueza, com intenção de a ocultar às entidades encarregadas da respectiva fiscalização.

Quarto, punir essa omissão de forma mais intensa do que a pena de prisão até 3 anos, actualmente prevista para a violação do dever de declaração, por estar em causa não exactamente – ou não apenas – o desvalor da desobediência ao comando legal mas o desvalor da ocultação intencional da riqueza adquirida: Parece, por isso, que a pena a prever não poderá ser inferior à de prisão de 1 a 5 anos, tal como a prevista no artigo 104.º do Regime Geral das Infracções

Tributárias para o crime de fraude fiscal, que no fundo também consiste na ocultação de riqueza, embora aqui às autoridades fiscais.

Quinto, incluir o novo tipo no elenco dos crimes previstos no artigo 1.º da Lei 5/2002, para o efeito de lhe ser aplicável o instituto da perda alargada de bens, do seu artigo 7.º e seguintes.»

O Governo não acolheu a proposta da ASJP na *ESTRATÉGIA NACIONAL ANTICORRUPÇÃO 2021-2024* que aprovou em Conselho de Ministros<sup>5</sup>. De acordo com a entrevista da Ministra da Justiça ao jornal Público<sup>6</sup>, ter-se-á entendido que o objecto da incriminação já se encontra suficiente e adequadamente previsto nos números 4 a 6 do artigo 18.º da LOD, que pune criminalmente a não apresentação da declaração de rendimentos, património e interesses e a omissão de elementos patrimoniais ou rendimentos dessa declaração.

A ASJP aceita que a ideia que tem vindo a defender e se materializa agora neste documento coincide, em parte, com a previsão daquelas normas. Porém, considera que as mesmas são insuficientes e não punem adequadamente todas as condutas omissivas de ocultação intencional de riqueza adquirida em período coincidente com o exercício de altas funções públicas, às quais, em regra, corresponderão actividades de natureza corruptiva, com maior desvalor que a simples desobediência aos comandos legais das obrigações declarativas.

### 3. Objecto

Parece razoavelmente evidente que os comportamentos potencialmente corruptivos relacionados com o exercício de altas funções públicas, independentemente da sua tipificação penal, apresentam, em abstracto, um denominador comum: aquisição e ocultação de património incongruente com os rendimentos conhecidos no período coincidente com o exercício das funções. É do senso comum que as pessoas que adquirem rendimentos ou património por via da prática de crimes não o declaram às autoridades nem os colocam em posição de serem facilmente detectados. Não é, por isso, temerário estabelecer uma relação causal de alta probabilidade entre a ocultação intencional de riqueza adquirida naquele período e a existência uma prévia acção ilícita.

Por outro lado, conhecem-se as dificuldades de investigar e provar a prática de crimes de corrupção e conexos no exercício de altas funções públicas. É reduzido o número de casos investigados e punidos, quando comparado com a percepção existente sobre a dimensão do fenómeno. Daí resulta que as normas penais incriminadoras e a multiplicação dos tipos legais para prevenir e reprimir comportamentos dessa natureza são reconhecidamente tidos como ineficazes.

Foi precisamente para superar esta dificuldade que surgiram as tentativas anteriores de criminalização do enriquecimento ilícito. Sendo razoável supor, com base nas evidências do senso comum, a existência de um nexo causal entre os actos corruptivos e o enriquecimento incongruente e não sendo viável, em muitas situações, punir o fenómeno pela efectiva comprovação da ilicitude do acto causal, procurou-se fazê-lo através da incriminação do seu resultado objectivo.

<sup>5</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, RD n.º 66, Série I, 6ABR2021.

<sup>6</sup> 21MAR2021, <https://www.publico.pt/2021/03/21/sociedade/noticia/nao-vai-facil-justica-avaliar-fraudes-vacinacao-1955289>.

Essa não é, contudo, uma via constitucionalmente aceitável. O Tribunal Constitucional, através dos acórdãos n.ºs 179/2012 e 377/2015, julgou inconstitucionais as normas que visavam criminalizar o enriquecimento ilícito ou injustificado, aprovadas, respectivamente, pelos Decretos da Assembleia da República n.ºs 37/XII e 369/XII. Para o Tribunal Constitucional uma norma dessa natureza (i) não respeita o princípio da proporcionalidade, por ausência de bem jurídico definido na esfera de protecção da norma e por violação do princípio da subsidiariedade do sistema penal; (ii) não respeita o princípio da legalidade, pois não identifica a acção ou omissão proibida e (iii) não respeita a proibição da presunção de inocência, nos segmentos da inversão do ónus da prova, do *in dubio pro reo* e do direito ao silêncio e à não auto-incriminação.

Deve, pois, ter-se como adquirida e indiscutível a inconstitucionalidade de qualquer solução de criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado, com o sentido das anteriores tentativas legislativas.

O sentido da proposta da ASJP é, portanto, outro. Uma proposta que, a bem da necessidade de clarificar conceitos e não inquinar a discussão pública, abandona de vez designações como «enriquecimento ilícito», «enriquecimento injustificado» «enriquecimento incongruente» ou outras equivalentes.

O que está em causa, primordialmente, não é apontar o foco para o desvalor da ilicitude do enriquecimento no exercício de altas funções públicas, mas sim reforçar a protecção do bem jurídico da transparência no exercício dessas funções, aperfeiçoando os mecanismos previstos na LOD de declaração da situação patrimonial dos titulares de altas funções públicas e de responsabilização criminal em caso de incumprimento.

Consequentemente, por razões de coerência sistemática e de melhor identificação do bem jurídico protegido, defende-se a alteração das normas pertinentes da LOD e não a criação de qualquer tipo criminal autónomo, a inserir no Código Penal ou noutro diploma legal.

#### 4. Justificação

Esta proposta vai no sentido do reforço da prevenção e repressão de actos contrários ao interesse geral praticados por titulares de altas funções públicas no respectivo exercício. Não resulta de uma qualquer intenção deslocada, imprópria e populista de justicialismo penal ou de uma cruzada moral contra os políticos. É uma proposta apresentada pela associação que representa os juízes e destinada, também, ao controlo do exercício, pelos mesmos, das funções judiciais.

Nesta matéria, é comum afirmar-se que os instrumentos legais de combate à corrupção e criminalidade conexa, nomeadamente a considerável panóplia de tipos penais legislados ao longo nos últimos 20 anos, é suficiente e que, se há algum problema, ele não está na falta de leis mas sim na falta de meios para tornar mais eficaz a investigação e punição dessa criminalidade. Esta objecção não convence. Por um lado, o bem jurídico cuja protecção se visa reforçar – a transparência no exercício de altas funções públicas – é distinto do bem jurídico protegido pelas normas que tipificam os actos corruptivos, o qual não se mostra suficientemente acautelado – como se justificará adiante. Por outro lado, há que reconhecer que, a persistir-se nesse caminho, de afirmar que não são necessárias mais leis mas sim, apenas, mais meios e eficácia, continuarão a repetir-se no futuro, com toda a probabilidade, casos de exibição imoral de património incongruente e não declarado, por pessoas que



exerceram altas funções públicas, sem que se chegue a descobrir a fonte desse enriquecimento, e daqui a 30 anos a sociedade estará exactamente na mesma, a discutir a milésima estratégia anticorrupção e a necessidade de apostar no reforço dos meios.

O objectivo que esta proposta pretende alcançar é, assim, apenas, a punição mais eficaz do acto de ocultação intencional de riqueza adquirida no período correspondente ao exercício dos cargos previstos na LOD, independentemente da licitude da sua fonte de aquisição.

Apontam-se de seguida as razões porque se considera que as normas previstas na LOD são inadequadas e insuficientes para atingir o referido objectivo.

O primeiro aspecto que merece realce é que as obrigações declarativas previstas nos artigos 13.º e 14.º da LOD – únicas cujo incumprimento pode gerar responsabilidade criminal, nos termos dos números 4, 5 e 6 do artigo 18.º – apenas compreendem o dever jurídico de discriminar descritivamente os rendimentos auferidos e os elementos do activo patrimonial, sem que os respectivos sujeitos sejam obrigados a identificar os factos geradores dos aumentos relevantes de rendimentos e património ou da diminuição do passivo.

Esta omissão é aceitável para a declaração apresentada no início do cargo, porque o que está em causa na LOD não é a fiscalização da situação patrimonial anterior mas sim a fiscalização da sua evolução no período correspondente às funções. Porém, já a aquisição de rendimento ou património de proveniência desconhecida será particularmente problemática se ocorrer no exercício de funções. Com a lei actual, em tese, o titular de um cargo abrangido pela LOD pode declarar um incremento patrimonial superior a 50 salários mínimos mensais – por exemplo, a aquisição da propriedade de um bem ou a liquidação de um empréstimo bancário – sem ter de explicar a proveniência dos respectivos meios financeiros. Nesse caso, mesmo que sob impulso da autoridade fiscalizadora das declarações haja uma investigação criminal para encontrar uma explicação para aquele incremento de riqueza e descobrir a prática de algum crime, a pessoa visada não será obrigada a justificar nesse inquérito a proveniência do dinheiro ou do bem, por força do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, segundo o qual ninguém é obrigado a auto-incriminar-se ou a contribuir para a sua própria condenação.

Quer isto dizer que a única maneira de assegurar cabalmente a fiscalização da aquisição de riqueza no exercício de funções públicas, inerente ao princípio da transparência prosseguido pela LOD, é obrigar os respectivos titulares, não apenas a declararem a aquisição de rendimentos e património, mas também a justificarem a sua proveniência. Este acrescido dever de declaração, em caso de incumprimento, resultará, também, numa acção em que o tipo de ilícito é bastante mais intenso e justificará, por isso, uma punição mais severa do que a actualmente prevista.

Outro aspecto a destacar é que a LOD não obriga actualmente os sujeitos por ela abrangidos a declararem vantagens patrimoniais futuras cuja promessa de aquisição ocorra no período do exercício do cargo. No entanto, para a ASJP, tornar obrigatória essa declaração será essencial para uma melhor protecção do valor da transparência e também para assegurar melhor a prevenção dos fenómenos corruptivos em que a obtenção da vantagem é relegada para momento posterior à apresentação da última declaração – aquela que deve ser apresentada 3 anos após o fim do exercício do cargo, prevista no artigo 14.º, n.º 4, da LOD. Isso significa, em tese, por exemplo, que o titular de uma alta função pública pode hoje receber no seu exercício uma promessa de vantagem económica futura, de um terceiro com quem se relacionou

nessa função, sem que alguma vez tenha de a declarar ou possa ser sancionado por não fazer essa declaração. Esta omissão apresenta-se como muito problemática.

Outra omissão, ainda, prende-se com o facto de os artigos 13.º e 14.º da LOD não imponham a declaração de ofertas de serviços e outras liberalidades de elevado valor económico. É certo que o artigo 16.º prevê o dever de comunicação do recebimento dessas vantagens. Simplesmente, a sua omissão e ocultação não são abrangidas pelas incriminações previstas nos números 4, 5 e 6 do artigo 18.º Em face desta exclusão, o titular de uma alta função pública pode receber a prestação de serviços gratuitos de elevado valor durante o exercício de funções – por exemplo, a reconstrução de um imóvel – sem que tenha de o declarar e sem que a ocultação dessa vantagem económica seja punida como crime, nos mesmos termos em que é a ocultação de um bem de idêntico valor.

Note-se, também, mais uma disfuncionalidade da LOD: para as situações de omissão de declaração de elementos patrimoniais ou rendimentos de menção obrigatória, com intenção de ocultação (pondo agora de lado a questão de saber se resulta ou não do tipo legal a necessidade de uma notificação prévia da entidade fiscalizadora, face à redacção muito imperfeita da norma), o artigo 18.º, n.º 6, prevê a punição com pena de prisão até 3 anos. A norma não diz se é um crime autónomo – e se for, será necessário discutir que crime é – ou se é ainda uma subespécie do crime de desobediência qualificada previsto no n.º 3; isto é, não se sabe se é um crime de violação de ordens da autoridade pública, de falsidade da declaração ou de ocultação de rendimentos tributários. Seja como for, independentemente destas dificuldades, tendo em conta que o prazo de prescrição desse crime é de 5 anos (por força do disposto no artigo 118.º, n.º 1, alínea c), do Código Penal), a norma é ineficaz para a maioria das situações que visa abarcar. Se, por exemplo, relativamente a alguém que tiver exercido altas funções públicas, se vier a detectar cinco anos depois a posse de património de valor elevado e incongruente que não foi declarado no momento devido – o que é em abstracto bem plausível –, a eventual responsabilidade criminal estará extinta por prescrição.

Mesmo quanto ao crime de desobediência qualificada, previsto no artigo 18.º, n.º 4, da LOD, a lei é totalmente inadequada. Prevê-se que é crime se houver omissão intencional de declaração «após notificação» [da entidade fiscalizadora]. Ora, tratando-se da declaração inicial (artigo 13.º, n.º 1), da declaração final (artigo 14.º, n.º 1) ou da actualização da declaração final 3 anos após o fim do cargo (artigo 14.º, n.º 4), é plausível que essa notificação ocorra, na medida em que a entidade fiscalizadora tem conhecimento dos marcos temporais relevantes e da omissão de entrega da declaração nos respectivos prazos legais. Só que as situações problemáticas mais plausíveis ocorrerão com factos ocorridos no exercício do cargo. Nesse período, se o titular do cargo tiver um incremento patrimonial de valor superior a 50 salários mínimos mensais e falhar a entrega da declaração a que se refere o artigo 14.º, n.º 2, é evidente que a entidade fiscalizadora normalmente não conhecerá esse facto e não notificará o titular em falta para apresentar a sua declaração. Significa isto que, nessas situações, não haverá, sequer, crime de desobediência ou de falsificação da declaração.

Correspondentemente, face à redacção do n.º 6 do artigo 18.º e à sua conjugação com o disposto nos seus números 4 e 5, é mais que duvidoso que seja crime a omissão intencional de indicação na declaração de rendimentos ou elementos patrimoniais que devessem ser revelados, com o propósito de os ocultar – isto é, a «falsificação» da declaração. A lei, ao dispor: «Quem, mesmo após a notificação prevista no n.º 1,

omitir [...]», parece prever que só haverá crime de «falsificação» da declaração nas situações em que a entidade fiscalizadora tiver notificado o titular para apresentar a declaração em falta. É manifesto que uma situação como essa dificilmente se poderá verificar, na medida em que, como se apontou, a entidade fiscalizadora não terá forma de notificar o titular do cargo para declarar incrementos patrimoniais que desconhece.

## 5. Articulado

Com fundamento nas razões acabadas de expor, sugere-se que a Assembleia da República pondere a introdução das seguintes alterações na LOD (apenas se indicam as normas cuja alteração se sugere com realce do texto modificado em «negrito»):

### 5.1. Artigo 14.º (atualização da declaração)

- Número 5 (novo): *Nas declarações previstas neste artigo deve constar também a descrição de promessas de vantagens patrimoniais futuras que possam alterar os valores declarados, referentes a alguma das alíneas do n.º 2 do artigo anterior, em montante superior a 50 salários mínimos mensais, cuja causa de aquisição ocorra entre a data de início do exercício das respectivas funções e os três anos após o seu termo.*

Explicação: Visa-se incluir nas obrigações declarativas a que se refere o artigo 14.º, que são aquelas que permitem fiscalizar as variações ocorridas no período já considerado relevante por lei, as promessas de obtenção de vantagens futuras com valor económico. Sem uma norma como esta, a protecção do bem jurídico da transparência no exercício do cargo é incompleta, na medida em que o recebimento da vantagem depois de 3 anos após a cessação de funções pode traduzir-se num aumento significativo de riqueza não sujeita a qualquer tipo de fiscalização ou sanção.

- Número 6 (novo): *Nas declarações previstas neste artigo deve constar também a indicação dos factos geradores das alterações que deram origem ao aumento dos rendimentos ou do activo patrimonial, à redução do passivo ou à promessa de vantagens patrimoniais futuras.*

Explicação: Na declaração correspondente ao início do cargo a indicação dos factores geradores da riqueza não é relevante para a protecção do bem jurídico em causa na LOD. Porém, nas declarações subsequentes, previstas no artigo 14.º (60 dias após a cessação de funções, 30 dias após as alterações patrimoniais relevantes e 3 anos após o fim do exercício de funções), que permitem fiscalizar as variações ocorridas no período correspondente, considera-se que as declarações devem também indicar a fonte da riqueza adquirida, visando aumentar a protecção do bem jurídico e tornar mais efectiva a possibilidade de fiscalização.

### 5.2. Artigo 18.º (incumprimento das obrigações declarativas)

- Números 4, 5, 6 e 7: *Eliminar.*

Explicação: A tipificação penal da omissão de entrega de declaração ou de ocultação de rendimentos e património deve ser feita em norma autónoma.

## 5.3. Nova norma:

*Artigo 19.º**(Desobediência qualificada e ocultação intencional de riqueza)*

*1 – Sem prejuízo do disposto do artigo 18.º, a não apresentação intencional das declarações previstas nos artigos 13.º e 14.º, após notificação, é punida por crime de desobediência qualificada, com pena de prisão até 3 anos.*

*2 – Quando a não apresentação intencional das declarações referidas no número anterior não tenha sido acompanhada de qualquer omissão de declaração de rendimento ou elementos patrimoniais perante a autoridade tributária durante o período do exercício de funções ou até ao termo do prazo previsto no artigo 14.º, n.º 4, a conduta é punida com pena de multa até 360 dias.*

*3 – Quem, fora dos casos previstos no n.º 1, com intenção de ocultar elementos patrimoniais, rendimentos ou promessas de vantagens patrimoniais futuras que estava obrigado a declarar em valor superior a 50 salários mínimos mensais, não apresentar a declaração prevista no artigo 14.º, n.º 2, ou omitir de qualquer das declarações apresentadas a descrição ou justificação daqueles elementos patrimoniais ou rendimentos ou promessas de vantagens patrimoniais futuras nos termos do artigo 14.º, n.ºs 5 e 6, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.*

*4 – Incorre na mesma pena prevista no número anterior quem, com intenção de os ocultar, não apresentar no organismo ali previsto as ofertas de bens materiais ou serviços a que se refere o artigo 16.º, quando o seu valor for superior a 50 salários mínimos mensais.*

*5 – Os acréscimos patrimoniais não justificados apurados ao abrigo do regime fiscal tributário, de valor superior a 50 salários mínimos mensais, são tributados, para efeitos de IRS, à taxa especial de 80%.*

## Explicação:

N.º 2: Visa-se aperfeiçoar a redacção por o período relevante para a fiscalização prevista na LOD não ser apenas o correspondente ao exercício de funções, como erradamente parece decorrer do actual n.º 5 do artigo 18.º, mas dever incluir também os 3 anos a que se refere o artigo 14.º, n.º 4.

N.º 3: O n.º 1 (correspondente ao actual n.º 4 do artigo 18.º) pune como desobediência a não entrega da declaração devida após notificação para o efeito da entidade fiscalizadora. Simplesmente, tratando-se da alteração patrimonial ocorrida no exercício de funções, prevista no artigo 14.º, n.º 2, alínea a), a entidade fiscalizadora dificilmente notificará o titular do cargo para apresentar a declaração em falta porque não terá, em regra, conhecimento dessa alteração. Daí resulta que, no regime em vigor, o titular do cargo que não apresente a declaração de alteração patrimonial superior a 50 salários mínimos mensais não é punido. Não comete crime de desobediência porque não foi notificado previamente para a apresentar e não comete o crime do actual artigo 18.º, n.º 6, porque este não se refere à falta de entrega de declaração mas sim à omissão de indicação de elementos patrimoniais ou rendimentos numa declaração entregue. Ora, no caso de se verificar no decurso de funções uma alteração patrimonial superior a 50 salários mínimos mensais, o que deve ser punido como ocultação intencional de riqueza é a própria omissão de apresentação da respectiva declaração.

N.º 4: Com o regime em vigor, o titular do cargo que no período correspondente ao seu exercício receba ofertas de bens ou serviços e não as apresente ao organismo competente, nos termos do artigo 16.º, não sofre qualquer consequência penal. Tratando-se de uma oferta com valor superior a 50 salários mínimos mensais, a omissão dessa

apresentação com intenção de a ocultar deve ser equiparada para efeitos penais à omissão de declaração de elementos patrimoniais ou rendimentos.

No que respeita ao agravamento da pena proposto, ele resulta do facto de haver um aumento de ilicitude da acção, resultante do maior desvalor da violação da obrigação não apenas de declarar os rendimentos e património mas também de justificar a respectiva proveniência.

Por outro lado, mesmo com o regime actual, considera-se que existe uma desproporção nas medidas das penas previstas nos números 4 e 6 do artigo 18.º, que esta proposta também elimina. É diferente e maior o desvalor da acção de ocultação intencional de riqueza adquirida no período do exercício de altas funções públicas que relativamente ao desvalor da simples omissão de entrega da declaração. No primeiro caso está em causa a falsidade de uma declaração com intenção de ocultar riqueza, ao passo que no segundo se trata apenas da desobediência a um comando legal, sem essa intenção.

A pena que se propõe, de 1 a 5 anos de prisão, é a que corresponde actualmente aos crimes de falsificação de documentos por funcionários no exercício de funções, previstos nos artigos 256.º, n.º 4, e 257.º do Código Penal, que se consideram de desvalor jurídico equivalente.

## 6. Constitucionalidade

Considerando que a presente proposta não visa recuperar a criminalização do enriquecimento ilícito, incongruente ou injustificado, nos mesmos termos já sujeitos à apreciação do Tribunal Constitucional, a ASJP julga que as objecções de constitucionalidade que ali se suscitaram não têm sequer aplicação. No entanto, é útil terminar verificando, sinteticamente, as principais objecções suscitadas no passado pelo Tribunal Constitucional nas duas vezes em que foi chamado a pronunciar-se para demonstrar esta afirmação.

- **A objecção da constitucionalidade de um dever geral de declaração de bens aplicável a todos os cidadãos, por oposição ao direito fundamental à propriedade privada**

Os sujeitos da criminalização cujo aperfeiçoamento aqui se propõe são apenas os titulares de cargos sujeitos às obrigações declarativas previstas na LOD, relativamente aos quais se justifica a protecção do bem jurídico em causa, que é a fiscalização da riqueza inerente à transparência no exercício de altas funções públicas.

- **A objecção da violação da presunção de inocência**

A incriminação da ocultação intencional de riqueza adquirida no período correspondente ao exercício de altas funções públicas não se baseia numa qualquer presunção de ilicitude da acção que deu origem a essa aquisição. O Ministério Público terá de provar que houve aquisição de riqueza em montante relevante e no período do exercício cargo ou nos 3 anos após o seu termo e que houve uma omissão de declaração e justificação com intenção de ocultar essa riqueza. Será irrelevante saber se a aquisição foi lícita ou ilícita, porque o bem jurídico protegido é a transparência no exercício de altas funções públicas, cuja violação se materializa na ocultação intencional, e não o bem jurídico correspondente ao crime de corrupção e crimes conexos já previstos na lei. A incriminação não se baseia, portanto, numa presunção

que o agente tenha de afastar, invertendo o ónus da prova e violando o princípio *in dubio pro reo* e o direito ao silêncio.

- **A objecção da violação do princípio da proporcionalidade, por causa da indefinição do bem jurídico**

Nesta proposta há uma identificação precisa do bem jurídico protegido, que se encontra nas exigências de transparência da situação patrimonial e de fiscalização da riqueza, inerentes ao exercício de altas funções públicas – bem jurídico, aliás, com relevância penal já consolidada na nossa ordem jurídica.

- **A objecção da violação do princípio da proporcionalidade, por indemonstração da necessidade da punição**

O respeito pelo princípio da subsidiariedade ou necessidade da tutela penal é garantido pela existência de outra norma ou mecanismo menos restritivo de direitos que assegure com a mesma eficácia a protecção do bem jurídico em causa. Sucede que para os comportamentos que esta proposta visa criminalizar, tal não ocorre.

Os crimes previstos na lei para actos corruptivos ou conexos têm um âmbito de aplicação diferente e protegem outros bens jurídicos.

No que respeita ao crime de fraude fiscal, previsto nos artigos 103.º e 104.º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), que se refere apenas à omissão de declaração para efeitos tributários, a ASJP entende que essas normas não anulam a necessidade de reforço dos mecanismos de transparência previstos na LOD.

Em primeiro lugar, está em causa a protecção de bens jurídicos distintos: no RGIT, referentes à relação tributária que se estabelece entre o sujeito passivo e o Estado; na LOD, referentes à fiscalização do exercício de altas funções públicas.

Em segundo lugar, face à forma como a lei está redigida, são conhecidas as divergências jurisprudenciais sobre a existência, ou não, do dever de declarar às autoridades tributárias incrementos patrimoniais obtidos ilicitamente, em face do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e da proibição do dever de auto-incriminação. Sendo assim, se o crime que aqui se propõe devesse confundir-se com o de fraude fiscal, os titulares de altas funções públicas não estariam sequer obrigados a declarar os rendimentos e património recebidos no exercício do cargo e depois ocultados, pelo menos de acordo com uma das interpretações plausíveis da lei.

Em terceiro lugar, seria inadequado aplicar à ocultação de riqueza adquirida no período de exercício de altas funções públicas os mecanismos de dispensa e atenuação especial da pena, previstos no artigo 22.º do RGIT.

Por fim, a não punibilidade prevista no artigo 103.º, n.º 2, do RGIT depende do apuramento da vantagem patrimonial efectiva, resultante da operação de liquidação do imposto devido, e não do valor da riqueza obrigada a declarar pela LOD.

- **A objecção da violação do princípio da legalidade**

O objecto do comportamento proibido e punido é a omissão de declaração e justificação de aquisição de riqueza. O acto ilícito encontra-se perfeitamente identificado nas normas propostas. Não se visa punir uma situação de facto objectiva, dada pela mera titularidade de certa riqueza, mas sim a acção intencional de ocultar a sua aquisição das entidades fiscalizadoras.



## Lei n.º 20/2008, de 21 de abril: corrupção no sector privado

Manuel Monteiro Guedes Valente

### Sumário:

- I. Enquadramento do tema
- II. Evolução jurídico-criminal das incriminações – breve análise
- III. Dos bens jurídicos dignos e carentes de tutela penal(?)
- IV. Algumas questões críticas das incriminações da corrupção no sector privado
- V. Questões finais: breves propostas

**RESUMO:** O artigo estuda, de forma breve, a corrupção no sector privado enquanto fenómeno delator de valores intrínsecos a uma vida harmoniosa em sociedade glocal e a influência americana e supranacional na criminalização das condutas corruptivas no espaço dos Estados europeus. Trabalha a evolução legislativa em Portugal, desde 2001, e as respetivas alterações mais significativas, assim como reafirma a *lealdade no comércio internacional*, a *confiança* e a *lealdade em geral*, a *lealdade da concorrência* e o *património* como bens jurídicos dignos e carentes de tutela penal por serem essenciais ao funcionamento do sistema económico-social. O artigo analisa várias questões críticas de legística, de hermenêutica e de aplicação normativa das incriminações da corrupção no sector privado, geradoras de insegurança jurídica face a interpretações distintas quanto à mesma nomenclatura do *texto-norma*, assentes na indeterminabilidade dos tópicos, e, ainda, apresenta pequenas propostas cirúrgicas que têm como escopo concretizar as *funções de garantia*, de *segurança*, de *coesão social* e de *equilíbrio* do Direito penal, sendo de destacar o recurso à discursividade jurídica em detrimento da belicista e a uma consistente sistematização das tipologias de corrupção subsumida ao princípio da *reserva de código*.

### I. Enquadramento do tema

A corrupção é a «doença» consciencializada da sociedade do *risco global*<sup>1</sup>, *líquida*<sup>2</sup>, *tardo-moderna*<sup>3</sup> e *internético-personocêntrica*<sup>4</sup> numa construção contínua de um Estado constitucional democrático, hoje e cada vez mais almejado como *Estado de direitos*

<sup>1</sup> ULRICH BECK, *La Sociedad del Riesgo Global*, tradução do inglês *World Risk Society* de Jesús Albores Rey, Madrid: Siglo XXI de España Editores, S. A., 2009; e *La Sociedad del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidad*, tradução do alemão *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine endere Moderne* de Jorge Navarro et Alii, Barcelona: Paidós Iberica, 2006.

<sup>2</sup> ZYGMUNT BAUMAN, *Tempos Líquidos*, tradução do inglês *Liquid Times (Living in na Age of Uncertainty)* de Carlos Laberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

<sup>3</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal e Globalização. Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 7-19 (7).

<sup>4</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, «Os desafios do processo penal do Estado democrático de direito. A sociedade internético-personocêntrica», <http://www.ibadpp.com.br/0773/>, 2014; e *Direito Processual Penal: Da Sociedade Internético-Personocêntrica*, Lisboa: Edição de Autor, 2020, pp. 35-62.

humanos<sup>5</sup>. A corrupção não tem rosto nem se pode esgrimir em esferas únicas das relações sociais e, em especial, das relações jurídicas entre os cidadãos e os poderes públicos. Esta assunção levou a que o legislador criminalizasse a *corrupção ativa e passiva no comércio internacional e no sector privado* no ano 2001 em cumprimento dos compromissos internacionais assinados, aprovados e ratificados por Portugal<sup>6</sup>. Termina a desvirtuada ideia de que o fenómeno da corrupção era apenas uma realidade nas relações jurídicas e económicas entre cidadão e Estado, *i.e.*, nas relações jurídico-económicas de poder público.

Poder-se-á afirmar que estamos sob influência do pensamento americano ou do fenómeno da americanização do direito penal no espaço europeu<sup>7</sup> na disseminação dos valores estadunidenses que não têm reflexo nem coincidem com os valores dos sistemas jurídicos europeus. Deixa-se de se considerar que só existe corrupção e

<sup>5</sup> Cf. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português – Volume I – Identidade Constitucional*, Coimbra: Almedina, pp. 31-49.

<sup>6</sup> A Lei n.º 13/2001, de 4 de junho, aprovou o crime de «Corrupção activa com prejuízo do comércio internacional», aditando o artigo 41.º-A ao Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, por força da ratificação da *Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais* da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), adotada a 17 de dezembro de 1997 em Paris [DPR n.º 19/2000 e RAR n.º 32/200, de 31 de março]. A redação atual deste tipo legal de crime, p. e p. pelo artigo 7.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, tem a comparticipação da *Convenção Penal sobre a Corrupção* do Conselho da Europa (CE), assinada a 30 de abril de 1999 em Estrasburgo [DPR n.º 56/2001 e RAR n.º 68/2001, de 26 de outubro], da *Convenção contra a Corrupção* da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), adotada em 31 de outubro de 2003, em Nova Iorque [DPR n.º 97/2007 e RAR n.º 47/2007, de 21 de setembro].

A Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro, aprovou os crimes de «Corrupção passiva no sector privado» e «Corrupção activa no sector privado», tendo aditado os artigos 41.º-B e 41.º C ao Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro. Estas duas incriminações integram a obrigação assumida por Portugal ao assinar, aprovar e ratificar a *Convenção Penal sobre a Corrupção* do CE, assinada a 30 de abril de 1999 em Estrasburgo [DPR n.º 56/2001 e RAR n.º 68/2001, de 26 de outubro]. A atual redação dos tipos legais de crime de *Corrupção passiva no sector privado*, p. e p. pelo artigo 8.º, e de *Corrupção activa no sector privado*, p. e p. pelo artigo 9.º, ambos da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, tem a comparticipação da *Decisão-Quadro n.º 2003/568/JAI*, do Conselho, de 22 de julho de 2003, e da supra indicada *Convenção contra a Corrupção* da AGNU, de 31 de outubro de 2003, e dá cumprimento às recomendações dirigidas a Portugal em matéria de corrupção pelo Grupo de Estados do Conselho da Europa contra a Corrupção, pelas Nações Unidas e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico [Lei n.º 30/2015, de 22 de abril – que alterou e deu nova redação aos artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 20/2008]. É de salientar que, contrariamente à Convenção do CE, a Convenção da OCDE de 1997 não admite que os Estados aponham reservas. Para uma leitura bem estruturada sobre esta Convenção, LEONARDO BORLINI, «Strumenti e Iniziative di Lotta alla Corruzione nel Commercio Internazionale», in *Responsabilità d'Impresa e Strumenti Internazionale Anticorruzione. Dalla Convenzione Ocse 1997 al Decreto N. 231/2001*, Milão: Egea, 2003, p. 5.

<sup>7</sup> Cf. BÁRBARA HUBER, «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional», tradução do alemão *Die Bekämpfung der Korruption aus supranationaler Sicht* de Miguel Ontiveros Alonso, *Revista Penal*, n.º 11, 2003, pp. 41-52; e *Cuestiones del Derecho penal Europeo*, tradução do alemão de Miguel Ontiveros Alonso, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 31-57 (32); ADÁN NIETO MARTÍN, «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, n.º 12, 2003, pp. 3-26; e «Americanisation or Europeanisation of Corporate Crime», in Mereille Delmas-Marty, Mark Pieth e Ulrich Sieber (Dir.), *Les Chemins de l'Harmonisation Pénale – Harmonising Criminal Law*, Paris: Société de Législation Comparée, 2008, pp. 327 e ss.

prevenção e repressão criminal da mesma por condutas dos funcionários da administração pública de modo a tutelar a imparcialidade e o prestígio da administração do Estado. Era um modelo «não solidário»<sup>8</sup>. A política criminal supranacional conduziu os Estados europeus a procederem a uma extensibilidade da responsabilização criminal de funcionários de outros países membros e de organizações internacionais por crimes de corrupção. Abandona-se o modelo centrífugador interno pelo modelo de extensibilidade da transparência, da imparcialidade e do prestígio de todos os funcionários, e, por consequência, a lealdade da concorrência no comércio internacional; do mesmo modo, no plano interno dos Estados, abandona-se o modelo «não solidário» pelo modelo de extensibilidade por crime de corrupção desvio ou violação de deveres funcionais do trabalhador do sector privado.

Mas temos o dever de alertar para um primado essencial: a corrupção não se extingue por decreto e será sempre um erro continuarmos a pensar que criminalizando ou aumentando a pena ou a amplitude da incriminação é a solução adequada a prevenir e reprimir a corrupção; acresce que a criminalização de uma conduta exige que esta lesione ou coloque em perigo de lesão um bem jurídico essencial à vida harmoniosa em comunidade, seja carente e digno de tutela penal; a tutela de bens jurídicos convoca uma política criminal subordinada aos primados constitucionais e exige a concreção dos princípios da intervenção penal – necessidade, subsidiariedade, proporcionalidade e indispensabilidade da pena, *ultima et extrema ratio* e eficácia –, sendo ainda de destacar o princípio da fragmentariedade do Direito penal cuja tutela dos bens jurídicos se impõe como indispensável, além de que dentro do âmago do bem jurídico a tutelar se exige a tutela fragmentária do mesmo bem jurídico, com exceção da vida cuja tutela é total; cumpre ao legislador inteirar-se dos limites da própria intervenção penal para que o Direito penal não se substitua à força jurídica do Direito obrigacional e laboral – cláusulas contratuais – cuja violação pode consignar uma infração disciplinar; e, ainda, neste campo da vida, se exige que se subsuma a uma purificação do tipo para evitar que condutas integrantes da adequação social da conduta sejam desvaloradas em prol de uma criminalização e massiva responsabilização criminal.

Estes quatro pontos são essenciais para que o *texto-norma*<sup>9</sup> manifeste a concreta função de garantia, função de segurança, função de coesão social e função de equilíbrio<sup>10</sup> e verificar-se-ão se a criminalização ou descriminalização da conduta obedecer à política criminal do ser humano que desenha o *se* e o *como* da dogmática jurídico-criminal.

A análise que nos propusemos fazer tem como base aqueles quatro pontos, as funções do Direito penal e a política criminal do ser humano intrínseca a um Estado de direitos humanos como o português. A esquizofrenia legislativa e a legiferação ausente de segurança jurídica nunca resolveram nem resolverão qualquer problema ou fenómeno digno de tutela criminal, desde logo não é por termos mais leis que

<sup>8</sup> Cf. ADÁN NIETO MARTIN, «La Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales», in *Estudios de Derecho Penal*, Ciudad Real: Universidad Castilla-La Mancha, 2004, p. 103.

<sup>9</sup> Para uma aceção do texto-norma e norma-texto, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2019, pp. 155-157.

<sup>10</sup> Quanto às funções do Direito penal, construídas a partir da função de proteger bens jurídicos, JOSÉ DE FARIA COSTA, *op. cit.*, pp. 21-25, e, na mesma linha, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo. O «progresso ao retrocesso»*, 4.<sup>a</sup> Edição – Versão portuguesa, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 131-138.

temos melhor lei, nem por termos mais leis temos melhor Direito<sup>11</sup>, e muito menos por termos mais incriminações e penas mais graves teremos menos crime ou uma maior consciencialização da dimensão negativa das condutas criminalizadas.

## II. Evolução jurídico-criminal das incriminações – breve análise

Os tipos legais de crime previsto na Lei n.º 20/2008 – *corrupção ativa com prejuízo no comércio internacional, corrupção passiva no sector privado e corrupção ativa no sector privado* – sofreram alterações nos últimos 20 anos, que merecem reflexão. A Lei n.º 20/2008 sistematizou e densificou com maior segurança o âmbito das incriminações em estudo, tendo já sofrido duas alterações legislativas: Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto<sup>12</sup>, e a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril<sup>13</sup>.

A incriminação do artigo 7.º da Lei n.º 20/2008 – *corrupção ativa com prejuízo no comércio internacional* – tem a sua primeira expressão no tecido jurídico português pelo artigo 41.º-A do Decreto-Lei n.º 28/84. A actual redação do tipo incide na conduta típica, antijurídica, culpável e punível, estando expurgada de definições de *funcionário estrangeiro*, de *funcionário de organização internacional* e de *titular de cargo político estrangeiro*, integrantes dos elementos do tipo por meio das suas autonomizações nas alíneas a), b) e c) do artigo 2.º da Lei n.º 20/2008. Esta opção legislativa permite que se densifique ou aperfeiçoe os tópicos de «funcionário estrangeiro», «de funcionário de organização internacional» e de «titular de cargo político estrangeiro» sem que haja necessidade de proceder a alterações da norma incriminadora em concreto, como aconteceu a operada pela Lei n.º 30/2015 que aditou ao tópico *funcionário estrangeiro* a seguinte ampliação: «assim como qualquer pessoa que assuma e exerça uma função de serviço público em empresa privada no âmbito de contrato público». Procedeu-se a uma ampliação do tópico de modo a abranger uma maior amplitude da atividade pública tendo em conta a administrativização da vida económica por meio dos prévios processos de autorização e de licenciamento de atividades, assim como da ampliação de atividades de natureza pública através de empresas privadas por contrato público.

O legislador optou por criminalizar a *corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional* e não a *corrupção passiva com prejuízo do comércio internacional*. Poder-se-ia questionar a razão de ser desta opção legislativa por se colocar em causa a coerência sistemática e teleológica desta política e uma possível ausência de reforço da

<sup>11</sup> Neste mesmo sentido podemos ler REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, tradução do alemão *Allgemeine Staatslehre* de Karin Praefke-Aires Coutinho e Coordenação de Gomes Canotilho, 3.ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 389.

<sup>12</sup> Esta lei, que transpõe a Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e a Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal, alterou o artigo 10.º da Lei n.º 20/2008.

<sup>13</sup> Esta lei integra as recomendações dirigidas a Portugal em matéria de corrupção pelo Grupo de Estados do Conselho da Europa contra a Corrupção, pelas Nações Unidas e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico e procedeu à alteração dos artigos 2.º, 5.º, 8.º e 9.º da Lei n.º 20/2008.

proteção dos respetivos bens jurídicos<sup>14</sup>. Mas consideramos que não será necessário por duas ordens de razão: primeiro, a dogmática jurídico-criminal teorizante do crime de corrupção há muito abandonou a teoria sinalagmática, *i.e.*, a prática do *crime de corrupção ativa* não depende da verificação da *corrupção passiva* – a dádiva ou a promessa não necessita de ser aceite ou rececionada pelo funcionário ou por interposta pessoa –<sup>15</sup>; segundo e existindo a solicitação ou aceitação da dádiva ou promessa, esta destina-se a funcionário nacional, estrangeiro ou de organização internacional ou titular de cargo político, que, solicitando ou aceitando a dádiva ou a promessa, incorre num crime de *corrupção passiva*, p. e p. pelo artigo 373.º do CP<sup>16</sup> e, respetivamente, pelo artigo 17.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, e, caso assim não se entenda, sempre poder-se-á aferir em concreto se estamos perante um crime de *recebimento indevido de vantagem*, p. e p. pelo artigo 372.º do CP e, respetivamente, pelo artigo 16.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, ou um crime de *abuso de poder(es)*, p. e p. pelo artigo 382.º do CP e, respetivamente, pelo artigo 26.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho<sup>17</sup>.

Os crimes de corrupção passiva e ativa no sector privado, previstos nos artigos 41.º-B e 41.º-C do DL n.º 28/84, com a nova redação da Lei n.º 20/2008, veem ampliado o âmbito da punibilidade ao se criar dois tipos de *perigo abstrato* – artigos 8.º, n.º 1 (passiva), e 9.º, n.º 1 (ativa) –; e dois tipos *qualificados de perigo abstrato-concreto* através da nomenclatura «idóneo(a) a causar» – artigos 8.º, n.º 2, e 9.º, n.º 2, respetivamente –, sendo ambos os tipos crimes de *mera atividade*. Para os primeiros, não se mostra necessário que a distorção da concorrência ou o prejuízo patrimonial efetivo para terceiro ocorra em concreto, nem mesmo que a conduta, o ato ou a omissão sejam adequados a provocar tal distorção ou prejuízo, razão por serem punidos com penas menos graves, como será analisado de seguida. Quanto aos tipos qualificados, perigo abstrato-concreto, o juízo funda-se «*ex ante*, de prognose póstuma, sobre a idoneidade da ação» para provocar a «distorção da concorrência leal ou prejuízo patrimonial para terceiros»<sup>18</sup>, sendo, por isso, punidos com pena

<sup>14</sup> Quanto a esta crítica e considerando ser «incompreensível», CARLOS ALMEIDA, «Lei n.º 20/2008, de 21 de abril», in Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco (Org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes* – Volume 2, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 200.

<sup>15</sup> Quanto a este assunto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 1191; CLÁUDIO BIDINO, «O problema específico da corrupção no sector privado (no Brasil e em Portugal)», in Cláudia Santos Cruz, Cláudio Bidino e Débora Thaís de Melo (Coord.), *A Corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 230; MANUEL ANTÓNIO DE ALMEIDA COSTA, «Artigo 374.º – Corrupção Activa», in Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal. Parte Especial* – Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, p. 682.

<sup>16</sup> Neste mesmo sentido se pode ler PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 1188.

<sup>17</sup> A estas incriminações aplica-se o conceito de funcionário previsto no artigo 386.º do CP, sendo que as alíneas b) e c) do n.º 3 do preceito, conjugado com as alíneas a), b) e c) do artigo 2.º da Lei n.º 20/2008, podem solucionar o âmbito de funcionário para a criminalização da corrupção passiva (com prejuízo do comércio internacional).

<sup>18</sup> Seguimos, quanto a estes pontos aqui expostos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 1189. Veja-se, também, MANUEL SIMAS SANTOS, «Nótula sobre o novo regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção cometidos no comércio internacional e na actividade privada», *Revista do Ministério Público*, n.º 114, Abr./Jun. 2008, pp. 55 e 57.



mais grave, como se verá. Ambos os tipos criminais, como veremos, tutelam os bens jurídicos concorrência leal e património de terceiro, bens jurídico-criminais supra pessoais.

O tipo legal de corrupção passiva no sector privado, inicialmente p. e p. pelo artigo 41.º-B do DL n.º 28/84, ganhou nova redação pelo artigo 8.º da Lei n.º 20/2008, em que a dispensa da pena e a atenuação especial da pena deixaram de constar do tipo, tendo sido autonomizadas no artigo 5.º da mesma lei, e existiu uma diferenciação quanto à pena abstratamente aplicável de acordo com a forma do tipo: se simples, crime de dano, o trabalhador lesa de forma efetiva a confiança e lealdade para com a entidade patronal por ter solicitado ou aceite, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a promessa daquela para a prática de «um qualquer ato ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais» – n.º 1 do artigo 8.º –, era punido com uma pena de prisão até dois anos ou com pena de multa; se qualificada, a conduta é «idónea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiro», lesando a lealdade da concorrência ou o património de terceiro – n.º 2 do artigo 8.º –, era punido «com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa».

Na redação inicial, o tipo legal de crime *corrupção passiva no sector privado* – p. e p. pelo artigo 41.º-B do DL n.º 28/84 – não procedia a qualquer distinção entre a forma simples e a qualificada do tipo, sendo um só tipo que exigia que *o ato ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais* tivesse como resultado *uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros*, sendo punido «com pena de prisão 3 anos ou com pena de multa até 600 dias».

A Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, que dá cumprimento às recomendações internacionais feitas a Portugal, opera alterações ao artigo 8.º da Lei n.º 20/2008, mantendo o tipo simples e o qualificado, as respetivas redações, mas agrava as penas abstratamente aplicáveis<sup>19</sup>: o tipo simples passa a ser punido «com pena de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias»; e o qualificado passa a ser punido *só* com pena de prisão de dois a oito anos.

Na redação inicial, o tipo legal de crime de corrupção ativa no sector privado – p. e p. pelo artigo 41.º-C do DL n.º 28/1984 – seguiu a mesma epistemologia e sistemática. O legislador optou por um tipo único e assente fim – *receber ou aceitar contrapartida de ato ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais* – e consequência – *donde resulte uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros* – do tipo incriminador da corrupção passiva no sector privado. Integrava, na mesma linha, a dispensa de pena e a atenuação especial da pena. A Lei n.º 20/2008, na mesma esteira do tipo incriminador da corrupção passiva, aprovou o crime de corrupção ativa n sector privado com uma nova redação, tendo prescrito o tipo simples – o agente dá ou promete vantagem patrimonial ou não patrimonial a um trabalhador do sector privado para «um qualquer ato ou omissão que constitua violação dos seus deveres» [*fin*] – punível «com pena de prisão até um ano ou com pena de multa»; e o qualificado – a conduta daquele é «idónea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiro» [*consequência*] –, punível «com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 600 dias».

A Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, que dá cumprimento às recomendações internacionais feitas a Portugal, opera alterações ao artigo 9.º da Lei n.º 20/2008, mantendo

<sup>19</sup> Cf. também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 1193.



a forma simples e a qualificada, as respetivas redações, mas agrava as penas abstratamente aplicáveis – o tipo simples passa a ser punido «com pena de prisão até três anos ou multa»; e o qualificado passa a ser punido «com pena de prisão até cinco anos ou pena de multa até 600 dias» – e passa a punir a tentativa da corrupção ativa, nos termos do artigo 9.º, n.º 3, na linha do artigo 374.º, n.º 3, do CP, assim como em respeito às recomendações da ONU para cumprimento da Convenção contra a Corrupção.

Podemos verificar que a censura ético-jurídica na criminalização da corrupção no sector privado expressa legalmente segue a mesma proporcionalidade que na criminalização da corrupção, p. e p. pelo Código Penal e pela Lei n.º 34/87, de 16 de julho: a conduta integrante da corrupção passiva é punível sempre com pena superior à da corrupção ativa. Do mesmo modo, poder-se-á aludir a uma assunção que pode parecer de simples perceção, mas que se impõe em tempos de legiferação: as últimas décadas marcam uma evolução legislativa quanto à clarificação dos tipos simples e qualificados, dos institutos da dispensa de pena e da atenuação especial da pena, a par de um acréscimo no manancial persecutório processual, sem que haja registo de que a perceção do fenómeno da corrupção tenha diminuído e de que tenha havido um aumento concreto de acusações e, respetivas, condenações por crimes de corrupção. E no que concerne à corrupção ativa com prejuízo no comércio internacional, corrupção passiva no sector privado e corrupção ativa no sector privado, os resultados são muito exíguos como demonstra uma simples busca digital às decisões<sup>20</sup> e à jurisprudência dos Tribunais portugueses<sup>21</sup>.

### III. Dos bens jurídicos dignos e carentes de tutela penal (?)

Os bens jurídicos tutelados pelas incriminações previstas e punidas pela Lei n.º 20/2008 são, hoje e cada vez mais, valores nucleares e essenciais às relações jurídico-económicas e à vivência harmoniosa em sociedade sob pena de a confiança daquelas se desestruturar e, quem sabe, se esboroar, colocando em causa toda a atividade do sector privado; são bens jurídicos com expressão axiológico-constitucional<sup>22</sup> – formal e material –, cuja tutela penal se mostra necessária e indispensável

<sup>20</sup> Como exemplo da aplicação e condenação de cidadãos por corrupção ativa e passiva no sector privado, podemos indicar o famoso processo da Face Oculta, em que se aplicou o regime dos artigos 41.º-B e 41.º-C do DL n.º 28/84, e o processo-crime da transmissão de dados pessoais de clientes de uma operadora de comunicação por parte de um trabalhador a outros trabalhadores de outra operadora a troco de vantagem patrimonial [Processo com NUIPC n.º 770/16.4T9LRS].

<sup>21</sup> A título de exemplo, e dos poucos, o Ac. TRP, Processo com NUIPC n.º 269/10.2TAMTS.P1, de 6 de março de 2013.

<sup>22</sup> Quanto à Constituição enquanto «critério regulador da actividade punitiva do Estado», JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 117.º, 1984-1985, n.º 3718, p. 11. No mesmo sentido: MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Constituição e Direito Penal», in *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico: Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: FLAD, 1997, p. 200; JOSÉ DE SOUSA E BRITO, «A lei penal na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição – Volume II*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978, p. 197; WALTER SAX, «Grundsätze der Strafrechtspflege», in Bettermann / Nipperdey / Scheuner (Orgs.), *Die Grundrechte*, Band 3., Halbband 2.: *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 911; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português I. Parte geral. Introdução e Teoria da Lei Penal*, 3.ª Edição, Lisboa: Babel/Verbo, 2010, p. 41; MARIA

para que se garanta qualidade e bem-estar de todos, os direitos e liberdades de todos<sup>23</sup>, e, assim, se cimente a construção de uma sociedade mais livre, mais justa e solidária<sup>24</sup>; e, por fim, consideramos que são bens jurídicos com dignidade e carência de tutela jurídico-criminal por força da ordem axiológico-constitucional.

O bem jurídico tutelado pelo crime de *corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional* – artigo 7.º da Lei n.º 20/2008 – é a *lealdade da concorrência no comércio internacional*<sup>25</sup>. É um bem jurídico imaterial e supra pessoal essencial ao funcionamento harmonioso ao sistema social. Este bem jurídico não se confunde com os bens jurídicos tutelados pelo artigo 374.º do CP – *corrupção ativa de funcionários nacionais, da União Europeia, de Estados-membros da União Europeia e de organizações internacionais de direito público de que Portugal é membro* – e pelo artigo 18.º da Lei 34/87 – *corrupção ativa de titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos: autonomia intencional do Estado*<sup>26</sup> e *integridade do exercício das funções públicas* (funcionário, cargo político ou alto cargo público)<sup>27</sup>.

---

DA CONCEIÇÃO CUNHA, «Constituição e Crime». *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: Universidade Católica Editora/Porto, 1995, pp. 195 e ss.; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Direito Penal. Fundamentos Político-Criminais*, Lisboa: Edição de Autor, 2017, p. 150; CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, tradução do alemão *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (2.ª Edição) de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999, pp. 54-56; HANS-HEINRICH JESCHECK e THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tradução do alemão *Lehrbuch des Strafrechts. All. Teil* de Miguel Olmedo Cardenete, 5.ª Edição, Granada: Comares Editorial, 2002, pp. 7-9. Nesta mesma linha, afirmamos que a Constituição democrática é um marco da política criminal e fonte valorações constitucionais que devem reger a conceção e os operadores da política criminal: MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *op. cit.*, pp. 23-24, n. 19, na linha de JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*, 3.ª Edição, Valência: Madrid, 1999, pp. 84-85, e de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 35.

<sup>23</sup> Cf. artigo 9.º, alíneas b) e d), da CRP.

<sup>24</sup> Cf. artigo 1.º da CRP.

<sup>25</sup> Cf. CARLOS ALMEIDA, *op. cit.*, p. 198; ADÁN NIETO MARTÍN, «La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato», in *La Corruzione tra Privati*. Milão: Giuffrè, 2003, p. 125; EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, *La Corrupción de Agente Público Extranjero e Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 80; MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Dir. Quintero Olivares, 7.ª Ed., Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2008, p. 1766; JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español», *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, mayo-agosto 2008, pp. 202-204; e «Corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Corruption in International Business Transactions*», *Eunomia – Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14, abr-set 2018, p. 311; JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI e ISIDORO BLANCO CORDERO, «Los Nuevos Delitos de Corrupción en las Transacciones Comerciales e Internacionales», *Revista de Ciencias Penales*, Volume 4, 2001-2002, p. 12.

<sup>26</sup> Cf. MANUEL ANTÓNIO DE ALMEIDA COSTA, «Sobre o Crime de Corrupção», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia* – Tomo I, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, p. 145, e «Artigo 374.º – Corrupção Activa», p. 681. No que diz respeito ao artigo 18.º da Lei n.º 34/87, CARMO DIAS, «Lei n.º 34/87, de 16 de junho», in Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco (Org.), *Comentário das Lei penais Extravagantes* – Volume 1, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 800.

<sup>27</sup> Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 1190; e MANUEL SIMAS SANTOS e MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código Penal Anotado* – Volume IV, 4.ª Edição, Lisboa: Rei dos Livros, 2019, p. 825.

Os bens jurídicos tutelados pelas incriminações dos artigos 8.º – corrupção passiva no sector privado – e 9.º – corrupção ativa no sector privado – da Lei n.º 20/2008 são: a confiança e a lealdade em geral; a lealdade da concorrência; e o património<sup>28/29</sup>. Importa convocar também que a confiança e a lealdade em geral implicam a *fidelidade* ou a *lealdade* do trabalhador para com o empregador<sup>30</sup> na linha do estipulado pela alínea f) do artigo 128.º do Código do Trabalho. Já quanto ao tipo qualificado, em que os bens jurídicos são a *lealdade da concorrência* e o *património*, é de salientar que há autores<sup>31</sup> que colocam em causa a sua dignidade penal tendo em conta o funcionamento do mercado e a concorrência ser ou não justa e honesta. Não obstante não acompanharmos de todo esta crítica, consideramos que tem algum fundo de razão por abrir espaços de incriminação em áreas que não deviam ser do Direito penal e por poder trazer algumas dificuldades e restrições de aplicação sob pena de se paralisar o sistema económico.

Sabendo-se da importância do funcionamento mínimo do sistema económico-social, defendemos que os bens jurídicos tutelados pelas incriminações previstas e punidas pela Lei n.º 20/2008 são necessárias, indispensáveis e essenciais à vida harmoniosa em sociedade e têm substrato constitucional enquanto valores imprescindíveis a uma vivência em que a concorrência deve ser sã, leal e justa, e o mercado deve funcionar de forma regulada. Defendemos que têm dignidade e carência penal, mas a mesma deve cingir-se ao *mínimo ético*<sup>32</sup> a tutelar sob pena de niilificarmos o princípio da fragmentariedade da intervenção penal. Outra coisa, melhor, o grande desafio é a interpretação do *texto-norma* incriminador e a subsunção dos factos ao mesmo, construindo a *norma-texto* em obediência ao princípio da constitucionalidade<sup>33</sup>, impondo-se uma rigidez da legalidade penal sob pena de se permeabiliza-

<sup>28</sup> Cf. CARLOS ALMEIDA, *op. cit.*, p. 204; ORNELLA STRADAIOLI, «Corruzione tra Privati», *Le disposizioni penali della legge anticorruzione*, n.º 190, 2012. Trieste: EUT Edizioni Università di Trieste, 2013, pp. 80-81; BÁRBARA HUBER, «La lucha contra la corrupción...», p. 39; ADÁN NIETO MARTÍN, «La corruzione nel settore privato...», in *La Corruzione tra Privati...*, p. 111.

<sup>29</sup> Neste mesmo sentido se pode ler o Ac. TRP, Processo n.º 269/10.2TAMTS.P1, de 6 de março de 2013: «O bem jurídico tutelado pelos crimes de Corrupção ativa no sector privado e de Corrupção passiva no sector privado, dos artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, é a lealdade e a confiança imprescindíveis para as relações privadas, já que o núcleo do injusto reside na violação dos deveres funcionais por parte do trabalhador do sector privado.»

<sup>30</sup> A título de exemplo, JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMANDI e ISIDORO BLANCO CORDERO, «La Criminalizzazione della Corruzione nel Settore privato...», pp. 71-72; JOACHIM VOGEL, «La Tutela Penale contro la corruzione nel settore privato: la speriienza tedesca», in *La Corruzione tra Privati*. Milão: Giuffrè, 2003, pp. 93 e ss.; MANUEL SIMAS SANTOS, «Nótula sobre o novo regime de responsabilidade ...», pp. 62 e 70.

<sup>31</sup> A título de exemplo, ARTURO VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la Tipificación de la Mal Llamada “Corrupción entre Particulares” (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)», in F. Javier Álvarez García (Dir.), *La Adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 489.

<sup>32</sup> Quanto a este assunto, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal*, pp. 196-200.

<sup>33</sup> Quanto ao princípio da constitucionalidade e a imperiosa necessidade de se convocar nas interpretações das normas restritivas da liberdade, em especial as incriminadoras e processuais penais, RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos de Inconstitucionalidade da Lei*, Lisboa: UCE, 1998, pp. 167 e ss.; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 6.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 242-253. É de salientar as obras comentadas de Paulo Pinto de Albuquerque ou por si coordenadas, cujos comentários se expressam em conformidade com a Constituição e a CEDH.

rem interpretações extensivas *in malam partem* e, até mesmo, integrações analógicas *in malam partem*, proibidas pelo artigo 1.º, em especial o n.º 3, do CP em obediência ao princípio da legalidade, consagrado no artigo 29.º, n.º 1, da CRP.

#### IV. Algumas questões críticas das incriminações da corrupção no sector privado

Há questões críticas intrínsecas às incriminações da corrupção no sector privado que se dividem quanto às normas integrantes e as normas incriminadoras, em especial as que se prendem com a interpretação normativa.

A primeira questão prende-se com a descodificação das incriminações e de normas integrantes – teoria da lei penal e teoria da infração – retirando a consistência sistemática e a respetiva segurança jurídica intrínseca à codificação. A par desta realidade das últimas quatro décadas e que se tem adensado com o argumento de que seja uma melhor técnica legislativa e permitir uma melhor e mais célere atualização positiva face à evolução da sociedade e em resposta aos desafios constantes, acresce a ausência de rigor sistemático no uso das nomenclaturas de modo a evitar entropias interpretativas: *v.g.*, o uso da nomenclatura «funcionário nacional ou titular de cargo político nacional» na alínea *b*) do artigo 3.º, em referência aos artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 20/2008, quando estes preceitos subscrevem a nomenclatura «trabalhador do sector privado».

Impõe-se rigor legislativo, tendo em conta o escopo de separar, de forma objetiva e clara, certa e determinável, o âmbito da aplicação da norma incriminadora entre os crimes de corrupção no sector privado, previstos e punidos pela Lei n.º 20/2008, e os de corrupção previstos e punidos pelos artigos 373.º e 374.º do CP e artigo 17.º e 18.º da Lei n.º 34/87. Essa destrinça é importante para não se cair numa conflitualidade entre a corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional, cujo beneficiário da promessa ou da dádiva é «funcionário nacional, estrangeiro ou de organização internacional ou titular de cargo político, nacional ou estrangeiro» e a corrupção, e a corrupção ativa no sector privado, mas o artigo 3.º reserva a alínea *a*) para este espectro. Não pode o legislador confluir as duas alíneas do artigo 3.º para o mesmo espectro pessoal, quando há uma diferença normativa de natureza e de objeto entre os artigos 7.º, 8.º e 9.º da própria Lei n.º 20/2008.

O legislador, como prática a rejeitar numa legislação que devia obedecer aos princípios da certeza e da determinabilidade por força do princípio da legalidade, segue a técnica da remissão subsidiária quanto à aplicação das disposições do Código Penal no que diz respeito às normas incriminadoras – artigo 5.º, n.º 2 da Lei n.º 20/2008 – e à aplicação das disposições da legislação de cooperação jurídica internacional no que diz respeito à validade da lei penal no espaço – artigo 3.º da Lei n.º 20/2008. A integração dos tipos legais de crime no Código Penal, no respeito pelo princípio da reserva de código<sup>34</sup>, implicaria a sua subsunção a toda a sistemática e axiologia inata do próprio código, evitaria o recurso ao direito subsidiário e

<sup>34</sup> Defendido por nós há mais muitos anos na esteira do pensamento de LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Tradução do italiano *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale* de Perfecto Andrés Ibañez *et Alii*, 7.ª Edição, Madrid: Trotta, 2005, pp. 382-385. Sabemos que a codificação não resolve todos os problemas de indestreza e de indeterminabilidade interpretativa (p. 122), mas consideramos que as diminui e dota as normas de coerência e, acima de tudo, de consistência sistemática.

diminuiria os espaços de incerteza e de indeterminabilidade normativa. Veja-se que a própria legislação de cooperação jurídica internacional determina ou convoca a aplicação subsidiária das disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal<sup>35</sup>. Acresce que o n.º 2 do artigo 4.º se aplica mesmo quanto à validade da lei penal no espaço, no âmbito do artigo 3.º ambos da Lei n.º 20/2008, sob pena de violação ou neutralização das restrições à aplicação da lei penal portuguesa previstas no artigo 6.º do CP, sendo de destacar o princípio *ne bis in idem*, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º do CP e n.º 5 do artigo 29.º da CRP.

O legislador admite a possibilidade de as incriminações previstas nos artigos 7.º, 8.º e 9.º da Lei n.º 20/2008 estarem em concurso quanto a uma mesma unidade fáctico-jurídica exigindo uma unidade normativa face a um concurso de normas. A solução expressa é o recurso ao princípio da *subsidiariedade expressa*, por força do artigo 4.º, n.º 1, da mesma lei, com recurso ao instituto da pena. O texto normativo deste preceito encontra-se, por regra, expresso na parte final das normas incriminadoras e não em separado. Mais grave é que parece induzir o intérprete à exegese quanto à aplicação da pena em concreto, quando na realidade parece-nos que a *mens legis* é a de orientar a solução face a um possível concurso aparente.

Podemo-nos confrontar com uma conduta que seja subsumível ao tipo legal do artigo 7.º da Lei n.º 20/2008, assim como às normas incriminadoras da corrupção do Código Penal e da Lei n.º 34/87. Uma mesma unidade fáctico-jurídica não pode gerar mais do que uma única incriminação sob pena de violação do princípio *ne bis in idem*, consagrado no n.º 5 do artigo 29.º da CRP. O legislador aponta a solução por meio da pena mais grave, *subsidiariedade expressa* por existir uma *relação de interferência de valor com um núcleo comum*<sup>36</sup>, mas não podemos olvidar a possibilidade de se estar numa *relação de espécie e género*<sup>37</sup> – *especialidade* –, caso, por exemplo, o bem jurídico seja o mesmo, nem muito menos de se estar perante uma *expressão de um desvalor penal homogêneo*<sup>38</sup> por os bens jurídicos poderem ser distintos – *consunção* –, aplicando-se a norma que melhor tutela os bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão. Concordando que os bens jurídicos a tutelar pelas normas incriminadoras da Lei n.º 20/2008 possam, em concreto, ser distintos das normas incriminadoras do Código Penal e da Lei n.º 34/87, não acompanhamos os que defendem estarmos perante um concurso efetivo com fundamento de os bens jurídicos serem diferentes<sup>39</sup>, abrindo-se a porta a uma dupla ou tripla incriminação.

Outra questão crítica prende-se com os limites positivos e negativos das incriminações em confronto com a *adequação social da conduta* sob pena de se criminalizarem, melhor, de se subsumirem às incriminações condutas que são socialmente admitidas, intrínsecas à vida negocial do mercado: *i.e.*, poder-se-á sempre perguntar que valor patrimonial (pecuniário ou género) ou não patrimonial excede o critério

<sup>35</sup> Cf. as normas que exigem a verificação da necessidade de queixa, que determinam a verificação da prescrição ou da extinção do procedimento criminal, e o artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto.

<sup>36</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português I...*, 3.ª Edição, pp. 358-364.

<sup>37</sup> Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 354-358.

<sup>38</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 364-374.

<sup>39</sup> No sentido de estarmos perante um concurso efetivo CARLOS ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 201-202.



da adequação social. Os tópicos «valor patrimonial» e «valor não patrimonial»<sup>40</sup> são indeterminados e podem em tempos e espaços distintos diferenciarem-se, assim como a diferenciação depende da formação e da perceção ético-valorativa da vida em sociedade do intérprete e aplicador da norma.

Ensinam JORGE DE FIGUEIREDO DIAS<sup>41</sup> e PAULA RIBEIRO DE FARIA<sup>42</sup>, qualquer comportamento típico criminal integra, à partida, uma dimensão de ilicitude e uma dimensão de inadequação social, que necessitam de ser escalpelizadas e demonstradas, ou seja, «em todos os tipos de ilícito vive (implicitamente) uma cláusula de ilicitude como uma cláusula de inadequação social». Face à indeterminabilidade dos elementos objetivos supra identificados, surge-nos a interrogação de saber como se apura uma *ausência de negação do sentido social contido no tipo de ilícito e uma insignificante lesão ou perigo de lesão do bem jurídico*<sup>43</sup>. Não obstante a remissão doutrinária para a conceptualização na linha do que se afere para os crimes de corrupção previsto e punidos pelo Código Penal<sup>44</sup> – valor/prestação que *beneficia objetivamente a situação do funcionário*<sup>45</sup> –, considera-se que seria preferível estipular-se um valor orientador para evitar que uma pessoa, responsável por sector de uma empresa privada e que recebe anualmente uma prenda de Natal de X valor pecuniário, sem que objetivamente beneficie a situação económico-patrimonial, venha a ser condenado pela prática do crime de *corrupção passiva no sector privado*, p. e p. pelo artigo 8.º da Lei n.º 20/2008, por o Tribunal considerar que as prendas excedem o socialmente adequado, condenando-se o agente que deu as prendas por um crime de *corrupção ativa no sector privado*, p. e p. pelo artigo 9.º da Lei n.º 20/2008<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Neste tópico «valor não patrimonial» podem entrar todas as formas de vantagem, incluindo os designados «favores sexuais», como defende EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, *op. cit.*, pp. 96-97, acompanhado por CARLOS ALMEIDA, *op. cit.*, p. 201, mas a questão, e nossa preocupação, é saber quais são os limites interpretativos para o preenchimento deste tópico, *i.e.*, a indeterminabilidade. É de convocar o pensamento de CASTANHEIRA NEVES quanto à função de garantia do princípio da legalidade «contra o exercício já ilegítimo (político-juridicamente ilegítimo), já abusivo (persecutório e arbitrário), já incontroável (subtraído à racionalidade jurídico-dogmático e crítico-metodológica) do *ius puniendi* estadual. [...] só a incriminação e a punição que se submetam quer às exigências de fundamento e critérios, quer aos limites jurídicos que lhes visa impor o princípio da legalidade criminal se aplicarão em termos de se afirmarem, por um lado, como político-juridicamente legítimas – reconhecer-se-á o “princípio democrático” ou representativo-democrático na definição dos pressupostos da incriminação punitiva e cumprir-se-á o “princípio da separação de poderes” na determinação normativa desses pressupostos – e de levarem, por outro lado, preservada a segurança jurídica (a previsibilidade e a confiança jurídicas) e suficientemente respeitada a liberdade dos cidadãos (pela exclusão mesma do arbítrio, correlato de aquela segurança jurídica, e pela possibilidade de controle da incriminação e punição que o cumprimento do princípio garantirá)». Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, «O princípio da legalidade criminal», in *Digesta* – I, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 353-354.

<sup>41</sup> Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Parte Geral* – Tomo I – *Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 291-292.

<sup>42</sup> Cf. PAULO RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal – Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2005, pp. 318 e ss.

<sup>43</sup> Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 676-677, e PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, pp. 208 e ss.

<sup>44</sup> Cf. CARLOS ALMEIDA, *op. cit.*, p. 201.

<sup>45</sup> Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 1181.

<sup>46</sup> A questão ora colocada não é ficção, pois está bem presente num processo em que existiu a condenação por crimes de corrupção ativa e passiva no sector privado, sem que existisse uma



Na esteira dos tópicos indeterminados, como nos crimes de corrupção do CP, também nos do diploma em análise, podemos convocar o tópico «violação dos seus deveres funcionais». Não pretendemos discutir o elemento subjetivo, que, a par do dolo, exige a verificação da especial intenção do trabalhador do sector privado. O que levanta problemas de interpretação é o entendimento doutrinário e jurisprudencial do que se deve conceder como «seus deveres funcionais»: os que são inerentes à sua relação jurídico-laboral para com a empresa ou os que são intrínsecos à relação jurídico-laboral para com a empresa de acordo com a funcionalidade específica do cargo para que foi contratado? São dimensões funcionais e obrigacionais distintas: a primeira mais ampla, colocando em causa as funções de garantia e de equilíbrio do Direito penal, uma vez que basta que a prática do ato ou a omissão constitua um dever geral adstrito a todos os trabalhadores para o tipo se preencher; já diferente é a segunda, mais restritiva e conforme o princípio *odiosa sunt restringenda*, cuja imputação exige que a violação se reporte em exclusivo aos deveres funcionais adstritos ao cargo para que foi contratado. Esta discussão coloca-se quanto ao tópico «contrários aos deveres do cargo» do crime de corrupção passiva, p. e p. pelo artigo 373.º (n.º 1) do CP, tendo os Tribunais superiores decidido que se deve esgotar nos deveres do cargo em que foi investido<sup>47</sup> e outras vezes decidido que basta serem os deveres (gerais) do funcionário<sup>48</sup>, entendido nos termos do artigo 386.º do CP. A indeterminabilidade dos tópicos normativos integrantes dos elementos objetivos e subjetivos de tipos incriminadores como os da corrupção são propícios a gerar decisões contraditórias ou, no mínimo, desvirtuadas do sentido literal e da teleologia da norma.

Acresce referir que o Direito Penal não pode substituir o Direito da Concorrência, nem o Direito do Trabalho, a fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais e o respetivo Direito Disciplinar por violação do dever de lealdade do trabalhador para com o empregador, previsto na alínea f) do artigo 128.º do CT. Como já frisamos, os bens jurídico-criminais tutelados pelas incriminações da Lei n.º 20/2008 são *essenciais à vida harmoniosa em sociedade e têm dignidade e carência penal*<sup>49</sup> por servirem valores e *interesses* intrínsecos ao *sistema social*<sup>50</sup>. Mas o Direito Penal não pode substituir-se à fiscalização, ao dever de vigilância por parte do empregador quanto ao cumprimento das cláusulas contratuais por parte do empregado – trabalhador –,

---

aferição concreta do que, no meio económico-empresarial da atividade em causa, era prática dar e receber como prendas, com o agravamento de a entidade ter testemunhado em sede de audiência e julgamento que a conduta do seu trabalhador não violou os seus deveres funcionais nem causou qualquer prejuízo económico à empresa, antes esta lucrou com os seus métodos de gestão. Acresce que, do estudo feito, verificou-se que também não ficou demonstrado que tivesse existido deslealdade concorrencial. Não se identifica o caso por ainda não terem transitado em julgado todas as decisões judiciais do processo.

<sup>47</sup> Ac. TRL, Processo 263/06.8JFLSB.L1-9, de 22 de abril de 2010, e Ac. do TRE, Processo 2/11.1GALSB.E1, de 16 de fevereiro de 2016.

<sup>48</sup> Ac. TRL, Processo n.º 3008/13.2JFLSB.L1-5, de 8 de setembro de 2020.

<sup>49</sup> Neste mesmo sentido MANUEL DA COSTA ANDRADE, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” ...», p. 178: pois são «indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada»; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção criminal e Acção Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 159-161, n. 336 e 337.

<sup>50</sup> Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 178.

nem à efetividade do Direito disciplinar. O Direito Penal nunca deve funcionar como tábua de salvação e de afirmação de outros ramos do Direito sob pena de lhes esvaziar a força jurídico-normativa.

## V. Questões finais: breves propostas

Das questões suscitadas, salientamos algumas propostas legislativas que deviam ser convocadas para uma discussão no quadro legislativo quer no processo legislativo em curso no quadro da prevenção e repressão da corrupção quer em outro processo legislativo de futuro.

Consideramos que se deve abandonar na exposição de motivos e nos discursos programáticos jurídicos vocábulos como «luta», «combate», «guerra» ao crime de corrupção por serem vocábulos inadequados à epistemologia, axiologia e teleologia do Direito penal de liberdade e do bem jurídico de um Estado constitucional democrático e, muito menos, de um Estado de direitos humanos. O Direito previne e reprime, não luta, nem combate, nem utiliza a arte da guerra. O rigor discursivo fenomenológico é essencial porque as palavras têm força, são «atos» e «factos»<sup>51</sup> com consequências e, por essa razão, devemos evitar as *supra* construções axiológicas contraditórias face às funções e os fins do Direito Penal e respetivas sanções penais.

Defendemos que se expurguem os conceitos ou tópicos indeterminados, germinadores de incertezas e de uma ampla flexibilização interpretativa, cuja subsunção do facto à norma depende muito da consciência ético-social e respetiva ciência da vida do tecido empresarial e económico. Toda a lei penal, em obediência ao princípio da legalidade, deve ser certa – *praeclara* – e carregar uma determinabilidade cuja interpretação e aplicação se processe com segurança jurídica e garantia de todos os cidadãos. Carece de clarificação o sentido concreto de «vantagem patrimonial ou não patrimonial» e de «deveres funcionais» de modo a evitar interpretações extensivas *in malam partem*.

Somos da opinião, há muito, de que devemos respeitar e, até mesmo, repor o princípio da *reserva de código* para que as funções e finalidades do Direito Penal se materializem por meio de uma melhor e maior densidade e consistência sistemática dos tipos incriminadores, redefinindo-se os próprios tipos de modo a evitar uma multiplicidade de incriminações por corrupção<sup>52</sup>, diminuindo-se e eliminando-se de todo a técnica remissiva dos tempos contemporâneos. Nesse sentido, consideramos que os tipos legais de corrupção no sector privado, assim como no âmbito das funções políticas e altos cargos públicos (que são de nomeação política) e no desporto, deviam passar a integrar o Código Penal. Se é notória a preocupação e a conscientização de que o fenómeno da corrupção mina as estruturas sociais, económicas e políticas de um Estado de Direito democrático, corrói a democracia e gera erosão na justiça por ser incapaz de garantir uma efetiva responsabilização criminal, cabe ao legislador submeter o regime incriminatório da corrupção sistematizado sujeito a uma mesma teoria da lei penal, a uma mesma teoria da infração e a uma mesma

<sup>51</sup> Seguimos LUDWIG WITTGENSTEIN, *Tratado Lógico-Filosófico* \* *Investigações Filosóficas*, 5.ª Edição, tradução do alemão *Tractatus Logico-Philosophicus* e do inglês *Philosophical Investigations* de M. S. Lourenço, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

<sup>52</sup> Veja a crítica feita a Portugal pelo *Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Portugal*, de 14 de junho de 2013.

teoria da pena da ordem jurídico-criminal de modo a garantir o máximo possível da unidade da ordem jurídica considerada no seu todo.

Mais do que implementar um regime de canais de denúncia, que se pensa poder vir a ser «anónima», considera-se que se deve optar por incrementar um rigoroso regime de prevenção através da implementação efetiva de um *regime jurídico dos programas de cumprimento normativo*<sup>53</sup> regulado por lei para que haja uma uniformização material e processual, na linha de outros Estados identificados na Estratégia Nacional Anticorrupção<sup>54</sup>, que privilegia a prevenção por meio da fiscalização da efetiva implementação desses programas e o respetivo sancionamento administrativo das empresas do sector privado que não tenham procedido à sua concretização e que não o apliquem sempre que um dos seus trabalhadores infrinja ou viole o regime de comportamento normativo da empresa.

O ‘reajuste’ que se prevê ou se projeta para o artigo 11.º do CP, quanto à responsabilidade das pessoas coletivas, em especial no que respeita à determinação da medida da pena tendo em conta os programas de cumprimento normativo implementados naquelas, e o assumir da necessidade de a ordem jurídica ter de prever normas processuais penais aplicáveis à pessoa coletiva arguida num processo-crime<sup>55</sup>, devem ser concrecionados no quadro de uma legiferação criminal integrada no princípio da *reserva de código*, sob pena de voltarmos a ter mais uma lei avulsa que não passa de uma manta de retalhos.

---

<sup>53</sup> Cf. Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024, p. 49.

<sup>54</sup> Cf. Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024, p. 49: Espanha, Reino Unido, França, Argentina, Chile e Brasil.

<sup>55</sup> Cf. Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024, p. 50.

**CAPÍTULO V**

**REFORMA DO**

**DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES**



# O direito das contra-ordenações necessário para um combate eficaz da corrupção

Alexandra Vilela

## Sumário:

- I. Introdução
- II. As sanções contra-ordenacionais na ENAC
- III. Análise de algumas propostas da ENAC
  1. Apreciação geral
  2. As marcas do Estado Regulador na ENAC
- IV. Algumas propostas de revisão do RGCO com eficácia no âmbito da prevenção do fenómeno corruptivo
  1. Palavras prévias às mencionadas propostas
  2. Algumas propostas concretas de alteração ao RGCO
- V. Conclusão

**RESUMO:** Nas linhas abaixo, é feito um levantamento não exaustivo do modo como a ENAC olhou para o direito contra-ordenacional, em sede de prevenção e combate ao fenómeno corruptivo. Seguem-se um conjunto de reflexões sobre as propostas ali vazadas e equaciona-se a necessidade de uma revisão ao regime geral das contra-ordenações não apenas no específico campo da prevenção da corrupção, mas sim em geral. É afluída, igualmente, a importância deste direito no quadro do ordenamento jurídico português. No final, conclui-se considerando o acertado da decisão da Estratégia de convocar para esta luta o direito de mera ordenação social.

## I. Introdução

A versão final da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 (ENAC), já aprovada em Conselho de Ministros, constitui um documento que tem como desiderato «dar seguimento ao objetivo prioritário do Governo de combater a corrupção e a fraude como instrumento essencial do reforço da qualidade da democracia e a plena realização do Estado de Direito»<sup>1</sup>. Para tanto, a ENAC assume – e bem – o recurso ao direito penal como a *ultima ratio* e coloca o acento tónico na «prevenção dos fenómenos corruptivos»<sup>2</sup>, ponto que é desenvolvido algumas páginas à frente, sob a designação «Prevenir e detetar os riscos»<sup>3</sup> e, dentro de certa medida, dar cumprimento ao disposto na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção

---

Por opção da Autora, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> O texto citado corresponde a um excerto do artigo que se encontra na página oficial do XXII Governo, debaixo do título «Governo aprova Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024», página a que se acedeu em 27/03/2021 (<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=governo-aprova-estrategia-nacional-anticorruptcao-2020-2024>).

<sup>2</sup> P. 15 da ENAC.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 41.



(Convenção de Mérida)<sup>4</sup>. É, pois, nesse local que se encontra ubicada a proposta de recurso a sanções, como, por exemplo, as contra-ordenacionais, aplicáveis quer ao sector público quer ao privado. Como sabemos, tais sanções pertencem ao direito de mera ordenação social. Um direito sancionatório que trabalha com um «facto ilícito e censurável que preenche um tipo legal» (contra-ordenação) e cuja principal sanção é a coima, uma sanção de natureza exclusivamente pecuniária, conforme o artigo 1.º do Regime Geral das Contra-ordenações (RGCO), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro<sup>5</sup>. Uma sanção que começou por ter uma função apenas «de censura ou advertência puramente social»<sup>6</sup> e à qual, presentemente, podemos atribuir outras funções.

Será, pois, o modo como se olha para o direito das contra-ordenações, no âmbito do documento do Governo contra a corrupção, e simultaneamente o estado actual deste direito que estará no horizonte de reflexão deste pequeno trabalho. No entanto, previamente, adentremos, mais ainda, na ENAC, a fim de que percebamos qual o modo como se pretende «usar» o direito de mera ordenação social para, depois, enfim, avançarmos com a sobredita reflexão.

## II. As sanções contra-ordenacionais na ENAC

De acordo com o que alcançamos da leitura da ENAC, especificamente do seu ponto dois, «Prevenir e detetar os riscos de corrupção na ação pública», é proposto que o direito de mera ordenação social, entre outros, possa ser chamado no combate à corrupção, por meio da criação de um conjunto de contra-ordenações que têm em vista sancionar a violação da «implementação de instrumentos como os planos de prevenção ou gestão de riscos e códigos de ética e de conduta, os canais de denúncia e a designação de um responsável pelo cumprimento normativo»<sup>7</sup>.

Essas normas, que poderão constituir contra-ordenações, juntamente com outro tipo de normas jurídicas, integrarão um diploma legislativo designado Regime Geral de Prevenção da Corrupção (RGPC), assim sendo retiradas do designado *soft law*, como se sabe, um «instrumento jurídico que proporciona flexibilidade a quem o utiliza», mas que, simultaneamente, gera uma «enorme discussão em torno da segurança jurídica», dado que não contempla sanções jurídicas<sup>8</sup>.

Dando, outrossim, cumprimento ao artigo 6.º, n.ºs 1 e 3, da Convenção de Mérida, conforme salienta EUCLIDES DÂMASO<sup>9</sup>, propõe-se a instituição de uma «entidade independente», o «Mecanismo (ou Agência)» que deverá operar «em estreita articu-

<sup>4</sup> Adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de Outubro de 2003, e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de Setembro.

<sup>5</sup> Com as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro, Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro, e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

<sup>6</sup> EDUARDO CORREIA, «Direito penal e direito de mera ordenação social», in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 12.

<sup>7</sup> ENAC, pp. 44 e seguinte. Relativamente ao que se diz em texto, cf., outrossim, o artigo 8.º da Convenção de Mérida, quanto aos Códigos de Conduta para os agentes públicos.

<sup>8</sup> A noção pedimo-la de empréstimo a ANA SÍLVIA EFIGÉNIA, «O princípio “comply or explain” e a “Soft Law”», in *Revista Electrónica de Direito*, 2015, n.º 1, p. 23 ([www.CIJE.UP.PT/REVISTARED](http://www.CIJE.UP.PT/REVISTARED)).

<sup>9</sup> EUCLIDES DÂMASO, «Comentários à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (2020-2024)», in *Julgar online*, 2020, pp. 3 e seguinte ([julgar.pt](http://julgar.pt)).

lação com as inspeções setoriais» e ao qual será atribuída a responsabilidade «pelo controlo da implementação do RGPC, pela verificação das respetivas infrações, processamento das contraordenações e aplicação das correspondentes coimas»<sup>10</sup>.

Sob o ponto de vista do sector privado, especificamente quanto à prevenção e detecção dos riscos, anota-se que os «programas de cumprimento normativo» só poderão cumprir o desiderato «político-criminal de prevenir, detetar e reprimir o fenómeno da corrupção», se a implementação de tais programas for obrigatória, nas empresas de grande e média dimensão e se forem previstas consequências para a sua não adopção<sup>11</sup>, assim seguindo em linha com o artigo 12.º da Convenção de Mérida. Nesse conspecto, consta da ENAC a possibilidade de o regime jurídico dos programas de cumprimento normativo no sector privado vir a integrar o RGPC, enquanto marca da «autorregulação regulada»<sup>12</sup>.

Da leitura do documento, parece-nos, ainda, que há, da sua parte, abertura para que as pessoas colectivas possam ver a sua responsabilidade penal, ou contra-ordenacional, afastada por virtude de já terem adoptado, ou aperfeiçoado, os programas de cumprimento normativo, assumindo-se que tal medida visa incentivar o uso daqueles programas<sup>13</sup>. Estes os pontos que destacamos da ENAC, quer no sector privado, quer no público para sobre ele tecermos umas quantas considerações, sendo certo que não seremos exaustivos.

### III. Análise de algumas propostas da ENAC

#### 1. Apreciação geral

Aqui chegados e cientes de que o direito das contra-ordenações não é indicado como o único direito sancionatório a que se possa recorrer<sup>14</sup>, manifestamos a nossa enorme satisfação ao vermos plasmada, na ENAC, a possibilidade de a ele se recorrer, pese embora seja desconhecido da grande maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Ainda assim, em nosso juízo, tal facto não é suficiente para que ele não seja revisitado a propósito do combate à corrupção. Bem ao contrário, pois, se do que se trata é de sancionar a violação de deveres e de regras com sanções não penais, e guardar as penais para os casos em que a infracção ofenda um bem jurídico com dignidade penal e que necessite de ser sancionada com pena<sup>15</sup>, então é desejável que elas surjam no âmbito de um direito sancionatório que seja capaz de respaldar o arguido com um conjunto significativo de direitos e garantias e que seja igualmente célere e bem delineado, sob o ponto de vista substantivo e processual. Aquele conjunto de direitos e características, cremos poder vê-los em alguns preceitos do RGCO, destacando, por exemplo, os princípios da legalidade e da tipicidade (artigo 1.º), da proibição da retroactividade da lei e da aplicação da mais favorável (artigo 3.º), o amplo direito de defesa (artigo 50.º), a possibilidade de impugnação judicial de despachos e decisões da autoridade administrativa (artigos 55.º e 58.º), bem como

<sup>10</sup> ENAC, pp. 44 e seguinte.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 48 e seguinte.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 49 e seguinte.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 44 e 45.

<sup>15</sup> FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2018, pp. 194 e seguintes.

o princípio da proibição da *reformatio in pejus* (artigo 72.º-A). Isto para além de que estamos perante um direito que elege o direito penal e o direito processual penal para seus direitos subsidiários (artigos 32.º e 41.º)<sup>16</sup>.

Temos igualmente por certo ser impossível manter-se o recurso intensíssimo ao direito penal, não só interna, como também internacionalmente, pois ele é (e assim deve continuar a ser) um direito subsidiário e que, *a contrario*, não pode, nem deve, ser utilizado em *prima ratio*, mas que, ao mesmo tempo, se distancia excessivamente de um direito penal do bem jurídico de referente pessoal<sup>17</sup>. Logo, também por aí é de aplaudir que a ENAC tenha trazido o ilícito de mera ordenação social para o seu interior, cumprindo reafirmar que há muito que defendemos a sua importância na tarefa de contribuir para que o direito penal não perca «o seu norte».

Na verdade, concebendo o direito de mera ordenação social dividido em dois grandes grupos, ou, se se preferir, a duas velocidades, arrumando, no primeiro, as contra-ordenações a que inicialmente designámos «simples» ou «destituídas de conteúdo ético-social» e, no segundo, as que visam a «protecção a um bem jurídico com dignidade penal», mas relativamente às quais não existe necessidade de pena, mas apenas «carência de sanção contra-ordenacional», e, concentrando-nos sobretudo neste segundo bloco de contra-ordenações, percebemos que assim é.

Com efeito, se as contra-ordenações integrantes do primeiro grupo em pouco se assemelham com os crimes do direito penal secundário, na medida em que se relacionam «com a ordenação e promoção do viver comunitário, bem como com o desrespeito por alguns deveres administrativos», já as segundas vivem muito perto desse manancial de infracções correspondente aos crimes do direito penal secundário de uma específica área. Repetimos, enfim, que as contra-ordenações que protegem bens jurídicos com dignidade penal vivem, por vezes, paredes-meias com aqueles crimes, estabelecendo entre elas vasos comunicantes, que permitem a passagem de um crime a contra-ordenação ou vice-versa. E, ao ser assim, fazendo intervir a categoria da «necessidade de sanção contra-ordenacional», nesse segundo grupo de infracções do ilícito de mera ordenação social, fica mais claro, aos olhos do legislador, que a conduta efectivamente não pertence ao direito penal, mas sim ao ilícito de mera ordenação social, assim legislando em respeito total pelos comandos contidos no artigo 18.º da CRP<sup>18</sup>.

Aplaudimos, outrossim, a proposta da ENAC, ao apelar para as sanções do ilícito de mera ordenação social enquanto forma de prevenção do fenómeno corruptivo, assim reprimindo as contra-ordenações a que acima designámos «simples» e integrantes do primeiro grupo, recordando-nos que o campo primevo da actuação deste direito foi o sancionamento da violação de deveres administrativos e de outras regras destinadas a contribuir para uma maior eficiência de um determinado sector.

Esta proposta encerra, pois, o mérito de colocar sob a alçada do processo contra-ordenacional muitas contra-ordenações que podem e devem ser processadas

<sup>16</sup> ALEXANDRA VILELA «Direito contra-ordenacional: um direito com futuro?», in *Anatomia do Crime*, 2, 2015, p. 154.

<sup>17</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral*, 3.ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 153-177.

<sup>18</sup> O que em texto se diz, bem como o que se encontra entre aspas, corresponde, no essencial, ao que dizemos em ALEXANDRA VILELA, *O Direito de mera ordenação social: entre a ideia de «recorrência» e a de «erosão» do Direito penal clássico ou de justiça*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 235, 240 e seguinte, pp. 305-308 e p. 572. Cf., ainda, «Direito contra-ordenacional: um direito com futuro?», pp. 154 e seguinte.

de forma clara, descomplicada e célere, sem que, no entanto, sejam obliteradas as garantias de defesa dos arguidos, como atrás vimos.

## 2. As marcas do Estado Regulador na ENAC

Como tem vindo a acontecer desde há algum tempo um pouco por todo o lado, também a ENAC evidencia alguns dos traços do designado «Estado Regulador», muito bem caracterizado por SILVA SÁNCHEZ<sup>19</sup>.

Nesse enfiamento, e embora o artigo 6.º da Convenção de Mérida já previsse a necessidade de os Estados criarem órgãos independentes destinados à prevenção da corrupção, é, agora, apresentada a proposta de criação de uma entidade independente, o Mecanismo ou Agência, que nos faz lembrar as entidades reguladoras e os seus amplos poderes previstos na respectiva Lei-Quadro, a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto. Isto porque, embora não nos pareça que ele venha a ter poderes de regulamentação, propõe-se que os tenha de controlo da implementação do RGPC, de verificação das respectivas infracções, de processamento das contra-ordenações e de aplicação das sanções, quer no âmbito do sector público, quer do privado, muito à semelhança do que resulta dos artigos 33.º e 41.º do RGCO, respectivamente correspondentes às competências das autoridades administrativas e seus direitos e deveres.

Ao propor que o Mecanismo concentre em si poderes de investigação, de acusação e de aplicação de sanções, a ENAC segue a tradição de manter a estrutura inquisitória da primeira fase do processo contra-ordenacional (aquela a que designámos organicamente administrativa), estrutura essa que, apesar de não violar a Lei Fundamental<sup>20</sup>, tem sido alvo de críticas da parte de autores, como por exemplo, PAULO SOUSA MENDES e AUGUSTO SILVA DIAS<sup>21</sup>.

Da nossa parte, entendemos que, sendo inviável a criação de várias instituições para o exercício dos diferentes poderes na fase organicamente administrativa do processo contra-ordenacional, se deve acautelar a garantia de que, internamente, no seio do Mecanismo, aqueles diferentes poderes sejam atribuídos a diferentes órgãos daquela entidade, devidamente preparados para o seu exercício e sem vasos comunicantes entre eles. No fundo, esta posição por nós defendida segue na senda do que já havia sido proposto por SOARES RIBEIRO<sup>22</sup>.

Somos, outrossim, bastante favoráveis à obrigatoriedade de adopção de programas de cumprimento normativo e/ou de *compliance*, pois, como é consabido, a sua correcta e eficaz implementação minimiza a possibilidade de a pessoa jurídica poder vir a incorrer em infracções, sejam elas administrativas, contra-ordenacionais ou

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Derecho penal regulatório?», in *En busca del Derecho penal, Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2015, pp. 145-151.

<sup>20</sup> Por todos, veja-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 119. Chamando, igualmente, a atenção para o facto de, em alguns diplomas, o órgão decisor ser diferente, cf., mesma obra e página.

<sup>21</sup> PAULO SOUSA MENDES, «O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência», in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 223, e AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 187 e seguinte.

<sup>22</sup> ALEXANDRA VILELA, *O Direito de mera ordenação social...*, pp. 419 e seguinte.

penais, cumprindo apenas reiterarmos que «a problemática que actualmente gira em torno do *compliance*, e que faz dele matéria de direito penal, deveria ser tratada sobretudo dentro do direito de mera ordenação social. Por exemplo, a inexistência, a desadequação, ou não cumprimento daquele tipo de programas normativos, poderiam dar origem a ilícitos contra-ordenacionais, contribuindo, deste modo, para a libertação do direito penal e para que este se centre efectivamente em ilícitos que ofendem bens jurídicos de natureza penal e onde a sua intervenção seja reclamada em *ultima ratio*»<sup>23</sup>.

Em contrapartida, somos bem mais cépticos no que tange às considerações expendidas pela ENAC, a propósito da «relevância positiva» que se pretende conferir «à adopção ou ao aperfeiçoamento de programas de cumprimento normativo ao nível da responsabilidade penal e contraordenacional das pessoas colectivas»<sup>24</sup>. Com tais afirmações, segundo cremos, tem-se em vista abrir as portas à isenção e à dispensa de pena das pessoas colectivas, possivelmente, nos casos em que elas tenham praticado uma infracção e, depois, tenham adoptado um desses programas. É certo que não sabemos até onde poderão ir as propostas da ENAC, porquanto o que dali se extrai são justamente propostas ainda não devidamente concretizadas. De qualquer modo, e sem pretendermos aprofundar este específico problema, diremos somente que não vemos razão para nos distanciar, agora, da ideia que já temos formada a este respeito: nem a adopção, ou o aperfeiçoamento de um programa de *compliance* determina, sem mais, a isenção da responsabilidade da pessoa colectiva pela prática de uma infracção, nem o facto de a pessoa colectiva não os ter constitui fundamento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, podendo, isso sim, tal facto ser considerado, em concreto, pelo órgão que aprecia a infracção<sup>25</sup>.

#### IV. Algumas propostas de revisão do RGCO com eficácia no âmbito da prevenção do fenómeno corruptivo

##### 1. Palavras prévias às mencionadas propostas

Sob o ponto de vista das propostas de recurso às sanções contra-ordenacionais, a apreciação da ENAC não ficaria completa se não fizéssemos, ainda que de forma telegráfica, algumas sugestões de alteração ao RGCO, de modo a torná-lo um regime geral actual e, como atrás dissemos, claro, descomplicado e célere e com valia no âmbito da prevenção da corrupção<sup>26</sup>.

Aliás, o nosso desejo de há muito é que ele, à semelhança do que aconteceu com o seu congénere alemão, adopte traços de um direito sancionatório eficaz, evitando, por exemplo, que a prova produzida na fase organicamente administrativa tenha

<sup>23</sup> ALEXANDRA VILELA, «A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”», in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coord. Científ. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa Mendes, Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 120.

<sup>24</sup> As expressões entre aspas pertencem ao texto da ENAC, p. 49.

<sup>25</sup> Aqui, tal como na n. 23, pp. 111 e seguinte.

<sup>26</sup> De referir que a grande maioria das alterações que aqui deixamos, no âmbito do fenómeno corruptivo, já foram por nós propostas em termos aproximados ao que fizemos no nosso *O direito de mera ordenação social*, no sétimo Capítulo, se bem que em termos gerais.

de o voltar a ser na audiência de julgamento, quando tenha havido impugnação judicial.

Previamente, manifestemos as nossas dúvidas quanto a uma futura revisão deste diploma. Primeiro, porque cada área contra-ordenacional cria o seu próprio minirregime substantivo e processual, assim relegando para trás o regime geral<sup>27</sup>. Segundo, porque é bastante provável que, amanhã ou depois, venha à mente do legislador criar um regime jurídico de algumas contra-ordenações, à semelhança do que fez muito recentemente ao aprovar o «Regime Jurídico das Contraordenações Económicas» (RJCE), através do Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de Janeiro, para, desse modo, uniformizar e simplificar os «regimes contraordenacionais aplicáveis em matéria de acesso e exercício de atividades económicas» e para estabelecer «um regime substantivo e um regime adjetivo comuns aos ilícitos contraordenacionais económicos»<sup>28</sup>.

Ainda assim, reiteramos a necessidade de algumas alterações ao RGCO, igualmente já reclamadas por autores como PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e AUGUSTO SILVA DIAS, na medida em que as reputamos de valia intrínseca não apenas no âmbito da corrupção, mas de uma forma geral. Na verdade, pensamos, bastar-nos-ia que o legislador português olhasse, agora, novamente, para a Lei das Contra-ordenações alemãs, tal como o fez aquando da implementação do ilícito contra-ordenacional, no ordenamento jurídico português.

Antes, porém, e com particular incidência no âmbito corruptivo, sendo este um problema transversal a praticamente todos os Estados, assumido como tal pela Convenção de Mérida, seja-nos permitido acompanharmos PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, quando chama a atenção para o facto de o direito contra-ordenacional português dever definir os seus princípios substantivos e processuais sem se esquecer de tomar em consideração não apenas a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais português e alemão, bem como a do TEDH e do TJ. Tanto mais que é entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que os direitos conferidos pelo artigo 6.º da CEDH («direito a um processo equitativo») «valem para o arguido de um processo contra-ordenacional, desde que a infracção contra-ordenacional possa ser considerada como “matéria criminal” de acordo com os critérios da jurisprudência Engel»<sup>29</sup>. Deste entendimento respinga, em síntese, que o artigo 6.º da Convenção, em matéria contra-ordenacional, confere ao arguido, entre outros, o direito de ver a sua causa apreciada por um tribunal, o direito à defesa, o direito à presunção de inocência, o direito a fazer-se representar por advogado.

Igualmente a propósito da jurisprudência de tribunais internacionais, é pertinente referir um recentíssimo aresto do TJUE, segundo o qual uma pessoa singular «tem direito ao silêncio quando as suas respostas sejam suscetíveis de a fazer incorrer em responsabilidade por uma infração passível de sanções administrativas de natureza penal ou em responsabilidade penal»<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Neste sentido, cf., outrossim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ibidem*, pp. 10 e seguinte, bem como ALEXANDRA VILELA, «Direito contra-ordenacional: um direito com futuro?», p. 157.

<sup>28</sup> As expressões entre aspas foram retiradas do preâmbulo do diploma legal em texto referido.

<sup>29</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ibidem*, p. 13.

<sup>30</sup> Cf. Acórdão do TJUE Consob (C-481/19), publicado a 2 de Fevereiro de 2021 (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-02/cp210011pt.pdf>) e acedido a 29 de Março de 2021.



## 2. Algumas propostas concretas de alteração ao RGCO

### 2.1. Nota sobre algumas propostas de revisão sob o ponto de vista material

Ao presente momento, já não é apenas o crime que se apresenta como um ilícito que derruba as barreiras de um Estado, assim surgindo um só crime ligado a vários, ficando, em consequência, sob a alçada de diferentes ordenamentos jurídicos nacionais.

Na verdade, o mesmo tem vindo a acontecer com as contra-ordenações. Portanto, tendo em vista a prevenção da corrupção, é pertinente conferir às autoridades portuguesas competência para apreciar alguns ilícitos de mera ordenação social cometidos no estrangeiro, o que passaria pela alteração das normas do RGCO referentes à aplicação da lei contra-ordenacional no espaço. Desse modo, arrimamo-nos a vozes autorizadas da doutrina, dizendo que se deveria levar em linha de conta o problema gerado pelo facto de as contra-ordenações cometidas a bordo de navio ou aeronave estrangeiros não poderem ser perseguidas, quando cometidas na zona económica exclusiva portuguesa. Com efeito, esta observação, muito recentemente feita por AUGUSTO SILVA DIAS, já há muito o foi por FERNANDA PALMA e PAULO OTERO<sup>31</sup>.

Por assim ser, em matéria de prevenção da corrupção, impõe-se que esta alteração seja acolhida no RGCO, assim fazendo cair factos contra-ordenacionalmente relevantes para Portugal, nas malhas do processo português.

Outra medida que, aliás, já propusemos em matéria de aplicação da lei no espaço, diz respeito à possibilidade de se abandonar a rigidez do princípio da territorialidade, abrindo, desse modo, portas a uma norma semelhante à do artigo 5.º do CP.

A tudo isto junta-se, ainda, o facto de, ao presente momento e por força da transposição do direito da União Europeia, existir já um diploma, igualmente aplicável ao ilícito de mera ordenação social, quanto à possibilidade de reconhecimento e de execução de decisões de aplicação de sanções pecuniárias proferidas pelas autoridades doutros Estados-membros da União Europeia<sup>32</sup>.

Cientes do carácter desajustado de outras normas do RGCO, não só sob o ponto de vista desta específica área da corrupção, como de todas em geral, como sejam as do artigo 7.º, referente ao critério de responsabilidade das pessoas colectivas, do artigo 18.º, quanto à determinação da medida da coima, devendo o seu valor ser alheio ao benefício económico obtido com a infracção; cientes, outrossim, da falta que faz um entendimento dual do princípio da culpa, consoante o tipo de contra-ordenações e, depois, sem os devidos reflexos na coima. Cientes, ainda, de que a coima possui, quase sempre, mais do que uma função de mera advertência e ainda da necessidade de previsão da reincidência em sede do RGCO; cientes, igualmente, de que é irremediável alargar as margens do ilícito contra-ordenação social, punindo a negligência não a título excepcional, mas recorrentemente, vejamos, por fim, algumas propostas de alteração do RGCO, sob o ponto de vista processual.

<sup>31</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, *ibidem*, p. 86, e MARIA FERNANDA PALMA/PAULO OTERO, «Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social», in *RFDUL*, 2, 1996, pp. 585 e seguinte.

<sup>32</sup> Estamos a referir-nos à Lei n.º 93/2009, de 1 de Setembro.

## 2.2. Alterações de regras de natureza processual

Como já acima se disse, não devemos desperdiçar o direito processual de um regime geral que, à vez, se apresenta célere e que confere um vasto conjunto de direitos e de garantias aos arguidos. Por isso, conscientes do seu valor intrínseco, o caminho a seguir deve ser o de rever o seu traçado processual, inserindo alterações que se poderão revelar de elevado valor e não devendo abdicar da divisão estanque dos poderes no seio da autoridade administrativa, o que, em parte, já nos parece ter sido levado em consideração pelo legislador do RJCE, no artigo 59.º de tal diploma.

Deste modo, segundo o nosso entendimento, uma das primeiras tarefas a levar a cabo, a fim de que o ilícito de mera ordenação social seja efectivo na prevenção da corrupção, seria rever o seu traçado processual e redesenhá-lo de forma que seja ágil, célere, mas também garantístico o quanto baste.

Proporíamos, pois, a previsão do princípio da oportunidade em termos semelhantes aos previstos no § 47 da Lei das Contra-ordenações alemã, princípio esse que, de acordo com a inspiração que colhemos de SOARES DA VEIGA<sup>33</sup>, depois de se encontrar plasmado, seria concretizado através de critérios de natureza material (*v.g.* diminuto grau de culpa, reduzido grau de dano provocado com a contra-ordenação) e de natureza processual (*ex.*, desproporção entre o valor da coima e os custos do processo).

Em seguida, o legislador deveria proceder à reposição do processo de advertência, que foi eliminado aquando da revisão de 1995, por «troca» com a sanção de admoestação, sanção essa que obviamente aceitamos no seio do ilícito contra-ordenacional.

Outras das propostas que já fizemos, e que ora recuperamos para aqui, seria a de uma melhor e mais clara separação das diferentes fases processuais e a introdução daquilo a que Lei das Contra-ordenações alemã designa de processo intermédio, no seu § 69, e a que nós chamámos de fase intermédia, enquanto antecâmara do processo judicial, «situada entre a [fase] organicamente administrativa e a Judicial»<sup>34</sup>. No fundo, com a introdução desta nova fase, de onde se destacam os poderes de a administração «voltar a olhar» para o processo, tem-se em vista, à semelhança do que se passou com a sua introdução na lei alemã, contribuir para que apenas cheguem a tribunal os processos de impugnação devidamente completos, com questões formais já resolvidas e que, enfim, pudessem ser julgados. Procedendo a tal alteração evitar-se-ia a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre quais os poderes da autoridade administrativa, do Ministério Público e do juiz, após a entrada da impugnação judicial<sup>35</sup>. Tudo isto, claro, sem esquecer que, à luz da norma alemã vinda de referir, também o Ministério Público e o próprio tribunal possuem poderes neste processo e que, em última instância, tal instituto poderia ajudar na reformulação do princípio da proibição da *reformatio in pejus*<sup>36</sup>.

Por fim, e sendo certo que não fomos exaustivos, importa chamar a atenção para a necessidade generalizada de se proceder ao aperfeiçoamento das regras de

<sup>33</sup> SOARES DA VEIGA, «Legalidade e oportunidade no Direito sancionatório das autoridades reguladoras», in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*; coordenadores: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 143-148.

<sup>34</sup> ALEXANDRA VILELA, *O direito de mera ordenação social*, pp. 464 e s.

<sup>35</sup> A propósito do que em texto se escreve, cf. o nosso «A fase jurisdicional do processo contraordenacional», in *Anatomia do Crime*, 2017, 5, p. 135.

<sup>36</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ibidem*, pp. 256 e ss.

prova em sede da fase organicamente administrativa, começando, desde logo, pela revogação da norma que prevê que as testemunhas não sejam ajuramentadas, permitindo assim o aproveitamento da prova obtida nessa fase. E também, por aqui, nos poderíamos inspirar na Lei Contra-ordenacional alemã.

## V. Conclusão

É momento de concluir. E podemos fazê-lo manifestando novamente o nosso gáudio não só pelo facto de este direito ter sido colocado na «ordem do dia» para a prevenção da corrupção, mas porque o foi de um jeito que nos traz à memória o direito «da» mera ordenação social, diferente do direito «de» mera ordenação social do dia de hoje. Por assim dizer, a ENAC fá-lo regressar às suas origens, aos seus ilícitos do início dos anos oitenta, mostrando-nos que ele emergiu para ajudar a «decantar» o direito penal, mas também que ele próprio, por força dos novos tempos, tempos da «sociedade do risco», veio, outrossim, oferecer os seus préstimos, novamente, ao direito penal, agora, protegendo bens jurídicos com dignidade penal e assim assumindo a coima outras funções que não a de mera advertência.

Pena foi que ele não se tenha desenvolvido à semelhança daquele direito que o inspirou e que foi o seu homólogo alemão. Pena foi que não tenham alterado o seu RGCO, tarefa que, agora, parece pretender fazer o RJCE. Oxalá, pois, que a luta contra a corrupção tenha com um dos seus instrumentos mais prestimosos num «renovado» direito de mera ordenação social.

**CAPÍTULO VI**

**REFORMA DO**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL**



# Secção I

## GESTÃO DE MEGAPROCESSOS

29.

### Gestão de «megaprocessos»: Reflexões

Joana Marques Vidal

**RESUMO:** Com base em algumas considerações sociológicas e jurídicas sobre o fenómeno dos megaprocessos, o presente texto analisa as propostas da ENAC para responder às preocupações relativas à morosidade processual e à gestão dos megaprocessos, concluindo que essas propostas devem ser complementadas com outras medidas de natureza judiciária e processual, de modo a alcançar uma solução articulada e consistente para este problema estrutural da justiça portuguesa.

I. Este texto mais não é do que uma simples reflexão sobre práticas judiciárias e possíveis linhas de resposta, estando, assim, arredada qualquer pretensão de uma abordagem teórica mais aprofundada, que o tema certamente mereceria.

II. A palavra «megaprocessos» inunda a opinião falada e publicada, sempre que surgem debates em que a morosidade da justiça se revela tema. A propósito e, muitas vezes, a despropósito, assumida por juristas, e por outros que nem tanto, é usada para significar uma realidade de contornos não muito definidos, ainda que apontada por diversos como o grande, para alguns, quase como o único problema da justiça.

Mas estamos a falar de quê?

«Megaprocesso» é aquele que tem muitos arguidos? Que tem muitos crimes indiciados? Que tem muitos documentos? Que tem muitas testemunhas? Que tem muitas páginas? E quando um só arguido cometeu muitos crimes? E quando os factos criminosos são consequência uns dos outros? E a partir de que limite se pode considerar um «megaprocesso»?

Sem grandes preocupações de rigor jurídico, poder-se-á dizer que estamos perante um «megaprocesso» sempre que um processo assume uma dimensão de tal modo significativa que não permite, ou que dificulta em muito, uma apreciação dos ilícitos criminais rigorosa e em tempo, pondo em causa a própria realização da justiça.

Não sendo um conceito jurídico-científico, ainda que correlacionada com o instituto da conexão processual, a noção de «megaprocesso» ultrapassou, contudo, as



fronteiras da linguagem comum e é hoje usada não só por profissionais do foro e especialistas do direito como em diversos documentos oficiais.

E o que releva, neste momento, é a convicção generalizada entre o cidadão comum, mas também entre juristas, de que a existência de «megaprocessos» impede a justa aplicação do direito.

Convicção alicerçada em realidade vivida, ainda que sem ter em atenção, por vezes, a análise equilibrada dos prejuízos para a administração da justiça que podem advir de uma compartimentação processual também ela suscetível de impedir a boa administração da justiça.

**III.** A competência por conexão, regulada nos artigos 24.º a 30.º do Código de Processo Penal, constitui uma norma de exceção à regra geral de determinação da competência material e territorial, que consubstancia o princípio de que a cada crime corresponde um processo. A verificação de relações especiais entre vários crimes por motivos de proximidade «material-objetiva ou «pessoal-subjetiva», resultando na conjugação de fatores objetivos e subjetivos que justificam um julgamento conjunto, levam à aplicação de regras de competência diversas das que resultariam das regras gerais que definem a competência material e territorial<sup>1</sup>.

A conexão enquanto regra de determinação da competência obedece a critérios gerais e objetivos que não decorrem de qualquer discricionariedade processual, não sendo manipuláveis por conveniências operativas ou por quaisquer outras.

O cumprimento rigoroso das regras de competência por conexão impõe-se ao aplicador da lei, sujeito ao regime de nulidades previsto no artigo 119.º do Código do Processo Penal.

O n.º 1 do artigo 24.º do Código do Processo Penal estabelece os casos que determinam a competência por conexão.

Por sua vez, o artigo 30.º do mesmo diploma estipula as circunstâncias que determinam a cessação e conseqüente separação de algum ou alguns processos.

Ciente da possibilidade de a conexão processual ser suscetível de originar situações impeditivas de uma boa administração da justiça, o legislador veio consagrar a cessação da conexão pelo tribunal e conseqüente separação dos processos: sempre que houver um interesse ponderoso e atendível de qualquer arguido, nomeadamente no não prolongamento da prisão preventiva; sempre que a conexão puder representar um grave risco para a pretensão punitiva do Estado, para o interesse do ofendido ou do lesado; sempre que a conexão puder retardar excessivamente o julgamento de qualquer dos arguidos; ou houver declaração de contumácia, ou o julgamento decorrer na ausência de um ou alguns dos arguidos e o tribunal tiver como mais conveniente a separação de processos.

**IV.** Como refere Henriques Gaspar<sup>2</sup>, «[o]s motivos que justificam a competência por conexão são essencialmente da razão prática e das utilidades da economia processual, ligados com as condições para uma boa administração da justiça, tanto pela melhor possibilidade de produção de provas permitida pelo julgamento conjunto,

<sup>1</sup> Cfr. HENRIQUES GASPAR, in *Código do Processo Penal Comentado*, 2.ª edição revista, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 83-97.

<sup>2</sup> *Ob. e loc. cit.*

como pela prevenção do risco de decisões contraditórias relativamente a infrações conexas.»<sup>3</sup>.

Tal fundamento ganha um especial relevo face à realidade da atual fenomenologia criminal.

Efetivamente, a maioria dos processos que identificamos como «megaprocessos» têm como objeto matéria criminal que se reveste de uma enorme complexidade.

Designadamente quando está em causa a criminalidade económico-financeira, incluindo os fenómenos corruptivos, confrontamo-nos com sofisticados e obscuros instrumentos de engenharia financeira, interligados entre si, numa intrincada teia que se desenrola por vários pontos do globo, com recurso aos mais avançados meios digitais e tecnológicos em que os agentes envolvidos atuam, muitas vezes, por formas aparentemente legais, num ambiente de relações pessoais e profissionais interdependentes e frequentemente obscuras.

Esta complexidade determina e exige uma investigação e um julgamento abrangentes de todo o fenómeno criminal objeto do processo, sob pena de não se compreender, na sua essência, o que está em causa e de não se conseguirem apurar nem os factos, nem a responsabilidade criminal de cada um dos intervenientes.

E a previsão que podemos fazer, face à análise da evolução do mundo que vamos construindo, permite-nos projetar que essa complexidade vai aumentar e aprofundar-se.

Nessa perspetiva, poderemos ter que admitir a possibilidade da inevitabilidade da existência dos designados «megaprocessos», pelo menos num número significativo de casos, quando está em causa criminalidade complexa.

O que se constitui como um enorme desafio para todo o sistema de justiça, quer quanto às formas processuais, quer mesmo quanto aos modelos conceptuais e substantivos da intervenção penal.

Estão em causa não só exigências para uma melhor investigação, que deve ter uma linha de coerência interna, mas também exigências para um melhor e mais justo julgamento, principalmente quando se verificam formas de comparticipação criminal, no que se refere à determinação da pena e à sua execução.

Importa evitar a contradição de julgados<sup>4</sup>, e a apreciação isolada de atos ilícitos integradores de uma complexidade processual que dificultam a sua compreensão, mas também os custos e o tempo que implicam uma sequência quase interminável de julgamentos por distintos tribunais a exigirem repetida produção de prova, repetidas presenças das mesmas testemunhas e dos mesmos arguidos, e múltiplas apreciações por tribunais distintos.

V. O reconhecimento da necessidade e até da inevitabilidade, bem como da bondade, da conexão processual, não nos faz olvidar os problemas que decorrem do facto desta regra excepcional de atribuição de competência poder originar processos com uma dimensão de tal modo complexa e volumosa que não possibilita a apreciação clara pelo tribunal de julgamento dos factos e da prova apresentada, dificulta

<sup>3</sup> No mesmo sentido, entre outros, cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, in *Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal*, Texto de apoio ao estudo da unidade curricular de Direito e Processo Penal do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015/2016), acessível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083>.

<sup>4</sup> Atente-se os casos em que o corruptor é condenado e o corrompido é absolvido ou vice-versa.

o direito de defesa e prolonga-se por tempo não compatível com a realização da justiça.

Nestes casos, os fundamentos que determinaram a conexão, designadamente os da boa administração da justiça, da economia processual e dos direitos dos arguidos, são eles mesmos colocados em causa, aconselhando ou impondo a separação dos processos, conforme dispõe o artigo 30.º do Código do Processo Penal.

«O julgamento sobre os pressupostos supõe, assim, uma discricionarieidade vinculada num duplo sentido: a verificação e a consistência dos fundamentos têm de resultar da ponderação entre as finalidades da conexão de processos e as imposições de sentido contrário que apontam para a separação (economia processual *v.* direitos dos sujeitos processuais; prevenção de contradição de decisões *v.* prazos de medidas de coação privativa de liberdade, ou risco de retardamento excessivo); mas considerando como verificado o juízo sobre o pressuposto, a separação deve ser determinada («faz cessar», «sempre que»)<sup>5</sup>.

**VI.** O papel dos magistrados titulares, Ministério Público ou juiz, conforme as fases processuais, assume-se como primordial na aplicação das regras relativas à conexão processual, principalmente na ponderação da verificação sobre os pressupostos da separação de processos, exigindo-se-lhe uma equilibrada e abrangente apreciação e decisão, por referência às circunstâncias presentes e futuras e aos direitos e interesses em causa para uma boa administração da justiça.

Nesta matéria revela-se como especialmente relevante o papel do Ministério Público, enquanto titular do exercício da ação penal e responsável pela direção do inquérito, fase inicial de todo o procedimento criminal.

Exige-se-lhe um especial cuidado no cumprimento rigoroso do regime de conexão, atendendo não só às causas determinantes da mesma, mas também aos pressupostos da separação de processos, os quais podem justificar, desde logo, uma decisão inicial de não conexão, para além da verificação dos mesmos, sempre que necessário, durante os demais momentos processuais permitidos por lei, afigurando-se-nos como crucial o momento da acusação.

Importa, aqui, a capacidade de estabelecer uma estratégia processual coerente que perspetive o processo no seu conjunto e em função da sua finalidade última, desde a investigação ao julgamento.

Para tal, é necessária uma clara definição do objeto do processo quer na fase inicial quer em momentos posteriores, aquando das eventuais necessárias reformulações decorrentes da prova entretanto carreada para os autos.

A questão dos «megaprocessos» vem sendo, aliás, objeto de preocupação, por parte da hierarquia do Ministério Público, como resulta, por exemplo, das sucessivas Diretivas relativas à execução da Lei de Política Criminal.

Vejam-se as diretivas e instruções genéricas para execução da lei da política criminal para o biénio 2020/2022, onde se estabelece como orientação, designadamente, que o Ministério Público deve diligenciar por evitar a formação de processos de grande dimensão e complexidade quando se verifiquem os pressupostos previstos no n.º 1 do artigo 30.º do Código de Processo Penal.

No mesmo documento explicita-se, ainda, que no caso de crimes mais complexos, a intervenção em instrução e julgamento deverá ser articulada entre os magistrados

<sup>5</sup> HENRIQUES GASPAR, *ob. cit.*

do Ministério Público que irão assegurar as respetivas diligências e os magistrados que dirigiram a investigação, diligenciando, se for o caso, pelo recurso ao mecanismo de representação especial nos processos criminais previsto no artigo 92.º do Estatuto do Ministério Público.

Mas continuam a faltar ações formativas intensivas e específicas sobre metodologias processuais e de investigação.

**VII.** A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 (ENAC), aprovada por Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de abril, reconhece a importância de que se reveste, hoje, a temática dos «megaprocessos» para o bom funcionamento da Justiça, designadamente na resposta ao fenómeno da corrupção e criminalidade económico financeira complexa:

«A experiência e os conhecimentos adquiridos nos últimos anos na investigação criminal, designadamente pelo Ministério Público e pela PJ, permitem hoje, sem grandes obstáculos, estabelecer o caminho do crime.

No entanto, apesar da cada vez maior preparação, especialização e capacitação investigatória relativamente a este tipo de criminalidade, a verdade é que nestes processos-crime é frequente verificarem -se atrasos muito grandes, quer na fase de investigação, quer já na fase do julgamento.

A morosidade na resolução destes casos é socialmente insuportável, leva à menor confiança dos cidadãos na justiça, na política e nas diversas instituições do Estado. Além de que o efeito preventivo da punição depende em maior medida da prontidão da justiça do que da severidade das penas. Acresce ainda que o passar do tempo e os efeitos deste na prova recolhida reduzem significativamente a probabilidade de se alcançarem, a final, bons resultados, o que conduz, necessariamente, à frustração de todos os envolvidos na boa prossecução destes processos, incluindo os cidadãos.»

As propostas na ENAC centram-se em quatro matérias: regras de conexão e separação de processos; simplificação quanto à apresentação da prova nas várias fases processuais; Tribunal Central de Instrução Criminal; audiência prévia para agendamento processual.

E as medidas concretamente propostas são as seguintes: aperfeiçoar o regime da separação de processos, deixando mais claras as situações em que pode ter lugar a separação ou a não conexão; simplificar a produção e a apresentação da prova nas várias fases processuais; reponderar a composição do Tribunal Central de Instrução Criminal; consagrar expressamente a possibilidade de realizar sessões prévias e audiências prévias em fase de instrução e julgamento, respetivamente, com vista a facilitar o agendamento dos atos a praticar nessas fases processuais e a realização contínua da audiência.

As propostas efetuadas não colocam em causa, na sua essência, o quadro jurídico substantivo e processual que nos rege atualmente, nem quanto ao regime de conexão processual, nem quanto à organização judiciária. Incidem, fundamentalmente, em alterações que pretendem clarificar o regime já aplicável, por forma a permitir uma adequada aplicação da lei no cumprimento dos princípios consagrados, por um lado. E, por outro lado, consubstanciam-se em medidas de natureza gestonária,

metodológica e instrumental que potenciam uma adequada e célere tramitação processual, permitindo uma melhor administração da justiça.

A opção da ENAC quanto a esta matéria afigura-se-nos correta, no essencial.

De facto, as regras processuais que regulam a atribuição da competência por conexão correspondem a princípios e institutos consagrados no nosso direito penal e são as adequadas para atingir as finalidades desta jurisdição.

As dificuldades decorrentes da sua aplicação resultam fundamentalmente de razões que não respeitam à estruturação e tipificação deste instituto processual; mas sim de fatores relativos à formação e rigor de quem aplica a lei, às metodologias de investigação e de gestão processual utilizadas, aos recursos materiais, designadamente digitais, disponíveis, bem como a outros de natureza gestionária.

**VIII.** No que concerne às regras de conexão processual, a ENAC reconhecendo que o Código do Processo Penal contém já normas que permitem reduzir a dimensão dos chamados «megaprocessos», vem sugerir o aperfeiçoamento do regime, através da clarificação das situações subjacentes à conexão e separação dos processos.

Propõe-se, assim, alterar «[...] o artigo 24.º do Código de Processo Penal, estabelecendo expressamente a possibilidade de o tribunal não ordenar a conexão quando preveja, por efeito desta, a ultrapassagem dos prazos de duração máxima da instrução». E defende-se que «intervenção semelhante deve ser feita no artigo 264.º do Código de Processo Penal, prevendo-se a possibilidade de o Ministério Público não ordenar a conexão quando preveja que esta leve ao não cumprimento dos prazos de duração máxima do inquérito».

Efetivamente, importa, a nosso ver, estabelecer de forma clara e expressa as circunstâncias que permitam *ab initio* a determinação da não conexão ou, melhor, a não determinação da conexão.

Tal decisão, que se apresenta como uma exceção ao regime vinculativo de atribuição de competência por conexão, prevista no artigo 24.º do Código do Processo Penal, deve ter como fundamentos os mesmos que justificam a separação de processos prevista no artigo 30.º do mesmo diploma.

A previsão da possibilidade do não cumprimento dos prazos máximos do inquérito ou da instrução em caso de conexão, deve assim integrar a previsão do artigo 30.º como mais um elemento de referência a ponderar no preenchimento dos pressupostos da cessação da conexão e separação de processos ou da determinação da não conexão.

Quanto ao artigo 24.º do Código do Processo Penal, defendemos a introdução de um número que determine a possibilidade de a conexão não operar sempre que o Juiz ou o Ministério Público, por despacho fundamentado, considerarem preenchidos os pressupostos do artigo 30.º do mesmo diploma.

Não subsistindo, a nosso ver, a necessidade de alterar o artigo 264.º do Código do Processo Penal.

**IX.** Concordando-se com a proposta da ENAC na parte relativa ao Tribunal Central de Instrução Criminal, sempre se dirá que a problemática desta questão não se esgota aqui, apresentando-se como muito mais complexa, quando interdependente, em parte, com o debate sobre a manutenção e âmbito da fase de instrução, que aqui não nos cumpre abordar. Notando-se, contudo, que qualquer solução tem necessariamente que pressupor o enquadramento constitucional.

X. Como já por diversas vezes aqui referenciado, a gestão dos «megaprocessos», não se esgota em eventuais alterações e clarificações do quadro legislativo, remetendo-nos para um necessário planeamento e investimento em formação dos recursos humanos (magistrados, funcionários e OPC), em instrumentos de planeamento e gestão processual e em recursos informáticos e digitais.

As medidas propostas pela ENAC afiguram-se-nos, repetimos, adequadas.

Mas não suficientes.

Parece-nos pertinente que seria útil a previsão de medidas relativas à formação específica e especializada dos magistrados, funcionários, OPC e demais intervenientes processuais, nas matérias mais diretamente ligadas às questões dos «megaprocessos», a concretizar pelo CEJ, Conselhos Superiores das Magistraturas, PGR e PJ. A organização destas formações deve dar ter uma especial atenção à metodologia usada (pequenos grupos, casos práticos, participação ativa dos formandos).

Como pertinente nos parece uma urgente atenção para a necessária identificação e resolução dos constrangimentos que estão na origem de prolongados períodos processuais destinados a atos de secretaria burocrático-administrativos, como notificações, traduções, digitalizações, entre outros, bem como constrangimentos que retardam o cumprimento de penas, em execução de decisões já há muito transitadas em julgado.

Notícias há sobre processos que demoram dois anos entre a dedução de acusação e o início da instrução; outros em que decorreu cerca de um ano, após a junção de todas as alegações, para o envio ao Tribunal Superior e outros existem em que se dá nota pública de nove meses após a acusação ainda não se prever o início da instrução, devido à necessidade de traduções ainda em curso.

A resolução das preocupações relativas à morosidade processual e à gestão dos «megaprocessos» passa, também e necessariamente, pela verificação de pressupostos e condições, muitas delas de natureza instrumental e prática, que permitam uma eficaz e justa aplicação da lei.

Convém não esquecer .

Lisboa, abril de 2021



## Megaprocessos – fatalidade, estratégia, oportunismo?

Paulo Saragoça da Matta

### Sumário:

- I. Circunscrição do *thema*
  1. O «conceito» de *megaprocesso*
    - 1.1. Circunscrição etimológica e dogmática do conceito
    - 1.2. Megaprocessos *de iure condito e ex jurisprudentiæ creatio*
  2. A realidade dos *megaprocessos*
- II. Problemas práticos e dogmáticos suscitados pelos megaprocessos
- III. A irrelevância da Lei para a conformação da realidade
- IV. Conclusões

**RESUMO:** Procura-se neste texto apresentar uma reflexão relativa àquilo a que resolveu crismar-se de «*megaprocessos*», *significante* supostamente de fácil entendimento *comunicacional*, mas sem correspondência ou previsão na lista dos conceitos dogmáticos processuais-penais. Sendo conceito extrajurídico acaba por lhe ser dada relevância jurídica, teórica e prática, merecendo preocupação esporádica da política criminal e quase total ausência de preocupação *ex professo* da Academia (ressalvadas algumas observações em legislações anotadas). A preocupação permanente sobre esta questão reserva-se a alguns actores judiciais, confrontados que são na práxis quotidiana com os ciclónicos problemas deles emergentes. É essa preocupação que impõe a reflexão que se empreende, orientada por uma preocupação de *realidade*, sem excessiva autocensura do *politicamente correcto*<sup>1</sup>.

Ai que prazer  
 Não cumprir um dever,  
 Ter um livro para ler  
 E não o fazer!  
 Ler é maçada,  
 Estudar é nada.  
 O sol doira  
 Sem literatura.  
 O rio corre, bem ou mal,  
 Sem edição original.  
 E a brisa, essa,  
 De tão naturalmente matinal,  
 Como tem tempo não tem pressa...

(Fernando Pessoa, «Liberdade»)

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> Reflexões em torno da problemática dos Megaprocessos inserida sob o Ponto 7, a pp. 62-64 do documento *Estratégia Nacional Anticorrupção* (ENAC).

## I. Circunscrição do *thema*

### 1. O «conceito» de *megaprocesso*

#### 1.1. Circunscrição etimológica e dogmática do conceito

É habitual ler referências e ouvir falar de *megaprocessos*. Na imprensa escrita, nas rádios e televisões, perante certos processos (de natureza criminal), lá aparece a referência a que se trata de um *megaprocesso*, com isso dando ideia de que todos sabem o significado do significante. Mas não se sabe.

Uma análise etimológica permite concluir que *megaprocesso* é o resultado da justaposição: do nome feminino «mega» (Gr. *mégas, mégale, méga*), significando «grande» ou, em sentido mais técnico, constituindo o «Prefixo do Sistema Internacional que, colocado diante de uma unidade, a multiplica por 10<sup>6</sup> (símbolo M)»<sup>2</sup>; com o nome masculino «processo» (Lt. *processus, -us*), significando *avanço, marcha, progressão, ou, método, sistema, modo de fazer uma coisa*, sendo que especificamente no campo jurídico é entendido como *conjunto dos autos e mais documentos escritos numa causa cível ou criminal* ou como *demanda, acção* ou *acção judicial*<sup>3</sup>.

Assim, teremos que um *megaprocesso* é uma *acção grande*, apenas isso. Logo, o que em rigor se pode querer dizer é que se está perante um processo judicial *grande* ou *muito grande*, o que tanto nos remete para uma realidade quantitativa como qualitativa, i.e.: ou uma acção cujos *autos e mais documentos escritos* é enorme (mas não quantificada), ou uma acção muito grande considerada a sua dificuldade, complexidade, dificuldade, confusão, enredamento, heterogeneidade, variedade ou obscuridade<sup>4</sup>, seja em termos de matéria de facto que integra, seja na perspectiva do seu enquadramento jurídico.

Destes entendimentos afigura-se-nos que *megaprocesso* não pode deixar de ser primordialmente, para o que aqui possa interessar, aquele que indicámos ser o sentido qualitativo: o de um processo judicial de grande complexidade, dificuldade, enredamento, heterogeneidade ou obscuridade, seja pelos factos que se discutem, seja pelo Direito que cabe aplicar. Não podendo deixar de aceitar igualmente, até por analogia com a velha expressão cunhada na Doutrina da prova, que se queira fazer referência a um *processo diabólico*<sup>5</sup>, ou a um processo *muito sofisticado*, v.g., pelo

<sup>2</sup> Significado de *mega* (<https://dicionario.priberam.org/mega>), consultado em 14.03.2021. Também sob a mesma fonte e autoridade, pode significar tocador ou fabricante de trombetas. 10<sup>6</sup> = 1 000 000.

<sup>3</sup> Significado de *processo* (<https://dicionario.priberam.org/processo>), consultado em 14.03.2021. Tem igualmente o sentido de *conjunto de manipulações para obter um resultado*.

<sup>4</sup> Também se encontra como sinónimo de *complexidade* os étimos *diabólico* ou *sofisticado*, o que pode ter relevo nesta reflexão (<https://dicionario.priberam.org/complexidade>), consultado em 14.03.2021.

<sup>5</sup> *Prova diabólica* usa-se correntemente no sentido da modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida. Temos, pois, uma expressão utilizada em todos aqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um facto é extremamente difícil de ser produzida. Como tal, e sem antecipar conclusões, o facto de haver *factos* cuja prova é extremamente difícil é da natureza da vida em geral, do Direito em geral, não sendo nenhuma especificidade do direito criminal, nem nada que seja desconhecido da Teoria Geral da Prova. Assim que, para usar um mero exemplo do mais alto grau de Jurisdição nacional, se apele a um aresto do Tribunal Constitucional (TC) em que o conceito de *prova diabólica* é usado com significado plenamente indiscutível, pelo que nem é explicado (Ac. TC n.º 224/11 – Processo n.º 726/10, 1.ª

respectivo carácter *altamente organizado* (aqui pelo modo e estrutura de actuação dos agentes).

Claro está que, em segunda linha, não deixaríamos de considerar um processo como um *megaprocesso* se o mesmo, apesar de pouca ou nenhuma complexidade ou dificuldade especial suscitar, apresentar *gigantismo* de autos, *i.e.*, a sua anómala dimensão *física* – sentido este a que a Jurisprudência também já fez alusão<sup>6</sup>.

Com estes *significados* avançamos na reflexão, porquanto relativamente a ambos teremos de atentar noutros *conceitos*, como é o caso do conceito de *processo de excepcional complexidade* e o de *processo relativo a crime com carácter altamente organizado*, estes já com respaldo normativo a merecer atenção.

## 1.2. Megaprocessos de *iure condito* e *ex jurisprudentiæ creatio*

Haverá modo de encontrar a definição do que possam ser *megaprocessos* por recurso a conceitos *próximos* ou *paralelos* no direito positivado? Vejamos.

Logo no artigo 1.º, alínea *m*), do Código de Processo Penal português (CPP), o legislador define o conceito de «criminalidade altamente organizada», tendo decidido que este conceito abrange processos cujo objecto sejam «...condutas que integrem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento [de capitais]».

Esta categorização de *criminalidade* assenta, pois, naquilo a que atrás referimos como *processos de grande complexidade* mercê do modo e estrutura de actuação dos agentes, quase que imperiosamente convocando número considerável de participantes (não tanto nos últimos 4 da listagem), a actuarem concertadamente em lugares e tempos díspares, e/ou por modos ocultos.

E tem esta categorização consequências seja ao nível de prazo máximo (!) para a duração dos inquéritos criminais (artigo 276.º do CPP) e das instruções (artigo 306.º do CPP)<sup>7</sup>, mas, o que mais importante é, para os prazos previstos para a

---

Secção, Relator Conselheiro José Borges Soeiro, onde se lê: «... afastando a conclusão alcançada, no sentido de estarmos perante uma “prova diabólica” – ou, sem conceder, que, a existir, nunca esse tipo de prova radica na norma, mas na eventual aplicação dada ao preceito»). Infelizmente, esta «normalidade do acontecer» (para fazer uso de uma expressão também já prenhe de significado para quem lida com *megaprocessos*), *i.e.*, a normalidade de haver situações de muito difícil *demonstração judicial*, é amiúde utilizada para sustentar nas instâncias formais de controlo, e pela Política, ânsias e cavalgadas ultrapunitivas ou de cerceamento verdadeiramente inimaginável de direitos processuais fundamentais dos sujeitos processuais, quando não mesmo de direitos substantivos fundamentais dos mesmos sujeitos, claramente garantidos pela Constituição da República Portuguesa (CRP). Situações a que voltaremos mais tarde a título exemplificativo.

<sup>6</sup> Acórdão TC a que abaixo faremos referência.

<sup>7</sup> Todos sabendo, contudo, que assim não é no que respeita aos prazos máximos de duração das fases processuais, mercê de uma muito *criativa*, mas totalmente ilegal e inconstitucional, criação jurisprudencial: a de que se trata de prazos susceptíveis de prorrogações infundáveis, determinadas arbitrariamente pelas autoridades judiciais competentes, sempre sob a capa da tutela das *pretensões punitivas do Estado*. Ainda assim o não é para os prazos de duração máxima da prisão preventiva, mas não espantaria que assim viesse a ser decidido num futuro próximo, atenta a evolução que a dita *jurisprudência criativa* vem tomando (e que já se nota no que ao prazo máximo de detenção respeita, que em rigor pode passar de 48 horas a 48 dias, pois que o que importa é o arguido *ser presente ao juiz* nesse prazo e não ser por ele *ouvido*, podendo a detenção manter-se *sine dies ad quem*). Não quer com isto significar-se apoio à ideia de que da

duração máxima da prisão preventiva, como resulta do artigo 215.º, n.º 2, que no corpo do artigo prevê precisamente a *criminalidade altamente organizada* como sendo determinante do acréscimo dos prazos base de tal medida de coacção de 4, 8, 14 e 18 meses, para 6, 10, 18 e 24 meses.

Por seu turno, no artigo 215.º, n.º 3, do CPP lança o legislador mão do conceito de *processo de excepcional complexidade*, sem contudo o clarificar expressamente, porquanto a norma estatui que os prazos máximos de duração da prisão preventiva previstos como regra para os processos *normais* «são elevados, respectivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses, quando o processo for por um dos crimes referidos no número anterior<sup>[8]</sup> e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime».

Ou seja, tentando dar um sentido útil à presunção de acerto do legislador imposta pelo artigo 9.º do Código Civil, tratando-se de qualquer um dos crimes previstos no artigo 215.º, n.º 2, alguma *especial complexidade* terá de existir para justificar que os prazos de duração máxima da prisão preventiva sejam aumentados com a gravidade vista. Logo, para a agravação prevista no n.º 3 citado, essa *complexidade* terá de ser ainda maior... terá de ser *excepcional*, nos termos da lei.

Ou seja, para circunscrever o conceito qualitativo de *megaprocesso de iure condito*, temos de fazer uso de uma série de jogos remissivos intranormativos... começar no artigo 1.º, alíneas j) e m), avançar para o artigo 215.º, n.º 2, e depois para o n.º 3 (e, por paralelismo de razão, os artigos 276.º e 306.º, todos do CPP).

Assim se conclui que, independentemente da dimensão física dos autos, para o legislador também serão *megaprocessos* aqueles em que se verifica *uma grande complexidade, dificuldade, enredamento, heterogeneidade, variedade ou sofisticação de actuações*, tudo mercê de características ínsitas aos *factos que ali se discutem*, que serão, portanto, *processos diabólicos*.

E assim, por força da *ratio* de base da *complexidade crescente* que subjaz aos *agravamentos de prazos de limitação do direito fundamental à liberdade dos suspeitos* (o mais grave direito fundamental susceptível de limitação no nosso ordenamento) entre o n.º 1, o n.º 2 e o n.º 3 do artigo 215.º do CPP, descobrimos o que na perspectiva do legislador possa ser *qualitativamente* um *megaprocesso*.

Em segunda linha, continuamos a considerar ser *megaprocesso* aquele que, apesar de nenhuma excepcional, nem especial, complexidade ou dificuldade suscitar, se

---

ultrapassagem de tais prazos resultasse uma imediata afectação dos actos praticados ou da validade da prova recolhida.

<sup>8</sup> Crimes de terrorismo; criminalidade violenta [definida no artigo 1.º, alínea j), do CPP] ou *altamente organizada*; crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos (desde logo o homicídio e grande número dos crimes mais graves contra as pessoas; as burlas e parte dos crimes mais graves contra o património); associação criminosa; falsificação, subtracção, destruição, inutilização, desaparecimento ou dissimulação de meio de prova de interesse nacional; infidelidade diplomática; incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de Direito; ligações com o estrangeiro; coacção contra órgãos constitucionais; inteligências com o estrangeiro para constranger o Estado português; dano e dano qualificado em bens militares ou de interesse militar; furto de veículos ou de falsificação de documentos a eles respeitantes ou de elementos identificadores de veículos; de falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados ou da respectiva passagem; de burla, insolvência dolosa, administração danosa do sector público ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação económica em negócio; de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita; de fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito; abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.

materializa em puro e simples *gigantismo* dos autos, *i.e.*, uma anómala dimensão física do processo.

O que acontecerá com um qualquer processo pela prática de um crime que não caia em nenhuma das normas citadas [artigos 1.º, alíneas l) e m), 215.º, n.ºs 1, 2 e 3], mas que mercê da dimensão da prova a recolher e de diligências a realizar os tornem fisicamente incomportáveis de ser facilmente conhecidos ou dominados, seja pela Defesa ou o(s) Assistente(s), seja pelo Tribunal de Instrução, seja pelo Tribunal de julgamento<sup>9</sup>.

O que é algo muito fácil de acontecer quanto a alguns desses crimes, *v.g.*, processos em que se investigue a prática de crimes de violação de correspondência ou de telecomunicações, de burla informática ou nas telecomunicações, de infracção de regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços, de danos contra a natureza, violação de regras urbanísticas, de poluição, de condução perigosa de meio de transporte por ar, água ou caminho-de-ferro, de violação de segredo de Estado, de violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações por funcionários. Tudo porque mesmo só ponderando as perícias de mais variada natureza que têm de ser realizadas (nomeadamente atendendo às áreas tecnológicas bastante complexas envolvidas, que não as simples contabilísticas), relatórios técnicos, quantidade de pessoas a ser inquiridas ou interrogadas, etc., podem facilmente tornar-se processos de dimensão física ciclópica.

Aqui já não falaremos de *megaprocessos de iure condito*, por falta de inserção dos mesmos nos critérios legais apontados. Há, porém, já jurisprudência que – infelizmente na ânsia de distorcer um direito dos Arguidos a que a prova em que assenta a condenação tenha de ter sido apreciada em julgamento – acabou por afirmar que «na verdade, se em processos simples ou pouco complexos e a que corresponda um *dossier* (processo na aceção de caderno de papéis), materialmente bem organizado e pouco volumoso, se apresenta curial presumir o apercebimento da existência e do valor probatório dos documentos incorporados por parte do arguido [...], já o mesmo não pode dizer-se em processos complexos, muito volumosos ou em que a relevância do documento não seja evidente». Temos, pois, o reconhecimento

<sup>9</sup> Como será o caso, a título de mero exemplo, dos crimes de ameaça, coacção, perseguição, ainda que agravados, de rapto simples, de coacção sexual, de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência simples, e abuso sexual de pessoa internada simples ou agravado, de fraude sexual, de procriação artificial não consentida, de lenocínio e de importunação sexual, de abuso sexual de crianças simples, de abuso sexual de menores dependentes e da esmagadora maioria dos demais crimes contra a autodeterminação sexual, de todos os crimes contra a reserva da vida privada (mesmo os gravíssimos crimes de violação de correspondência ou de telecomunicações ou de violação de segredo), de furto ainda que qualificado, de abuso de confiança, de roubo simples, de dano ainda que qualificado, de burla informática ou nas telecomunicações, na maioria dos crimes de extorsão, no crime de infidelidade, de abuso de cartão de garantia ou de crédito e de usura, no de frustração de créditos e de favorecimento de credores, de receptação, de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos simples, de infracção de regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços, de danos contra a natureza, violação de regras urbanísticas, de poluição, de condução perigosa de meio de transporte por ar, água ou caminho-de-ferro, de violação de segredo de Estado, de incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de Direito simples, de todos os crimes contra a realização da justiça (excepção feita ao «Branqueamento», p. e p. no artigo 368.º-A do CP), de todos os crimes de abuso de autoridade, de violação de segredo por funcionários e de violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações por funcionários, etc.

*ex jurisprudentiæ creatio* de que constituirá um megaprocesso aquele que é muito «volumoso»<sup>10</sup>.

## 2. A «realidade» dos megaprocessos

Cabe, neste tópico, enunciar sumariamente o que é a realidade de um megaprocesso, no sentido e com o conteúdo atrás enunciados. O que obviamente pressupõe respigar as características a tal propósito detectadas para a fixação do conceito.

A realidade em processos desta categoria caracteriza-se pela verificação de várias das seguintes características: (i) uma especial atenção dos meios da comunicação social no seu processamento ou conteúdo, por suposto ou real interesse público nos mesmos; (ii) acções de investigação repletas de publicitação mediática, seja após a sua verificação, seja com acompanhamento minuto a minuto da sua realização, para já não referir serem, qual espectáculo, televisionadas e radiodifundidas desde momentos antes do seu início até após o final da sua realização, seguindo-se intenso debate mediático e comunicacional sobre os processos; (iii) inclusão no rol de suspeitos, buscados, detidos e/ou arguidos de pessoas singulares ou colectivas de pública notoriedade ou com estas conexonadas; (iv) sujeição (pré-anunciada e quase imperiosa, para apaziguar o clamor público) dos arguidos a uma ou mais das possíveis medidas de coacção do catálogo; (v) realização de diligências em circunstâncias cujos pressupostos legais não se encontram exigentemente verificados, como é o caso de se deterem pessoas que se oferecem livremente para serem interrogadas; (vi) utilização de todos os meios de obtenção de prova possíveis, sejam ou não objectivamente necessários no caso vertente; (vii) violação inconsequente de todos os prazos legalmente previstos para a detenção de visados, duração de inquérito ou da instrução, sob alegação da absoluta necessidade de tal para garantir a tutela das pretensões punitivas do Estados<sup>11</sup>; (viii) recurso a órgãos de polícia criminal que não os por regra competentes, por escolha «a dedo» por parte do *dominus do inquérito*, v.g., a Autoridade Tributária; (ix) utilização de meios de obtenção de prova contra sujeitos que nem sequer suspeitos são, apenas para «cheirar» (conforme jargão policial), muitas vezes até os assessores jurídicos ou financeiros dos suspeitos, sujeitos estes beneficiários legalmente de especiais protecções de sigilo no exercício das suas actividades, que são totalmente desconsideradas; (x) utilização a gosto (mas quase que inescapável) da chamada *burla de etiquetas*, i.e., inclusão nos tipos penais «em investigação» de um ou mais daqueles que autorizem a utilização de todos os meios de investigação mais agressivos, mesmo quando *ex post* (aquando da publicitação do teor dos autos), se percebe que nada existia no processo que justificasse, sequer em abstracto, pensar em tais tipos penais (para não referir os casos em que tais tipos

<sup>10</sup> Cita-se aqui o, s.d.r. muito infeliz a outros títulos, Ac. TC n.º 110/2011, 3.ª Secção, Relator Conselheiro VÍTOR GOMES. Para um comentário *ex professo* a este lamentável Acórdão do TC, cfr. «O processo penal na fiscalização concreta da constitucionalidade», in P. SARAGOÇA DA MATTA, *Política e Corrupção – branqueamento e enriquecimento*, Lisboa: Chiado Editora, 2015, pp. 223 e ss., maxime pp. 240 a 252.

<sup>11</sup> Na ENAC, p. 62, pode ler-se: «A experiência e conhecimento adquiridos [...] permitem hoje, sem grandes obstáculos, estabelecer o caminho do crime. No entanto [...] a verdade é que nestes processos-crime é frequente verificarem-se atrasos muito grandes, quer na fase de investigação, quer já na fase de julgamento.»



em que se estriba a etiquetagem até já estariam prescritos na data em que os autos são abertos).

Tudo isto com uma consequência imediata: criação na opinião pública da imagem de que a *Justiça* funciona no sentido de garantir a preservação do Direito, da defesa da colectividade, com a consequente conclusão de que os suspeitos, buscados e constituídos Arguidos são criminalmente responsáveis, como se já estivessem condenados definitivamente por sentença transitada em julgado, numa total violação do princípio da presunção de inocência, não só a nível social-mediático (*não há fumo sem fogo*, como diz o povo), mas também – ilegalmente – a nível judiciário (como o demonstram as decisões jurisdicionais prolatadas nesses autos)<sup>12</sup>.

Mas também, tudo isto, com o incompreensível acobertamento pela Judicatura dos Tribunais de Recurso, e com o desconhecimento pela colectividade (ignara quanto ao Direito, mesmo que composta por jornalistas *peritos* em processo penal) de que, na maioria dos casos, o produto dos meios de obtenção de prova, *i.e.*, os meios de prova, nunca poderiam ter sido validados nos termos e condições exigidos por lei, pela tão simples razão de que a entidade judicial «*validante*» nunca poderia ter visto, lido, estudado (por simples objectiva impossibilidade temporal) os ditos meios de prova, porque para fazê-lo nos prazos legais teria que ter tido o mesmo *tempo*, ou mais, do que aquele *tempo* que levou à recolha da prova (o que é patente e óbvio na validação de escutas telefónicas que para serem ouvidas implicariam meses de audição das mesmas; bem como na validação do teor de correspondência, electrónica ou outra, para cujo efectivo conhecimento seriam precisos meses, ou anos, e acabam por ser validadas em horas)<sup>13</sup>.

Em suma, há duas grandes características destes *megaprocessos*: a sua excessivamente longa duração em todas as fases do processo penal; a violação sistemática e constante das regras gerais do CPP, sejam as meramente regulamentares, sejam as que verdadeiramente atentam contra Direitos, Liberdades e Garantias, por parte das autoridades judiciais de Primeira Instância e OPC, sem que, em sede de recurso, qualquer Tribunal – nem mesmo o Tribunal Constitucional – reponha a legalidade invalidando os meios de prova ilegalmente obtidos e mantidos nos autos, decretando as invalidades praticadas, etc., numa verdadeira manifestação de total desrespeito pelo Direito, sempre com recurso a construções jurídicas mais ou menos incompreensíveis à luz do *due process of law*.

Por fim, todo e qualquer *megaprocesso* que se preze estará sujeito a segredo de Justiça pelos prazos máximos permitidos por Lei, supostamente para garantir o sucesso

<sup>12</sup> Os adeptos desta mediatização dos actos processuais constitutivos dos *Direitos, Liberdades e Garantias* dos arguidos/suspeitos (*v.g.*, buscas, interrogatórios, despachos de acusação), que parece servir de barómetro de percepção do bom funcionamento da justiça pela colectividade, esquecem-se, porém, que o método é um *boomerang*: as características acima apontadas permitem todas antever um menor rigor na malha de restrição aos ditos Direitos, Liberdades e Garantias, e consequentemente, nas fases posteriores do processo, torna-se proporcionalmente menos provável que uma acusação signifique uma condenação – como tem sido visto.

<sup>13</sup> Por isso em alguns destes megaprocessos a *pesca de arrasto* a tudo o que são ficheiros informáticos da entidade buscada levam a que cheguem a julgamento fotografias e filmes íntimos que nada têm que ver com o objecto dos autos, documentos privados relativos à intimidade da vida privada que igualmente são totalmente irrelevantes para a prova dos autos, etc. Por todos, o caso BPN que tramitou no DCIAP, TCIC e Instância Central Criminal de Lisboa sob o n.º 4910/08.9TDLSB.

das investigações e tutelar as pretensões (*rectius*, as ânsias) punitivas do Estado, impedindo os Arguidos e buscados de aceder aos mesmos ou até de apenas obter cópia dos elementos apreendidos no decurso das diligências de buscas ou às próprias declarações prestadas nos autos (apesar de ser um direito inequivocamente previsto na Lei), mas *estranhamente* o conteúdo dos autos, o conteúdo das diligências, dos actos processuais, dos interrogatórios gravados, da estratégia da investigação (que supostamente estará apenas na cabeça dos investigadores), aparecem amplamente divulgados em insuspeitos artigos jornalísticos ou mesmo por cópia ou transmissão directa, dos meios de comunicação social<sup>14</sup>.

## II. Problemas práticos e dogmáticos suscitados pelos megaprocessos

Os *megaprocessos* redundam, seja pela sua elephantíase, seja pela sua especial ou excepcional complexidade, na verdadeira impossibilidade de domínio do conteúdo dos autos pelos sujeitos processuais: quer para o exercício dos direitos constitucionalmente previstos para a Defesa e igualmente para os Assistentes; para um Juiz de Instrução que seja uma verdadeira *ardósia em branco* (se não for – fosse – o mesmo que praticou os actos a si reservados em sede de inquérito, situação que seria a regra se se aplicasse o dever ser, e se impedisse o JIC que interveio no inquérito de ser o JIC a quem é entregue a instrução<sup>15</sup>), e, como é óbvio, para o Tribunal de Julgamento.

Basta imaginar processos cujos inquéritos demoram seis, sete, dez ou onze anos para que o MP se considere habilitado a proceder a toda a recolha e análise de prova que entende necessária, processos recheados de dezenas de milhares de horas de escutas telefónicas a dúzias de alvos, de milhares de horas de inquirições, declarações e interrogatórios, de milhões ou dezenas de milhões de documentos em formato papel e electrónico (dentro destes, de todos os tipos possíveis e imaginários), múltiplas perícias das mais diversas naturezas (das simplesmente contabilísticas às altamente técnico-financeiras, bancárias, grafológicas, científicas, *etc.*), de centenas ou milhares de Apensos e sub-apsensos em que de modo mais ou menos incompreensível se junta a esmo prova em «autos» nem sequer paginados, de cartas rogatórias e todo o seu complexo formalismo de remessa, recepção, devolução, nova remessa e assim por diante, etc.

Num destes processos, imaginando, apenas a título de mero exemplo, que se apreenderam dez caixas de correio electrónico que no seu conjunto representam 1 *tera* de informação sem qualquer utilização de *filtro* de palavras-chave ou com *filtros*

<sup>14</sup> Diga-se que a colectividade está órfã de uma saudável e honesta comunicação oficial do MP, que não se limite, como sucede hoje em dia, a publicitar somente as buscas que faz e as acusações que deduz... sem qualquer enquadramento quanto ao significado desses actos no quadro procedimental mais vasto do procedimento e das várias fases que o integram. Para já não referir que nunca (ou raramente) divulga uma absolvição. E, que se saiba, uma absolvição também pode significar justiça, sendo importante que a colectividade isso perceba e disso se convença.

<sup>15</sup> Não esquecer que já no âmbito do CPP 1987 se demorou anos a conseguir «demonstrar» a clara e flagrante inconstitucionalidade de permitir ao JIC – já pleno de pré-conceitos – de intervir no julgamento... não se conseguiu, porém, mau grado 34 anos volvidos, demonstrar que o JIC que interveio em inquérito tem os mesmos pré-conceitos inaceitáveis para julgar o caso, que tem para decidir uma instrução.

tão latos que na prática inexistem<sup>16</sup>, pergunta-se: quanto tempo levaria um JIC a verificar, *e-mail a e-mail*, documento a documento, fotografia a fotografia, filme a filme, o que interessava ou não ao objecto probatório dos autos? Seguramente muito mais do que os 2 ou 3 dias que tardaram as cópias informáticas a ser realizadas pelo OPC na entidade buscada.

Siga-se outro exemplo: também imaginando que num processo se escutaram apenas 10 pessoas, cada uma delas com 1 telemóvel só, durante um período de 3 meses consecutivos, mas em que apenas se intercepcionaram 8 horas dia em cada um, ter-se-á um volume de intercepções de 7200 horas, equivalente a 900 dias de audição, à razão de 8 horas/dia de trabalho do JIC... ou seja, 2 anos e meio, pelo menos, para que o JIC pudesse efectivamente asseverar que tudo o que foi intercepcionado é efectivamente útil probatoriamente para os autos<sup>17</sup>.

Obviamente que o MP, *dominus do inquérito*, não enfrenta por definição estes problemas, pois estes *monstros* são criados precisamente por si, além de que basta invocar a *excepcional complexidade* dos autos, para os prazos serem, em Portugal, prorrogados indefinidamente, ultrapassem 1, 2 ou 10 vezes os prazos máximos de duração de inquérito (a tal *lógica* de prazos meramente ordenadores que nunca tiveram na história do direito pátrio respaldo legal).

E são criados por si, pois é o MP quem determina, numa busca a uma entidade ou pessoa, se as pesquisas informáticas seguirão uma lista *lógica e fechada* de palavras-chave, ou se, ao invés, deverão abranger a totalidade dos arquivos que forem encontrados...<sup>18</sup>. E é também o MP quem escolhe a necessidade e o número de alvos a serem escutados ou não, a duração destas mesmas escutas, e o objectivo de tal diligência, cabendo ao JIC sancionar a promoção, e depois validar a prova obtida dentro das possibilidades que atrás se narraram.

<sup>16</sup> Pois a jurisprudência lusa entende admissível – pelo menos não a julga ilegal – a busca informática por *pesca de arrasto*, sem qualquer verdadeira selecção por palavras-chave, como aconteceu num caso que chegou até ao *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, que mal decidiu por não ter querido entender a diferença entre *law in books* e a *law in action* em Portugal.

<sup>17</sup> Se a tudo isto se somar um cenário totalmente inimaginável de um país em que apenas existisse um ou dois JIC *em funções* para apenas, respectivamente, três ou seis, processos deste tipo (e não para dúzias deles), caberia concluir que nunca a validação das provas (fossem escutas, fossem apreensões documentais, etc.), poderia ser efectivamente feita nos termos e prazos da lei legislada, tudo redundando em mero cumprimento de formalidades *para inglês ver*.

<sup>18</sup> Mas há também problemas que surgem nos megaprocessos que são «gerais», resultantes de legislação contraditória ou pouco clara, que autoriza jurisprudências criativas por regra sempre contra a tutela dos direitos dos visados: referimo-nos à disciplina legal sobre a competência para ordenar a recolha de prova digital, que se encontra legislada de modo claro e inequívoco no CPP, e encontra solução pelos vistos dispar em legislação avulsa, sendo que esta claramente viola a disciplina legal geral e os imperativos constitucionais aplicáveis. Perante isto, a Magistratura, na lógica da salvação das investigações e dos meios de prova ilegalmente obtidos em homenagem às pretensões punitivas do Estado, acaba por criar uma artificial dualidade hermenéutica, totalmente inaceitável, que terá de acabar por ser resolvida por via legal, dada a falta de vontade jurisprudencial para encontrar a única norma compatível com o *dever ser constitucional* sobre o que seja um *processo penal justo*. Quanto a isto, por integrar o Ponto 8 (Métodos de Investigação) da ENCC, mais se não dirá aqui para além de que sublinhar a necessidade imperiosa de se dar cumprimento ao aí afirmado quanto à admissibilidade de tais novos métodos investigatórios: «salvaguardando sempre que tais métodos deverão obedecer às exigências da Constituição relativas à protecção dos direitos individuais». Aguarda-se ansiosamente pela *rampa deslizante* a este respeito.

Esta criação de *megaprocessos* não é, porém, uma *fatalidade* imposta pelo CPP: este defeito não pode assacar-se-lhe, por muita que seja a vontade reformista da Lei. Isto porque se é certo que existem regras que impõem a conexão de processos, também é certo que existem regras que impõem a separação sempre que tal possa prejudicar, precisamente, a celeridade da investigação e a sua compreensibilidade. Mais: casos houve já, na história recente dos casos *mediáticos* (categoria outra que não a de que agora curamos), em que o caminho – claramente estratégico –, foi o oposto: o da separação de processos *por negócio*, com a peculiaridade de que cada vez que um começava a ser julgado, uma nova acusação era proferida, com o acréscimo de irem sucedendo *esquecimentos* de realização dos cúmulos de pena impostos por lei, para aplicar penas concretas muito superiores àquelas que resultariam, quer da regra do concurso, quer da regra do cúmulo.

As razões para a *megaprocessualização*, a nosso modesto ver, não resultam apenas da *especial ou excepcional* complexidade dos factos investigandos, nem sequer da sofisticação do crime ou do carácter mais ou menos altamente organizado da conduta dos agentes, nem sequer do *suposto poder* (social, económico ou político) dos visados na investigação. E não são os megaprocessos nenhuma fatalidade emergente da lei positivada.

Tantas e tantas vezes o que parece é que o *megaprocessos* é resultado ou de uma incapacidade de estruturação do raciocínio investigatório (o que é compreensível, à luz do *errare humanum est*), ou é mera estratégia, para tentar, a *outrance*, conseguir atingir um propósito condenatório, que se facilita quer pela *confusão* gerada, quer pelo aumento de *chance* que resulta do número de «*tiros ao boneco*», para já não usar o aforismo do «*atirar o barro à parede*», na expectativa de que algum “*pegue*”. Além de que muitas vezes o objecto do processo se torna demasiado *subjectivo*: investigar a vida inteira de alguém, e das pessoas que com ela vivam, convivam ou contactem.

Isto para já não referir algo que resulta do mais basilar da natureza humana: o *desejo de eternidade*, o desejo de obtenção de reconhecimento público pelos grandes feitos conseguidos<sup>19</sup>. Não é à toa que a própria comunidade premeia, como os meios de comunicação social enfatizam, os «*super*» magistrados, sejam eles investigadores, pronunciadores ou julgadores. E aqui, obviamente, já nem no plano da *estratégia* nos encontramos.

Em todo o caso, fique claro: sempre haverá *megaprocessos* que têm de o ser, por imperiosa verificação dos pressupostos previstos para a conexão e pela intrínseca natureza das coisas. E com eles se terá de saber lidar, com prudência, bom senso e uso dos poderes de gestão processual já existentes nas regras de processo aplicáveis<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> O OPC, o MP ou o JIC que detiveram, buscaram ou prenderam X, Y ou Z, personalidades até então *intocáveis* social, política, economicamente, tornam-se, *ipso facto*, eles próprios *personalidades* mediáticas, *fulanizando* o exercício da justiça, dando entrevistas televisivas e escritas, num espectáculo que nada dignifica a própria função que exercem (tanto mais porque se expõem a alguns momentos de ridículo que só contribuem para o anedotário nacional).

<sup>20</sup> O que aliás constitui natural consequência do «*efeito esponja*» do direito penal de que falamos desde 1996. Aliás, o próprio fenómeno da punição da corrupção (*improprio sensu*) e dos crimes no exercício de funções públicas, parece ser influenciado pela experiência dos megaprocessos. Ademais, hoje em dia o fenómeno corruptivo *lato sensu* está disperso por mais de 10 tipos legais. Para já não lembrar que as relações humanas são hoje também mais complexas, a tecnologia evolui e que os novos tipos criminais são adversos ao rastro probatório simplificado, mais clássico.

### III. A irrelevância da Lei para a conformação da realidade

As normas sobre *conexão de processos* e *desapensação de processos* existem no CPP desde a versão originária de tal diploma, de 1987.

Como existem normas sobre prisão preventiva, sempre no sentido de que se trata da mais gravosa e excepcional medida de coacção a aplicar. Mas na versão originária do CPP, com o *erro de palmatória* de os legisladores terem confiado demais na prudência da judicatura, afirmava-se que, para não se aplicar a prisão preventiva, teria o juiz que despachar *fundamentadamente* as razões que levavam à não aplicação de tal medida. Ora, como costumamos dizer, sendo a inércia a maior força motriz da humanidade<sup>21</sup>, obviamente que após 1988 as taxas de encarceramento preventivo não diminuiram, posto que o grosso dos arguidos ficariam em prisão preventiva por falta de despacho fundamentado que afastasse a aplicação da mais grave, e *constitucionalmente excepcional*, medida de prisão preventiva<sup>22</sup>.

Como os Tribunais nos não salvaram<sup>23</sup>, lá teve o legislador de trazer ao foro a prudência que àqueles faltou, criando a regra oposta, que bem ponderava o princípio do *direito à preguiça*<sup>24</sup>, i.e., para que se aplicasse prisão preventiva tinha de existir despacho fundamentado nesse sentido.

Ora, similar situação poderia pensar-se ocorrer quanto à imperiosa necessidade de acabar com os problemas emergentes dos *megaprocessos*, i.e., pensar que bastaria ter confiado na relevância da lei para a conformação da realidade e para combater a falta de prudência na conformação do objecto dos inquéritos. Assim não foi.

E terá sido isso que levou a que se escrevesse na ENAC 2020-2022, «o Código de Processo Penal contém já normas que permitem reduzir a dimensão dos chamados “megaprocessos”, o que não quer dizer que o legislador não possa aperfeiçoar o regime estabelecido para a conexão e separação de processos de forma a deixar mais claras as situações em que tal pode acontecer»<sup>25</sup>.

Cremos, porém, que o artigo 30.º do CPP já prevê, bem e suficientemente – sem qualquer necessidade de aperfeiçoamento –, os *critérios para a separação de processos*: se a situação indesejada da *megaprocessualização* existe, tal não se deve à Lei, mas, nuns casos, à natureza das coisas, e, noutros, à prática *irrelevância da lei* na conformação da

<sup>21</sup> Não havendo espaço para nos debruçarmos aqui quanto às chamadas Teorias Motivacionais, remetemos para <https://psicoativo.com/2015/11/tipos-de-motivacao-psicologia.html>, consultado em 22.03.2021.

<sup>22</sup> Mais um exemplo de que em Portugal o fosso da *law in books* para a *law in action* é incomensuravelmente maior do que em qualquer outro país da Europa Ocidental, e de que muita da Judicatura lusa segue anacronicamente presa ao espírito post-revolução francesa de 1789 (Charles Louis de Secondat, Senhor de la Brède e Barão de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XI, chapitre VI (1748): «Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur»).

<sup>23</sup> Em Portugal muitos Juizes nunca conseguiram deixar de ser a tal *bouche qui prononce les paroles de la loi*, e quando tentam no processo penal *criar a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*, sai por regra solução oposta à que resultaria do *due process of law*.

<sup>24</sup> PAUL LAFARGE, *O Direito à preguiça*, Lisboa: Antígona, 2016 (publicado originariamente em 1880, escrito na prisão pelo Autor, e nos termos da sinopse da Editora, um «eloquente manifesto contra o vício do trabalho, que corrompe as faculdades humanas, e em defesa da liberdade fundamental de empregarmos o tempo a nosso bel-prazer»).

<sup>25</sup> Idem, *ibidem*.



realidade. Emerge, pois, em parte, de um problema de cultura e atitude judiciária, das já referidas razões *estratégicas* e até de algum *oportunismo* processual ou pessoal. A menos que a ENAC entenda que a norma teria de passar a ser *cogente perfeita*, o que não só é ontologicamente impossível, como se traduziria num outro erro de palmatória, posto que há *conexões* imprescindíveis para a compreensão da realidade criminal investiganda, e, assim, para a efectivação das pretensões punitivas do Estado<sup>26</sup>.

Ou seja, como se disse, há *megaprocessos* que sempre terão de sê-lo, não podem é ser a regra de proceder de determinadas instâncias formais de controlo.

Com efeito, é impensável que, sendo fáctica e juridicamente possível *separar processos* para não pôr em risco a pretensão punitiva do Estado e para não retardar excessivamente o julgamento de qualquer dos arguidos, um jurista altamente especializado, consciente e cumpridor da Lei e das atribuições que lhe estão acometidas, o não faça. E já resulta da lei, ao referir como objectivos a salvaguarda da *pretensão punitiva do Estado* e o não retardar excessivamente o julgamento, que a separação deve ocorrer quando a conexão puder levar ou tenha levado à violação dos prazos de duração máxima de qualquer das fases processuais<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> No mesmo sentido a posição assumida pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP), p. 32. Na sequência cabe asseverar ser, s.m.o. e com todo o devido respeito, totalmente desfasada da realidade a afirmação constante da mesma pronúncia da ASJP sobre a ENAC segundo a qual há «falta de recursos nas polícias e no Ministério Público, [...] problemas ligados aos mecanismos de cooperação judiciária internacional e a total ausência de assessorias técnicas e adequados meios de auxílio nos tribunais, quer na fase de instrução quer do julgamento e depois no recurso». Não só nunca os OPC tiveram tantos e tão gravosos e custosos (para os contribuintes) meios, como há uma cooperação quase automática com imensas jurisdições (não tanto quanto Portugal que coopera acriticamente, até quando as Convenções Internacionais o proíbem, violando até a Lei supralegal para agrado das entidades rogantes), como o MP tem assessorias técnicas especializadas em enormíssimo número e variedade. Se os Tribunais de Instrução e de Julgamento as não têm é porque não querem, porquanto se o MP o logra, também um órgão de soberania o lograria. Também disto há exemplos concretos para reportar documentadamente. Termos em que é rematadamente falso afirmar que «os atrasos dos megaprocessos são a consequência da falta de recursos» – esta ideia da Magistratura Judicial é altamente problemática e preocupante, por daqui se exumar uma falta total de consciência da realidade vivida nos megaprocessos em sede de inquérito e uma falta de conhecimento dos meios a que pode lançar mão em sede de instrução (se disso houvesse vontade) e de julgamento (nunca tendo nós visto um Tribunal de Julgamento solicitar fosse a quem fosse sequer um auxílio técnico, em mais de 20 anos de experiência com este tipo de processos), talvez mercê do erróneo preconceito de que um juiz tem de ser um *expert* em tudo, um *tudólogo*. Quanto ao que importa, valeria a pena perguntar que meios faltam para tratar de megaprocessos. Mas a crítica à posição da ASJP sobre a ANCC mereceria uma revisão autónoma de mais 15 páginas, pois afirma desde logo que a maioria dos megaprocessos é de *corrupção*, numa falta de conhecimento lamentável, até estatístico, de qual o objecto concreto dos megaprocessos dos últimos 20 anos, que nada teve que ver com tal tipo penal.

<sup>27</sup> Entende-se como extremamente preocupante, filosófica, ética e juridicamente, a posição da ASJP quando a pp. 33 da Pronúncia que vem sendo citada, afirma: «alertar-se para o que parece ser um equívoco perigoso na ENCC. O “retardamento excessivo” – conceito hoje presente na lei para determinar a separação dos processos – não significa a mesma coisa que incumprimento dos prazos previstos para cada fase do processo». Ora, se para a Judicatura os próprios prazos previstos são para *inglês ver*, quem guarda o guarda? Quem, uma vez mais, nos salva de uma judicatura que serve para cobrir investigações relapsas e não para tutelar Direitos, Liberdades e Garantias, nacional e internacionalmente afirmadas? Será então o quê o retardamento excessivo?



Pergunta-se, pois: pretende alterar-se o artigo 30.º para quê? Pior: como?<sup>28</sup> O que é que resultará da *clarificação* pretendida que não resulte já da correcta hermenêutica da norma, de acordo com os critérios gerais a que tal labor judiciário está juridicamente vinculado? Absolutamente nada, a menos que se apouque a racionalidade do intérprete-aplicador do Direito ou se assente em qualquer preconceito quanto ao seu pundonor<sup>29</sup>.

Pior do que ter *megaprocessos* desnecessários, seria ter *microprocessos* em que a mesma realidade fáctica e o mesmo enquadramento jurídico fossem multiplicados artificialmente, a bem da celeridade absoluta (admitindo-se que tal seria o necessário a fazer cumprir prazos que continuem a entender-se como meramente ordenadores), para sujeitar o(s) mesmo(s) Arguido(s) e o(s) mesmo(s) Assistente(s) a multiplicação de esforços defensivos / atacantes, multiplicação de autos, multiplicação de custos de representação, *salamização*<sup>30</sup> da justiça com os consequentes riscos – já vividos como se disse atrás num certo lote de processos contra o mesmo Arguido – da perversão das regras do concurso de crimes e da realização de cúmulos de penas<sup>31</sup>.

Por outro lado, a proposta da documentação das declarações orais prestadas em inquérito e instrução através de registo áudio ou audiovisual, tanto quanto se percebe de inquirições, declarações ou interrogatórios, também não é um problema legislativo (mas antes de logística e de investimento governamental), embora nos congratulemos com a aceitação (finalmente) de uma proposta que defendemos pessoal e documentadamente vai para 30 anos<sup>32</sup>, então para garantir um efectivo e pleno duplo grau de jurisdição em matéria de facto.

---

Um inquérito de 15 anos com arguidos sujeitos a medidas de coacção? De 20 anos? Qual o limite? Onde está a consciência do *justo*?

<sup>28</sup> Dirá algo como: processos com mais de «x» arguidos?; com mais de «y» volumes?; com mais de «z» horas de intercepções telefónicas ou «x» milhões de documentos? Ou imporá a velha regra antigamente exigida aos Advogados que aprendiam a articular «*um facto por artigo*», aqui na lógica de «*uma narrativa por processo*»? Tentando que se use o estilo literário do Conto e não do Romance.

<sup>29</sup> E não esquecemos o sábio ensinamento emergente do Parecer n.º 18/81 da Comissão Constitucional (Edição oficial, vol. 16.º, p. 156), vai para 40 anos, quando afirmava: «os direitos do arguido devem em primeira linha ser defendidos pelo legislador e não deixados à possibilidade de aquele deparar ou não com um bom juiz. Como a doutrina e a jurisprudência têm assinalado, é inadmissível transferir para a responsabilidade do juiz aquilo que [...] só ao legislador deve competir».

<sup>30</sup> Tomamos de empréstimo, com vénia, a expressão uma vez ouvida ao Ilmo. Sr. Dr. José António Barreiros, renomado Advogado criminalista português.

<sup>31</sup> Também sobre este tão grave problema nenhuma preocupação da ASJP na sua pronúncia, que insiste sempre na *frase batida* (*apud* Sérgio Godinho), da *falta de recursos*, como o fazem alguns Procuradores-Gerais-Adjuntos de modo automático, como se estivessemos nos idos de 80 do século passado: «a única solução é a melhoria sensível dos recursos técnicos, materiais e humanos postos à disposição da Polícia, dos MP e dos tribunais» (p. 33).

<sup>32</sup> «O Direito ao Recurso – ou o duplo grau de jurisdição como imposição constitucional e as garantias de defesa dos arguidos no processo penal português», in *Revista Jurídica*, n.º 22, Março de 98 (nova série), AAFDL, pp. 323 e ss. Não estamos assim tão longe do então analisado Ac. n.º 124/90 do TC, ainda sobre o CPP de 1929, mas já com o CPP de 1987 em vigor, que *dizia ser constitucional* que, entre as garantias de defesa, se conta o direito de impugnar (mas apenas «*como princípio*»), «mediante recurso, para a jurisdição superior, as sentenças penais condenatórias, mas que tratando-se de matéria de facto, há razões de praticabilidade e de imediação da prova que justificam não poder o recurso assumir aí o mesmo âmbito e a mesma dimensão que em

Tanto mais que é dos livros que um auto escrito nunca transmite «*de forma absolutamente fidedigna o que se passou durante a diligência*», ça va de soit, para já não dizer que, por experiência própria, muitas vezes é uma *luta* para que o auto escrito cumpra tal função, na falta de gravação.

Porém, diga-se sem tibiezas, nos *megaprocessos* mais *mediáticos*<sup>33</sup> tal já sucede, com efeitos na celeridade e na dimensão dos autos pouco ou nada detectáveis.

---

matéria de direito». E justificava o TC tal entendimento: «com o ser absolutamente impraticável a repetição integral da prova perante o tribunal de recurso, além de ser totalmente inconveniente (“há cada vez mais razões para olhar com cepticismo os segundos julgamentos, necessariamente montados sobre cenários já utilizados e com prévio ensaio geral”)), aqui citando o então Procurador-Geral da República Cunha Rodrigues. Muito curioso quanto à *impraticabilidade* é a consideração então apresentada pelo Tribunal guardião da Constituição: «Não despidendo é [...] o facto de a leitura ou a audição pelo tribunal de recurso da prova produzida perante o tribunal colectivo – para além de se tornar pouco menos que suportável – acabar por fazer com que a prova se perca como prova, justamente porque lhe falta a força da imediação. Ao que acresce que esse registo de prova, a ser feito por sistema, tornar-se-ia impraticável». Como último argumento dizia: «é que os tribunais não dispõem de meios estenotípicos, estenográficos ou de registo de som, e nem se vê que deles venham a dispor de imediato». Por isso, concluía o TC, é que «o novo Código de Processo Penal só previu a documentação da prova prestada oralmente na audiência em dois casos, a saber: “quando o tribunal puder dispor de meios estenotípicos, ou estenográficos, ou de registo de som, ou de outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral” das declarações e depoimentos (363.º); ou tratando-se de prova produzida perante o tribunal singular, quando, “até ao início das declarações do arguido ..., o Ministério Público, o defensor ou o advogado do assistente declarem que não prescindem da documentação” (364.º, n.º 1)». E Cunha Rodrigues ia ainda mais longe: «são muitos os sistemas, mesmo na Europa a que pertencemos, que, e o que é mais significativo na criminalidade mais grave, se satisfazem com uma única instância quanto ao apuramento dos factos» (José N. Cunha Rodrigues, «Recursos», in *Jornadas de Processo Penal – O novo código de processo penal*, Coimbra: Almedina, 1992, pp. 382 e ss., *maxime* p. 392). A estes argumentos, juntava o TC um argumento no mínimo raro: «a maior garantia de acerto no julgamento da matéria de facto reside no tribunal colectivo e nas suas regras de funcionamento. O recurso das decisões dos tribunais colectivos gizado» (o TC reportava-se aí ao regime do artigo 665.º do CPP/29 e Assento de 1934, mas Cunha Rodrigues utilizava exactamente a mesma panóplia de argumentos para louvar o regime trazido pelo CPP/87 (*op. cit.*, pp. 392 e s.), pois «representa uma “válvula de segurança” suficiente contra riscos, possíveis, de erro e injustiça na decisão de facto da questão penal». A sublinhar a traço forte que neste Acórdão o TC confirmava jurisprudência tirada num Assento do STJ de 29 de Junho de 1934 (já então com 56 anos). Diga-se abertamente, como então escrevemos no trabalho que vimos de referir: «o TC ao afrontar este problema, preocupou-se exclusivamente [como tantas vezes hoje ainda faz] com as consequências que o reconhecimento de tal princípio causaria sobre o processo e sobre as estruturas orgânicas ou patrimoniais do Ministério da Justiça. Ser ou não suportável a audição ou leitura da prova no tribunal de recurso se ela tivesse sido documentada; impossibilidade de prover meios estenográficos e estenotípicos aos Tribunais para que haja documentação da prova; não ser possível repetir a produção de prova no tribunal superior por tal fazer com que “a prova se perdesse como prova” com o concomitante esquecimento de que há já meios audiovisuais que permitiriam que não se perdesse a imediação da prova; esquecimento também, por exemplo, de que nos tribunais americanos, mesmo no Grande Júri, há recolha estenotípica de toda a produção de prova, e que os juízes americanos do tribunal *ad quem* “suportam” a leitura integral em sede de recurso; etc. É que mercê de tais considerações pode muito bem ter-se sacrificado o esclarecimento deste concreto Direito de Defesa, isto sim que seria útil para definir o modelo constitucional do processo».

<sup>33</sup> Fazendo-se fé em que serão os mais importantes e complexos os advogados pelo DCIAP e pelo TCIC.

Além de que, tanto quanto resulta de pp. 63 da ENAC, não parece que o sistema de *tramitação electrónica de processos privativo* do MP a que se pretende conectar um *interface* para Magistrados Judiciais sequer pense, por um minuto, nos direitos, liberdades e garantias dos demais sujeitos processuais, *maxime* dos Arguidos, a *parte fraca* que enfrenta o mais grave poder soberano do Estado. É que é clara a afirmação de que a *informatização da prova* e dos autos serve para *assegurar um mais rápido acesso, interligação e apresentação em instrução e em julgamento...* onde fica pensado o acesso – já hoje tão difícil e tão dificultado – dos Arguidos a tal *informação tão organizada e disponível*? Desconhece-se, novamente demonstrando a *objectivização* do que é, no nosso sistema, o Arguido (supostamente um *sujeito*).

No que concerne ao parágrafo dedicado ao *Tribunal Central de Instrução Criminal* (TCIC), o aplauso não poderia ser maior, tal como mais frontal não poderia ser a censura ao *sistema político e judiciário* por tanto ter tardado a conseguir afirmar o óbvio.

É que não se compreende (!) o porquê de terem passado 20 anos sem que os poderes (Presidente da República, Parlamento, Governo, Tribunal Constitucional, Judicatura, Ministério Público, Provedoria de Justiça, Académicos) tivessem tido a coragem de o querer determinar, principalmente quando nem sequer «*dois*» juízes dotavam o quadro deste *quasi Tribunal de Excepção*, mas apenas um (como, aliás, em 2020 e 2021 novamente aconteceu *temporariamente* por decisão insindicação e incompreensível do Conselho Superior da Magistratura). Diga-se sem peias: no TCIC está-se claramente num *Rechts freiraum* no que ao imperativo do *juiz natural* respeita, para não dizer de clara inconstitucionalidade.

Sobre o nosso pensamento a respeito limitamo-nos com o recordar o já em 2016 escrito<sup>34</sup> quanto a esta gangrena da organização judiciária portuguesa, citando então SIMÓN BOLÍVAR<sup>35</sup>: «Não há nada tão perigoso como deixar por muito tempo um cidadão no poder. O povo habitua-se a obedecer-lhe e ele habitua-se a mandar, de onde se origina a tirania»<sup>36</sup>. Principalmente se houver a desdita de, por humanidade, se tratar de um cidadão sem consciência do mais radical do nosso «ser»: a falibilidade!

<sup>34</sup> P. SARAGOÇA DA MATTA, *Do juiz perpétuo*, in <http://forumpenal.pt/publicacoes/> (consultado a 26.03.2021).

<sup>35</sup> SIMÓN BOLÍVAR, discurso no Congresso de Angostura a 15.02.1819.

<sup>36</sup> Do nosso texto identificado por último respigamos as seguintes passagens, para desenvolver o pensamento ao caso cabível: «Para a Democracia Moderna, [...] tão importante como o tríodo axiológico liberdade, igualdade, fraternidade, está o princípio ético do desapego ao poder! De tão importante que é, deixou de ser apenas princípio ético, passando a ser regra expressa das Constituições das Repúblicas: tudo para limitar a eternização dos Chefes de Estado. Porém, o princípio, e o argumento, foi “republicanizado” [...], naquele ignaro afã antimonárquico que, apesar das Revoluções, continuou a entender que todo o poder estava “no” Chefe de Estado, mesmo quando totalmente entregue aos Parlamentos, aos Governos e aos Magistrados Judiciais – os Três Poderes. Por outras palavras, a limitação do cargo de Chefe de Estado não foi trasladada para os novos centros de poder, e as Constituições esqueceram-se de que, de tanto quererem afastar o fantasma do absoluto poder monárquico, lançavam o gérmen de ervas muito mais daninhas: as da perpetuação no poder, incontrolado e – querendo – vitalício, dos Deputados nos Parlamentos, dos Senadores nos Senados, dos Magistrados nas diversas instâncias da Justiça. O cancro absolutista curado lançou estes outros poderes como metástases! [...] E o cancro cá está. Com ele vivemos. Limitámos por lei o tempo e o número dos mandatos dos Chefes de Estado das Repúblicas, mas deixámos ilimitada a permanência no poder de Deputados, Senadores, Ministros, edis locais e... magistrados. [...] E nós? Nós cá vamos “cantando e rindo”, mesmo sem “Estado Novo”, mesmo com “Abril”. No Parlamento, na Administração

Por fim, quanto ao prévio agendamento processual por acordo com os sujeitos processuais da realização do debate instrutório e da audiência de julgamento, como medida de gestão processual, tão-pouco há nada a censurar, bem ao invés... havendo apenas a constatação de que se impõe norma expressa cogente que o determine, para evitar nova polémica sobre a *amplitude* dos poderes do Juiz Presidente da fase em curso.

#### IV. Conclusões

Posto tudo isto, cabe concluir a nossa apreciação quanto às propostas constantes do Ponto 7 da ENAC, quanto aos *megaprocessos*, nos moldes seguintes:

Como 1.<sup>a</sup> conclusão lamenta-se desde logo o não disfarçado *preconceito de responsabilidade criminal dos arguidos* emergente do respectivo 3.º parágrafo: a ligação feita entre *efeito preventivo da punição, prontidão da justiça* vs. *severidade das penas*, e o alcançarem-se, «*a final, bons resultados*», inculca a ideia de que todo e qualquer processo (mega ou micro), só terá «*bons resultados*» se a punição for garantida, ainda que com penas menos severas.

---

Pública, e, o que é pior, nas magistraturas, vigora a perpetuidade. A tal que faz com que o povo se habitue a obedecer e os titulares dos cargos a mandar. Recorde-se que o problema do “juiz perpétuo no lugar” nem sequer é novo... Era de tal forma causa de injustiça que D. Afonso IV o resolveu por letra de lei: “os juizes naturais da terra de direito e de razom hão muitos azos pera nom fazerem compridamente justiça [...] porque os naturais da terra teem hi muitos parentes e amigos e outros que com ele hão dividos de conlacia e doutros semelháveis e alguns com outros hi malquerenças e desamor, ou hão receança deles, por os quais o direito presume que tão compridamente nom farão direito come os estranhos”. E daí criou a figura dos “juizes por el-Rei, juizes de fora ou juizes de fora parte”, os quais ‘eram [...], indivíduos estranhos ao concelho, sem o foro de vizinhos, em muitos casos [...] com graus universitários, que recebiam do monarca a autoridade...’ [idem n.r. 35].

Foi precisamente a constatação dos desmandos vividos na administração da Justiça, entre a Fundação e o início do Século XIV, que o legítimo Poder Político criou esta figura do Juiz de Fora. Demorou século e meio para actuar. Mas actuou! Era óbvio que os juizes da terra, amigos, familiares, contendores ou adversários, tementes ou atemorizantes de qualquer das partes, não eram imparciais. E o Monarca teve a clareza de fazer o que hoje ninguém tem coragem, sequer, de dizer. Que nenhum Juiz pode, nem deve, perpetuar-se no mesmo cargo, lugar, função! Esta clara e óbvia lei de bom senso que norteava a Justiça no Século XIV, para evitar desmandos judiciais, infelizmente, perdeu-se no pó dos tempos. Sete séculos volvidos, na era do conhecimento, da civilização, da tecnologia, num tempo em que já não há fisicamente “vizinhos” e “estranhos”, esquecemo-nos do óbvio: a) de que a diferença entre “vizinhos” e “estranhos” continua a existir, sendo outras as fontes das “conlacias”, “malquerenças” e “receanças” que não a vizinhança física; b) que quem é “de fora” passa a ser “vizinho” quando se eterniza na mesma função, no mesmo posto, pois é humano criar “conlacias” ou “malquerenças e desamor” com todos aqueles a quem por lustres vai aplicando o Direito. Qualquer psicólogo confirmará isto. Mas se pugnar pela imparcialidade dos julgadores sempre foi, em todos os tempos e geografias, um dever de consciência dos Homens Justos, parece em alguns lugares ser ainda crime de lesa-majestade... ou seja, continua a haver “receanças”. O que por si só demonstra quanta falta fazem, ainda, “juizes de fora”... que no caso se obtinham pela limitação dos períodos de tempo em que um magistrado, judicial ou do ministério público, poderia manter-se no mesmo Departamento, no mesmo Tribunal, na mesma função. Mas isso, meus Senhores, é querer demais da natureza latina. E assim segue a dança, todos vizinhos, com juiz perpétuo, sem juiz de fora que nos faça Justiça!»

Como 2.<sup>a</sup> conclusão lamenta-se também que a grande preocupação com a simplificação da produção e apresentação da prova nas várias fases processuais não reserve uma palavra sequer para afirmar e assegurar que tais mecanismos serão acessíveis aos demais sujeitos processuais, *maxime* a quem mais deles precisa para defender-se do triturador poder penal do Estado: os Arguidos.

Como 3.<sup>a</sup> conclusão, quanto a *perpetuidades de magistrados nas mesmas funções nos mesmos Tribunais*, recordar que *não há nada tão perigoso como deixar por muito tempo um cidadão no poder. O povo habitua-se a obedecer-lhe e ele habitua-se a mandar, de onde se origina a tirania.*

Como 4.<sup>a</sup> conclusão, afirmar-se que não se acompanha a medida proposta de clarificação do artigo 30.º do CPP, porque inútil, inexequível e até geradora de potencial perversidade dos resultados pretendidos obter, antes se defendendo um reforma educacional e formativa ao nível da cultura e atitude dos actores judiciais, bem como através da emissão de orientações claras, precisas e estritas por parte da PGR. Paralelamente conceder-se ao Juiz de Julgamento o poder de, no Despacho de recebimento dos autos em juízo, ordenar a separação de processos, ouvida Acusação e Defesa, de molde a melhor gerir a marcha do(s) processo(s). Deveria também impor-se quer ao Juiz de Instrução, quer ao de Julgamento o dever de no mesmo despacho proceder ao arquivamento de todos os crimes que estejam prescritos, tanto mais que muitos dos que são julgados já resultam prescritos da documentação dos autos, sendo que alguns já o estavam na data da constituição dos respectivos Arguidos.

Como 5.<sup>a</sup> conclusão, acompanha-se a lógica das gravações audiovisuais (mas a 360.º do ambiente objecto de gravação, porquanto de outro modo se não pode fazer qualquer real leitura nem da linguagem verbal nem corporal dos Magistrados, OPC Arguidos, testemunhas, declarantes, peritos, etc.) de todas as diligências, sem quaisquer súmulas que não sejam acompanhadas de transcrições escritas integrais do acto.

Como 6.<sup>a</sup> conclusão, acordo pleno à criação de norma cogente de gestão processual, no que concerne ao agendamento de debates instrutórios e de audiências de julgamento (e até de interrogatórios de arguidos).

E como 7.<sup>a</sup> conclusão, afirmar algo que criticaríamos na versão inicial da ENCC, mas que já não detectamos na versão definitiva da mesma, *i.e.*, a proposta de *proibição expressa de divulgação de diligências gravadas no e para o processo penal, devidamente sancionada com sanções efectivas e dissuasoras*, e que mais não era do que uma questão totalmente falaciosa. Falaciosa porquanto todos estes autos se encontram por regra sujeitos a segredo de justiça, mas vêm-se na imprensa publicados, difundidos e televisionados, tendo como resultado habitual ridicularizar os arguidos ou fixar a sua culpabilidade perante a sociedade em geral. Termos em que se pugnaria, quanto a este tema, por desistência de lutar contra a violação constante do segredo de justiça, em obediência ao princípio jurídico da paridade de armas e ao sábio ensinamento do povo do *«se não podes vencê-los junta-te a eles»*, pelo desaparecimento total do segredo de justiça, em todos e quaisquer autos, excepto os que tenham por objecto processos de criminalidade altamente organizada de tráficos (droga, armas, pessoas), e processos de terrorismo.

Tudo quanto se nos oferece, neste limitado espaço, reflectir sobre a problemática da gestão dos *megaprocessos* no actual processo penal português.

Secção II

**ESTATUTO DO ARGUIDO.**

**PROCESSO CONTRA PESSOAS COLETIVAS**

31.

**Processo contra pessoas coletivas**

Germano Marques da Silva

Sumário:

- I. Introdução
- II. Competência material e funcional; competência por conexão
  - 1. Competência material
  - 2. Competência por conexão
- III. Constituição de arguida e representação da pessoa coletiva ou entidade equiparada
  - 1. Constituição de arguida
  - 2. Representação da pessoa coletiva arguida
    - 2.1. Representação da pessoa coletiva com personalidade jurídica
    - 2.2. Representação de entidade coletiva sem personalidade jurídica
    - 2.3. Falta de representante legal. Nomeação oficial. Contumácia
    - 2.4. Alteração da representação legal
    - 2.5. Responsabilidade cumulativa do representante e da pessoa coletiva e incompatibilidade de defesas
    - 2.6. Irregularidade de representação
- IV. Notificações.
- V. Medidas de coação
  - 1. As medidas aplicáveis
  - 2. O termo de identidade
  - 3. Outras medidas de coação
- VI. Direito probatório
  - 1. Declarações da pessoa coletiva na qualidade de arguida
  - 2. Prova testemunhal e representantes legais
- VII. A extinção da pessoa coletiva e os seus efeitos processuais
  - 1. A extinção da pessoa coletiva
  - 2. Extinção da pessoa coletiva por cisão ou fusão
- VIII. Sugestões de alterações ao Código de Processo Penal
  - 1. Alteração da redação de artigos com aditamentos
  - 2. Aditamento de novos artigos no Código
- IX. Conclusão

**RESUMO:** Procede à análise das lacunas do Código de Processo Penal relativamente ao estatuto processual das pessoas coletivas e entidades equiparadas, propondo alterações legislativas para realizar o ideal do justo processo também para estas arguidas.



## I. Introdução

Já em 2009 alertávamos para as lacunas do Código de Processo Penal relativamente ao estatuto processual das pessoas coletivas<sup>1</sup>. Consagrada no direito penal comum a responsabilidade das pessoas coletivas, continua a faltar a adaptação da legislação processual penal, falta que vem já desde que o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.I. Passaram mais de 35 anos!

A lacuna processual tem sido resolvida por analogia com as normas pertinentes do processo aplicáveis às pessoas singulares e aplicação subsidiária das normas do processo civil, acarretando dificuldades e divergências na sua aplicação prática porque as soluções normativas não recolhem consenso na doutrina nem estão consolidadas pela jurisprudência.

Impõe-se uma precisão atinente ao título deste artigo. Não se trata apenas da condição de arguida das pessoas coletivas, mas, na expressão do n.º 1 do artigo 11.º do Código Penal, também das entidades equiparadas, ou seja, as sociedades civis e as associações de facto (artigo 11.º, n.º 5, do CP). Encontramos na legislação avulsa designações diversas para estas entidades equiparadas. É assim, nomeadamente, no diploma que estabelece o regime das «Infrações contra a Economia e a Saúde Pública» (DL n.º 28/84, de 20.I) que equipara às pessoas coletivas as sociedades civis e comerciais, ainda que irregularmente constituídas, e as meras associações de facto (artigo 2.º) e no «Regime Geral das Infrações Tributárias» (aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5.VI) que no seu artigo 7.º refere as pessoas coletivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas. Por economia de espaço referir-nos-emos só a pessoa coletiva, mas significando também as entidades equiparadas.

Não vamos aprofundar o conceito de entidades equiparadas, mas importa referir desde já que a imputabilidade penal não pressupõe a personalidade jurídica dos entes coletivos e que o âmbito da admissão da sua responsabilidade criminal pode variar conforme o diploma que a contempla, frequentemente com normas específicas sobre a imputação, mas, em geral, omitindo normas processuais.

Vamos, por mero pragmatismo, tendo em atenção que formularemos propostas de alteração ao Código de Processo Penal, seguir de perto a ordenação deste Código.

## II. Competência material e funcional; competência por conexão

### 1. Competência material

A matéria relativa à competência material, funcional e territorial dos tribunais está relativamente consolidada. Em razão da natureza da pena aplicável aos crimes imputados às pessoas coletivas, a competência para o seu julgamento é sempre do tribunal singular. Por isso que também em razão da natureza da pena não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça dos acórdãos condenatórios da relação,

<sup>1</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores», in Mário Monte e outros (coord.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 789 a 904. *Idem*, «Questões processuais da responsabilidade penal das pessoas coletivas», in Maria Fernanda Palma e outros, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 151 a 169.

que apliquem pena não privativa da liberdade, salvo se, como entendemos dever ser, tiver havido decisão absolutória em 1.<sup>a</sup> instância.

Temos, desde a revisão do Código pela Lei n.º 59/98, de 21.II, manifestado incompreensão pelo sistema de recursos penais, mormente no que respeita aos recursos para o Supremo Tribunal de Justiça, face ao regime dos recursos em matéria civil e desde logo à recorribilidade da parte da sentença relativa à indemnização civil. Não nos parece ser minimamente justificável não ser admissível recurso de sentença condenatória em pena de multa quando pode recorrer-se da parte da sentença relativa à indemnização civil. Conhecemos os argumentos<sup>2</sup>, mas consideramo-los meramente formais.

Entendemos, porém, não ser razoável alterar o regime da competência material e funcional sobre recursos para o Supremo em função da pena de multa, enquanto se mantiver o regime vigente com as limitações relativas às penas de prisão aplicadas. Por isso não formularemos qualquer proposta de alteração neste domínio.

## 2. Competência por conexão

É importante ressaltar a relevância da competência por conexão, sobretudo por razões de economia processual, dado que a responsabilidade cumulativa não é o mesmo que responsabilidade por comparticipação.

O artigo 24.º do Código não contempla a conexão do processo do agente pessoa singular autor do crime imputável à pessoa coletiva com o processo sobre a responsabilidade desta. A pessoa coletiva não comete crimes, é responsável pelos crimes cometidos por outrem (artigo 11.º, n.º 2, do CP), não sendo caso de comparticipação.

É, por isso, conveniente acrescentar uma alínea ao artigo 24.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

## III. Constituição de arguida e representação da pessoa coletiva ou entidade equiparada

### 1. Constituição de arguida

Nada de novo quanto aos pressupostos, tempo e modo de constituição da pessoa coletiva como arguida. De notar apenas que a constituição de arguida da pessoa coletiva é feita na pessoa do seu legal representante. Isso não significa que o legal representante passe a ser arguido; arguida é a pessoa coletiva, mas no exercício dos direitos e cumprimento dos deveres inerentes à qualidade de arguido é representada pelo seu legal representante.

Os direitos e deveres inerentes à qualidade de arguido valem tanto para as pessoas singulares como para as pessoas coletivas, naturalmente com as necessárias adaptações, sendo exercidos e cumpridos pelo representante legal ao qual a constituição de arguida da pessoa coletiva deve ser comunicada em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 58.º do Código de Processo Penal.

Embora não sendo pessoalmente arguido, o representante da pessoa coletiva que assume a representação processual fica sujeito a alguns deveres pessoais, resultantes

<sup>2</sup> ANTÓNIO PEREIRA MADEIRA, «Comentário ao artigo 400.º», in António da Silva Henriques Gaspar e outros, *Código de Processo Penal Comentado*, 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 1201-1202.

da representação judiciária da pessoa coletiva. Desde logo a comparecer perante o juiz, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal, sempre que a lei o exigir e para tal tiver sido devidamente notificado, a responder com verdade às perguntas feitas sobre a identidade e antecedentes criminais da pessoa coletiva e a prestar termo de identidade e residência (artigo 61.º do CPP)<sup>3</sup>. Entendemos que o representante se substitui à pessoa coletiva para o exercício dos seus direitos e cumprimentos dos deveres de arguido<sup>4</sup>, naturalmente com as necessárias adaptações.

## 2. Representação da pessoa coletiva arguida

### 2.1. Representação da pessoa coletiva com personalidade jurídica

O tema da representação da pessoa coletiva é dos mais complexos e delicados, tanto no que respeita às entidades com personalidade jurídica quanto às que a não têm.

Não nos diz a lei processual penal como é que a pessoa coletiva ou entidade está no processo como arguida. Parece-nos que a atualmente a solução é recorrer ao processo civil, como direito subsidiário. Ora, os artigos 21.º, n.º 1, e 22.º do Código de Processo Civil (*ex vi* do artigo 4.º do CPP) dispõem que as pessoas coletivas devem ser representadas em juízo nos termos gerais, legais ou estatutários<sup>5</sup>.

A representação da pessoa coletiva e equiparada no decurso do processo nada tem a ver com a condição de imputação do crime; trata-se agora simplesmente de determinar quem a representa em juízo. Podem coincidir o representante da pessoa coletiva e a pessoa física, agente da infração cumulativamente responsável, mas trata-se de mera coincidência. Em termos processuais são diversas as qualidades em que o agente, pessoa física, intervém no processo como arguido e a pessoa que representa a pessoa coletiva, podendo ser a mesma ou não.

O representante da pessoa coletiva, enquanto representa a pessoa coletiva no processo não é arguido; arguida é a pessoa coletiva, mas os poderes e deveres processuais do arguido são exercidos pelo seu representante.

A pessoa coletiva deve estar no processo pelo seu representante legal ao tempo do ato processual e que pode ser diverso do representante legal à data da prática do crime objeto do processo. O arguido deve participar pessoalmente no processo e fá-lo, em se tratando de pessoa coletiva, por meio de representação orgânica, por quem a lei, os estatutos ou o pacto social designarem à data do ato, porque só eles podem manifestar a vontade da pessoa coletiva nesse momento, ou dito doutro modo, só eles podem exercer os direitos e cumprir os deveres processuais inerentes ao estatuto processual do arguido que cabem à pessoa coletiva. A nomeação de representante pelo tribunal é sempre excecional.

Questão importantíssima, que tem sido descuidada por falta de orientação legal, é a da escolha do representante legal quando por lei, pelo pacto social ou estatutos a

<sup>3</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 191.

<sup>4</sup> Julgamos que o artigo 359.º do Código Penal é aplicável ao representante da pessoa coletiva por força do disposto no artigo 12.º do Código Penal.

<sup>5</sup> Cf. artigos 163.º, n.º 1, e 996.º, n.º 1, do Código Civil; 192.º, 252.º e 405.º do Código das Sociedades Comerciais e 22.º do Código de Processo Civil.

representação possa ser exercida por várias pessoas<sup>6</sup>. Sendo vários os representantes legais da pessoa coletiva a escolha pertence à própria pessoa coletiva e por isso também que o representante da arguida possa ser mudado por vontade da própria pessoa coletiva. Para o processo é indiferente quem seja o representante, importa só que tenha poderes de representação legal.

Tem sido aventada a possibilidade de a pessoa coletiva designar representante para o processo que não seja o seu representante legal<sup>7</sup>, solução que é, aliás, adotada por algumas ordens jurídicas estrangeiras<sup>8</sup>. Salvo melhor argumentação, não preconizamos essa solução por entendermos que menoriza a função do representante no processo.

## 2.2. Representação de entidade coletiva sem personalidade jurídica

Também no que respeita à representação das entidades que careçam de personalidade jurídica, a lacuna deve ser preenchida por recurso ao Código de Processo Civil, mas com adaptações.

Dispõe o artigo 22.º do Código de Processo Civil que, «salvo disposição em contrário, os patrimónios autónomos são representados pelos seus administradores e as sociedades e associações que careçam de personalidade jurídica [...] são representadas pelas pessoas que ajam como diretores, gerentes ou administradores».

## 2.3. Falta de representante legal. Nomeação oficial. Contumácia

Pode ainda suceder não ser possível a representação da pessoa coletiva no processo por falta de representante legal, questionando-se a legitimidade e constitucionabilidade da nomeação de representante especial por aplicação subsidiária do artigo 25.º, n.º 2, do Código de Processo Civil<sup>9</sup>.

Alguma doutrina<sup>10</sup> e jurisprudência<sup>11</sup> mais recentes entendem, e parece-nos admissível, mas não necessária, que em face do disposto na Lei da Identificação Criminal e seu regulamento, que preveem expressamente o registo das declarações de contumácia das pessoas coletivas (artigo 14.º), a solução é a da prossecução do processo até à fase de julgamento, sendo então declarada a contumácia<sup>12</sup>.

Não nos parece que esta seja a melhor solução no direito a constituir nem que tal interpretação seja a única possível no direito vigente<sup>13</sup>. Pensamos, porém, que a questão tem pouca relevância porque o sistema não suporta a subsistência de

<sup>6</sup> Cf. artigo 163.º do Código Civil e artigo 193.º do Código das Sociedades Comerciais.

<sup>7</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 75 ss.

<sup>8</sup> V.g., espanhola, chilena, argentina.

<sup>9</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 38; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 868.

<sup>10</sup> CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual ou a descontinuidade processual da responsabilidade penal», *Revista do CEJ*, 1.º semestre 2008, número 8 (especial), p. 128.

<sup>11</sup> Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de janeiro de 2016 (Processo n.º 395/13.6TAVFX-A. L1-3).

<sup>12</sup> Em termos semelhantes no direito italiano. Cf. GIORGIO LATTANZI e PAOLA SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. II, *Diritto processuale*, Turim. G. Giappichelli Editore, 2020, pp. 91 a 93.

<sup>13</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. e loc. cit.*

peças coletivas sem administração<sup>14</sup> e quando isso aconteça deve ser promovida a sua extinção, mas sobretudo porque relativamente às peças coletivas extintas, cujo processo deve prosseguir por força do disposto no artigo 127.º, n.º 2, do Código Penal, o recurso à declaração de contumácia seria uma solução insustentável, porque eterna, solução juridicamente absurda.

## 2.4. Alteração da representação legal

Se após a constituição da pessoa coletiva como arguida ocorrer a alteração de quem legalmente a representa, essa alteração tem necessária repercussão no processo penal. Percebe-se que tenha de ser assim: o representante legal que entretanto deixe de o ser, seja qual for a razão, carece de poderes de representação e consequentemente não pode atuar em nome da pessoa coletiva que já não representa.

## 2.5. Responsabilidade cumulativa do representante e da pessoa coletiva e incompatibilidade de defesas

Sucedec frequentemente que o representante legal da pessoa coletiva seja cumulativamente responsável pelo crime objeto do processo, podendo então suscitar-se conflito dos interesses da defesa do arguido pessoa física e do arguido pessoa coletiva representado por aquela. Cabe exclusivamente aos órgãos competentes da pessoa coletiva decidir quem a deve representar no processo. Não é a solução uniforme no direito estrangeiro<sup>15</sup>, mas parece-nos ser a solução mais razoável atendendo a que a estratégia da defesa da pessoa coletiva só a ela pertence e até que pode ser o representante cumulativamente responsável o único representante legal da pessoa coletiva e ou a pessoa que está em melhores condições para a representar<sup>16</sup>.

Frequentemente também sucede que o patrocínio judiciário seja confiado ao mesmo advogado, o que pode suscitar problemas de incompatibilidade das defesas, seja ou não o representante cumulativamente responsável com a pessoa coletiva. A incompatibilidade das defesas há de ser primariamente decidida pelos mandantes e pelo advogado, pois se trata de uma questão deontológica, só se justificando a eventual intervenção do tribunal no caso de advogado nomeado oficiosamente.

## 2.6. Irregularidade de representação

No processo civil a irregularidade da representação sana-se mediante a intervenção do representante legal. Se este ratificar os atos anteriormente praticados, o processo segue como se o vício não existisse; caso contrário fica sem efeito todo o processado posterior ao momento em que a falta se deu ou a irregularidade foi cometida (artigo 23.º do CPC). Será assim também no processo penal?

O artigo 119.º, alínea c), comina com a sanção da nulidade «a ausência do arguido», nos casos em que a lei exigir a respetiva comparência. Se o arguido estiver no processo representado por quem não tenha poderes de representação deve considerar-se que se verifica a nulidade. Tratando-se de nulidade insanável – na

<sup>14</sup> Por isso que nos pareça que a declaração de contumácia pode valer para o período de tempo necessário à extinção da pessoa coletiva ou à regularização da sua administração.

<sup>15</sup> Cf. artigos 706-43 do CPP francês e, na Itália, o artigo 39.º, n.º 1, do Decreto Legislativo 231/2001.

<sup>16</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 80.

terminologia da lei, embora errada – a consequência é que a irregularidade da representação não pode ser sanada nos termos em que o pode ser no processo civil<sup>17</sup>, só ficando sanada com o trânsito em julgado da decisão final e desde que o vício não determine a inexistência da decisão.

#### IV. Notificações

O Código de Processo Penal não contém qualquer norma atinente às notificações das pessoas coletivas. Poder-se-ão aplicar por analogia as normas pertinentes do Processo Civil? Será que estas normas se harmonizam com o processo penal? Julgamos que não.

Nos termos dos artigos 111.º e seguintes do Código de Processo Penal, as notificações efetuam-se por formas várias. Não vamos analisar cada uma dessas formas de comunicação, mas centrar a nossa atenção apenas na notificação pessoal imposta por lei, que é a que nos suscita mais dúvidas.

Dispõe o artigo 246.º do Código de Processo Civil que as pessoas coletivas podem ser citadas por carta endereçada para a sede da citanda e que o aviso de receção pode ser assinado por funcionário da citanda. Não cremos que esta norma se harmonize com as exigências do processo penal. A lei processual penal exige a notificação pessoal de vários atos (artigo 113.º, n.º 10, do CPP) e por isso que deva ser feita na pessoa do representante legal à data da notificação e se entretanto já tiver sido constituída arguida na pessoa quem a representa no processo.

#### V. Medidas de coação

##### 1. As medidas aplicáveis

Julgamos não haver qualquer impedimento à aplicação das medidas de garantia patrimonial e de algumas medidas de coação às pessoas coletivas porque o seu pressuposto, no que à pena aplicável respeita, é referido à gravidade do crime e não à pena concretamente aplicável, embora não seja consensual esta interpretação do direito positivo vigente o permita<sup>18</sup>. É claro que há medidas de coação que por natureza não são aplicáveis, mas não nos parece existir impedimento à aplicação das que sejam compatíveis com a natureza de entidade coletiva, *v.g.*, a caução, a suspensão do exercício de atividade e arresto de bens.

##### 2. O termo de identidade

Sendo a arguida um ente coletivo, fica também sujeita a Termo de Identidade e Residência, pois o TIR é aplicável a «todo aquele que for constituído arguido» (artigo 196.º, n.º 1, do CPP). Se é certo que a lei processual penal foi pensada para as pessoas físicas, a finalidade do TIR admite sem esforço a interpretação extensiva, devendo ser prestado pelo legal representante e dele devem constar as menções das várias alíneas do n.º 3 do artigo 196.º do Código de Processo Penal, ainda que necessariamente com adaptações.

<sup>17</sup> Também assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 177.

<sup>18</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 85 ss.



Verificam-se, porém, algumas lacunas e dificuldades que importa ultrapassar. Assim, a residência ou o domicílio à escolha é o da sede da pessoa coletiva ou a do seu representante? Inclinamo-nos a considerar que o representante a quem é comunicado o termo de identidade pode escolher o domicílio para receber as notificações, porque é irrelevante onde sejam feitas, mas por mera estética processual parece-nos ser aconselhável a sede da arguida.

Se, no decurso do processo, mudar o representante do ente coletivo, entendemos que o anterior tem o dever de comunicar essa mudança ao processo, por não ter já poderes de representação, providenciando a autoridade judiciária pela substituição. E a obrigação de não se ausentar da residência por tempo superior a 5 dias sem comunicar a ausência ao Tribunal vale também para o representante legal da pessoa coletiva? Pensamos que sim, atenta a finalidade do TIR e não representar qualquer limitação à liberdade do representante.

Estas insuficiências podem comprometer a regularidade do procedimento e é precisamente a regularidade do procedimento que as obrigações impostas pelo TIR visam realizar.

### **3. Outras medidas de coação**

Como referimos acima, sendo embora controversa admissibilidade de aplicação de medidas de coação às pessoas coletivas no direito vigente, é nosso entendimento que já o é<sup>19</sup> e que se justifica a sua admissibilidade futura. Questão é, primeiro, que ocorram os respetivos pressupostos legais e naturalmente apenas os previstos nas alíneas b) e c) do artigo 204.º

## **VI. Direito probatório**

### **1. Declarações da pessoa coletiva na qualidade de arguida**

A pessoa coletiva tem todos os direitos do arguido pessoa física e desde logo o de prestar declarações no processo na fase do inquérito, na instrução e no julgamento; fá-lo através do seu representante constituído no processo.

E, se o representante legal transmite a vontade e a voz da pessoa coletiva, pode também remeter-se ao silêncio ou confessar os factos, nos mesmos termos que o pode fazer o arguido pessoa física.

### **2. Prova testemunhal e representantes legais**

Questão mais complexa, mas que nos parece dever ter a mesma solução, respeita ao direito ao silêncio dos demais titulares dos órgãos da pessoa coletiva, ainda que não exerçam a representação judiciária. Estes representantes legais da pessoa coletiva são parte dela, da sua estrutura orgânica e, por isso, que nos pareça que têm também o direito ao silêncio no que respeita aos factos imputados à pessoa coletiva, embora possam ser ouvidos em declarações na qualidade de representantes legais da arguida.

---

<sup>19</sup> Também assim PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 567.

Não importa se os representantes já o eram ao tempo da prática do crime porque agora se trata da defesa da pessoa coletiva que representam e cuja vontade é formada e declarada por si. Por idêntica razão estão impedidos de prestar depoimento como testemunhas.

## VII. A extinção da pessoa coletiva e os seus efeitos processuais

### 1. A extinção da pessoa coletiva

A morte das pessoas físicas é causa extintiva da responsabilidade criminal e consequentemente do procedimento (artigos 127.º e 128.º do CP). Não assim no que respeita às pessoas coletivas e equiparadas.

Com efeito, o n.º 2 do artigo 127.º do Código Penal dispõe que «no caso de extinção de pessoa coletiva ou entidade equiparada, o respetivo património responde pelas multas e indemnizações em que aquela for condenada». Temos lei. A responsabilidade penal não se extingue pela extinção da pessoa coletiva.

Resolvida, em termos gerais, a questão substantiva, e dizemos em termos gerais porque a aplicação do n.º 2 do artigo 127.º vai ainda suscitar complexos problemas, desde logo se o património da pessoa coletiva já tiver sido liquidado e o saldo distribuído, resta a questão processual que nos cumpre tratar especialmente. Pode a pessoa coletiva estar já «morta», ou seja, extinta, e continuar viva no processo, a intervir na qualidade de arguida? É esta a questão e a resposta não pode ser senão afirmativa: pode, tem de estar no processo quando se decida sobre a sua responsabilidade criminal. Mas quem representa o *de cujus*, quem está no processo em representação da pessoa que já não existe?

Se a pessoa coletiva ou equiparada já está extinta não tem mais representantes legais. Julgamos ser necessário aplicar subsidiariamente o artigo 25.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (*ex vi* do artigo 4.º do CPP), com as necessárias adaptações, isto é, deverá ser nomeado um representante especial. Outra solução poderá ser a de fazer intervir no processo as pessoas a quem pode ser exigido o pagamento das multas e indemnizações, mas parece-nos que neste caso essas pessoas estariam mais em nome próprio do que em representação da pessoa coletiva. Inclinámo-nos para o representante especial, ainda que possa ser escolhido preferencialmente entre as pessoas que possam vir a ter de responder pelo pagamento das multas e indemnizações, nos termos dos n.ºs 9 a 11 do artigo 11.º do Código Penal e disposições similares da legislação avulsa.

Uma outra questão. Na hipótese de o património da pessoa coletiva extinta estar em liquidação ou já ter sido rateado em razão da sua liquidação, como se executa o disposto na alínea *a*) do n.º 8 do artigo 11.º e n.º 2 do artigo 127.º, ambos do Código Penal? Pensamos que se justifica o arresto de património do ente coletivo para acautelar estas situações.

### 2. Extinção da pessoa coletiva por cisão ou fusão

Não se suscitam dificuldades processuais em caso de extinção da pessoa coletiva por cisão ou fusão. Respondendo então pela prática do crime a pessoa coletiva em que a fusão se tiver efetuado e as pessoas coletivas que resultaram da cisão (art. 11.º,

n.º 8, do CP), há apenas que as constituir arguidas no processo, não sendo necessária qualquer regime particular.

## VIII. Sugestões de alterações ao Código de Processo Penal

### 1. Alteração da redação de artigos com aditamentos

Os artigos 24.º, 58.º, 61.º, 113.º, 133.º, 195.º e 228.º, do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, e alterado [...], passam a ter a seguinte redação:

#### Artigo 24.º Casos de conexão

1. [...]

f) Nos casos de responsabilidade cumulativa entre o agente do crime e a pessoa coletiva ou entidade equiparada a que o mesmo crime é imputado.

#### Artigo 58.º Constituição de arguido

[...]

2. A comunicação da constituição de arguido de pessoa coletiva ou entidade equiparada é feita ao seu representante legal.

#### Artigo 61.º Direitos e deveres processuais

1, 2 [...]

3. Os direitos e os deveres previstos nos números anteriores são, com as necessárias adaptações, exercidos e cumpridos pelo representante do arguido pessoa coletiva ou entidade equiparada.

#### Artigo 113.º Regras gerais sobre notificações

1 a 13 [...]

14. As notificações da pessoa coletiva e entidade equiparada são feitas na pessoa do seu representante constituído no processo, ressalvando-se as notificações para a constituição de arguido e de impedimento do representante constituído que são feitas na pessoa do representante legal, em conformidade com o disposto nos números 1 e 2 do artigo 59.º-A.

#### Artigo 133.º Impedimentos

1. [...]

e) Os representantes legais das pessoas coletivas e equiparadas;

2. [...]

#### Artigo 195.º Determinação da pena

Se a aplicação de uma medida de coação depender da pena aplicável, atende-se, na sua determinação, ao máximo da pena correspondente ao crime que justifica a medida, não se considerando a qualidade pessoal do arguido determinante da espécie da pena aplicável.

Artigo 228.º  
Arresto preventivo

1. [...]
2. O arresto pode também ser decretado no caso de extinção de pessoa coletiva ou entidade equiparada para garantia do pagamento das multas e indemnizações em que aquela for condenada.
- 3, 4, 5, 6 e 7 (n.ºs 2, 3, 4, 5 e 6 atuais, respetivamente)

## 2. Aditamento de novos artigos no Código

São aditados ao Código de Processo Penal, [...] os seguintes artigos:

Artigo 59.º-A  
Representação das pessoas coletivas e entidades equiparadas

1. As pessoas coletivas e entidades equiparadas são representadas por quem a lei, os estatutos ou o pacto social designarem.
2. As entidades que careçam de personalidade jurídica são representadas pelas pessoas que ajam como diretores, gerentes ou administradores e na sua falta por pessoa escolhida pela maioria dos associados.
3. Na falta de pessoa que represente a pessoa coletiva ou entidade equiparada, nos termos dos números anteriores, o juiz designa representante especial, salvo se a lei estabelecer outra forma de assegurar a respetiva representação no processo.
4. No caso de extinção de pessoa coletiva ou entidade equiparada, o tribunal designa um representante para representar a entidade extinta e defesa do património que responde pelas multas e indemnizações em que aquela for condenada.
5. O representante designado nos termos do número anterior deve ser, sempre que possível, pessoa conhecedora da atividade da representada e de preferência que possa ser pessoalmente afetada pela eventual condenação da arguida e que aceite o encargo da representação.
6. Na falta de pessoa que represente a pessoa coletiva ou entidade equiparada, nos termos dos números anteriores, a representação é confiada pelo juiz ao defensor constituído ou nomeado.
7. A pessoa coletiva e entidade equiparada arguida deve comunicar no prazo máximo de 5 dias quaisquer factos que impliquem a substituição do seu representante no processo.

Artigo 196.º-A  
Termo de identidade e residência do representante de entidade coletiva

1. Sendo o arguido pessoa coletiva ou entidade equiparada, o termo de identidade e residência é prestado pelo seu representante, em conformidade com o disposto no artigo 59.º-A.
2. Em caso de cessação dos poderes legais de representação do ente coletivo ou de incapacidade para o exercício dos direitos e cumprimento dos deveres processuais da representada, o novo representante no processo é sujeito a novo termo de identidade e residência.
3. O representante sujeito a termo de identidade deve, no mais curto prazo não excedendo 5 dias, comunicar ao processo quaisquer factos que impeçam ou dificultem gravemente o cumprimento dos deveres a que está sujeito e o exercício dos direitos da sua representada, requerendo a sua substituição.

Artigo 492.º-B

Responsabilidade subsidiária pelo pagamento da multa

Nos casos de responsabilidade civil de terceiros pelo pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa coletiva ou entidade equiparada for condenada, não tendo a condenada bens suficientes e desembaraçados de que o tribunal tenha conhecimento, o Ministério Público promove a execução contra os responsáveis solidários ou subsidiários, seguindo-se os termos da execução por custas.

**IX. Conclusão**

A limitação de espaço deste artigo não permite aprofundar os argumentos que sustentam a nossa interpretação do direito vigente nem das propostas de alteração ao Código de Processo Penal.

Convém advertir que partimos do pressuposto de se manter o regime substantivo vigente sobre a responsabilização das pessoas coletivas e entidades equiparadas, donde que, se este regime for alterado, nomeadamente no que respeita aos requisitos da imputação, também o estatuto processual será necessariamente diverso em algumas das suas componentes.

## Processo contra pessoas colectivas: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português

Teresa Quintela de Brito

Sumário:

- I. O silêncio do Código de Processo Penal relativamente às pessoas colectivas
- II. Primeiro confronto de um Código de Processo Penal antropocêntrico com as pessoas jurídicas: o excluído, o adaptável e o ausente
  1. O excluído
  2. O controversamente adaptável
    - 2.1. Prestação de declarações pelo ente colectivo
    - 2.2. Aplicação da medida de coacção do termo de identidade e residência (TIR)
    - 2.3. Medida de coacção da proibição e imposição de condutas (artigo 200.º)
    - 2.4. Busca «domiciliária» à sede ou às instalações do ente colectivo (artigo 177.º)?
    - 2.5. Escutas telefónicas e equiparadas
    - 2.6. Conclusão
  3. O ausente
    - 3.1. Constituição do ente colectivo como arguido
    - 3.2. Notificação da pessoa jurídica
    - 3.3. Conteúdo do TIR prestado pelo ente colectivo, deveres dele emergentes e consequências processuais do seu incumprimento
    - 3.4. Representação em juízo da pessoa colectiva arguida
    - 3.5. Aplicação ao ente colectivo arguido de medidas de coacção que pressupõem imputação de crime punível com pena de prisão
    - 3.6. Inaplicabilidade da pena de prisão à pessoa colectiva e determinação da competência material quantitativa dos tribunais [artigos 13.º, n.º 2, 14.º, n.º 2 alínea b), e 16.º, n.º 2, alínea b)]
    - 3.7. Dificuldades em sede de determinação da competência territorial
    - 3.8. Formas especiais do processo
    - 3.9. Alteração substancial de factos à luz do critério quantitativo
    - 3.10. Alteração (substancial *vs.* não substancial) dos factos que constituem o objecto do processo penal dirigido contra o ente colectivo, à luz do critério qualitativo
    - 3.11. Âmbito subjectivo e objectivo dos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação do ente colectivo arguido
- III. Síntese conclusiva e adaptações propostas

**RESUMO:** O Código de Processo Penal (CPP) português nada diz sobre as pessoas colectivas. Por isso, reflecte-se sobre as possíveis razões desta inércia; tenta-se desvelar algumas das múltiplas e complexíssimas questões suscitadas pelo confronto de um CPP antropocêntrico com a presença no processo penal de entes colectivos. Presença que exige uma ponderação global do sistema do CPP em ordem a adaptá-lo às especificidades dos sujeitos jurídico-penais colectivos. Contudo, essa adaptação excede as possibilidades de interpretação e de integração de lacunas (artigo 4.º do CPP). Precisa-se de uma urgentíssima reforma do CPP. Por isso, no final, apresenta-se uma proposta de algumas das alterações legislativas mais urgentes.

Por opção da Autora, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.



## I. O silêncio do Código de Processo Penal relativamente às pessoas colectivas

O CPP<sup>1</sup> português guarda teimoso e inexplicável silêncio relativamente às pessoas colectivas. Teimoso e inexplicável<sup>2</sup>, pois, mesmo considerando somente a situação

<sup>1</sup> Doravante, qualquer citação de um preceito, sem outra especificação, entenda-se referida ao CPP português.

<sup>2</sup> Para MARIA JOÃO ANTUNES (*Processo Penal e pessoa colectiva arguida*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 10-13), as razões deste silêncio do legislador residiriam não nele próprio, mas na *praxis* dos tribunais portugueses (responsabilização automática e por ricochete das pessoas colectivas, sem autonomização da respectiva posição processual), e no desinteresse pela questão, por parte das pessoas colectivas, dada a ausência de «normas expressas sobre a relevância substantiva e adjetiva dos programas de *Compliance*».

No que concerne às normas sobre a relevância substantiva dos programas de *Compliance*, correctamente, a *Estratégia Nacional Anticorrupção/2020-2024 do Governo de Portugal* (p. 61) sublinha que não devem alterar «o modelo de imputação de responsabilidade do facto à pessoa colectiva» vertido no artigo 11.º, n.º 2 e ss., do CP, mas operar, exclusivamente, «ao nível da determinação da pena em sentido amplo». Resta saber se isso será possível, ou se, ao invés, a consagração de normas substantivas sobre a relevância dos programas de *Compliance* adoptados pelas pessoas colectivas não acarretará, inevitavelmente, a transformação (i) do facto imputável ao ente (que passará a ser a sua organização incorrecta, insuficiente e criminalmente perigosa, com forçosa alteração do modelo base de hetero-responsabilidade consagrado no artigo 11.º do CP), e (ii) do foco da investigação e da prova criminais (do concreto ilícito típico moldado e explicado por certo *modus operandi* do ente, para a (des)conformidade do modo de organização, funcionamento e autovigilância daquela pessoa jurídica face ao regulado e estabelecido para aquele tipo de ente colectivo. A consequência será, parece-me, o abandono da matriz de validade da intervenção penal e a administrativização da responsabilidade dita «penal» da pessoa jurídica. A pessoa jurídica passará essencialmente a responder por um ilícito organizativo omissivo. Sobre algumas destas questões, T. QUINTELA DE BRITO, «Relevância dos mecanismos de *Compliance* na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes», *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, Julho-Dezembro 2014, pp. 79, 81-84, e «*Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica», in (Coord.) M. F. Palma/A. Silva Dias/P. de Sousa Mendes, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 58-59, 68-77, 84-90 e 93-95.

Suscita-me as maiores preocupações e perplexidades, perante o princípio do Estado de Direito democrático e as proibições de prova (artigos 2.º e 32.º, n.º 8, da CRP; 126.º e 167.º), a relevância adjectiva que a mesma *Estratégia* pretende atribuir aos programas de *Compliance* (obrigatórios para as «empresas de média e grande dimensão» – p. 65), sob a forma de possibilidade de migração para o processo penal da «prova produzida na empresa [enquanto entidade empregadora] e pela empresa», no âmbito das investigações internas que são elemento essencial daqueles programas (pp. 64-66). Sobretudo quando se conjuga tal possibilidade (estendida às pessoas singulares por imposição do princípio da igualdade) com a previsão de uma atenuação especial obrigatória da pena para quem, até ao encerramento da audiência de julgamento, «contribuir de forma relevante para a prova da sua responsabilidade ou para a prova da responsabilidade de outros» (consagração da colaboração probatória premiada, não condicionada à admissão e ao oferecimento de prova da própria responsabilidade). Estas duas figuras: (i) «escancaram» o processo penal à prova obtida por particulares, sem as garantias e os controlos naquele exigidos, permitindo assim aos particulares aquilo que a CRP e o CPP proíbem ao Estado e às autoridades de perseguição criminal; e (ii) colidem frontalmente, não só com o regime das declarações dos co-arguidos que obsta a que alguém beneficie com a «traição» do outro sem assunção da própria responsabilidade (artigo 345.º, n.º 4), mas também com o acordo sobre a pena aplicável, que aquela *Estratégia*, pretende configurar como mero desenvolvimento do regime da confissão livre, integral e sem reservas (artigo 344.º), rejeitando «uma configuração [deste] instituto que premeie, através da redução da pena aplicável, quem colabore responsabilizando outro ou outros

imediatamente posterior à entrada em vigor do Código Penal (CP) de 1982<sup>3</sup>, a responsabilidade penal de entes colectivos já estava prevista em um número (sempre crescente) de leis extravagantes (v.g. *Infracções contra a Economia e a Saúde Pública*: DL 28/84; *Infracções fiscais aduaneiras*: DL 376-A/89; *Infracções fiscais não aduaneiras*: DL 20-A/90; *Criminalidade informática*: L 109/91; *Infracções contra a propriedade industrial*: DL 16/95). Assim sucedia, ao abrigo do artigo 11.º da versão originária do CP de 1982 (inalterada até à L 59/2007): «Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal»<sup>4</sup>. Neste contexto, surge logo incompreensível o carácter inequivocamente antropocêntrico do CPP, aprovado pelo DL 78/87; portanto, três anos após o DL 28/84 e cinco anos após a aprovação do CP de 1982.

Até à Reforma do CP introduzida pela L 59/2007, a responsabilidade criminal de entes colectivos continuou a existir e a proliferar, através de múltiplas leis extravagantes, mas somente quanto aos crimes aí previstos<sup>5</sup>. Tratava-se de uma responsabilidade regra das pessoas jurídicas e equiparadas<sup>6</sup>, mas limitada ao Direito Penal secundário ou extravagante.

Todavia, o silêncio do CPP português atingiu um incomportável patamar de gravidade com a L 59/2007, de 4.09, que trouxe a responsabilidade criminal dos entes colectivos para o âmbito do Direito Penal primário e quanto a um catálogo (fechado) de crimes previstos no CP (artigo 11.º, n.º 2, do CP). Efectivamente, tal «revolução» – que implicou a entrada massiva das pessoas jurídicas no processo penal como arguidas – não foi acompanhada da correspondente reforma do CPP. Logo em *Março de 2007*, G. MARQUES DA SILVA<sup>7</sup>, depois de chamar a atenção para várias questões processuais suscitadas pela responsabilidade criminal dos entes colectivos, concluía: «Está em curso o processo de revisão dos Códigos Penal e de Processo Penal e não se compreenderá que não se cuide de regular esta problemática, porque a omissão cria graves dificuldades e pode gerar injustiças». Diferente do adoptado em Portugal foi,

---

arguidos» (pp. 67-68). Reflexão sobre as consequências e a coerência valorativa impõem-se nestes domínios; a eficácia na luta contra certas formas de criminalidade e a redução dos custos da investigação criminal estatal não podem justificar que o Estado de Direito democrático perca «a sua alma».

<sup>3</sup> Já antes a responsabilidade criminal das pessoas colectivas surgia consagrada em alguns casos específicos, nos seguintes decretos-leis: 630/76 (actos e operações cambiais); 85-C/75 (crimes de imprensa); 14/79 (crimes eleitorais); 183/83 (infracções aduaneiras) – F. NOVERSA LOUREIRO, «A insustentável ausência de normas processuais penais para pessoas colectivas», in (Coord.) J. Lobo Moutinho/H. Salinas/E. Vaz Sequeira/P. Garcia Marques, *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, V. II, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 896, n. 8.

<sup>4</sup> Da mesma opinião, ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 8. Não coincidente, Loureiro («A insustentável ausência...», cit., pp. 897-898), interpretando o anterior artigo 11.º do CP como consagração da possibilidade futura de previsão (excepcional) da responsabilidade criminal dos entes colectivos pelo CP e no âmbito do Direito Penal primário, alertando para a necessidade de harmonização dos regimes legais de imputação.

<sup>5</sup> Um elenco desses diplomas é apresentado por ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 8-9.

<sup>6</sup> LOUREIRO, «A insustentável ausência...», cit., pp. 896-897.

<sup>7</sup> «Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores», in (Coord.) M. Ferreira Monte (Dir.)/M. Clara Calheiros/F. Conde Monteiro/F. Novera Loureiro, *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 802.

p. ex., o procedimento do legislador espanhol: logo a seguir à *Ley Orgánica* 5/2010, de Reforma do CP de 1995 – que, de forma inédita em Espanha, veio consagrar a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas – foi aprovada a *Ley* 37/2011, cujo artigo 1.º modificou a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de forma a adaptá-la à presença daquelas como arguidas no processo penal.

Flávia Loureiro<sup>8</sup> coloca a hipótese de a Unidade de Missão encarregue da Reforma de 2007 não ter procedido de imediato à reforma do CPP, por haver considerado tal tarefa «desnecessária ou até prejudicial, deixando à elasticidade das normas e à capacidade do intérprete a sua adaptação»<sup>9</sup>; tanto mais que o artigo 4.º estabelece regras para a integração de lacunas do CPP. Porém, este preceito não permite resolver as complexas e controversas questões suscitadas pela presença das pessoas colectivas como arguidas no processo penal, como se tentará demonstrar no capítulo seguinte.

A única razão da inércia do legislador português, que lhe é exclusivamente imputável, parece residir antes no comodismo de entregar à doutrina e à *praxis* judiciária a árdua tarefa de ir construindo e sedimentando o processo penal de entes colectivos, reservando a sua intervenção para o momento em que uma e outra já tivessem delineado o travejamento básico de tal processo penal; entretanto, à custa dos princípios da legalidade criminal (artigos 18.º, n.º 2, e 29.º, n.º 1, da CRP) e do processo criminal [artigos 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP, e 2.º], da não discriminação de pessoas jurídicas na mesma situação jurídica (artigo 13.º da CRP), da certeza e da segurança jurídica e, até, do acesso ao direito e do devido processo legal por parte das pessoas colectivas (artigo 20.º, n.ºs 1 e 4, da CRP<sup>10</sup>)<sup>11</sup>.

## II. Primeiro confronto de um Código de Processo Penal antropocêntrico com as pessoas jurídicas: o excluído, o adaptável e o ausente

### 1. O excluído

Quando se pergunta pela aplicabilidade do actual CPP às pessoas jurídicas, surge *evidente a inaplicabilidade e incompatibilidade de várias das suas disposições com os sujeitos jurídico-penais colectivos*<sup>12</sup>. Pense-se nas normas relativas:

<sup>8</sup> «A insustentável ausência...», cit., p. 894.

<sup>9</sup> A este respeito escreve, com razão, SILVA («Questões processais na responsabilidade cumulativa...», cit., p. 802): «O processo penal para as pessoas jurídicas não tem de ser um processo especial [...] pode constituir tão-só um conjunto de normas de adaptação [da estrutura constitucional] do processo [penal] à idiosincrasia particular destes sujeitos». Normas que podem ser «espalhadas pelo Código nos lugares próprios» (opção do CPP espanhol), ou colocadas «num apartado», no qual se concentrem todas as normas processuais penais específicas para os entes colectivos (opção do CPP francês, que dedica o Título XVIII à perseguição, instrução e julgamento das infracções cometidas por pessoas morais – artigos 706-41 a 706-46).

<sup>10</sup> ANTUNES, *Processo Penal e pessoa colectiva*, cit., p. 16.

<sup>11</sup> LOUREIRO («A insustentável ausência...», cit., p. 920) avança com uma explicação ainda mais dura (porventura certa): a inércia do legislador na adequação do processo penal aos entes colectivos legitima a pergunta sobre se, efectivamente, pretendeu tornar «real e operativa» a «cláusula geral de reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica» ou se se limitou a «fazer uma afirmação de princípio, à guisa do chamado direito penal simbólico».

<sup>12</sup> J. REIS BRAVO (*Direito Penal de entes colectivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 333) alude a uma «inaplicabilidade originária» de certas normas do CPP às pessoas colectivas.

À *detenção em flagrante delito* (artigos 254.º e 255.º), com a consequente inaplicabilidade da forma especial do processo sumário às pessoas colectivas (artigo 381.º)<sup>13</sup>;

À *fuga ou perigo de fuga como requisitos gerais de aplicação de todas as medidas de coacção*, à excepção do termo de identidade e residência [artigo 204.º, alínea a)]<sup>14</sup>;

Às medidas de coacção de *prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação* (artigos 201.º e 202.º)<sup>15</sup>;

À *medida de coacção da obrigação de apresentação periódica* (artigo 198.º): se aplicável ao ente, na prática, o respectivo cumprimento inevitavelmente caberia à pessoa física do seu representante processual, que assim veria a respectiva liberdade de movimentação afectada apesar de não ser ele o arguido<sup>16</sup>;

Aos meios de prova de *perícia sobre as características físicas ou psíquicas do arguido e de análises de sangue ou outras células corporais* (artigos 154.º, n.º 3, e 156.º, n.º 7);

Ao meio de obtenção de prova da *revista* (artigo 174.º, n.º 1). *A pessoa colectiva é insusceptível de revista* (não pode ocultar na sua pessoa objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova<sup>17</sup>), somente de busca.

## 2. O controversamente adaptável

Noutros casos e abstraindo desde logo de problemas de legalidade, é inequívoca a necessidade de adaptação aos sujeitos jurídico-penais colectivos dos meios de prova, dos meios de obtenção de prova, das medidas de coacção e de outros institutos, figuras e situações previstas no CPP. Contudo, os termos e condições dessa adaptação são incessantemente discutidos pela doutrina e jurisprudência, sem chegarem a um acordo.

### 2.1. Prestação de declarações pelo ente colectivo

A prestação de declarações pela pessoa colectiva arguida terá sempre de realizar-se por intermédio de pessoas físicas, desde logo o seu representante no processo

<sup>13</sup> ANTUNES, *idem*, p. 40; e MÁRIO PEDRO MEIRELES («A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: algumas notas», *Julgar*, n.º 5, 2008, p. 137), admitindo, porém, a aplicabilidade ao ente das formas especial de processo abreviado e sumaríssimo. O que se afigura discutível como se verá adiante.

<sup>14</sup> ANTUNES, *idem*, p. 85. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA [«A pessoa colectiva como sujeito processual; ou a “descontinuidade” processual da responsabilidade penal», *Revista do CEJ*, n.º 8/especial (2008), p. 161] admite, com razão, que se interprete a referência ao «perigo de fuga» como perigo de «“deslocalização” da pessoa colectiva, relativamente à infra-estrutura ou à sede».

<sup>15</sup> M. COSTA ANDRADE («Bruscamente no verão passado», *a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 102): medidas de coacção «vinculadas à pessoa física pela natureza das coisas»; e ANTUNES, *Processo Penal e pessoa colectiva*, cit., p. 28.

<sup>16</sup> Responde negativamente ANTUNES, *ibidem*.

<sup>17</sup> ANTUNES, *idem*, p. 30. Já antes PINTO DE ALBUQUERQUE (*Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, n. 19 ao artigo 174.º): é impossível realizar a revista de uma pessoa colectiva arguida por ser destituída de «corpo físico».

(artigo 138.º, n.º 1, *ex vi* artigo 140.º, n.º 2), sendo esta a personalidade possível das declarações prestadas pela pessoa jurídica<sup>18</sup>.

Recaindo sobre qualquer arguido os deveres de responder e de responder com verdade às perguntas sobre a sua própria identidade [artigo 61.º, n.º 6, alínea b)] sob pena de responsabilidade criminal (artigos 348.º e 359.º, n.º 2, do CP), também a pessoa jurídica arguida é titular desses deveres, respondendo, aliás, pelo crime de desobediência (artigo 11.º, n.º 2, do CP), mas já não (estranhamente) pelo de falsas declarações (não incluído no catálogo deste preceito)<sup>19</sup>. Uma vez que o ente colectivo arguido está no processo penal através de representante que designou para o efeito, a este caberá cumprir tais deveres em nome daquele<sup>20</sup>, respondendo criminalmente pela falta de resposta (porventura em cumulação com a pessoa jurídica) ou pela falsidade da mesma, em ambos os casos ao abrigo do artigo 12.º, n.º 2, do CP<sup>21</sup>.

No ordenamento jurídico português não é admissível que o ente colectivo seja processualmente representado e preste declarações através do seu defensor, por este ser um sujeito processual autónomo, que age como «órgão de administração da justiça [...] no interesse exclusivo do arguido» (artigos 32.º, n.º 3, *in fine*, da CRP, e 63.º). Limitando-se a intervenção do defensor à defesa técnica do arguido, não se pode anular «a dimensão de autodefesa que integra o direito de defesa» da pessoa colectiva arguida, deferindo a sua representação no processo e a prestação de declarações ao respectivo defensor, sob pena de confundir «defesa pessoal» e «defesa técnica» do arguido<sup>22</sup>. Nessa medida vale, integralmente, a proibição vertida no artigo 138.º, n.º 1, quando aplicada à pessoa jurídica<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., pp. 105-106; ALBUQUERQUE, *Comentário ao CPP*, cit., n. 3 ao artigo 140.º; A. GAMA, *Comentário judiciário do CPP*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2019, § 19 ao artigo 140; e ANTUNES, *Processo Penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 34, 58-62. No mesmo sentido, p. ex., os artigos 409 *bis* do CPP espanhol e 706-43 do CPP francês.

<sup>19</sup> Outra lacuna incompreensível, agora de punibilidade do ente, que deve ser urgentemente colmatada mediante inclusão pelo legislador do artigo 359.º, n.º 2, no catálogo de crimes imputáveis às pessoas, ao abrigo do artigo 11.º, n.º 2, do CP.

<sup>20</sup> E também proceder à sua identificação pessoal enquanto representante processual do ente colectivo arguido (GAMA, *idem*, § 20 ao artigo 140.º). Nesse sentido, impõe-se a alteração dos artigos 61.º, n.º 6, alínea b), 141.º, n.º 3, e 342.º, de modo a deixar claro que, no caso de representação processual de pessoa jurídica arguida, são obrigatórias a identificação, completa e sem falsidade, desta e do seu representante no processo, sob pena de responsabilidade criminal de um ou de ambos, verificados os respectivos (e distintos) pressupostos de imputação de responsabilidade.

<sup>21</sup> De outra opinião, ALBUQUERQUE, *idem*, n. 12 ao artigo 61.º, e GAMA, *ibidem*. No sentido do texto, SILVA, «Questões processuais da responsabilidade penal das pessoas colectivas», cit., p. 157. Apesar de essa intervenção legislativa não ser imprescindível dado o disposto no artigo 12.º CP, para que as dúvidas desapareçam, conviria alterar o artigo 359.º, n.º 2, CP (*falsidade de depoimento ou declaração*), nos seguintes termos: «Na mesma pena incorrem o assistente e as partes civis e, ainda, as pessoas que os representam tratando-se de pessoas colectivas, bem como o arguido e o seu representante, tratando-se de pessoa colectiva, relativamente a declarações sobre a identidade do representante e da pessoa colectiva arguida.» Praticamente nestes termos, GAMA, *ibidem*, referindo-se à veracidade das declarações do representante sobre a identidade do ente colectivo arguido.

<sup>22</sup> ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 76-77.

<sup>23</sup> Lapidares, ALBUQUERQUE (*Comentário do CPP*, cit., n. 3 ao artigo 140.º): «o interrogatório da pessoa colectiva está também sujeito à [...] proibição de intervenção de procurador, mesmo por meio de mandato forense, dada a “personalidade” das declarações da arguida»; e BRAVO (*Direito*



## 2.2. Aplicação da medida de coacção do termo de identidade e residência (TIR)

Não tendo as pessoas jurídicas residência, o que é, no seu caso, equivalente à residência da pessoa física? Apenas a sua sede ou o lugar onde funcione a administração principal, uma mera instalação ou qualquer outro espaço onde decorra a actividade do ente colectivo (*v.g.*, um táxi ou camião, tratando-se, respectivamente, de uma «firma de táxis» ou de uma «empresa transitária»<sup>24</sup>)? E, para efeitos de notificação por via postal simples na sequência de TIR prestado pelo ente, a sua «residência» pode ser qualquer lugar, incluindo o domicílio do seu representante no processo (artigo 196.º, n.º 2). Nestes casos, poderá a pessoa jurídica considerar-se pessoalmente notificada, até nas situações previstas no artigo 113.º, n.º 10, 2.ª parte, e noutras que pressupõem notificação pessoal do arguido (*v.g.*, artigos 272.º, n.ºs 2 e 4; 277.º, n.º 3; 287.º, n.º 5, 297.º, n.º 3)?

Quanto à primeira pergunta, relativa à «residência geral» da pessoa jurídica, um princípio de resposta encontra-se no artigo 159.º do Código Civil (CC): a sede das pessoas colectivas é a fixada pelos respectivos estatutos ou, na falta de designação estatutária, o lugar em que funciona normalmente a administração principal. Contudo, adianta-se desde já, este não é o conceito jurídico-penalmente relevante para efeitos de busca às instalações da pessoa jurídica.

No que concerne às *obrigações emergentes da aplicação de TIR ao ente colectivo* [*v.g.* não mudar de residência, comparecer e manter-se à disposição da autoridade competente – artigo 196.º, n.º 3, alíneas *b*) e *d*): *quem é o seu titular e o garante do respectivo cumprimento e sobre quem recaem as consequências processuais desse incumprimento* (artigos 196.º, n.º 2, alínea *d*), e 203.º) – a pessoa jurídica arguida e/ou o seu representante processual?

A resposta a estas e outras questões pede uma intervenção legislativa, cujos eventuais termos serão analisados infra no ponto 3.

## 2.3. Medida de coacção da proibição e imposição de condutas (artigo 200.º)

Que condutas (ou, sequer, algumas delas) podem ser proibidas e impostas à pessoa colectiva no quadro desta medida de coacção<sup>25</sup>? Não poderão ser todas as estabelecidas para a pessoa singular. Estão naturalmente excluídas as que pressupõem liberdade físico-corpórea de locomoção do ente ou uma «dependência» que haja favorecido a prática do crime: as referidas no n.º 1, alíneas *a*), *c*), *d*) (na parte relativa à proibição de frequentar certos lugares ou meios) e *f*)<sup>26</sup>.

Quanto às que restam – alíneas *b*) (interpretada como proibição de deslocalização da pessoa colectiva arguida para o estrangeiro, ou de deslocalização sem autorização,

*Penal de entes colectivos*, cit., p. 318): «a “pessoalidade” das declarações excluiria a hipótese de intervenção de um procurador, ainda que por meio de mandato forense».

<sup>24</sup> Assim, TEIXEIRA (*idem*, p. 150), salientando a dificuldade em delimitar jurídico-penalmente o domicílio do ente, mesmo a admitir-se que tal noção se lhe adequa.

<sup>25</sup> Respondem negativamente, *p. ex.*, SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa...», cit., p. 797, e «Questões processuais da responsabilidade penal das pessoas colectivas», in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, cit., p. 162; TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., p. 159; MEIRELES, «A responsabilidade penal das pessoas colectivas...», cit., p. 134; e ANTUNES, *Processo Penal e pessoa colectiva*, cit., p. 28.

<sup>26</sup> BRAVO (*Direito Penal de entes colectivos*, cit., p. 333) afasta a aplicação do artigo 200.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*) e *d*), parecendo admitir somente a compatibilidade da alínea *e*) com o ente colectivo.



no que respeita à sua infra-estrutura ou à sede<sup>27</sup>), d) (na parte da proibição de contactos com certas pessoas) e e)<sup>28</sup> – deverão ser aplicadas com as adaptações impostas pelo «real construído» que é a pessoa colectiva, a qual actua social e juridicamente por intermédio de pessoas físicas. O que implica que, p. ex., a obrigação de não contactar, por qualquer meio, determinadas pessoas (*maxime* outros arguidos ou testemunhas) apenas poderá ser cumprida por pessoas singulares. Porém, quais? Somente o representante processual da pessoa jurídica *que seja um dos seus actuais representantes legais*<sup>29</sup>? Ou também os seus outros representantes legais actuais, considerando que a limitação da liberdade, inerente à medida de coacção, é da pessoa jurídica arguida e não do seu representante processual, nessa mera qualidade?

*Quid juris* quanto aos que eram dirigentes ou representantes legais do ente apenas ao tempo da prática do facto punível que a este se imputa no processo? Parece que estes só poderão ser alvo de alguma das referidas proibições ou imposições de conduta (então, também das demais previstas no artigo 200.º) na qualidade de arguidos ou co-arguidos pela prática do mesmo crime ou de crime conexo.

#### 2.4. Busca «domiciliária» à sede ou às instalações do ente colectivo (artigo 177.º)?

Será o conceito jurídico-penal de domicílio (definido pelo artigo 177.º, n.º 1, como «casa habitada ou uma sua dependência fechada»<sup>30</sup>) aplicável à pessoa colectiva? Este conceito é claramente antropocêntrico e concretiza o disposto no artigo 34.º, n.ºs 2 e 3, da CRP, que atribui um especial estatuto de inviolabilidade ao domicílio da pessoa física<sup>31</sup>. Portanto, o artigo 177.º exprime no processo penal este estatuto

<sup>27</sup> TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., p. 161.

<sup>28</sup> Entre nós, ALBUQUERQUE (*Comentário ao CPP*, cit., n. 5 ao artigo 192.º) aceita a aplicação cautelar às pessoas jurídicas das proibições de contactos, de adquirir ou usar certos objectos e da obrigação de entrega, no prazo fixado, de dados objectos. Contra, ANTUNES (*idem*, pp. 85-90): «[n]o direito vigente a falta de lei ou decreto-lei autorizado ergue-se como obstáculo intransponível à aplicação de quaisquer medidas de coacção a pessoas colectivas arguidas [incluindo o TIR, e não apenas daquelas que tenham como pressuposto a imputação de crime punível com pena de prisão], uma vez que se trata de matéria de processo criminal [artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP] e dessa aplicação podem decorrer restrições de direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga» [artigos 12.º, n.º 2, 18.º e 17.º da CRP], como, por exemplo, as liberdades de associação e de iniciativa económica (artigos 46.º, n.º 2, e 61.º, n.º 1, da CRP). Ademais, aduz, «a aplicação de medidas de coacção a pessoas colectivas arguidas sem lei que a preveja redundaria sempre na violação do princípio da legalidade criminal e das garantias de defesa». Em seu entender, o conteúdo garantístico de sentido do princípio da legalidade criminal vigora no processo penal, proibindo o «recurso à analogia sempre que tal se traduza num enfraquecimento da posição processual do arguido ou numa diminuição dos seus direitos processuais (artigos 29.º e 32.º, n.º 1, da CRP)».

<sup>29</sup> Representantes legais são as pessoas designadas por lei, pelos estatutos ou pelo pacto social (quanto às pessoas colectivas e sociedades) ou que ajam como diretores, gerentes ou administradores das sociedades e associações que careçam de personalidade jurídica – artigos 25.º, n.º 1, e 26.º do Código de Processo Civil (CPC), *ex vi* artigo 4.º do CPP.

<sup>30</sup> TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., p. 150.

<sup>31</sup> Assim, os Acs. n.ºs 593/2008 e 596/2008 do Tribunal Constitucional (TC): «a inviolabilidade do domicílio, enquanto projecção espacial da pessoa, não é compatível com a natureza jurídica da pessoa colectiva». Esta goza do direito à privacidade, mas não «em igual medida e com a mesma extensão com que se afirma na titularidade individual». Daí a exclusão da inviolabilidade do domicílio, enquanto «manifestação particular e qualificada da tutela da intimidade da

especial, mas isso não significa que os entes colectivos não possam ter um direito ao domicílio<sup>32</sup> (embora não como espaço por excelência de tutela da intimidade da vida privada e familiar da pessoa humana), ou, pelo menos, um direito à protecção dos seus espaços de privacidade.

Efectivamente, as instalações e os espaços vedados e não livremente acessíveis ao público dos entes colectivos – exerçam estes neles, ou não, a respectiva actividade – gozam da tutela jurídico-criminal conferida pelo artigo 191.º do CP, orientado para a protecção da «reserva da vida privada», e não limitadamente do domicílio. Deste modo, numa perspectiva sistemática, poderá concluir-se que o ordenamento jurídico português reconhece às pessoas jurídicas, não um direito ao domicílio merecedor da tutela constitucional do domicílio das pessoas humanas (associada à sua dignidade ética e à salvaguarda do seu livre desenvolvimento<sup>33</sup>), mas pelo menos um direito ao domicílio enquanto espaço de exercício de um direito à reserva da vida privada compatível com a sua natureza (artigo 12.º, n.º 2, da CRP); ou seja, no sentido de protecção dos espaços e lugares onde se encontrem, p. ex., «segredos de negócios», «informações concorrencialmente relevantes ou com efeitos no mercado de valores mobiliários»<sup>34</sup>.

Pretendendo salvaguardar o espaço de exercício do direito à privacidade do ente, o artigo 554, 4.º, do CPP espanhol, define assim o domicílio da pessoa jurídica para efeitos de busca: «espaço físico que constitua o [seu] centro de direcção, trate-se do domicílio social ou de um estabelecimento dependente, ou os outros lugares onde se guardem documentos ou outros suportes da sua vida diária que estejam reservados do conhecimento de terceiros».

Não beneficiando os entes colectivos da tutela constitucional do domicílio das pessoas físicas, vertida no artigo 177.º, significa isto que, fora dos casos previstos nos respectivos n.ºs 5 e 6 (busca em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento oficial de saúde), a busca à sede e a instalações reservadas ou

---

vida privada, dirigida à realização da personalidade individual e ao resguardo da dignidade da pessoa humana». Concordantes, por exemplo, ALBUQUERQUE, *Comentário ao CPP*, cit., n. 22 ao artigo 177.º; CONDE CORREIA, *Comentário judiciário do CPP*, cit., §§ 4-5 ao artigo 177.º; e ANTUNES, *Processo Penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 31 e 52-53. Da mesma opinião, já antes dos referidos Acórdãos, BRAVO, *Direito Penal de entes colectivos*, cit., p. 327; e TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., pp. 149-150.

<sup>32</sup> Efectivamente, o TEDH já estendeu à pessoa colectiva o direito à protecção do domicílio prevista no artigo 8.º, n.º 1, da CEDH: «Qualquer pessoa [singular ou colectiva] tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.» Fê-lo, p. ex., nos Acs. *Société Colas Est e outros v. França*, de 16.04.2002, *Application* n.º 37971/97, disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/5aefe0/pdf>; *Ernst v. Bélgica*, de 15.07.2003, *Requête* n.º 33400/96, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-65779%22%7D%7D>; e *Buck v. Alemanha*, de 28.04.2005, *Application* n.º 41604/98, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int>. Contra, CORREIA (*Comentário judiciário do CPP*, cit., § 4 ao artigo 177.º), sustentando que na protecção da sede das pessoas colectivas não está em causa «o espaço onde a pessoa realiza a sua vida privada, alheia à indiscrição ou à devassa de terceiros», mas a tutela de «relações de confiança [...] essenciais para o desenvolvimento de determinadas profissões, normalmente [cobertas] pelo segredo profissional».

<sup>33</sup> CORREIA, *idem*, § 5 ao artigo 177.º

<sup>34</sup> As expressões entre aspas são de LOUREIRO («A insustentável ausência...», cit., p. 913), rejeitando a equiparação das buscas à sede da pessoa jurídica às de qualquer outro local, em que não se imponha a ponderação dos valores e interesses referidos.

não livremente acessíveis ao público do ente colectivo (artigo 174.º, n.º 2) pode ser ordenada ou validada por despacho da autoridade judiciária competente, incluindo o Ministério Público (MP) no inquérito (artigos 174.º, n.º 3, e 251.º), e realizada a qualquer hora do dia ou da noite<sup>35</sup>?

Porém, ainda que lhe seja inaplicável a tutela constitucional do domicílio e o disposto no artigo 177.º, em caso de busca à sede ou a instalações (reservadas ou não livremente acessíveis da pessoa jurídica) que não haja sido ordenada ou validada pela autoridade judiciária competente, estar-se-á perante a violação da proibição de prova prevista nos artigos 32.º, n.º 8, da CRP, e 126.º, n.º 3 (intromissão abusiva na intimidade e/ou no domicílio)?

P. DE ALBUQUERQUE<sup>36</sup> responde afirmativamente, invocando a violação do domicílio do ente e o reconhecimento pelo TEDH do seu direito à protecção do domicílio, prevista no artigo 8.º da CEDH<sup>37</sup>. Se bem se interpreta, M. J. ANTUNES<sup>38</sup> sustentaria igualmente a violação de uma proibição de produção de prova, mas com fundamento no direito à privacidade das pessoas colectivas, que considera compatível com a sua natureza, embora com exclusão das «dimensões nucleares da intimidade privada, que pressupõem a personalidade física».

O CPP espanhol, depois de ter incluído uma ampla noção de domicílio da pessoa jurídica no conceito processual-penal de domicílio para efeitos de entrada e busca em lugar fechado (artigo 554, 4.º), estabelece no artigo 558: «El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar.» Portanto, exige em regra a intervenção do juiz para a realização da busca.

Em Portugal, ADÉRITO TEIXEIRA<sup>39</sup> defende a criação de um regime legal específico de busca à sede e a instalações dos entes colectivos, com requisitos próprios ajustados à natureza destes, como sucede relativamente a bancos e a estabelecimentos de saúde. O que, se bem se interpreta, implicaria a necessidade de o juiz presidir pessoalmente à busca, realizar a apreensão, tomar conhecimento em primeira mão dos elementos apreendidos e decidir da junção aos autos daqueles que considerasse relevantes para a descoberta da verdade ou para a prova (artigos 177.º, n.º 5, e 268.º, n.º 1, alínea c), 180.º e 181.º).

Solução alternativa (e intermédia<sup>40</sup>) seria, porventura, a adoptada nos artigos 16.º, n.º 3, e 17.º da Lei do Cibercrime (LC – Lei 109/2009): a busca à sede, às instalações da pessoa jurídica e a outros lugares em que esta guarde documentos ou

<sup>35</sup> Suscita as mesmas questões, TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., pp. 150-151. Responde afirmativamente o Ac. TC n.º 593/2008.

<sup>36</sup> *Comentário do CPP*, cit., n. 22 ao artigo 177.º

<sup>37</sup> CORREIA (*Comentário judiciário ao CPP*, cit., § 5 ao artigo 174.º), embora sem especificar o respectivo fundamento, também afirma: a falta de intervenção da autoridade judiciária competente, implicará que a busca seja em princípio abusiva, não podendo as provas assim obtidas ser valoradas (artigo 32.º, n.º 8, da CRP).

<sup>38</sup> *Processo Penal e pessoa colectiva*, cit., p. 53.

<sup>39</sup> «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., p. 150.

<sup>40</sup> Tendo em conta a «menor densidade dos direitos em princípio violados [não estando em causa uma ofensa da integridade física ou moral da pessoa, ou uma intromissão abusiva na sua vida privada ou no seu domicílio] e [...] a necessidade de conferir eficácia à [...] máquina repressiva estadual». Nestes termos, CORREIA (*Comentário judiciário ao CPP*, cit., § 13 ao artigo 174.º),

outros suportes da sua vida diária, é ordenada ou autorizada pela autoridade judiciária competente em função da fase do processo (incluindo, portanto, o Ministério Público), mas os elementos (cautelarmente) apreendidos, que sejam susceptíveis de revelar dados que possam pôr em causa a privacidade do ente colectivo ou de terceiros (incluindo trabalhadores ou clientes), terão de ser apresentados ao juiz que ponderará a sua junção aos autos em função dos interesses concretos (artigo 16.º, n.º 3). Tratando-se da apreensão (cautelar) de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante, aplicar-se-ia então o artigo 17.º, que remete para o regime da apreensão de correspondência (artigo 179.º do CPP)<sup>41</sup>.

Neste âmbito, a outra questão controversa respeita à *persona a quem cabe consentir na busca em que é visada a pessoa colectiva*<sup>42</sup>, nos termos do artigo 174.º, n.º 5, alínea b): qualquer funcionário que tenha a disponibilidade do local (Acórdão do TRG, de 16.10.2006, proc. n.º 791/06-1); somente o seu representante legal<sup>43</sup>; ou o «responsável da unidade» (de produção, do serviço ou da dependência)<sup>44</sup>?

A resposta a esta questão passa por considerar que o «consentimento deverá ser prestado pelo visado pela diligência e não por quem tiver a disponibilidade sobre o local»<sup>45</sup>. «Só o titular do direito constitucional afectado pode acordar na sua restrição. Quem não é titular do interesse jurídico protegido pela norma não tem capacidade para consentir na sua violação»<sup>46</sup>. Esta ponderação aponta para a necessidade de ser o/um representante legal do ente colectivo visado pela busca a consentir na sua realização, justamente por estarem em causa os espaços e locais em que aquele exerce o direito à privacidade (compatível com a sua natureza). Direito que é inerente à liberdade de empresa, de organização, de iniciativa económica e ao livre desenvolvimento da finalidade colectiva (no caso das associações) ou institucionalizada (nas fundações) – artigos 12.º, n.º 2, 26.º, n.º 1, 61.º, 80.º, alínea c), e 86.º da CRP.

---

justificando a atribuição de competência ao MP para, durante o inquérito, ordenar ou validar as buscas e revistas.

<sup>41</sup> Embora sem se referir à busca à sede ou a instalações da pessoa colectiva, Correia (*ibidem*) vai mais longe, admitindo que, não obstante a letra do artigo 174.º, n.º 3, se deva obter autorização judicial prévia quando possam ser atingidos direitos fundamentais de liberdade (como os referidos no artigo 32.º, n.º 8, da CRP). Pois, «mais do que a natureza da diligência visada, importa [considerar] o direito que com ela vai (ou pode vir a ser) atingido».

<sup>42</sup> ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 31.

<sup>43</sup> ALBUQUERQUE (*Comentário do CPP*, cit., n. 9 ao artigo 174.º): «o consentimento só obriga juridicamente a pessoa colectiva se provier de quem tem legitimidade para representar a [sua] vontade». O que não sucede com o responsável directo do estabelecimento comercial que tem a disponibilidade do local, mesmo que falsamente se apresente como sócio-gerente.

<sup>44</sup> TEIXEIRA («A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., pp. 151-152) afastando os «critérios extremados», tanto do consentimento por «qualquer pessoa que tenha a disponibilidade do lugar» como o da necessidade de intervenção do «*top management*», admitindo, porém, um leque de autorizantes mais restrito do que o círculo de pessoas com posição de liderança «que podem vincular criminalmente a pessoa colectiva»; acrescenta-se: por estes poderem estar apenas incumbidos de um sector da actividade colectiva, e não do local em que esta é exercida.

<sup>45</sup> Assim, os Acs. do TC n.ºs 507/94 e 126/2016, embora a propósito das buscas domiciliárias.

<sup>46</sup> CORREIA, *Comentário judiciário ao CPP*, cit., § 8 ao artigo 174.º

## 2.5. Escutas telefónicas e equiparadas

As escutas *telefónicas e equiparadas* (artigos 187.º e 189.º, n.º 1), pela natureza das coisas, nunca poderão ter como alvo a própria pessoa colectiva suspeita ou arguida, mas somente pessoas físicas. Que pessoas físicas poderão ser escutadas em sendo suspeito ou arguido um ente colectivo?

Não quaisquer umas. Desde logo, *somente aquelas com as quais a pessoa jurídica suspeita ou arguida da prática de dado crime se identifica na prática desse mesmo crime*<sup>47</sup> [artigo 187.º, n.º 4, alínea a)], *i.e.*, as pessoas físicas que são agentes materiais do facto punível cuja imputação ao ente se averigua, em conformidade com o artigo 11.º, n.ºs 2 e 4, do CP<sup>48</sup>. Depois, poderão ser escutadas as pessoas físicas que sirvam de intermediárias, por relativamente a elas existirem *fundadas razões para crer* (não apenas suspeitar) que recebem ou transmitem mensagens destinadas *ao* ou provenientes *do* ente colectivo suspeito ou arguido e, por isso, relacionadas com o crime investigado.

Será que pode ser ordenada a escuta telefónica relativamente a quaisquer administradores, dirigentes ou trabalhadores da pessoa jurídica suspeita ou arguida somente em razão da sua ligação funcional a esta última? Tal ligação faz deles intermediários no sentido do artigo 187.º, n.º 4, alínea b)? Ou terá de exigir-se mais?

A. TEIXEIRA<sup>49</sup> dá-nos um princípio de resposta: (a) o intermediário não precisa de ser um terceiro estranho à estrutura do ente colectivo suspeito ou arguido; (b) tem de tratar-se de alguém (funcionalmente ligado a este ou não) que recebe ou transmite mensagens dirigidas ou provenientes *do suspeito/arguido*, isto é, relacionadas com o crime investigado<sup>50</sup>; mas (c) que não seja um dos «protagonistas da comunicação suspeita (arguidos ou suspeitos e ofendido)». O que, no caso das pessoas colectivas suspeitas ou arguidas, implica que se não trate de pessoa física suspeita de intervenção na prática do crime colectivo nos termos do artigo 11.º, n.ºs 2 e 4, do CP<sup>51</sup>. Essa

<sup>47</sup> Sobre a identificação da pessoa colectiva com as pessoas físicas através das quais age (titulares dos seus órgãos, representantes e dirigentes), mas não destes com aquela, J. FARIA COSTA, «Responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do Direito Penal)», in *Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários, Problemas gerais*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 514-517; e T. QUINTELA DE BRITO, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e «actuação em lugar de outrem»*, Dissertação de Doutoramento, FDUL, Vol. II, pp. 408 ss., 419 ss. e 421 ss.

<sup>48</sup> Na conclusão também TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., pp. 156-157 e n. 102; ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*, cit., n. 17 ao artigo 187.º; e ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 32.

<sup>49</sup> *Idem*, pp. 156-157.

<sup>50</sup> Logo, conclui ANTUNES (*idem*, p. 32), intermediário «não pode ser qualquer pessoa física que na pessoa colectiva recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes da pessoa colectiva» – entenda-se, em razão das funções que nesta exerce. Deve antes exigir-se que se esteja perante pessoas físicas com «uma relação directa com o crime em investigação».

<sup>51</sup> TEIXEIRA admite a aplicação do conceito de intermediário, às escutas telefónicas e equiparadas a pessoa jurídica suspeita ou arguida, embora com a especialidade de não precisar de ser terceiro, *i.e.*, pessoa estranha à estrutura do ente. Concordante, se bem se percebeu, ANTUNES, *ibidem*. Ao invés, ALBUQUERQUE (*idem*, n. 17 ao artigo 187.º) afasta o conceito de intermediário deste âmbito, exigindo que as pessoas físicas escutadas tenham um «relacionamento directo com o crime investigado» por nele intervirem em nome e no interesse colectivo. Ou seja: limita as escutas telefónicas e equiparadas às pessoas físicas com as quais o ente colectivo suspeito ou arguido se identifica na prática do facto punível em causa. O Autor chega mesmo a afirmar:



pessoa física será alvo de escutas na qualidade de *alter-ego* do ente colectivo suspeito *da* ou arguido *pela* prática de dado crime, não de intermediário.

## 2.6. Conclusão

Esta necessária (e controversa) adaptação de algumas das normas do CPP aos sujeitos jurídico-penais colectivos (aplicação *mutatis mutandis* ou aplicação analógica) manter-se-á, em todos os casos, dentro da interpretação permitida de normas processuais penais, *maxime* das restritivas/limitadoras de direitos, liberdades e garantias (*v.g.* as relativas aos meios de obtenção de prova: buscas, apreensões, escutas telefónicas e equiparadas; ou às medidas de coacção)?

Na resposta a esta questão, terá forçosamente de atentar-se nos artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), da CRP, que sujeitam as restrições aos direitos, liberdades e garantias e o processo criminal, entre outros e desde logo, ao princípio da legalidade (sob a forma de reserva de lei formal). No silêncio do CPP quanto aos entes colectivos, a questão do (des)respeito pelos cânones interpretativos válidos para as chamadas normas processuais penais substantivas (por se repercutirem restritivamente nos direitos, liberdades e garantias do arguido ou recluso<sup>52</sup>), aquando da referida «adaptação» (ou aplicação analógica), acaba sendo resolvida caso a caso pelo intérprete-aplicador, com os inerentes custos para a certeza e a segurança jurídica e também para as garantias de previsibilidade, objectividade e proibição de arbítrio (legislativo e judicial) inerentes ao princípio da legalidade em um Estado de Direito democrático.

Portanto, mesmo no âmbito das disposições processuais penais adaptáveis aos sujeitos jurídico-penais, é imprescindível e inadiável uma intervenção do legislador democrático, quanto aos termos e modos de tal adaptação, por força dos princípios e garantias acabados de referir e, também, porque aqui se joga, claramente, *uma opção constitutiva de um regime jurídico-penal que a CRP reserva à Assembleia da República, salvo autorização (balizada) ao Governo* [artigos 165.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), e n.º 2, 29.º, n.ºs 1 e 3, e 18.º, n.º 2, da CRP]<sup>53</sup>.

---

«não é admissível a escuta telefónica de “intermediários” da pessoa colectiva, isto é, pessoas que recebem e transmitem mensagens destinadas ou provenientes da pessoa colectiva, na medida em que este grupo de alvos pode ser tão vasto que é totalmente indefinido». No entanto, ALBUQUERQUE parece ter em vista um conceito amplíssimo de intermediários, que não é o visado pelo artigo 187.º, n.º 4, alínea *b*), pois inclui quaisquer pessoas singulares que recebem ou transmitem mensagens destinadas à ou provenientes da pessoa jurídica suspeita, incluindo por razões funcionais, ainda que inexistam fundadas razões para crer que se possa tratar de mensagens relativas ao crime investigado.

<sup>52</sup> Sobre o conceito de normas processuais penais materiais e o problema da sua sucessão, T. QUINTELA DE BRITO, «Normas processuais penais materiais e sucessão de leis no tempo», *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 9, Janeiro-Junho, 2019, pp. 151-178.

<sup>53</sup> À mesma conclusão chega LOUREIRO («A insustentável ausência...», *cit.*, p. 920), depois de questionar a validade «do esforço de interpretação ou integração de lacunas» de um CPP antropocêntrico em ordem a adequá-lo aos sujeitos penais colectivos, pois «é todo um regime que está por tratar, toda uma forma manifestação do processo penal». O que implica ponderar globalmente «todas as opções» feitas por um CPP, «construído sob o paradigma da pessoa física como [agente] do crime» e, portanto, como arguido.



### 3. O ausente

*Noutros casos precisa-se de mais do que uma simples restrição, exclusão ou adaptação de normas do CPP, a fim de serem aplicadas aos sujeitos jurídico-penais colectivos. Necessita-se de uma regulamentação inteiramente autónoma.* Eis alguns exemplos.

#### 3.1. Constituição do ente colectivo como arguido

Na estrita perspectiva da investigação, a constituição de arguido serve para: (i) interromper o prazo de prescrição do procedimento criminal, começando a correr novo prazo [artigo 121.º, n.ºs 1, alínea *a*), 2 e 3, do CP]; e assegurar a validade das declarações prestadas pelo suspeito (artigo 58.º, n.º 5)<sup>54</sup>.

##### *a) Na pessoa de quem?*

O ente colectivo deve ser constituído arguido na pessoa de quem? De qualquer funcionário (*v. g.* no caso de levantamento de um auto de notícia que dê a pessoa colectiva como agente de um crime), ou, forçosamente, na pessoa de um representante nos termos estatutários ou legais?

Com razão, P. ALBUQUERQUE<sup>55</sup> sustenta que, em qualquer das hipóteses referidas, a pessoa jurídica deve ser constituída arguida na pessoa do seu representante legal ou estatutário<sup>56</sup>. Efectivamente, o artigo 58.º, n.º 1, alínea *d*), condiciona a consti-

<sup>54</sup> ANA LUÍSA SÁ, «A representação jurídico-processual das pessoas colectivas. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual», *Trabalhos temáticos de Direito e Processo Penal*, Vol. I, Lisboa: CEJ, Dezembro de 2016, p. 700.

<sup>55</sup> *Comentário do CPP*, cit., n. 18, 21 e 22 ao artigo 58.º O Autor sublinha ainda a validade e eficácia do acto de constituição do ente colectivo como arguido, cujos efeitos permanecem na sua esfera jurídica durante todo o processo (artigo 57.º, n.º 2), ainda que haja modificação do seu representante no processo penal.

<sup>56</sup> Da mesma opinião, SILVA, «Questões processuais da responsabilidade penal...», cit., pp. 156-157; e ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 23-24 e 76. Também, p. ex., o artigo 22.º da Lei chilena n.º 20393, sob a epígrafe «formalização da investigação», estabelece: «Cuando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquélla», devendo identificar o mesmo. Porém, a formalização da investigação contra a pessoa jurídica terá de ser precedida, pelo menos, da solicitação de «una audiencia de formalización de la investigación» ou da apresentação de «un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3.º, salvo en los casos establecidos en el artículo 5.º» (responsabilidade penal autónoma do ente). Questão semelhante é suscitada entre nós por BRAVO (*Direito Penal de entes colectivos*, cit., p. 311), que pergunta: «deve a constituição de um ente colectivo como arguido ser aferida de acordo com o critério a que se recorreu para constituir arguido o “suspeito” seu representante?».

Em termos diferentes da lei chilena, mas apontando igualmente para os representantes legais ou estatutários do ente, o Decreto-Legislativo italiano 231/2001 determina no seu artigo 39.º, sob a epígrafe «representação do ente»: «L'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo» (n.º 1). Contudo, o ente «che intende partecipare al procedimento si costituisce [no processo] depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente a pena di inammissibilità: a denominazione del ente, a identificazione dei rispettivi rappresentanti legali e do seu defensor, a procuração conferida a este e a respectiva assinatura;

tuição de arguido à comunicação ao suposto agente do crime do auto de notícia que lhe atribui tal qualidade. Ora, *o ente colectivo supostamente infractor só pode tomar conhecimento do auto de notícia através de quem legal ou estatutariamente o represente*, nunca por via de qualquer funcionário, mesmo que dirigente do serviço, unidade ou sector no âmbito do qual terá sido perpetrado o crime.

No sentido da constituição como arguida da pessoa jurídica contra a qual existam fundadas suspeitas da prática de factos penais, através dos seus representantes legais actuais»<sup>57</sup>, pronunciaram-se as Circulares da PGR n.ºs 1/2009 e 4/2011 da PGR<sup>58</sup>. Na linha do Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 10/1994<sup>59</sup>, ambas as Circulares reconheceram ainda a independência e autonomia das posições processuais da pessoa colectiva e do seu representante legal (administrador ou gerente), arguido pela prática do mesmo crime ou de crime conexo<sup>60</sup>.

*b) Em que casos e condições?*

Desde logo, os descritos no artigo 57.º: constituição automática e *ipso facto* em virtude da dedução de acusação ou do requerimento de abertura de instrução contra o ente colectivo<sup>61</sup>. Antes desse momento é obrigatória a constituição de arguido, nos casos previstos no artigo 58.º, n.º 1, dos quais apenas podem aplicar-se ao ente colectivo os referidos nas alíneas *a)*, *b)* e *d)*<sup>62</sup>.

No que concerne à previsão da alínea *a)*, logo que exista suspeita fundada da prática de um crime, em nome e no interesse colectivo, por pessoa singular que nela ocupa posição de liderança, ou por subordinado em virtude da violação de um dever de vigilância ou controlo por parte do/s respectivo/s dirigente/s (artigo 11.º, n.º 2, do CP), já há, simultaneamente, suspeita fundada da prática de crime pela própria pessoa colectiva. Sucede que está indiciado o nexo de imputação do facto da pessoa física ao ente (realização do mesmo em seu nome e interesse ou em virtude da violação de deveres de vigilância ou controlo pelos seus dirigentes). No entanto, pode suceder que os indícios da prática de um crime pela pessoa jurídica surjam antes de ter sido identificada/s a/s pessoa/s física/s que interveio/intervieram na

---

a declaração ou eleição dos domicílios (n.º 2). Por seu turno, o artigo 41.º estipula: «L'ente che non si costituisce nel processo è dichiarato contumace.»

<sup>57</sup> Quando a representação legal do ente colectivo pertença a mais do que uma pessoa, a constituição daquele como arguido pode dar-se em qualquer um dos seus representantes (artigo 223.º, n.ºs 1 e 2, do CPC, *ex vi* artigo 4.º), ao qual caberá depois fazer a correspondente comunicação aos demais titulares do órgão de administração – ANA LUÍSA SÁ, *idem*, pp. 700-701.

<sup>58</sup> Disponíveis em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/circulares>. A Circular 4/2011 veio também resolver a questão da representação no processo penal da pessoa colectiva insolvente, estipulando, com base no artigo 82.º, n.º 1, do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), que, até ao encerramento da liquidação, se deveria manter a representação legal nos termos estatutários. Nesta matéria, releva igualmente o disposto no artigo 81.º do CIRE relativo aos poderes do administrador da insolvência.

<sup>59</sup> Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/8774>.

<sup>60</sup> Ao determinarem: «A constituição da pessoa colectiva como arguida não prejudica e eventual constituição e interrogatório como arguidos dos [seus] representantes legais [...] que possam ser pessoal e individualmente responsabilizados pelos factos que constituem objecto do inquérito.»

<sup>61</sup> DÁ MESQUITA, *Comentário judiciário do CPP*, cit., § 11 ao artigo 58.º

<sup>62</sup> ALBUQUERQUE, *Comentário ao CPP*, cit., n. 17 ao artigo 58.º; ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 24; e DÁ MESQUITA, *ibidem*.

sua comissão nos termos do artigo 11.º, n.º 2, alíneas *a)* ou *b)*, do CP. Então, a constituição do ente colectivo como arguido precederá a da pessoa singular, suspeita da prática do mesmo crime ou de crime conexo<sup>63</sup>. Ainda relativamente ao artigo 58.º, n.º 1, alínea *a)*, sempre que corra inquérito contra pessoa jurídica determinada, face à qual exista suspeita fundada da prática de crime, e o seu representante legal seja chamado a prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal (OPC), *deve aquela ser constituída arguida antes de se ouvir o seu representante legal*<sup>64</sup>, aplicando-se correspondentemente o n.º 2 do preceito.

A hipótese de constituição de arguido prevista no artigo 59.º, n.º 1, também deverá aplicar-se ao ente colectivo, logo que, durante a inquirição de um seu representante legal (como arguido ou testemunha), surja a fundada suspeita da prática de um crime pela pessoa jurídica que ainda não é arguida<sup>65</sup>, sob pena de as respectivas declarações não poderem ser usadas como prova contra a pessoa jurídica, por força

<sup>63</sup> Chama a atenção para esta situação, A. LUÍSA SÁ, «A representação jurídico-processual das pessoas colectivas...», cit., p. 701.

<sup>64</sup> ALBUQUERQUE, *idem*, n. 18 ao artigo 58.º

<sup>65</sup> P. DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*, cit., n. 4 ao artigo 59.º Em sentido contrário, MESQUITA (*Comentário judiciário do CPP*, cit., §§ 11-12 ao artigo 58.º): só as pessoas singulares podem ser fontes de prova testemunhal, pois esta constitui narrativa de factos directamente experienciados pela testemunha (artigo 128.º, n.º 1). Daí a proibição de testemunho por intermédio de procurador (artigo 138.º, n.º 1). Apesar de admitir que a pessoa colectiva, no exercício do seu direito de defesa como arguida em processo penal, possa produzir declarações através do seu representante processual (artigo 140.º), o Autor rejeita que lhe seja aplicável o artigo 59.º, n.º 1. Na sua opinião, este preceito pressupõe uma fundada suspeita relativamente à concreta pessoa que está a prestar declarações como testemunha, «não quanto a um terceiro, um representado (seja pessoa colectiva ou pessoa singular)». Logo, a entidade que preside à inquirição não deve suspendê-la para constituir formalmente como arguida a pessoa colectiva, pois «no quadro da produção de prova testemunhal não existe representação de terceiros».

Na construção de MESQUITA, a inaplicabilidade à pessoa jurídica do disposto no artigo 59.º, n.º 1, nunca obstará a que o representante legal, inquirido na qualidade de arguido ou testemunha, suscitasse a constituição de arguido do ente colectivo contra o qual surge a suspeita fundada da prática de crime, ao abrigo do artigo 59.º, n.º 2, sob pena de aplicação do artigo 58.º, n.º 5. A pessoa jurídica está a ser afectada como instituição, quando a obrigação de responder com verdade às perguntas dirigidas ao seu administrador/gerente – apenas na qualidade de testemunha, ou, mesmo enquanto arguido, quanto aos factos penalmente relevantes mas exclusivamente respeitantes ao ente [artigo 132.º, n.º 1, alínea *d)*, e 2] – permite densificar as suspeitas da prática de crime por parte deste. Contudo, esta solução não só libera a entidade que preside à inquirição do dever de constituir como arguida a pessoa colectiva fundadamente suspeita da prática de um crime, mercê das declarações do seu próprio representante legal (permitindo mesmo que este seja usado para esse efeito), como coloca a constituição de arguido do ente na inteira disponibilidade, perspicácia ou simples boa vontade do seu representante legal, chamado a depor como testemunha.

Desse modo, na prática, além de se inviabilizar a imediata constituição da pessoa colectiva como sujeito processual, facultando-lhe o exercício das garantias de defesa reconhecidas à pessoa física na mesma situação, está também a impedir-se a aplicação da sanção prevista no artigo 58.º, n.º 5, permitindo que as declarações do representante legal do ente, sempre prestadas como testemunha quanto aos factos penalmente relevantes mas exclusivamente respeitantes a este, sejam usadas contra a pessoa jurídica. A preocupação em não antropomorfizar o ente jurídico, reconhecendo-lhe a capacidade «de produzir testemunho em sentido material» (MESQUITA, *idem*, § 11 ao artigo 58.º), não pode justificar tais consequências, que afrontam a estrutura acusatória do processo penal de que também beneficia a pessoa colectiva arguida.

do artigo 58.º, n.º 5<sup>66</sup>, ou, pelo menos, dos artigos 32.º, n.º 8, da CRP, 272.º, n.º 1, e 126.º, n.º 1, alínea *a*) (meio enganoso), ou n.º 3 (intromissão abusiva na privacidade)<sup>67</sup>.

Quanto ao artigo 59.º, n.º 2, discute-se se, estando a ser realizadas diligências destinadas a comprovar a imputação da prática de um crime, que a afectem enquanto instituição<sup>68</sup>, o representante legal pode pedir imediatamente a constituição de arguido da pessoa colectiva, ou se é necessária uma deliberação societária nesse sentido<sup>69</sup>.

Esta deliberação (ainda que apenas ratificativa da anterior constituição de arguida), não parece justificar-se tendo em conta que a constituição de arguido, apesar de implicar o cumprimento de deveres processuais, visa sobretudo atribuir ao suspeito a qualidade de sujeito processual, plenamente investido nos direitos referidos no artigo 61.º, n.º 1. Direitos que lhe permitem uma intervenção modeladora da tramitação processual e da decisão de direito do caso<sup>70</sup>.

### 3.2. Notificação da pessoa jurídica

Não irei entrar na discussão sobre se, ante o silêncio do CPP também quanto à notificação das pessoas colectivas, podem aplicar-se por analogia os artigos 111.º e ss. (*ex vi* artigo 4.º) e complementarmente as normas do CPC<sup>71</sup> que «não contrariem o regime processual penal da notificação e os princípios do processo penal e, designadamente, o princípio do contraditório»<sup>72</sup>. Ou se, ao menos nos casos previstos

<sup>66</sup> Para o qual não remete o artigo 59.º, n.º 3, em virtude de alterações subsequentes efectuadas ao artigo 58.º sem simultânea actualização daquela remissão, que deveria ser feita para os n.ºs 3 a 5 do artigo 58.º, em lugar de somente para os n.ºs 3 e 4 deste preceito (ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*, cit., n. 3 ao artigo 59.º).

<sup>67</sup> Desta opinião, ALBUQUERQUE, *ibidem*.

<sup>68</sup> ALBUQUERQUE, *idem*, n. 5 ao artigo 59.º.

<sup>69</sup> ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 24; e A. S. CORREIA MAGALHÃES, *A responsabilidade penal das pessoas colectivas sob o ponto de vista processual*, Tese de Mestrado em Direito Judiciário, Universidade do Minho – Escola de Direito, Julho de 2018, p. 58, sob n. 93.

Para A. LUÍSA SÁ («A representação jurídico-processual das pessoas colectivas...», cit., p. 701), o pedido de constituição da pessoa jurídica como arguida só será válido se o seu representante legal (que presta declarações ou está presente aquando da diligência que a afecta como instituição) tiver poderes para o efeito. Não sendo esse o caso, o representante deve requerer prazo para o órgão de administração ratificar o seu pedido, juntando depois a deliberação de ratificação. Simultaneamente, o MP ou os OPC, nos quais aquele delegou competência para a realização da diligência, devem ponderar a suspensão desta. O que, podendo colocar em risco a recolha de prova, dificilmente será exequível.

I. FERNANDES GODINHO («Pessoas colectivas e processo penal: alguns apontamentos de uma tentativa impossível», *Galileu – Revista de Economia e Direito*. Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, Vol. XII, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008, p. 61) defende solução intermédia: a autoridade judiciária, previamente à validação da constituição do ente colectivo como arguido (artigo 58.º, n.º 3, *ex vi* artigo 59.º, n.º 3), deve verificar se o pedido formulado pelo seu representante legal ou estatutário (sem poderes para o efeito) corresponde à efectiva vontade da pessoa jurídica.

<sup>70</sup> A esta conclusão parece que chegaria igualmente MESQUITA (*Comentário judiciário*, cit., § 12 ao artigo 58.º), ao reconhecer direitos processuais de defesa à pessoa colectiva, que incluiriam «o direito subjectivo a impor na fase pré-acusatória a respectiva constituição como arguid[a] ao abrigo do art. 59.º/2».

<sup>71</sup> Veja-se em ANTUNES (*Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 37) uma síntese dos problemas.

<sup>72</sup> ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*, cit., n. 13 ao artigo 113.º

no artigo 113.º, n.º 10, 2.ª parte, e noutros em que o CPP exige notificação pessoal do arguido (v.g., artigos 272.º, n.ºs 2 e 4, 283.º, n.º 6, 287.º, n.º 5, e 313.º, n.ºs 2 e 3), se impõe a notificação «pessoal» do ente colectivo arguido<sup>73</sup>, e não apenas do seu representante no processo<sup>74</sup>.

A solução mais adequada parece ser a preconizada por Reis Bravo<sup>75</sup>: em ordem a permitir uma defesa autónoma, a reconhecer a sua existência como sujeito processual e a respeitar «a sua pretensão e estratégia processual de defesa», deve sempre dar-se à pessoa colectiva arguida «conhecimento expresso e directo (e não só de forma presumida e indirecta, através dos seus representantes) da matéria factual que lhe disser respeito».

É, aliás, esta a solução que se impõe por maioria de razão ante o disposto nos artigos 46.º, n.º 1 («Todas as decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas serão comunicadas às pessoas a quem se dirigem») e 47.º, n.º 1 («A notificação será dirigida ao arguido e comunicada ao seu representante legal, quando este exista»), do DL n.º 433/82 (*Ilícito de mera ordenação social*), sem prejuízo de poder ou dever ser igualmente dirigida ao defensor (nos casos referidos no artigo 113.º, n.º 10, 2.ª parte, e afins).

Em suma: tratando-se de pessoa colectiva arguida, todas as notificações devem ser-lhe dirigidas para a sede ou local onde funciona normalmente a administração, ainda que por via postal simples após a prestação de TIR (artigo 196.º, n.º 2), e somente comunicadas ao seu representante processual (mero interveniente no processo) e para o outro domicílio que o ente haja escolhido (p. ex., ao abrigo do artigo 113.º, n.º 9<sup>76</sup>, mas então sem que possam considerar-se como tendo sido feitas «pessoalmente» ao próprio notificando). Além disso, devem ser também dirigidas ao defensor ou advogado as notificações a que se refere o artigo 113.º, n.º 10, 2.ª parte, e outras afins, de modo a possibilitar o cumprimento do disposto no artigo 196.º, n.º 3, alínea d).

Este regime de notificação afigura-se ser o que melhor responde: (i) à necessidade de delimitação clara entre o ente colectivo arguido, o seu representante processual e os respectivos representantes legais ou estatutários, em ordem a assegurar a autonomia daquele como sujeito processual, titular e garante do cumprimento dos deveres inerentes ao estatuto de arguido e aos emergentes do TIR (por aquele prestado nessa qualidade), sobre o qual devem recair as consequências substantivas e processuais

<sup>73</sup> Próximo, SILVA («Questões processuais da responsabilidade penal...», cit., p. 162): necessidade de notificação «pessoal» do ente colectivo na pessoa do representante legal à data da notificação, mas somente se ainda não tiver sido constituído arguido, nem designado representante processual. De contrário, a notificação «pessoal» do ente realiza-se na pessoa do seu representante processual.

<sup>74</sup> ALBUQUERQUE, *idem*, n. 15 ao artigo 113.º; e SILVA, em texto anterior («Questões processuais na responsabilidade cumulativa...», cit., p. 799), embora exigindo notificação pessoal do ente na pessoa do seu representante legal à data da notificação. Em sentido mais próximo do texto, TEIXEIRA («A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., pp. 124-125): o TIR ajustado à pessoa jurídica deve indicar tanto a morada daquela como a do seu representante processual, não se podendo considerar notificado o ente colectivo arguido na pessoa de qualquer um dos seus representantes legais (artigo 223.º, n.º 2, do CPC), nem devendo exigir-se a notificação pessoal de todos os seus representantes legais em caso de pluralidade.

<sup>75</sup> *Direito Penal de entes colectivos*, cit., p. 322.

<sup>76</sup> ALBUQUERQUE, *idem*, n. 14 b. ao artigo 113.º



penais da correspondente violação; e (ii) à maior proximidade e facilidade de contactos entre pessoas físicas, por confronto com a complexidade e incerteza daqueles que se estabelecem dentro e através da estrutura organizativa (mais ou menos complexa) das pessoas jurídicas.

### 3.3. Conteúdo do TIR prestado pelo ente colectivo, deveres dele emergentes e consequências processuais do seu incumprimento

O TIR prestado pelo ente colectivo arguido deve conter os seguintes elementos e implica as seguintes obrigações:

- i. *Identificação social, indicação da sede*<sup>77</sup> e dos representantes legais ou estatutários;
- ii. *Indicação do seu domicílio para efeito de notificação por via postal simples*<sup>78</sup>: necessariamente a sede ou o local onde funciona normalmente a administração;
- iii. *Indicação do seu representante no processo*<sup>79</sup> e a respectiva morada, para a qual são comunicadas, por via postal simples, as notificações dirigidas à pessoa colectiva;
- iv. *A pessoa jurídica fica obrigada a comparecer perante a autoridade competente, através do seu representante processual, sempre que a lei o exigir ou para tal for devidamente notificada, e a manter-se à disposição daquela;*
- v. *A pessoa colectiva fica igualmente obrigada a não mudar de sede ou local onde funciona normalmente a administração sem comunicar a nova sede ou local*<sup>80</sup>;
- vi. *É a pessoa colectiva que tem de requerer a alteração de morada para efeitos de notificação por via postal simples*<sup>81</sup>;
- vii. *A pessoa jurídica comunica imediatamente, através de requerimento entregue ou remetido por via postal registada à secretaria onde os autos se encontram, qualquer alteração da sua estrutura societária, da sua representação estatutária ou do seu representante no processo.*

As consequências processuais do incumprimento das obrigações emergentes do TIR são suportadas pela pessoa colectiva arguida [artigos 203.º e 196.º, n.º 3, alínea d)].

Sendo comunicadas ao representante processual do ente colectivo todas as notificações remetidas para a respectiva sede ou local onde funciona normalmente a administração, aquele pode considerar-se regularmente convocado para comparecer perante a autoridade competente, sendo esse o conteúdo da notificação. O que talvez permita a sua detenção para comparência a acto processual, se a este faltar sem justificação e por facto pessoalmente imputável [artigos 116.º, n.º 2, e 254.º, n.º 1, alínea b)]<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*, cit., n. 12 a. ao artigo 196.º

<sup>78</sup> ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 90.

<sup>79</sup> ALBUQUERQUE, *idem*, n. 12 d. ao artigo 196.º

<sup>80</sup> ALBUQUERQUE, *idem*, n. 12 c. ao artigo 196.º; REIS BRAVO, *Direito Penal de entes colectivos*, cit., p. 332.

<sup>81</sup> ALBUQUERQUE, *idem*, n. 12 ao artigo 196.º; ANTUNES, *idem*, p. 90.

<sup>82</sup> ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*, cit., n. 16 ao artigo 254.º; e ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 82. Atente-se no disposto no artigo 706-44 do CPP francês: «Le représentant de la



Se e enquanto a pessoa jurídica não designar representante no processo, deve ser aqui representada por um dos seus representantes legais ou estatutários, ou por quem aja como director, gerente ou administrador. Caso nenhum dos representantes legais ou estatutários do ente colectivo arguido intervenha no processo penal em sua representação, poderão equacionar-se duas soluções: designação pela autoridade judiciária competente de um representante processual (cfr. artigo 25.º, n.º 2, do CPC), pressupondo que a pessoa jurídica arguida tem um dever de intervenção pessoal em certos actos, tal como o arguido pessoa singular [artigo 61.º, n.º 6, alínea a)]; ou permitir o desenrolar do processo na ausência de representante, considerando-se que «é por opção da pessoa colectiva que não são exercidos direitos processuais de intervenção pessoal»<sup>83</sup>.

### 3.4. Representação em juízo da pessoa colectiva arguida

Aqui é imperativo, por um lado, distinguir entre pressupostos substantivos de responsabilização penal do ente colectivo (a qual depende da comprovada intervenção no facto colectivo de certo círculo de pessoas físicas a ele funcionalmente ligadas – cfr. artigo 11.º, n.º 2, do CP); legitimidade processual passiva da pessoa jurídica (artigos 11.º e 12.º do CPC) e intervenção desta no processo penal como arguida através de um representante (artigos 15.º, 25.º e 26.º do CPC)<sup>84</sup>. Por outro, importa considerar as questões (i) do eventual conflito de interesses e estratégias de defesa da pessoa física arguida, que seja também representante processual do ente colectivo arguido (artigo 11.º, n.º 6, do CP)<sup>85</sup>; e (ii) da possibilidade de fraude e de perturbação do normal decurso do processo, se for permitido ao ente colectivo arguido escolher e alterar livremente quem o representa no processo.

Ante o silêncio do CPP sobre a representação da pessoa jurídica, de *lege lata*, aplica-se as normas do CPC que se harmonizem com o processo penal (artigo 4.º)<sup>86</sup>. O artigo 25.º, n.º 1, do CPC aponta para uma representação legal ou estatutária das pessoas colectivas, e o artigo 26.º para uma representação das sociedades e associações que careçam de personalidade jurídica, das sucursais, agências, filiais ou delegações pelas pessoas que ajam como directores, gerentes ou administradores. Portanto, o CPC não estabelece um regime de livre escolha pelo ente colectivo que quem o representa no processo civil, suprimindo a sua incapacidade judiciária.

A questão que logo se coloca é a de saber se a pessoalidade da responsabilidade criminal e a consequente pessoalidade do processo penal admitem o abandono

---

personne morale poursuivie ne peut, en cette qualité, faire l'objet d'aucune mesure de contrainte autre que celle applicable au témoin.»

<sup>83</sup> ANTUNES, *idem*, p. 76. A última constitui a solução adoptada pelo artigo 409 *bis* do CPP espanhol.

<sup>84</sup> Acerca desta questão TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., pp. 116-119; SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa...», cit., pp. 792 e 795, e «Questões processuais da responsabilidade penal...», cit., pp. 154-155 e 157-161; e ALBUQUERQUE, *Comentário ao CPP*, cit., n. 14 ao artigo 57.º

<sup>85</sup> Veja-se SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa...», cit., pp. 801-802; e, mais desenvolvidamente, ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 75-80.

<sup>86</sup> BRAVO, *Direito Penal de entes colectivos*, cit., pp. 319-320; SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa...», cit., pp. 795-796, e «Questões processuais da responsabilidade penal...», cit., pp. 157-160; ALBUQUERQUE, *idem*, n. 13 ao artigo 57.º; GAMA, *Comentário Judiciário*, cit., § 20 ao artigo 140.º; LOUREIRO, «A insustentável ausência...», cit., p. 904.

do princípio civilístico da identificação do ente colectivo com a actuação dos seus órgãos<sup>87</sup>, ao contrário do que sucede com a actuação do representante, que permanece como dele próprio, limitando-se os respectivos efeitos jurídicos a produzir-se na esfera do representado (artigo 258.º do CC)<sup>88</sup>. O artigo 87.º, n.º 1, do DL 433/82 dá-nos uma resposta que, por maioria de razão, parece impor-se no processo penal: «As pessoas colectivas e as associações sem personalidade jurídica são representadas no processo por quem legal ou estatutariamente as deva representar.»

Esta, de facto, a solução que se afigura mais correcta, não só na óptica da estrita pessoalidade da responsabilidade criminal e do processo penal do ente colectivo, mas também da necessidade de assegurar o imperturbado desenvolvimento do (já de si complexo) procedimento criminal contra a pessoa jurídica. A possibilidade de livre designação e alteração a todo o tempo, pelo ente colectivo, do seu representante no processo determinaria uma ininterrupta e incontável burocratização do procedimento (por sucessivas comunicações de alteração do representante e de demonstração dos respectivos poderes), com o consequente protelamento do mesmo, e uma agudização para lá do necessário da inevitável multiplicidade de pessoas, através das quais o ente está no processo penal<sup>89</sup>. Já para não referir a possibilidade de fraude e de manipulação do procedimento criminal, por parte da pessoa colectiva, designando diferentes representantes para diferentes actos processuais, incluindo pessoas arroladas como testemunhas pela acusação<sup>90</sup>.

Não parece conveniente, legítima, nem desejável a proposta de aproximar o círculo de representantes processuais do ente colectivo arguido daqueloutro que pode suscitar a sua responsabilização penal, *maxime* em nome de um superior e directo conhecimento dos factos imputados à pessoa jurídica por parte de quem está mais perto dos mesmos<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Responde negativamente SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa...», cit., p. 795, e «Questões processuais da responsabilidade penal...», cit., p. 158. Em sentido contrário, TEIXEIRA («A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., p. 106), aludindo a uma «intermediação indiferenciada» em virtude da pessoalidade ficcionada do acto relativamente à pessoa jurídica e da necessidade de intervenção no processo através de pessoas físicas, sendo indiferente se se trata de representante legal/estatutário ou voluntário.

<sup>88</sup> Parecer PGR 10/1994: «Na relação órgão/pessoa colectiva não se trata de uma relação intersubjectiva», inexistindo «desdobramento entre a actividade jurídica imputada ao agente e os seus efeitos, imputados ao representado, como é característico da representação» (artigo 258.º do CC). «Os efeitos da actividade dos órgãos da pessoa colectiva são-lhe imputados na sua esfera jurídica como sendo seus, da mesma forma que a uma pessoa física.»

<sup>89</sup> ANDRADE (*Bruscamente no verão passado...*, cit., p. 99): a responsabilidade penal das pessoas colectivas acarreta a entrada no processo penal de «sujeitos processuais com e estrutura de teias de relações, marcadas pela pluralidade, contingência e descontinuidade ontológicas [...] não sendo adquirida e segura a sua mesmidade, nem sequer durante o [...] curso do processo».

<sup>90</sup> Para evitar esta situação, o artigo 786 *bis*, n.º 1, do CPP espanhol proíbe que, no julgamento, a pessoa jurídica arguida seja representada por quem deva prestar declarações como testemunha em juízo. Crítica desta solução, ANTUNES (*Processo penal e pessoa colectiva arguida*, cit., p. 78), sublinhando que a fraude, que se pretende evitar, só faz sentido quando as declarações a prestar pela testemunha respeitarem aos factos de que depende a responsabilidade criminal do ente.

<sup>91</sup> Assim, TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., pp. 109-110; próxima, ANTUNES, *ibidem*. Contra, BRAVO, *Direito Penal de entes colectivos*, cit., p. 320; SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa...», cit., p. 795, e «Questões processuais da responsabilidade penal...», cit., p. 158; e ALBUQUERQUE, *Comentário aos CPP*, cit., n. 14 ao artigo 157.º

Por um lado, essa proposta potenciará a indesejável cumulação na mesma pessoa das qualidades de representante processual do ente e de pessoa física suspeita de intervenção no facto colectivo. O que suscitaria «dilemas práticos de difícil superação», em caso de estratégias opostas de defesa (*v.g.*, o ente colectivo pretende imputar responsabilidade ao seu representante legal e processual, por este ter praticado o crime contra ordens ou instruções expressas, e o representante quer rebater tal entendimento, mas cabendo a este «fala[r] em nome de ambos»). Neste caso, como saber em que qualidade está a falar o representante processual em cada momento e como assegurar um efectivo direito de defesa ao ente? E se a pessoa jurídica pretende confessar os factos que lhe são imputados (os quais incluem contributos de pessoas físicas), enquanto o representante processual, individualmente imputado, tenciona remeter ao silêncio<sup>92</sup>?

Por outro, importa não confundir o conhecimento directo dos factos, exigido à testemunha (artigo 128.º, n.º 1), com a defesa processual do ente colectivo arguido através de um representante, cujo estatuto processual se não identifica com o da testemunha, apesar de ambos serem meros intervenientes processuais.

Dito isto, sugere-se que o CPP português adopte uma regulamentação semelhante (embora não idêntica) à vertida no artigo 706-43 do *Code de Procédure Pénal* francês: «L'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant légal à l'époque des poursuites. Ce dernier représente la personne morale à tous les actes de la procédure. Toutefois, lorsque des poursuites pour des mêmes faits ou des faits connexes sont engagées à l'encontre du représentant légal, celui-ci peut saisir par requête le président du tribunal judiciaire aux fins de désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale»<sup>93</sup>.

La personne morale peut également être représentée par toute personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts, d'une délégation de pouvoir à cet effet.

La personne chargée de représenter la personne morale en application du deuxième alinéa doit faire connaître son identité à la juridiction saisie, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il en est de même en cas de changement du représentant légal en cours de procédure.»<sup>94</sup>

### 3.5. Aplicação ao ente colectivo arguido de medidas de coacção que pressupõem imputação de crime punível com pena de prisão

A aplicação, à pessoa colectiva arguida, de todas as medidas de coacção que, à excepção do TIR, pressupõem a imputação de crime punível com pena de prisão

<sup>92</sup> LOUREIRO, «A insustentável ausência...», cit., pp. 904-905; e ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 79.

<sup>93</sup> Neste caso, a questão não deve apenas poder ser suscitada pelo representante processual, mas igualmente pela própria pessoa colectiva, cujo direito de defesa está em causa, bem como pela autoridade judiciária competente que se aperceba do conflito de interesses e estratégias de defesa. Ademais, a escolha do novo representante deve caber ao ente colectivo, e não ficar a cargo de um mandatário de justiça escolhido pelo tribunal, tendo em conta que no nosso ordenamento processual penal o arguido não pode ser (pessoalmente) representado pelo defensor.

<sup>94</sup> Também deverá reflectir-se sobre se o dever de comunicação ao processo da identidade do representante por delegação de poderes, conforme à lei e aos estatutos, e da alteração do representante processual deve caber aos próprios ou, antes, à pessoa jurídica arguida. Retomar-se-á esta questão a propósito do TIR aplicado ao ente e das obrigações dele emergentes.

pode ser legitimada tendo em conta o artigo 195.º do CPP<sup>95</sup>. Este preceito estabelece um critério abstracto de aferição da gravidade do crime, que assenta no máximo da pena de prisão cominada para o crime em causa; e não na pena privativa da liberdade que eventual e previsivelmente venha a ser aplicada no caso concreto<sup>96</sup>. Outro argumento é avançado por MARQUES DA SILVA<sup>97</sup>, para quem inexistente «impedimento à aplicação de algumas medidas de coacção [às pessoas colectivas] porque o seu pressuposto, no que à pena aplicável respeita, é referido ao crime e não à pena concretamente aplicável em razão do sujeito passivo».

Tomar como ponto de referência, na determinação da medida de coacção aplicável ao ente, a medida legal da pena de prisão cominada para o crime que lhe é imputado, além de não incompatível com o critério abstracto de aferição da gravidade do crime plasmado no artigo 195.º do CPP, harmoniza-se com a opção do CP de partir da pena legal de prisão, cominada para o crime indiciado relativamente à pessoa colectiva, para: (i) determinar os limites máximo e mínimo da pena de multa aplicável ao ente (artigo 90.ºB, n.º 1); e (ii) contar o prazo de prescrição do procedimento criminal (artigo 118.º, n.º 3). Assim o CP evidencia que relevante é o crime em si, e não o sujeito singular ou colectivo a quem aquele se imputa<sup>98</sup>.

No que especificamente concerne ao princípio da proporcionalidade entre as medidas de coacção aplicáveis ao ente e as sanções que previsivelmente lhe venham a ser aplicadas (artigo 193.º, n.º 1<sup>99</sup>), tal princípio pode e deve ser satisfeito, de *lege lata*, considerando, não somente as penas principais cominadas para a pessoa física, mas, desde logo, as penas acessórias susceptíveis de aplicação ao ente, nos termos do artigo 90.º-A, n.º 2, do CP.

O verdadeiro (e ora inultrapassado) obstáculo à aplicação ao ente colectivo das medidas de coacção que pressuponham a imputação de crime punível com pena de prisão reside na natureza das normas que as prevêem (normas processuais penais materiais), sujeitas ao princípio da legalidade criminal [artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1, e 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP]. Daí a urgência da inserção no CPP de uma norma para esse efeito, que poderá ser o próprio artigo 195.º, nos seguintes termos: «Se a aplicação de uma medida de coacção depender da pena aplicável, atende-se, na sua determinação, ao máximo da pena cominada para a pessoa física quanto ao crime que justifica a medida, mesmo sendo arguida uma pessoa colectiva e entidade equiparada.»

<sup>95</sup> Que estabelece: «Se uma medida de coacção depender da pena aplicável, atende-se, na sua determinação, ao máximo da pena correspondente ao crime que justifica a medida.»

<sup>96</sup> Assim, porém, se bem se percebeu, ANTUNES, *idem*, p. 87.

<sup>97</sup> «Questões processuais da responsabilidade penal...», cit., p. 162, alterando a posição anteriormente defendida em «Questões processuais na responsabilidade cumulativa...», cit., p. 797. Já antes, BRAVO (*Direito Penal de entes colectivos*, cit., p. 333): «a aplicação de qualquer medida de coacção a um ente colectivo nunca dependerá da concreta espécie de pena prevista para o crime que possa imputar-se ao ente, mas será estabelecida por referência à espécie e medida da pena (de prisão) cominada à conduta indiciada [e] praticada pelo seu [titular de] órgão ou representante [...] em seu nome e interesse, de acordo com o critério abstracto do art. 195.º do CPP».

<sup>98</sup> Também LOUREIRO («A insustentável ausência...», cit., p. 907) admite que, em sede de medidas de coacção aplicáveis ao ente, se possa tomar como referência o princípio adoptado pelo Código Penal no âmbito da prescrição, que remete justamente para a pena legal de prisão prevista para o crime imputado à pessoa colectiva.

<sup>99</sup> Sobre esta questão, ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 88-90.

### 3.6. Inaplicabilidade da pena de prisão à pessoa colectiva e determinação da competência material quantitativa dos tribunais [artigos 13.º, n.º 2, 14.º, n.º 2, alínea b), e 16.º, n.º 2, alínea b)]

Esta questão ficaria resolvida porventura com a inclusão no CPP de um novo artigo 16.º-A, com teor semelhante ao do artigo 14 bis do CPP espanhol: «Cuando [...] el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica.»

Deste modo, estando em causa a competência material segundo o critério quantitativo, até se asseguraria a possibilidade de julgamento do ente colectivo arguido pelo tribunal do júri e pelo tribunal colectivo, e não apenas pelo tribunal singular (de competência residual – artigo 16.º, n.º 1), como sucederia na ausência de um preceito com aquele conteúdo<sup>100</sup>.

De notar, ainda, a impossibilidade de aplicação à pessoa jurídica do disposto no artigo 16.º, n.º 3: sendo-lhe inaplicável a pena de prisão, o MP nunca poderá entender que, relativamente a ela, não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos. A autonomia da responsabilidade penal do ente colectivo, relativamente à da pessoa física arguida pela prática do mesmo crime (artigo 11.º, n.º 7, do CP), também impede que se lhe aplique o preceituado no artigo 16.º, n.º 3, mesmo que os respectivos requisitos se verifiquem quanto ao arguido pessoa singular<sup>101</sup>.

Assim, tratando-se de entes colectivos, nunca poderá ser derogada a competência quantitativa do tribunal colectivo. O que se compreende tendo em conta que, em regra, os processos por crimes mais graves, instaurados contra pessoas colectivas, se revestem de uma complexidade dificilmente compatível com a intervenção do tribunal singular.

### 3.7. Dificuldades em sede de determinação da competência territorial

O artigo 19.º regula a competência territorial nas fases de instrução (artigo 288.º, n.º 2) e julgamento de olhos postos nas pessoas físicas, ao aludir aos lugares da consumação do crime (n.º 1); em que o agente actuou ou deveria ter actuado (n.º 2); em que foi praticado o último acto ou tiver cessado a consumação (crimes habituais ou permanentes – n.º 3); e em que tiver sido praticado o último acto de execução (crimes tentados – n.º 4).

Estes critérios só são aplicáveis quando consiga identificar-se as pessoas físicas agentes do crime colectivo, apesar de estas poderem ter prestado o seu contributo em lugar diferente do da sede da pessoa colectiva, ou da sua sucursal, ou daquele em

<sup>100</sup> TEIXEIRA («A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., p. 130) até coloca a hipótese de a inaplicabilidade da pena de prisão ao ente colectivo arguido determinar o seu julgamento sistemático pelo tribunal singular. Precisamente porque, então, também nunca lhe seria aplicável, em concreto, pena superior a cinco anos, com a consequente (e sistemática) verificação do disposto no artigo 16.º, n.º 3.

<sup>101</sup> ANTUNES (*Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 36) considera, inclusive, duvidosa a possibilidade de, em caso de responsabilidade cumulativa, diferenciar a tramitação processual na fase do julgamento da arguida pessoa colectiva relativamente à do arguido pessoa singular, quando relativamente a esta ocorram os requisitos do artigo 16.º, n.º 3.



que a pessoa jurídica omitiu o devido controlo sobre os seus funcionários (omissão em que também se funda a imputação de responsabilidade penal ao ente)<sup>102</sup>. Efectivamente o facto da pessoa jurídica pode ser e é frequentemente plurilocalizado, tendo em conta a pluralidade de contributos singulares e colectivos que o integram.

Por isso, há quem sustente que, relativamente às pessoas colectivas, a lei deveria incluir entre os elementos relevantes para a determinação da competência territorial o lugar da sede ou onde funciona normalmente a administração principal. O que até facilitaria a investigação à actividade social, às relações laborais e jurídicas de administradores, representantes e empregados, à existência e funcionamento de sistemas de alerta e de programas de cumprimento normativo<sup>103</sup>.

A. TEIXEIRA<sup>104</sup> associa a relevância da sede, na determinação da competência territorial para a investigação criminal de uma pessoa jurídica, a um modelo de responsabilização desta que centra a autoria do facto colectivo no órgão de topo da estrutura organizacional do ente e nas deliberações por este tomadas. Modelo que não é, definitivamente, o consagrado no artigo 11.º do CP. Na sua opinião, a competência territorial para a investigação criminal deveria antes determinar-se por referência ao lugar onde ocorreu a actuação relevante para a imputação de responsabilidade ao ente, por ser aí que se encontram os vestígios e a prova do crime

A. TEIXEIRA tem razão ao chamar a atenção para o lugar onde ocorreu a actuação relevante para a imputação de responsabilidade ao ente, tendo em conta os critérios legalmente consagrados para o efeito. Critérios que, nos termos do artigo 11.º, n.º 2, do CP, passam pela identificação de contributos de pessoas singulares para o facto colectivo, *maxime* dirigentes (n.º 4), podendo assim atender-se à actuação destas pessoas, porventura em substituição (ou pelo menos complemento) dos critérios gerais do artigo 19.º, claramente gizados à luz dos elementos constitutivos do crime, da estrutura do ilícito típico ou da forma especial da infracção, quando realizada por pessoa física.

### 3.8. Formas especiais do processo

Inaplicabilidade da forma sumária, por impossibilidade de detenção em flagrante delito das pessoas colectivas. A detenção em flagrante delito de um titular de órgão, representante, dirigente ou funcionário do ente, pela prática de um crime em nome e no interesse colectivo, apenas poderá legitimar o julgamento em processo sumário da pessoa física, nunca da pessoa colectiva, dada a autonomia material (artigo 12.º, n.º 2, da CRP) e processual (artigos 60.º e 61.º) de uma e outra.

<sup>102</sup> N. RODRÍGUEZ GARCÍA, «Adecuación del proceso penal español a la fijación de la responsabilidad criminal de las personas jurídica», *Revista Penal*, n.º 35, Enero 2015, p. 158.

<sup>103</sup> Assim, GARCÍA, *ibidem*. O artigo 706-42 do CPP francês estatui: «Sans préjudice des règles de compétence applicables lorsqu'une personne physique est également soupçonnée ou poursuivie, sont compétents:

1.º Le procureur de la République et les juridictions du lieu de l'infraction

2.º Le procureur de la République et les juridictions du lieu où la personne morale a son siège. Ces dispositions ne sont pas exclusives de l'application éventuelle des règles particulières de compétence prévues par les articles 704-1, 705 et 706-17 relatifs aux infractions économiques et financières et aux actes de terrorisme.»

<sup>104</sup> «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., p. 127.



Dificuldade na aplicação do processo abreviado (sucedâneo do processo sumário), por ter como pressuposto essencial a existência de provas simples e evidentes de que resultem indícios suficientes de se ter verificado o crime ou de quem foi o seu agente. O que improvavelmente acontecerá em que se tratando de processo contra pessoas jurídicas. Basta pensar na dificuldade em identificar o/s agente/s singular/es, *maxime* dirigentes, do facto colectivo em organizações complexas, e na pluralidade de contributos que integram esse facto. Só se poderá aplicar o processo abreviado, se se verificar, relativamente ao ente, alguma das (raras) hipóteses previstas no artigo 391.º-A, n.º 3, alíneas *b*) ou *c*), CPP.

O requisito da punibilidade do facto com pena de multa (artigo 391.º-A, n.º 1), indicativo da menor gravidade do crime em causa, não faz qualquer sentido quanto às pessoas colectivas, que, por natureza, só podem ser submetidas a penas não detentivas. Logo, o processo abreviado apenas será operativo nas hipóteses de indiciação de crime abstractamente punível com pena de prisão não superior a 5 anos (para as pessoas singulares), desde que existam, face ao ente, provas simples e evidentes de que resultem indícios suficientes de se ter verificado o crime ou de quem foi o seu agente.

Sendo o artigo 391.º-A, n.º 2, o lugar paralelo ao artigo 16.º, n.º 3, as razões que me levaram a afastar a aplicação deste último mecanismo ao ente colectivo impõem a não aplicação do processo abreviado à pessoa jurídica, à qual seja imputado crime abstractamente punível com pena superior a 5 anos, por referência à pessoa singular.

No que concerne ao processo sumaríssimo (artigos 392.º-398.º), dada a aplicabilidade *ratione naturae* da pena de multa aos entes colectivos, a operatividade desta forma especial de processo face a eles estaria à partida limitada às hipóteses de indiciação pela prática de crime abstractamente punível com pena de prisão não superior a 5 anos (para as pessoas físicas).

Todavia, também o processo sumaríssimo tem como pressuposto o entendimento do MP de que, em concreto, deve ser aplicada pena ou medida de segurança não detentivas. Prognóstico impossível relativamente às pessoas jurídicas, por nem sequer abstractamente ser possível aplicar-lhes pena ou medida de segurança detentiva. Conclusão: o processo sumaríssimo é estruturalmente incompatível com as pessoas colectivas.

### 3.9. Alteração substancial de factos à luz do critério quantitativo

No que concerne à alteração substancial de factos à luz do critério quantitativo, estando em causa a acusação ou pronúncia de um ente colectivo por um dado crime, a inserção de uma norma paralela à prevista no artigo 118.º, n.º 3, do CP solucionaria o problema.

Essa norma poderia ser inserida no artigo 1.º, alínea *f*), nos seguintes termos: «Alteração substancial dos factos» aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis; no caso das pessoas colectivas e entidades equiparadas, considerando a pena legalmente cominada para o mesmo crime se cometido por uma pessoa física.

### 3.10. Alteração (substancial *vs.* não substancial) dos factos que constituem o objecto do processo penal dirigido contra o ente colectivo, à luz do critério qualitativo

O complexo objecto do processo contra a pessoa jurídica integra: (i) os factos indiciadores da realização do tipo incriminador da Parte Especial; (ii) os factos constitutivos dos contributos materiais (individuais ou colectivos) que integram o ilícito típico global do ente; e (iii) a qualidade funcional em que foram prestados os contributos individuais (titular de órgão, representante, dirigente ou trabalhador), considerando os critérios legais de imputação de responsabilidade ao ente<sup>105</sup>.

Assim sendo, a verificação de uma alteração substancial/não substancial dos factos constantes da acusação ou da pronúncia contra pessoa colectiva ou entidade equiparada, sob a forma de crime de diverso, terá também de averiguar-se considerando o conteúdo dos contributos singulares e colectivos que integram o facto colectivo e a qualidade funcional em que os mesmos foram prestados, segundo a acusação ou a pronúncia.

Para V. Costa Ramos<sup>106</sup>, verifica-se uma *alteração não substancial de factos* nas seguintes situações:

- a) Mesma posição de liderança e mesmos contributos, embora prestados por pessoas diferentes, desde que os factos provados sejam suficientes para condenar a pessoa colectiva;
- b) Alteração de pessoas sem posição de liderança, se se tratar de subordinados exercendo as mesmas funções, ou de dirigentes diferentes exercendo as mesmas funções e prestando os mesmos contributos.

A *alteração de factos já será substancial* nas seguintes hipóteses:

- a) Se se adiciona um novo sócio-gerente, pois, então, estar-se-á perante novos factos e uma nova pessoa agindo em nome e no interesse colectivo;
- b) Mesma posição de liderança, mas contributos diferentes;
- c) Mesmos contributos, mas diferente posição de liderança;
- d) Alteração de pessoa com posição de liderança para pessoa que actua sob autoridade desta;
- e) Alteração de contributos ou de funções de pessoas sem posição de liderança.

<sup>105</sup> Lapidar F. GASCÓN INCHAUSTI («Los desafíos del proceso penal frente a las personas jurídicas en la legislación y en la praxis española: representación y derecho a no auto incriminarse», *Colóquio Internacional – Processo Penal português: desafios europeus*, RPCC, Ano 29, n.º 1, 2019, pp. 97-101): «o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica serve para definir quais são os factos que constituem o objecto do processo penal», conformando assim o *thema probandi* e o *thema decidendi* e delimitando o direito de defesa e o direito ao silêncio e à não auto-incriminação do ente colectivo e da pessoa singular arguida pela prática do mesmo crime ou de crime conexo. Quanto a esta última questão, ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 69-72.

<sup>106</sup> «A pessoa colectiva como arguida em processo penal», texto de apoio à aula de mestrado em Direito e Prática Jurídica, proferida na FDUL, a 17.05.2016.

### 3.11. Âmbito subjectivo e objectivo dos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação do ente colectivo arguido

No que respeita ao âmbito *subjectivo*, pergunta-se: quem pode exercer o seu direito ao silêncio e à não auto-incriminação? Somente o seu representante no processo? Também os seus representantes estatutários à data do processo ou do acto processual<sup>107</sup>? *Quid juris* quanto aos seus actuais ou ex-dirigentes, que intervieram na prática do crime nos termos do artigo 11.º, n.º 2, do CP? Podem estes últimos ser chamados ao processo como testemunhas, com obrigação de responder com verdade às perguntas sobre os factos imputados à pessoa colectiva, tendo apenas o direito a não responder às questões cuja resposta seja auto-incriminatória [artigo 132.º, n.ºs 1, alínea d), e 2]<sup>108</sup>?

Quando se pergunta pelo âmbito *objectivo* tem-se em vista os factos sobre os quais incide o direito ao silêncio e à não auto-incriminação do ente, considerando o modelo base de hetero-responsabilidade consagrado no artigo 11.º, n.º 2 e ss., do CP.

Segundo M. J. ANTUNES<sup>109</sup>, o ente colectivo pode exercer, *através do seu representante no processo*, o direito ao silêncio relativamente aos *factos de conexão* («factos de referência») realizados por pessoas físicas nos termos do artigo 11.º, n.º 2, do CP; e, ainda, quanto aos seus «factos internos» (v.g., actuação em nome e no interesse da pessoa colectiva, pessoa que ocupe posição de liderança, pessoa que age sob autoridade das pessoas que nela exercem posição de liderança). Já os dirigentes individuais que *não sejam arguidos, nem representantes do ente colectivo no processo, se chamados como testemunha, devem poder recusar o depoimento* sempre que da resposta às questões colocadas possa resultar a responsabilização penal da pessoa colectiva (artigo 134.º, n.º 1) sob pena de inutilização do direito ao silêncio da pessoa jurídica<sup>110</sup>.

Todavia, afigura-se-me que a aplicação analógica desta norma – que coloca o destino dos direitos de defesa e ao silêncio da pessoa jurídica nas mãos da pessoa física chamada a intervir como testemunha da acusação – *só faz sentido quando se não trate de pessoa física interveniente no facto colectivo nos termos do artigo 11.º, n.º 2, do CP*<sup>111</sup>. A pessoa colectiva goza do direito ao silêncio quanto a estes «factos de conexão», protagonizados por pessoas físicas, que condicionam a imputação de responsabilidade que lhe é feita. A efectividade de tal direito reclama que se reconheça a impossibilidade de chamar ao processo, na qualidade de testemunhas, os agentes individuais dos factos de conexão com a pessoa jurídica, por estes estarem

<sup>107</sup> Acerca deste problema, por exemplo, TEIXEIRA, «A pessoa colectiva como sujeito processual...», cit., pp. 111-116; SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa...», cit., p. 801, e «Questões processuais da responsabilidade penal...», cit., p. 166; e ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 65-68.

<sup>108</sup> Um dos precursores na colocação de algumas destas questões, foi C. ANDRADE, *Bruscamente no verão passado...*, cit., pp. 103-104.

<sup>109</sup> *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., pp. 65-72, maxime pp. 66-67 e 71-72.

<sup>110</sup> Também, por exemplo, COSTA ANDRADE, *idem*, pp. 103-104; ALBUQUERQUE, *Comentário ao CPP*, cit., n. 12 aos artigos 133.º e 134.º ANTUNES (*idem*, pp. 65-66 e 71-72) parece, porém, limitar o direito de recusa de depoimento por parte de dirigentes do ente colectivo arguido à verificação dos pressupostos do respectivo dever legal ou estatutário de sigilo (artigo 135.º).

<sup>111</sup> Seja o seu contributo individualmente típico e coincidente com o atribuído ao ente, nos casos da respectiva alínea a), ou, até, individualmente atípico, nas hipóteses da alínea b); situação esta em que, *de lege lata*, o dirigente não será arguido pelo mesmo crime ou por crime conexo, com a consequente impossibilidade de aplicação do artigo 133.º, n.º 1, alínea a).

ou deverem estar (*de lege ferenda*) impedidos de o fazer enquanto arguidos ou co-arguidos no mesmo processo ou em processo conexo [artigo 133.º, n.º 1, alínea *a*)].

Na opinião de M. J. ANTUNES, as pessoas individuais que também sejam arguidas no processo podem exercer o direito ao silêncio, relativamente aos «factos de conexão» por elas protagonizados e aos factos dos quais depende a sua responsabilidade pessoal («factos próprios»). Contudo, já estão obrigadas a depor (e com verdade) quando inquiridas sobre os «factos internos» da pessoa jurídica, podendo somente recusar depor sobre eles se entre o arguido singular e o ente colectivo existirem relações<sup>112</sup> que justifiquem o cumprimento (então prevalecente) de deveres de lealdade, segredo e confidencialidade que, afinal, garantem o direito ao silêncio daquela.

Por esta tese pressupor na mesma pessoa singular o duplo papel de arguido e testemunha em função dos factos sobre que é inquirida e, ainda, pelas razões apontadas na nota crítica anterior, não posso sufragar esta solução. Ademais, ela assenta na cisão (algo artificial) entre «factos de conexão» e «factos internos da pessoa jurídica», quando a verdade é que os «factos de conexão» descritos no artigo 11.º, n.º 2, do CP, só o são porque relacionados com «factos internos» do ente, *i.e.*, se realizados por *pessoa que nela ocupa posição de liderança* (posição apurada defronte do concreto facto punível a imputar ao ente e do respectivo circunstancialismo), ou por *quem actuou sob autoridade de uma dessas pessoas em virtude da violação de um (preciso) dever de vigilância ou controlo que sobre elas recai, e no interesse colectivo* (*i.e.*, como expressão do específico modo de organização, funcionamento e/ou de prossecução da finalidade colectiva ou institucionalizada). Por último, se bem se vê, a solução em causa parece ignorar o disposto no artigo 133.º, n.º 1, alínea *a*), bem como o regime das declarações de co-arguidos (artigos 343.º, n.º 4, e 345.º, n.º 4).

No que concerne à entrega de documentos, e sem prejuízo da realização de buscas e apreensões nos termos legais, M. J. ANTUNES<sup>113</sup> sustenta que só o representante da pessoa jurídica no processo pode entregar ou recusar a entrega de meios de prova, *maxime* documentos, atinentes aos «factos de conexão» ou e aos «factos internos» do ente. Mas o representante processual já não pode recusar a entrega de meios de prova quanto aos «factos próprios» do arguido pessoa singular. Admito que sim, embora na condição de os meios de prova relativos a «factos próprios» da responsabilidade do arguido singular se conseguirem autonomizar completamente dos factos individuais de conexão com o ente e dos «factos internos» deste, devendo ficar, porém, tais documentos sujeitos a um regime paralelo ao das declarações do co-arguido (artigos 343.º, n.º 4, e 345.º, n.º 4).

Com razão, M. J. ANTUNES entende que as pessoas com posição de liderança que não representem o ente no processo e aquelas que, não ocupando tal posição, detenham meios de prova em nome e por conta da pessoa jurídica, devem poder recusar-se a entregá-los, para que não acabe frustrado o direito à não auto-incriminação desta última. A valoração em processo penal de meios de prova facultados por pessoa singular distinta do representante do ente no processo implicaria «privar a pessoa colectiva do direito de decidir sobre a entrega no processo de determinado meio de prova». Tudo isto, claro, sem prejuízo de obtenção dos meios de prova através de buscas e apreensões nos termos legais.

<sup>112</sup> Incluindo o mero exercício de uma posição de liderança na organização colectiva, como parece sugerir a Autora a p. 66?

<sup>113</sup> *Idem*, pp. 66-67.

Por último, importa ainda reflectir sobre as faculdades conferidas às pessoas que *serão subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas aplicadas à pessoa colectiva* (artigo 11.º, n.º 9, do CP) quando chamadas a depor como testemunhas. Não deverão elas poder recusar o depoimento sobre os factos imputados à pessoa colectiva ao abrigo do artigo 132.º, n.º 2, por analogia? Efectivamente, as respostas a perguntas sobre tais factos podê-las-ão incriminar, caso se considere (como deve) que a chamada responsabilidade «civil» subsidiária dos dirigentes pelo pagamento das coimas ou multas aplicadas ao ente constitui uma forma de responsabilidade penal ou contra-ordenacional, na medida em que quem paga a multa ou coima (que são sanções e não dívidas ao Estado) cumpre o «castigo» imposto a outrem.

### III. Síntese conclusiva e adaptações propostas

#### 1. Constituição de arguida: na pessoa de quem e em que casos?

Poderá ponderar-se a inclusão de um *novo artigo 59.º-A, sob a epígrafe «Constituição da pessoa colectiva e entidade equiparada como arguida»*, com o seguinte teor:

1. Sem prejuízo da aplicação dos artigos 57.º e 58.º quanto aos aspectos não especificamente regulados neste preceito, as pessoas colectivas e entidades equiparadas são sempre constituídas arguidas através dos seus actuais representantes legais ou estatutários. Em caso de representação plural, a constituição como arguida pode dar-se em qualquer um dos representantes legais ou estatutários.
2. As pessoas colectivas e entidades equiparadas só deverão ser constituídas arguidas nas hipóteses previstas no artigo 58.º, n.º 1, alíneas a), b) e d).
3. Sempre que corra inquérito contra pessoa colectiva ou entidade equiparada determinada, face à qual exista suspeita fundada da prática de crime, e o seu representante legal seja chamado a prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal, deve aquela ser constituída arguida antes de se ouvir o representante legal.
4. Se, durante a inquirição de representante legal ou estatutário de pessoa colectiva ou entidade equiparada, na qualidade de arguido ou testemunha, surgir fundada suspeita da prática de crime pelo ente colectivo que representa e que ainda não é arguido, a entidade que procede ao acto suspende-o imediatamente e procede à comunicação e à indicação referidas no artigo 58.º, n.º 2.
5. A pessoa colectiva e entidade equiparada sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime tem direito a ser imediatamente constituída arguida, a pedido do respectivo representante legal ou estatutário, sempre que estiverem a ser efectuadas diligências que a afectem como instituição.

#### 2. Notificação da pessoa colectiva

Justifica-se a inserção no CPP de um *novo artigo 113.º-A, com a epígrafe «Notificação de pessoas colectivas e entidades equiparadas»*, com o seguinte teor:

1. Sem prejuízo da aplicação das normas deste título que não sejam contrárias ao aqui estabelecido, a notificação das pessoas colectivas e equiparadas deve

sempre ser endereçada para a respectiva sede ou para o local onde funciona normalmente a administração e comunicada ao seu representante no processo<sup>114</sup>.

2. Nos casos previstos no artigo 113.º, n.º 10, 2.ª parte, e naqueles em que este Código exige comunicação simultânea ao arguido e ao advogado ou defensor, as notificações são sempre igualmente dirigidas a este último.

### 3. Representação da pessoa colectiva no processo penal

A regulação desta matéria talvez possa constar de um novo artigo 59.º-B, não obstante a diversidade das questões da constituição da pessoa jurídica como arguida e da sua representação processual. A proximidade da regulação explicar-se-ia pela circunstância de o ente colectivo arguido estar como tal no processo penal através de um representante, por ele designado, entre aqueles que, legal ou estatutariamente, têm poderes para a sua representação externa.

O novo artigo 59.º-B, sob a epígrafe, «Representação processual da pessoa colectiva e entidade equiparada», poderia ter o seguinte teor:

1. As pessoas colectivas e entidades equiparadas são representadas no processo por quem legal ou estatutariamente as deva representar, bem como por qualquer pessoa que beneficie de uma delegação de poderes para esse efeito, em conformidade à lei ou aos respectivos estatutos.
2. A pessoa designada ou beneficiária de uma delegação de poderes nos termos do número anterior representa a pessoa colectiva em todos os actos do processo, podendo apenas ser substituída em situação de necessidade devidamente comprovada<sup>115</sup>.
3. A pessoa colectiva arguida só poderá ser representada por pessoa física arguida pela prática do mesmo crime ou de crime conexo, se essa representação não prejudicar a autonomia da sua posição processual e a efectividade do seu direito de defesa.
4. O conflito de interesses e de estratégias de defesa pode ser denunciado pela própria pessoa colectiva ou pelo seu representante processual, ou ser denunciado pela autoridade judiciária competente. Em qualquer uma das situações, a pessoa colectiva deverá designar novo representante processual, sendo notificada para o efeito.
5. Se a pessoa colectiva não designar novo representante no prazo fixado, a autoridade judiciária competente designa representante especial, cujas funções cessam logo que a representação seja assumida por quem deva assegurá-la, nos termos da lei ou dos respectivos estatutos.

<sup>114</sup> Mesmo que no termo de identidade e residência aquelas tenham indicado domicílio diferente, ao abrigo do artigo 196.º, n.º 2?... Justifica-se em geral a subsistência desta faculdade relativamente à pessoa colectiva?

<sup>115</sup> P. ex., o artigo 13 da Lei argentina n.º 27401, sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas estabelece: «En cualquier momento del proceso la persona jurídica podrá sustituir a su representante. Si la sustitución tuviere lugar una vez iniciada la audiencia de juicio, deberá ser motivada, y podrá interrumpir el proceso dentro del límite de los plazos procesales correspondientes.»



#### 4. Prestação de declarações pelo ente colectivo

Terá sempre de realizar-se por intermédio da pessoa física, desde logo o seu representante no processo (artigo 138.º, n.º 1, *ex vi* artigo 140.º, n.º 2), sendo esta a pessoalidade possível das declarações prestadas pela pessoa jurídica. Por isso, o artigo 138.º, n.º 1, *deve ser alterado nos seguintes termos*: «O depoimento é acto pessoal que não pode, em caso algum, ser prestado por intermédio de procurador, excepto tratando-se de pessoa colectiva a qual presta depoimento através da pessoa física que a representa.»

Recaindo sobre qualquer arguido os deveres de responder e de responder com verdade às perguntas sobre a sua própria identidade [artigo 61.º, n.º 6, alínea b)] sob pena de responsabilidade criminal (artigos 348.º e 359.º, n.º 2, do CP), também a pessoa jurídica arguida é titular desses deveres. Porém, o artigo 11.º, n.º 2, do CP apenas imputa ao ente colectivo o crime de desobediência. Logo, *há que alterar este preceito, incluindo o crime de falsas declarações no elenco daqueles por que respondem as pessoas colectivas e equiparadas*.

Uma vez que o ente colectivo arguido está no processo penal através de representante que designou para o efeito, a este caberá cumprir os referidos deveres em nome daquele, respondendo criminalmente pela falta de resposta ou pela falsidade da mesma, em ambos os casos ao abrigo do artigo 12.º, n.º 2, do CP. Apesar de essa intervenção legislativa não ser imprescindível dado o disposto no artigo 12.º do CP, para que as dúvidas desapareçam, *conviria alterar o artigo 359.º, n.º 2, do CP (falsidade de depoimento ou declaração)*, nos seguintes termos: «Na mesma pena incorrem o assistente e as partes civis e, ainda, as pessoas que os representam tratando-se de pessoas colectivas, bem como o arguido e o seu representante, tratando-se de pessoa colectiva, relativamente a declarações sobre a identidade do representante e da representada.»

Impõe-se ainda a *alteração dos artigos 61.º, n.º 6, alínea b), 141.º, n.º 3, e 342.º do CPP*, de modo a deixar claro que, no caso de representação processual de pessoa jurídica arguida, são obrigatórias a identificação, completa e sem falsidade, desta e do seu representante no processo, sob pena de responsabilidade criminal de um ou de ambos, verificados os respectivos (e distintos) pressupostos de imputação de responsabilidade.

#### 5. Medidas de coacção

##### 5.1. Requisitos gerais das medidas de coacção, à excepção do TIR (artigo 204.º)

A fuga ou perigo de fuga, como requisito geral de aplicação de todas as medidas de coacção, à excepção do termo de identidade e residência [artigo 204.º, alínea a)], pode ser substituída pelo perigo de “deslocalização” da pessoa colectiva arguida, relativamente à infra-estrutura ou à sede».

##### 5.2. Aplicação ao ente colectivo arguido de medidas de coacção que pressupõem imputação de crime punível com pena de prisão

O princípio da legalidade criminal [artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1, e 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP], a que se sujeitam as normas (processuais penais materiais) que prevêem medidas de coacção, impõe, para este efeito, norma processual penal explícita,

que poderá ser o próprio *artigo 195.º*, nos seguintes termos: «Se a aplicação de uma medida de coacção depender da pena aplicável, atende-se, na sua determinação, ao máximo da pena cominada para a pessoa física quanto ao crime que justifica a medida, mesmo sendo arguida uma pessoa colectiva e entidade equiparada.»

### 5.3. Termo de identidade e residência

O TIR aplicado ao ente colectivo constituído arguido deve ser regulado em preceito autónomo (porventura um *novo artigo 196.º-A*), sob a epígrafe «Pessoa colectiva e termo de identidade e domicílio»<sup>116</sup>, com o seguinte teor:

1. Sem prejuízo do disposto no preceito anterior, o termo de identidade e domicílio prestado pelo ente colectivo deve conter os seguintes elementos e implica as seguintes obrigações:
  - i. *Identificação social, indicação da sede e dos representantes legais ou estatutários;*
  - ii. *Indicação da sede ou do local onde funciona normalmente a administração para efeito de notificação por via postal simples;*
  - iii. *Indicação do seu representante no processo e da respectiva morada, para a qual são comunicadas, por via postal simples, as notificações dirigidas à pessoa colectiva;*
  - iv. *A pessoa jurídica fica obrigada a comparecer perante a autoridade competente, através do seu representante processual, sempre que a lei o exigir ou para tal for devidamente notificada, e a manter-se à disposição daquela;*
  - v. *A pessoa colectiva fica igualmente obrigada a não mudar de sede ou local onde funciona normalmente a administração sem comunicar a nova sede ou local;*
  - vi. *É a pessoa colectiva que tem de requerer a alteração de morada para efeitos de notificação por via postal simples;*
  - vii. *A pessoa jurídica comunica imediatamente, através de requerimento entregue ou remetido por via postal registada à secretaria onde os autos se encontram, qualquer alteração da sua estrutura societária, da sua representação estatutária ou do seu representante no processo.*
2. Se e enquanto a pessoa jurídica e entidade equiparada não designar representante no processo, é representada por um dos seus representantes legais ou estatutários, ou por quem aja como director, gerente ou administrador.
3. Se nenhum dos representantes legais ou estatutários do ente colectivo arguido intervier no processo penal em sua representação, *poderão equacionar-se duas soluções*: designação pela autoridade judiciária competente de um representante processual (cfr. *artigo 25.º*, n.º 2, do CPC), que assegure a defesa efectiva daquele, por a pessoa jurídica arguida ter um dever de intervenção pessoal em certos actos, tal como o arguido pessoa singular [*artigo 61.º*, n.º 6, alínea a)]; ou permitir o desenrolar do processo na ausência de representante, considerando-se que «é por opção da pessoa colectiva que não são exercidos direitos processuais de intervenção pessoal».

<sup>116</sup> Designação proposta por ANTUNES, *Processo penal e pessoa colectiva*, cit., p. 90.

4. O representante designado, a quem foram comunicadas as notificações dirigidas à pessoa colectiva, poderá ser detido nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 116.º, n.º 2, e 254.º, n.º 1, alínea b), se faltar injustificadamente e por facto pessoalmente imputável.

#### 5.4. Proibição e imposição de condutas

Só são compatíveis com os entes colectivos as proibições e imposições de condutas previstas no artigo 200.º, n.º 1:

- i. Alínea b), enquanto proibição de deslocalização da pessoa colectiva arguida para o estrangeiro, ou de deslocalização sem autorização, no que respeita à sua infra-estrutura ou à sede;
- ii. Alínea d), na parte da proibição de contactos com certas pessoas; e
- iii. Alínea e) (não adquirir, não usar ou, no prazo fixado, entregar armas ou outros objectos e utensílios que detiver, capazes de facilitar a prática de outro crime).

Qualquer uma delas deverá ser aplicada considerando o «real construído» que é a pessoa colectiva, a qual actua social e juridicamente por intermédio de pessoas físicas. Logo, p. ex., *a obrigação de não contactar, por qualquer meio, determinadas pessoas (maxime outros arguidos ou testemunhas) apenas poderá ser cumprida pelo representante processual da pessoa jurídica, desde que seja um dos seus actuais representantes legais, e, ainda, pelos seus outros representantes legais actuais*, já que a limitação da liberdade, inerente à medida de coacção, é da pessoa jurídica arguida e não do seu representante processual, nessa mera qualidade.

Os que eram dirigentes ou representantes legais do ente apenas ao tempo da prática do facto punível que a este se imputa no processo, só poderão ser sujeitos (então a todas as proibições ou imposições de conduta, previstas no artigo 200.º) na qualidade de arguidos ou co-arguidos pela prática do mesmo crime ou de crime conexo.

Sugere-se a inserção no CPP de um *novo artigo 200.º-A* que: (i) regule a aplicação desta medida de coacção às pessoas jurídicas; (ii) descreva as proibições e imposições de conduta que lhe podem ser impostas à luz do catálogo existente e, porventura, acrescente outras específicas, adequadas à respectiva natureza (cfr. artigo 90.º-G do CP e a injunção judiciária); e (iii) defina quem as pode cumprir em seu nome (os respectivos representantes legais no momento do exercício dos direitos e do cumprimento dos deveres processuais do ente).

## 6. Meios de obtenção de prova

### 6.1. Buscas e apreensões na sede ou nas instalações do ente colectivo

Não parece que deva equiparar-se a busca à sede e às instalações do ente colectivo à busca de qualquer outro local, pois aquela busca tem potencialidade para atingir, não só o direito à privacidade da pessoa jurídica compatível com a sua natureza (artigo 12.º, n.º 2, da CRP), mas sobretudo – e de forma intensificada – o direito à privacidade de um número indeterminável de pessoas físicas (funcionários, dirigentes, clientes, fornecedores, credores, devedores).

Por isso importa *estabelecer um regime autónomo para as buscas e apreensões na sede e nas instalações reservadas ou não acessíveis ao público da pessoa colectiva*. Esse regime poderia constar de um *novo artigo 177.º-A*. Este preceito começaria por definir o que se entende por «domicílio» da pessoa colectiva e equiparada para esse efeito, porventura adoptando fórmula semelhante à do artigo 554, 4.º, do CPP espanhol: «Entende-se por domicílio da pessoa colectiva, o espaço físico em que se situa o seu centro de administração, trate-se da sede social ou de um estabelecimento dependente, bem como outros locais onde aquela guarda documentos ou suportes da sua vida quotidiana, que estão reservados do conhecimento de terceiros.»

Em seguida o novo artigo 177.º-A estabeleceria as condições de legitimidade de realização de busca ao domicílio da pessoa colectiva assim (amplamente) entendido:

- i. A busca e a apreensão devem ser ordenadas ou validadas pela autoridade judiciária competente;
- ii. Os elementos (cautelamente) apreendidos, que sejam susceptíveis de revelar dados que possam pôr em causa a privacidade do ente colectivo ou de terceiro, terão de ser apresentados ao juiz que ponderará a sua junção aos autos em função dos interesses concretos (solução paralela à do artigo 16.º, n.º 3, da LC);
- iii. Tratando-se da apreensão (cautelar) de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante, aplica-se o artigo 17.º da LC.

Propõe-se *ainda o acrescento de um n.º 7 ao artigo 174.º*, com o seguinte teor: «Nos casos referidos na alínea *b*) do número 5, em se tratando de pessoa colectiva ou equiparada, o consentimento deverá ser prestado por quem legalmente a represente.»

## 6.2. Escutas telefónicas e equiparadas (artigos 187.º e 189.º, n.º 1)

Estas, pela natureza das coisas, nunca poderão ter como alvo a própria pessoa colectiva suspeita ou arguida, mas somente pessoas físicas. Por isso, o CPP deve delimitar as pessoas singulares que, nos termos do *artigo 187.º, n.º 4*, podem ser escutadas nessa situação.

Assim, sugere-se uma *alteração deste preceito, nos seguintes termos*: «A interceptação e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra:

- a) Suspeito ou arguido, entendendo-se como tal, no caso de pessoa colectiva, a pessoa física suspeita de ser interveniente no crime de que aquela é suspeita ou arguido;
- b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido. Tratando-se de pessoa colectiva, o intermediário é a pessoa singular (funcionalmente ligada àquela ou não) em relação à qual haja razões para crer que recebe ou transmite mensagens dirigidas ou provenientes pessoa colectiva suspeita ou arguida relacionadas com o crime investigado, mas sem ser um dos protagonistas da comunicação suspeita (arguido ou suspeito e vítima).»

## 7. Direito ao silêncio e à não auto-incriminação da pessoa jurídica

Impõe-se uma regulação expressa e autónoma desta questão, que exige extensas adaptações ao estatuto processual de arguido quando aplicado a entes colectivos. Assim, sugere-se a inclusão no CPP de um *novo artigo 134.º-A*, porventura sob a epígrafe «*Regras de inquirição no caso de pessoa colectiva arguida*» com a seguinte redacção:

1. Sem prejuízo do disposto no presente Capítulo, estão impedidos de depor como testemunhas, no processo contra pessoa colectiva e entidade equiparada e sobre os factos a esta imputados:
  - a) O seu representante processual;
  - b) Os seus actuais representantes legais ou estatutários;
  - c) Quaisquer pessoas físicas que, segundo os critérios legais de imputação de responsabilidade penal aos entes colectivos, intervieram na prática do facto que lhe está a ser atribuído.
2. Podem recusar-se a depor sobre os factos imputados à pessoa colectiva:
  - a) Todas as pessoas físicas que, não sendo arguidas, nem representantes legais ou estatutários da pessoa colectiva arguida, estejam ligadas a esta por especiais deveres legais, estatutários ou contratuais de lealdade, segredo e confidencialidade devidamente comprovados;
  - b) Os dirigentes que, nos termos da lei, possam ser chamados a responder subsidiariamente pelo pagamento das multas em que vier a ser condenada a pessoa colectiva.

## 8. Competência

- 8.1. Inaplicabilidade da pena de prisão à pessoa colectiva e determinação da competência material quantitativa dos tribunais [artigos 13.º, n.º 2, 14.º, n.º 2, alínea b), e 16.º, n.º 2, alínea b)]

Para resolver esta questão, bastaria inserir no CPP um *novo artigo 16.º-A*, sob a epígrafe «*Determinação da competência quantitativa no caso de pessoa colectiva e entidade equiparada*», porventura com o seguinte teor:

«Quando nos termos dos artigos anteriores a competência do tribunal depender da gravidade da pena abstractamente aplicável, tomar-se-á em conta a pena legalmente cominada para a pessoa física, ainda que o procedimento se dirija exclusivamente contra uma pessoa colectiva e equiparada.»

### 8.2. Determinação da competência territorial

Os critérios gerais do artigo 19.º foram claramente gizados considerando os elementos constitutivos do crime, a estrutura do ilícito típico ou a forma especial da infracção quando realizada por pessoa física. Por isso, tais critérios precisam de ser pelo menos complementados por mais dois critérios gerais, tratando-se de determinar a competência territorial perante factos puníveis de entes colectivos, constituídos por uma pluralidade de contributos individuais e colectivos tantas vezes plurilocalizados.

Esses outros critérios poderiam ser integrados em um *novo artigo 19.º-A, sob a epígrafe «Determinação da competência territorial sendo arguida pessoa colectiva e entidade equiparada»*, porventura com o seguinte teor:

«Sem prejuízo da aplicabilidade dos critérios gerais referidos no artigo anterior e dos critérios especiais consagrados nesta secção, tratando-se de crime imputável a pessoa colectiva e entidade equiparada é competente para o conhecer o tribunal em cuja área:

- a) Se situar a sede ou o local onde funciona normalmente a administração; ou
- b) Onde ocorreu a actuação legalmente relevante para a imputação de responsabilidade criminal à pessoa colectiva ou entidade equiparada.»

Este novo preceito conteria uma regra.

## 9. Formas especiais do processo abreviado e sumaríssimo

O processo sumário é inaplicável à pessoa jurídica por ser impossível a sua detenção em flagrante delito.

O processo abreviado só lhe será aplicável perante crime abstractamente punível com pena de prisão não superior a 5 anos, se praticado por uma pessoa física (artigo 391.º-A, n.º 1). E desde que existam, face ao ente, «provas simples e evidentes de que resultem indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente». O n.º 2 do artigo 391.º-A revela-se tão incompatível com o ente colectivo quanto o artigo 16.º, n.º 3.

O processo sumaríssimo é estruturalmente incompatível com a natureza do ente, por lhe ser inaplicável (sequer em abstracto) a pena de prisão, inviabilizando, assim, o juízo de aplicabilidade *in concreto* de pena ou medida de segurança não privativas da liberdade.

## 10. Objecto do processo

### 10.1. Alteração substancial de factos à luz do critério quantitativo

No que concerne à alteração substancial de factos à luz do critério quantitativo, estando em causa a acusação ou pronúncia do ente colectivo por um dado crime, a inclusão de uma norma paralela à prevista no artigo 118.º, n.º 3, do CP solucionaria o problema.

Essa norma poderia ser inserida no *artigo 1.º, alínea f)*, nos seguintes termos: «“Alteração substancial dos factos” aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis; no caso das pessoas colectivas, atende-se à pena legalmente cominada para o mesmo crime se cometido por uma pessoa física.»

### 10.2. Alteração (substancial *vs.* não substancial) dos factos que constituem o objecto do processo penal contra o ente colectivo, à luz do critério qualitativo

A verificação de uma alteração substancial/não substancial dos factos constantes da acusação ou da pronúncia contra pessoa colectiva ou entidade equiparada, sob a forma de crime de diverso, terá também de averiguar-se considerando o conteúdo



dos contributos singulares e colectivos que integram o facto colectivo e a qualidade funcional em que os mesmos foram prestados, segundo a acusação ou a pronúncia.

Poderá estar-se perante uma *alteração não substancial de factos* nas seguintes situações:

- a) *Mesma posição de liderança e mesmos contributos, embora prestados por pessoas diferentes, desde que os factos provados sejam suficientes para condenar a pessoa colectiva;*
- b) *Alteração de pessoas sem posição de liderança, se se tratar de subordinados exercendo as mesmas funções, ou de dirigentes diferentes exercendo as mesmas funções e prestando os mesmos contributos.*

*A alteração de factos já será, porventura, substancial nas seguintes hipóteses:*

- a) *Se se adiciona um novo sócio-gerente, pois, então, estar-se-á perante novos factos e uma nova pessoa agindo em nome e no interesse colectivo;*
- b) *Mesma posição de liderança, mas contributos diferentes;*
- c) *Mesmos contributos, mas diferente posição de liderança;*
- d) *Alteração de pessoa com posição de liderança para pessoa que actua sob autoridade desta;*
- e) *Alteração de contributos ou de funções de pessoas sem posição de liderança.*

## Processo penal de entes coletivos: «direito constitucional aplicado» ou inconstitucionalidade por omissão?

Jorge dos Reis Bravo

Sumário:

I. Introdução

II. Um regime processual penal de entes coletivos «no tinteiro» e a «prova de vida» jurisprudencial

III. Algumas proposições incompletas

**RESUMO:** Reconhecendo a insustentabilidade da ausência de normas processuais penais específicas para entes coletivos, procura-se fundamentar a necessidade de previsão de um regime coerente que, baseado nas opções de responsabilização penal de pessoas coletivas e entidades equiparadas, estabeleça as soluções reclamadas pela sua presença no processo. Atendendo à sua distinta natureza, ensaia-se um conjunto de considerações e de proposições que contribua para um estatuto processual de garantia, incorporando no texto legal as opções político-criminais correspondentes à «Constituição Penal de entes coletivos».

“Entidades coletivas e indivíduos, pela sua diferenciada natureza ontológica e discursividade comunicacional, continuarão por certo a ter um encontro diferente com a lei.»

*Celia Wells*

### I. Introdução

Quando o tema tratado é a responsabilidade penal de pessoas coletivas (e entidades equiparadas), o mesmo não pode deixar de ser reconduzido a uma dimensão ficcional, emergente de um «real construído», dogmaticamente densificada de acordo com conceções (ou convenções) historicamente situadas do legislador<sup>1</sup>. Significa isto

<sup>1</sup> Importa, também, sublinhar a centralidade do significado político que uma tal opção tem constituído ao nível de instâncias internacionais e da União Europeia. Na ausência de um consenso dogmático sobre o seu fundamento, estrutura e finalidade, existe uma determinação político-criminal em recomendar ou impor o alastramento da punibilidade das pessoas coletivas, conforme tem vindo a ser persistentemente preconizado desde o Congresso da Associação Internacional de Direito Penal de Bucareste, em 1929, até inúmeros instrumentos normativos sob impulso da ONU (de que são exemplo as Convenções de Palermo e de Mérida), do Conselho da Europa [*maxime* as recomendações n.º R (82) 12 sobre infrações económicas, n.º R (82) 15 sobre proteção dos consumidores], e, sobretudo, com maior significado e repercussão mais recente, pelas Decisões-Quadro 2000/383/JAI do Conselho, sobre o reforço da proteção contra a contrafação de moeda na perspetiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras (artigos 1.º, *item* 3.º, 8.º e 9.º), 2001/413/JAI relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário [artigos 1.º, alínea b), 7.º e 8.º], 2002/629/JAI, relativa à luta contra o

que não é um assunto inscrito em qualquer prévio paradigma onto-axiológico. Um tal tema suscitará sempre, inevitavelmente, um feixe de questões de índole dogmática e político-criminal, mas também de natureza prático-aplicativa.

A punibilidade de entes coletivos vem sendo encarada, mais do que como uma necessidade, como uma inevitabilidade, sem embargo de em muitos domínios e relativamente a certas condutas ilícitas continuar a apostar-se em reações sancionatórias no quadro do direito administrativo, regulatório e do direito de mera ordenação social. E é pertinente interrogarmo-nos sobre se as invocadas exigências e finalidades de punição [criminal] de entes coletivos não poderiam ser convenientemente asseguradas no quadro do direito de mera ordenação social ou de um direito sancionatório de natureza diversa (*Interventionsrecht?*), sobretudo quando se surpreende uma certa porosidade nos critérios de delimitação da natureza dos bens jurídicos tutelados relativamente aos bens jurídico-criminais, para não aludir já aos elevados valores pecuniários das coimas aplicáveis e à severidade de algumas sanções acessórias quando comparados com os parâmetros da intervenção penal.

O certo é que a mera faculdade deu lugar à imperatividade de os Estados pas-sarem a perseguir e sancionar as condutas criminosas de maior potencial lesivo, empreendidas por organizações ou redes de organizações sem rosto real identificado (diligentemente mascaradas pelos artificialismos de regimes normativos fiscais e comercial-societários). Há a considerar as fenomenologias da fraude e corrupção – a exigir medidas preventivas e repressivas mais adequadas e efetivas –, da contratação e da sub-(sub-)contratação pública, internacionais e de grande dimensão – que distanciam e dissolvem os nexos de imputação tradicionais – e as ameaças da criminalidade violenta, organizada e transnacional e do terrorismo, que frequentemente recorrem a estruturas organizacionais e empresariais. Todas essas inquietantes realidades obrigam a prever uma panóplia de reações que, mesmo contando com a imprevisibilidade do quadro do desenvolvimento das trocas comerciais e dos movimentos migratórios globais, não prescindem da punibilidade dos agentes coletivos. Por isso, as entidades coletivas podem representar centros de imputação responsáveis por graves condutas delituosas pluriofensivas e contra bens jurídicos supraindividuais reclamando, por isso, uma especial atenção do legislador europeu e nacional.

Tradicionalmente associada ao direito penal secundário económico e afim, eis que em Portugal a disciplina da responsabilidade penal de entes coletivos invadiu extensas áreas do chamado direito penal primário ou «de justiça», igualmente carentes da solução, através da Lei n.º 59/2007, de 04.IX, com a reconfiguração do sistema sancionatório de pessoas coletivas e equiparadas no quadro do Código Penal, enquanto regime-regra. Pode, em certa medida, questionar-se hoje a vigência da regra da responsabilidade individual, face ao universo em expansão das incriminações em que se passa a admitir a punibilidade de entes coletivos, incluindo em áreas que provocam alguma perplexidade pela aparente inadequação ontológica

---

tráfico de seres humanos (artigos 4.º e 5.º), 2003/80/JAI, relativa à proteção do ambiente através do direito penal [artigos 1.º, alínea c), 6.º e 7.º], 2003/568/JAI, relativa ao combate à corrupção no setor privado (artigos 5.º e 6.º); 2004/68/JAI, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil [artigos 1.º, alínea d), 6.º e 7.º], 2008/841/JAI, relativa à luta contra a criminalidade organizada (artigos 5.º e 6.º), bem como da futura Diretiva (ainda em *draft*) sobre responsabilidade sancionatória de pessoas coletivas (e entidades equiparadas) que projetará o modelo tendencialmente uniforme e abrangente de futuras soluções legislativas.

da solução (*v.g.*, crimes contra a autodeterminação sexual), a que se contrapõe a surpresa de se manterem subtraídas à punibilidade de entes coletivos áreas de incriminação que logicamente deveriam estar abrangidas (*v.g.*, crimes de furto, infidelidade, insolvência, frustração de créditos, favorecimento de credores, recetação, crimes contra direitos autorais e conexos, entre outros).

Naturalmente que os problemas latentes da (in)capacidade de ação e a (in)capacidade de culpa das pessoas jurídicas continuam a marcar o sentido da reflexão sobre os termos da aceitabilidade da punição criminal de entes coletivos. O tormentoso problema da (in)suscetibilidade de culpa e o desvio para paradigmas de imputação autónoma pode assumir uma deriva na direção (distante?) de um «direito penal objetivo», com predomínio de tipos formais. Assumindo as condutas organizacionais grande relevância num cenário da *sociedade de risco*, será infundado conceber um direito penal correspondente?

Perante a constatação de dificuldades acrescidas com as questões emergentes das organizações de estrutura complexa, assim os modelos de imputação originários de dependência, vicariato ou indexação à conduta penalmente relevante dos agentes individuais passaram para outro patamar de consideração, procurando-se a fundamentação da responsabilidade criminal do ente coletivo na teoria do «défice de organização» (Klaus Tiedemann), na teoria da analogia (Figueiredo Dias), na teoria da racionalidade material dos lugares paralelos inversos (Faria Costa) ou na teoria do domínio da organização (Teresa Quintela de Brito), sem embargo de se ter proposto já uma metodologia de origem jurisprudencial (no caso *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*) de imputação direta pela antropomorfização do corpo empresarial, através da equiparação dos órgãos da administração ao sistema nervoso pelo que as *mens rea* e os *actus reus* das pessoas que os integram dispensariam a prova de outro nexo de imputação. Por seu turno, mais recentemente, Carlos Gomez-Jara Díez propõe uma conceção construtivista de culpa – assente nos parâmetros da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de Niklas Luhmann, adaptada à discursividade jurídico-penal por Günther Jakobs, procurando conceber uma responsabilidade penal dos entes coletivos alicerçada numa culpa que se encontra «para além das pessoas físicas». Ou seja, este autor defende uma culpa autónoma, que a empresa, assente num sistema autopoiético que se revivifica e adquire vida comunicacional própria, vai assumir, não como provinda das pessoas físicas que a compõem, mas como uma *culpa construtivista* que se procura fundamentar numa capacidade de auto-organização própria.

Ora, a opção por uma destas construções pode implicar soluções processuais distintas, o que pode, porventura, explicar a relutância do legislador nacional em afrontar o problema em sede de direito positivo [processual].

O artigo 11.º, n.º 7, do Código Penal português estabelece que «[a] responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes nem depende da responsabilização destes», admitindo-se diferentes modalidades de imputação objetiva e subjetiva relativamente aos agentes individuais ou mesmo quando a estes não se logre estabelecer qualquer nexo de imputação direta.

O modelo nacional de responsabilidade penal de entes coletivos consente, a nosso ver, e de acordo com ampla doutrina, uma imputabilidade decorrente de modelações das duas conceções de base, a de hétero-responsabilidade e a de autorresponsabilidade.

Por outro lado, o regime normativo da responsabilização de entes coletivos tem, de forma inesperada, permitido acomodar a disciplina dos sistemas de *compliance* organizacional em variados domínios de atividade económica regulados e supervisionados (setor bancário, de mercado de valores, segurador, imobiliário, de distribuição). A opção pela tutela de alguns interesses jurídico-penalmente tutelados num quadro de empresarialização de muitas atividades económicas implica não prescindir da perseguição penal de entes coletivos nos mais variados domínios, desde o fiscal, antieconómico, ambiental, urbanístico e do ordenamento do território, ao tráfico de pessoas, de droga, de armas, de órgãos, de espécies protegidas, patrimonial, financeiro, ao do mercado de valores mobiliários, do financiamento de partidos políticos, da fraude e da corrupção, do branqueamento, enfim, em esferas de atividade nevrálgicas das organizações criminosas (e não criminosas mas que incorram em comportamentos penalmente proscritos).

Outro pertinente feixe de questões neste domínio contende com problemática da punição de pessoas coletivas públicas. A exceção da responsabilidade do Estado, parecendo uma prerrogativa mais consensual (mas não unânime), radica no princípio do Ancien Régime «*Le roi ne peut mal faire*», não sendo, porém, extensiva às demais pessoas coletivas públicas. Traduzindo uma tendência a que designaríamos de «Estado líquido» – em que se vêm dissolvendo os contornos de prerrogativas de autoridade e de *imperium*, em resultado da privatização de muitas funções tradicionais do Estado –, a solução de alargar a punibilidade a certos entes coletivos públicos ou privados com poderes públicos carece de reflexão mais aprofundada, tanto mais que os instrumentos comunitários referidos na nota 1 vêm sistematicamente apoiando a exceção da punibilidade dos «*public bodies exercising public authorities*».

A opção por determinada configuração de um dos modelos de base da imputação da responsabilidade criminal de entes coletivos (hétero-responsabilidade e autorresponsabilidade) pode implicar reflexos distintos na conformação do estatuto jurídico-processual das pessoas coletivas ou equiparadas que sejam arguidas em processo penal.

Por outro lado, a consagração positiva de tais soluções noutros ordenamentos jurídicos não são uma novidade, pelo que não nos parece convincente a eventual justificação de falta de experiência de modelos comparados<sup>2</sup>.

O legislador nacional permanece indiferente à necessidade de assunção de um conjunto de regras processuais específicas destinadas a disciplinar a intervenção de entes coletivos em processo penal. Veremos se tal atitude (deliberadamente?) omissiva se mostra aceitável ou se será justificado, de um ponto de vista de fundamentação constitucional, esperar que o legislador venha a optar pela introdução de um tal regime.

<sup>2</sup> Para uma visão setorial de alguns ordenamentos jurídicos que já consagram normas processuais respeitantes a pessoas coletivas, cfr. MARIA JOÃO ANTUNES, «A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida», *Julgar*, n.º 38, mai.-ago. 2019, pp. 19-21 e 24.

## II. Um regime processual penal de entes coletivos «no tinteiro» e a «prova de vida» jurisprudencial

Há, pois, problemas adjetivos que resta afrontar no contexto da responsabilidade penal de entes coletivos, o que coloca a verdadeira perplexidade sobre o silêncio legislativo (em Portugal, especialmente aquando da *Reforma Penal de 2007*) quanto à sua regulamentação no corpo do Código de Processo Penal ou em diploma autónomo<sup>3</sup>. A inconveniência de soluções de «ortopedia processual» por recurso (subsidiário) aos princípios gerais do processo penal e às normas do processo civil, perante a especificidade de muitas soluções particulares e necessárias – nomeadamente quanto a regras de representação processual, de constituição de arguido, de comunicação de atos e decisões, de medidas de coação e de garantia patrimonial, de regras de conexão, de meios ocultos de produção de prova, de institutos de diversão e consenso, de recursos, de execução de penas, entre outras – tem implicado soluções hermenêuticas sistémicas, convocando o intérprete a aplicador para uma desnecessária e indesejável criatividade normativa porventura geradora de desigualdades e assimetrias<sup>4</sup>.

As soluções correntemente utilizadas vão no sentido da aplicação de institutos e regras processuais que, embora não expressamente previstas, não assumem natureza exclusivamente antropomórfica (como medidas de coação detentivas, regras de produção de prova pessoal, etc.). Sem embargo de essa solução se mostrar funcionalmente satisfatória, parece-nos que a persistente atitude de omissão legislativa neste domínio potencia alguma margem de subjetividade em sede de aplicação processual<sup>5</sup>. Apesar da função tendencialmente uniformizadora da jurisprudência, não é desejável que esta matéria continue a constituir um acervo de construção predominantemente pretoriana, do qual o legislador permaneça alheado, sobretudo por se tratar de domínio em que vale o princípio da legalidade criminal (artigos 29.º e 32.º, n.º 1, da CRP).

A natureza essencialmente antropomórfica das regras do processo penal suscita, pois, necessidade de adaptação à «nova» realidade da responsabilidade penal de entes coletivos. O critério geral é o de que, a partir da regra do artigo 12.º, n.º 2, da CRP («As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza»), não há equiparação, mesmo que só formal, entre a personalidade coletiva e a personalidade individual. Essa eventual equiparação

<sup>3</sup> Cfr., COSTA ANDRADE, «Bruscamente no Verão passado», a reforma do Código de Processo Penal. *Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009, pp. 98 ss., GERMANO MARQUES DA SILVA, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores», *Que Futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 790, e FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português», *RPCC*, Ano 28 – n.º 1, jan.-abr. 2018, pp. 144 ss.

<sup>4</sup> O problema foi já assinalado por FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, de forma irónica, ao referir que a não adaptação do processo penal à punibilidade de entes coletivos equivale «[...] a oferecer uma bicicleta a alguém que não sabe andar de bicicleta, à qual se juntou um código da estrada e dizer-lhe para dar a volta a Portugal que a iremos esperar na meta» («A responsabilidade criminal das pessoas colectivas», *Jornal Tribuna*, n.º 24 [2009], p. 19).

<sup>5</sup> Pode dizer-se que o direito processual contraordenacional de pessoas coletivas se acha muito melhor guarnecido do que o processo penal (cfr. artigos 43.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 50/2006, de 29.VIII, 3.º, 16.º, n.º 2, 18.º, n.º 7, da Lei n.º 19/2012, de 08.V).



dependerá da própria natureza da pessoa coletiva e de cada um dos concretos direitos fundamentais. Serão, pois, desde logo, incompatíveis com a personalidade coletiva os direitos originariamente ligados à personalidade individual (direito à vida, direito à reserva da vida privada<sup>6</sup>, à imagem, à palavra, à liberdade ambulatoria, entre outros). Mas não basta, também, que certo direito fundamental seja compatível com a natureza da pessoa coletiva para que ao mesmo possa ser reconhecido o mesmo conteúdo, alcance e intensidade dos que o são relativamente aos indivíduos: estarão nesse caso, p. ex., o direito ao sigilo da correspondência<sup>7</sup> e o direito à privacidade<sup>8</sup>.

Serão, pois, aplicáveis às pessoas coletivas e entidades equiparadas as garantias de imparcialidade do tribunal de julgamento e de presunção de inocência, como já se considerou no Ac. do TC n.º 656/97.

A não previsão de um regime processual respeitante à intervenção de entidades coletivas tem levado à necessidade do seu suprimento por via jurisprudencial, revelando-se um fértil e insuspeito domínio de aplicação da célebre fórmula de H. Henkel, de o processo penal constituir verdadeiro «direito constitucional aplicado».

Importa, contudo, questionar se tal solução é, ou tem sido, satisfatória, ou se carece de superação.

Parece-nos que o legislador não deve permanecer alheio às necessidades de previsão de uma disciplina processual dirigida a entidades coletivas intervenientes como arguidas em processo penal. Isso mesmo é, de algum modo, imposto pelos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade criminal – como forma de esbater assimetrias de tratamento processual de acordo com a subjetividade e preconceitos do intérprete e aplicador –, bem como por se afigurar que o domínio em causa carece de uma conformação legitimadora da intervenção penal no plano da responsabilização de entes coletivos, opção já expressa e amplamente admitida em sede substantiva.

Mas o direito processual penal constitui, em certo sentido, *uma parte do direito penal*<sup>9</sup>. Donde, eventualmente, poder colocar-se a questão, quanto a nós pertinente, sobre se não se estará perante um quadro de inconstitucionalidade por omissão, ao permitir-se que a ausência de opções legislativas expressas nessa matéria possa redundar em tratamentos desiguais, desproporcionais e assimétricos que se traduzam não apenas em prejuízos para a posição processual de pessoas coletivas, mas também, indiretamente, para indivíduos cuja atuação punível seja cumulativa com aquelas (artigo 283.º da CRP). A omissão de um conjunto de normas a disciplinar os termos da intervenção e imputação processual de entes coletivos passíveis de sancionamento criminal parece-nos poder considerar-se um caso em que o legislador não providenciou pela exequibilidade de normas constitucionais, quais sejam as normas respeitantes à «Constituição penal» a aplicar relativamente a tais entidades.

<sup>6</sup> Cfr. Acs. TC n.ºs 593/2008 e 596/2008, relativamente ao conceito de sede ou domicílio do ente coletivo, não o equiparando ao domicílio do artigo 34.º, n.º 2, da CRP, pelo que não está compreendida na competência reservada do juiz a faculdade de ordenar a realização de buscas.

<sup>7</sup> Cfr. Acs. TC n.ºs 198/1985 e 569/1998, em que, apesar de se reconhecer a compatibilidade do direito ao sigilo de correspondência com a natureza da personalidade coletiva, o seu âmbito é mais restrito, podendo cobrir, p. ex., segredos de indústria, mas não qualquer reserva da vida privada.

<sup>8</sup> Assim, MARIA JOÃO ANTUNES, «A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida», *loc. cit.*, p. 22.

<sup>9</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal I*, Coimbra: Coimbra Ed., 1981, p. 23.

Tais normas podem materializar-se, desde logo, na definição do estatuto da pessoa coletiva arguida, das proibições de prova e das medidas de prova, de coação e de garantia patrimonial especificamente admissíveis, entre outras, que indiquem o sentido hermenêutico da opção político-criminal tomada pelo legislador ordinário.

Esta posição, que incipientemente se ensaia, podendo não ser definitiva, encontra uma objeção séria, no sentido de se poder sempre recorrer ao mecanismo de integração de lacunas (artigo 4.º do CPP). Porém, não pode deixar de se observar, a esse propósito, que a operação de integração de lacunas em processo penal (através da analogia permitida) se deve destinar a suprir a ausência de soluções pontuais, esporádicas – que o legislador, não sendo omnisciente, pode legitimamente não ter previsto –, de forma concreta e prudente, mas não se destina a colmatar a falta estrutural de um conjunto sistemático de regras, para valer num âmbito adjetivo específico, de cuja carência o legislador está ciente.

O recurso às operações permitidas pelo artigo 4.º do CPP para o processamento de pessoas coletivas parece-nos, assim, injustificado, dada a plausibilidade de criação de um regime processual penal de entes coletivos, ainda que mínimo.

### III. Algumas proposições incompletas

O caminho já percorrido, entre nós e noutros ordenamentos, permite-nos reconhecer não só a possibilidade de se prever um regime processual penal de entes coletivos, como a sua necessidade, para obstar a uma criação puramente pretoriana de um domínio normativo que integra a «Constituição Penal» e deve, por isso, comprometer o legislador infraconstitucional.

Não pretendemos antecipar, com este pequeno ensaio, propostas ousadas no sentido da consagração de regras de processamento de entes coletivos, dada a volatilidade das conceções dogmáticas a este propósito, reconhecendo-se, até, a aceitabilidade de um princípio de remissão para as regras de processamento de indivíduos, à semelhança do estatuído no artigo 706-41 do Code de Procédure Pénale, segundo o qual às pessoas coletivas (e equiparadas) são aplicáveis as regras do Código de Processo Penal, salvo as disposições de um apartado sistemático que viesse a prever normas especiais.

Por outro lado, há que admitir que o processamento de entidades equiparadas (associações de facto, sociedades irregulares, patrimónios autónomos) constituirá sempre problema acrescido, mas não inultrapassável, sendo de assinalar a raridade da sua ocorrência.

Um pequeno cotejo pelos ordenamentos estrangeiros pode orientar-nos nas opções a consagrar no nosso sistema processual. Não é rigoroso dizer que haja uma completa omissão de normas de cariz processual respeitantes a entes coletivos, mas as raras existentes encontram-se previstas em diplomas avulsos: estão nesse caso o artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.I – que prevê um processo de liquidação subsequente a condenação em pena de dissolução da pessoa coletiva<sup>10</sup> – e o artigo 3.º-A, n.ºs 1, alínea b), e 2, da Lei n.º 50/2007, de 31.VIII<sup>11</sup>, ao prever como medida de coação, no caso das pessoas coletivas desportivas, a «suspensão da atribuição de

<sup>10</sup> Observando-se, com as necessárias adaptações, o processo previsto na lei para a liquidação de patrimónios.

<sup>11</sup> Após o aditamento introduzido pelo artigo 3.º da Lei n.º 13/2017, de 02.V.

subsídios, subvenções ou incentivos outorgados pelo Estado, regiões autónomas, autarquias locais e demais pessoas coletivas públicas».

Mas persiste a omissão de previsões no Código de Processo Penal.

As disposições específicas existentes no do Título XVIII do Livro II do Código de Processo Penal francês respeitam essencialmente às questões da competência do tribunal e modos de processamento, formas de representação em juízo da «*personne morale*» (artigos 706-42, 43 e 44) e à aplicação de medidas cautelares, sancionatórias e de garantia patrimonial (artigo 706-45).

Parece-nos incontroverso que importa afrontar a questão nuclear da representação da pessoa coletiva como sujeito processual. Admitindo-se que a regra seja idêntica à prevista no artigo 25.º do CPCiv – a da representação em juízo pelos órgãos definidos estatutariamente –, surge o problema dos órgãos colegiais, da sucessão de representantes após a prática do facto ilícito e, mais agudamente, o da simultaneidade da posição como arguido dos seus representantes ou pessoas em posição de liderança ou de quem tenha agido sob a autoridade de uma destas, porventura com posições processuais divergentes ou mesmo opostas.

Pensamos que a escolha do representante processual deve ser tomada somente pela pessoa coletiva (e não pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal que presida à sua constituição como arguida, com competência delegada), enquanto manifestação da liberdade de conformação interna da sua organização. À autoridade judiciária deverá ficar reservada a possibilidade de, em caso de incompatibilidade de defesas ou de inexistência de representante, ser nomeado representante ou defensor.

Outro núcleo de questões que deveria ser expressamente encarado é o da forma de comunicação de decisões e de convocação para atos processuais. Nalguma medida, tais aspetos dependem da solução do problema da representação, relativamente aos destinatários de tais atos.

O problema da incompatibilidade da posição processual do ente coletivo e dos representantes pode afigurar-se mais complexo no caso de o representante do ente coletivo, também arguido, pretender, através da exteriorização (e instrumentalização) da posição a assumir pelo ente coletivo, ser isento de responsabilidade. Em que termos deve assegurar-se a autenticidade ou genuinidade da estratégia processual do ente coletivo, quando possa concorrer com a responsabilidade de pessoas singulares que o representam e sejam igualmente arguidos no processo? Nesses casos, pareceria conveniente e adequada a nomeação de representante diverso, caso exista. Em último recurso, a decisão sobre a representação deveria competir à autoridade judiciária competente.

Ficará, também, em caso de divergência, definitivamente exautorada a admissibilidade do defensor intervir na qualidade [*ad hoc*] de representante de pessoa coletiva arguida, desde logo porque o mesmo assume o estatuto de sujeito processual (artigo 32.º, n.º 3, *in fine*, da CRP e artigo 64.º do CPP)<sup>12</sup>.

Para todos os efeitos, o que se afigura decisivo é assegurar uma «presença cognoscente» efetivamente autónoma do sujeito coletivo no processo, inteirando-se do seu desenvolvimento e dos factos a si imputáveis. Significa isto que nos parece como mais consentâneo com uma ideia de processo equitativo a de se prever a forma

<sup>12</sup> Assim, MARIA JOÃO ANTUNES, *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*, Coimbra: Almedina (reimp), 2020, p. 74.

escrita para apresentação da defesa de ente coletivo arguido, nomeadamente em sede de «interrogatório». O que obriga à formulação (por escrito) das pertinentes questões ao órgão ou representante do ente coletivo, a que este responderá, querendo, enquanto tal, podendo exercer o seu direito ao silêncio e à não autoincriminação, não se afigurando adequado aproveitar o momento do interrogatório de arguido individual, que tenha porventura a qualidade de «representante» da pessoa coletiva, para, simultaneamente, colher «declarações» à representada<sup>13</sup>. Assim, parece-nos que a «audição» ou exercício do direito de defesa do sujeito coletivo deveria consistir em forma escrita, cuja autoria fosse expressamente assumida pelos órgãos estatutários que representem contemporaneamente a pessoa coletiva<sup>14</sup>. Parece-nos ser esta a forma de garantir mais amplamente a sua autonomia como sujeito processual e respeitar a sua pretensão e estratégia processual de defesa, porventura distinta da dos indivíduos cumulativamente processados que a representem.

O mesmo se diga relativamente à entrega de documentos, artigos ou bens que respeitem ao funcionamento interno da pessoa coletiva, não podendo ser contornada uma eventual recusa do seu fornecimento através de pedido a pessoa em posição de liderança ou que seja mero trabalhador ou colaborador dela. Quando tal suceda, estar-se-á perante uma situação de proibição de valoração da prova

Por outro lado, pode também ser equacionada a possibilidade de consagração legal de um feixe de questões ligado à constituição de entes coletivos como arguidos e à prestação de TIR. Desde logo, considerando a existência de dois modelos de imputação da responsabilidade penal de entes coletivos – o resultante do regime(-regra) do artigo 11.º do CP<sup>15</sup> e o resultante do modelo tradicional dos artigos 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/84 e 7.º, n.º 1, do RGIT – o próprio juízo de «fundada suspeita» (que baseia a constituição de arguido) não pode resultar apenas de um exercício de indexação por referência ao juízo de suspeição sobre os órgãos e representantes, pessoas em posição de liderança ou quem tiver agido sob a sua autoridade em virtude de violação dos deveres de vigilância ou controlo. Tal juízo deve, nos casos em que se aplicar o regime-regra do artigo 11.º do CP, poder extrair-se diretamente

<sup>13</sup> Houve pronúncias no sentido da plausibilidade de duas formas de conceber a «presença cognoscente» do ente coletivo no processo: uma, no sentido de que apenas se ouvem os representantes, mas não quaisquer procuradores delegados; a outra, no sentido de o ente coletivo exercer o seu direito de defesa de forma escrita. Na medida em que o Parecer do CC PGR n.º 10/94, de 05.04.1995, versava apenas sobre o quadro de imputação derivada da responsabilidade criminal dos órgãos ou representantes ao ente coletivo (modelo de hétero-responsabilidade), consignado no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, a sua doutrina não se adequa ao «modelo regra» plasmado agora no artigo 11.º do CP, em que a imputação pode ocorrer num modelo de autorresponsabilidade. No que concerne à representação de sociedades declaradas insolventes, mas antes da extinção da sua responsabilidade criminal (registo de liquidação do ativo), cfr. Despacho do PGR de 10.10.2011, apontando para a necessidade de audição dos «atuais» representantes legais. Cfr., também, o nosso *Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra: Coimbra Ed., 2008, pp. 313 ss., e ANA MEXIA, «A intervenção do administrador da insolvência no processo penal em representação e defesa da pessoa colectiva insolvente e arguida», *RPCC*, Ano 22.º – N.º 4, out.-dez. 2012, pp. 633-686.

<sup>14</sup> No caso de processamento de entes coletivos sem personalidade jurídica, valeria uma regra semelhante à do artigo 26.º do CPCiv.

<sup>15</sup> Aplicável supletivamente a outros regimes sancionatórios avulsos, concretamente nos domínios da criminalidade desportiva, do regime de estrangeiros, do regime de armas e munições, do tráfico de droga, de órgãos, entre outros.

da «atuação» do ente coletivo, sem dependência da conduta naturalística dos indivíduos que tenham atuado de forma criminalmente relevante<sup>16</sup>.

Relativamente ao direito de defesa e de audição, pensamos ser duvidoso que satisfaça os requisitos de legalidade emergentes da «Constituição penal» a mera comunicação verbal dos factos imputados ao ente coletivo na pessoa de um representante, em diligência de «interrogatório», parecendo-nos como mais conforme à Constituição a comunicação escrita dos mesmos e a possibilidade de pronúncia nos mesmos termos, sem embargo de alguns atos processuais que diretamente lhe digam respeito deverem admitir a presença do representante (além do defensor).

Quanto à prestação de TIR, considerando a sua automaticidade [artigos 61.º, n.º 6, al. c), 192.º, n.º 1, e 196.º, n.º 1, do CPP], o mesmo será adequado, com as adaptações correspondentes à natureza não antropomórfica do ente coletivo (obrigação de «comparência»), sendo algumas das obrigações apenas suscetíveis de ser asseguradas pelo representante processual.

No tocante a medidas de coação, reconhecendo-se a inaplicabilidade das que se destinam exclusivamente a pessoas humanas, deveria prever-se expressamente o elenco daquelas que fossem compatíveis e, porventura, mais adequadas a entes coletivos. Entre essas medidas, e independentemente de aplicabilidade das penas correspondentes, principais ou acessórias, podem apontar-se:

- a suspensão do exercício de atividades que dependam de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública;
- a suspensão do direito de emissão de títulos de crédito;
- a suspensão do controlo de contas bancárias;
- a suspensão do direito de candidatura a contratos públicos;
- a suspensão da atribuição de subsídios, subvenções ou incentivos outorgados pelo Estado, regiões autónomas, autarquias locais e demais pessoas coletivas públicas;
- a suspensão de cotação em mercados de valores mobiliários;
- o encerramento temporário de instalações empresariais ou da organização;
- a colocação da pessoa coletiva sob administração judicial.

Também as medidas de garantia patrimonial existentes, quer em geral quer em diplomas avulsos, se deveriam prever expressamente quanto a entes coletivos, designadamente o arresto preventivo, a caução económica, o arresto (com vista a perda do património incongruente com o lícito), bem como a apreensão de bens.

No documento apresentado pelo Governo (em 03-09-2020 e 19.03.2021) sobre «Estratégia Nacional de Combate à Corrupção», a omissão legislativa aqui abordada é, finalmente, reconhecida<sup>17</sup>. O documento veio a ser plasmado na Resolução do

<sup>16</sup> Sobre a avaliação do sentido social da conduta naturalística, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Doutrina Geral do Crime*, T. I (2.ª Ed.), Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 989, 1015 e 1017; na jurisprudência, o Ac. STJ de 31/03/2011 (Relat. Cons. MANUEL BRAZ, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>17</sup> Cfr. «Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024», apresentado em 19 de março de 2021 (consultável em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAABAAzNDxMQAAnRDZFAUAAAA%3d>): «A doutrina e a

Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 06-04 (Aprova a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024), o que permite prognosticar que a situação será definitivamente superada. Parece-nos, contudo, que tal propósito deve passar por um aprofundado e participado debate, de índole teórico-metodológica e prático-aplicativa no sentido de permitir alcançar as soluções mais seguras, coerentes e consolidadas

Conforme Costa Andrade já em 2009 avisadamente alertou, «mesmo descontada a circunstância de poderem ocorrer aqui problemas cuja solução tenha de ser expressa e diretamente oferecida pela lei (*reserva de lei*), o legislador não pode deixar uma área problemática tão extensa e tão densificada de conflitualidade, pura e simplesmente abandonada às forças da doutrina e da jurisprudência. No contexto de um direito de modelo continental cabe ao legislador desenhar e sancionar o travejamento basilar do direito processual penal das pessoas coletivas. Tarefa que postula um conjunto mais ou menos acabado de normas a funcionar não só como polarizadores de opções normativas, mas também como irrenunciáveis fatores de estabilização e garantes daqueles limites mínimos de igualdade, sem os quais não se pode falar de direito. Menos ainda de justiça»<sup>18</sup>.

Em conclusão, crê-se que a expressa consagração de normas processuais específicas de processamento de pessoas coletiva e equiparadas, além de ser uma exigência constitucional, é um indisfarçável défice normativo que, apesar de parcialmente colmatado pela criação jurisprudencial, pode continuar a suscitar soluções díspares e assimétricas (para não dizer arbitrárias), em violação dos princípios da legalidade e da igualdade da intervenção penal.

É tempo de superar este estado de coisas.

---

jurisprudência portuguesas têm identificado tal necessidade, nomeadamente, quanto à constituição de arguida, à representação da arguida pessoa coletiva ou equiparada no processo penal, às medidas de coação e de garantia patrimonial, às declarações por intermédio do representante e muito particularmente quanto ao direito ao silêncio, à competência por conexão, às notificações, à declaração de contumácia, à recorribilidade em segundo grau de decisão condenatória, ao regime dos crimes semipúblicos e particulares, ao arquivamento em caso de dispensa de pena e à suspensão provisória do processo», p. 50.

<sup>18</sup> «Bruscamente no Verão passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente, cit., p. 98.



## Secção III

# TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

34.

## **Prelúdios a uma revisitação da Lei do Cibercrime no âmbito da prova digital**

Alexandre Au-Yong Oliveira

Sumário:

- I. Introdução
- II. Exigências constitucionais de tutela de direitos fundamentais no âmbito de sistemas informáticos e prova digital
  - 1. Direitos fundamentais relevantes no acesso e apreensão de sistemas e dados informáticos
  - 2. Ensinamentos do TJUE e do TEDH
  - 3. Delimitação positiva das funções do JIC: a justificação de ingerências graves em direitos fundamentais
  - 4. Delimitação negativa das funções do JIC: a atividade investigatória
  - 5. Garantias processuais de defesa no acesso a dados
- III. Desafios específicos atualmente colocados pelas tecnologias de informação
  - 1. O problema da computação em nuvem
  - 2. O problema da jurisdição
  - 3. O problema da encriptação avançada
- IV. Algumas insuficiências da LCC, quer em termos de tutela de direitos fundamentais quer em sede de meios de obtenção de prova
  - 1. A injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados (artigo 14.º da LCC)
    - 1.1. Ordem de produção de dados de qualquer natureza, dirigida a qualquer entidade
    - 1.2. Ordem de produção de informação de subscritor, dirigida a fornecedores de serviços
  - 2. Da apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante (artigo 17.º da LCC)

**RESUMO:** Este artigo tem como pressuposto uma revisitação à Lei do Cibercrime, enunciada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção. Após uma introdução onde se salienta a urgência de uma reforma do regime de prova digital, faz-se, num segundo momento, uma apreciação de importantes exigências constitucionais neste domínio. Aqui, nomeiam-se os direitos fundamentais potencialmente atingidos pelos meios de obtenção de prova digital, entre outros, o direito à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas e dados informáticos. Atende-se, ainda, a ensinamentos do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e delimitam-se, positiva e negativamente, as funções do juiz de instrução criminal no inquérito, sem descuidar necessidades de garantias processuais de defesa específicas. Numa terceira parte, descrevem-se alguns desafios específicos colocados pelas tecnologias de informação atuais, em especial, a computação em nuvem e os algoritmos de encriptação avançada, sob a sombra do problema jurídico da jurisdição. Por fim, analisam-se aspetos da Lei do Cibercrime que se julga premente reformar no âmbito

da injunção e da apreensão de dados, em especial, de dados relacionados com comunicações eletrónicas interpessoais.

## I. Introdução

A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 (doravante, Estratégia), sobre a qual a presente obra incide, anuncia, no capítulo dedicado ao aumento da eficácia do sistema de Justiça na repressão da corrupção, a intenção de «revisitar a Lei do Cibercrime, no sentido de regular mais adequadamente métodos de investigação em ambiente digital, nomeadamente buscas *online*, salvaguardando sempre que tais métodos deverão necessariamente obedecer às exigências da Constituição relativas à proteção dos direitos individuais» (p. 65).

Nesta senda, exemplificam-se alguns novos meios de obtenção de prova, por referência ao direito espanhol e alemão, em especial:

- a) o uso de meios técnicos que interferem em sistema informático alheio, para efeitos de monitorização e registo de telecomunicações que se processam sob forma encriptada, sem o conhecimento do visado (§ 100a, do *Strafprozeßordnung* alemão, *Telekommunikationsüberwachung* ou vigilância de telecomunicações); e
- b) a possibilidade legal da instalação de *software* em sistema informático alheio, sem o conhecimento do visado, que possibilite o acesso remoto e telemático a tal sistema, com o fim de recolher dados informáticos (artigo 588 *septies* a, da Ley de Enjuiciamiento Criminal espanhol, e § 100b, do *Strafprozeßordnung* alemão, *Online-Durchsuchung* ou busca remota e encoberta de sistema informático).

A anunciada «revisitação» da Lei do Cibercrime (LCC)<sup>1</sup> é urgente, dada a atual importância da prova digital para os processos penais, sendo certo que uma lei insuficiente dá lugar, além do mais, à insegurança jurídica, a práticas judiciais controversas e recursos evitáveis, tudo em detrimento da eficácia da Justiça e dos próprios direitos de defesa. Uma tal revisitação deverá, porventura, para além de melhorar muitos aspetos do atual regime de prova digital, na sua maior parte prevista na LCC, ponderar a sua integração no CPP, tal como reivindicado há já algum tempo pela doutrina<sup>2</sup>. Com tal integração obter-se-á não só uma melhor perceção do lugar da prova digital no todo de que faz parte, ao lado, por exemplo, de institutos

<sup>1</sup> Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

<sup>2</sup> Veja-se, PAULO DÁ MESQUITA, «Prolegómeno sobre prova electrónica e interceptação de comunicações no direito processual penal português – o Código e a Lei do Cibercrime», *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 96-101; JOÃO CONDE CORREIA, «Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter», *Revista do Ministério Público*, 139, setembro 2014, pp. 29-30. Em sede de métodos ocultos de investigação, MANUEL DA COSTA ANDRADE sublinha que «o legislador português nem sequer curou de levar a cabo uma arrumação ou sistematização formal dos meios ocultos, inscrevendo-os a todos, como fez o seu homólogo germânico, no Código de Processo Penal. Um esforço que valia a pena ensaiar. Não sendo só por si decisiva, essa arrumação sempre representaria um estímulo para prevenir as formas mais chocantes e expostas de desproporcionalidade e desalinho» («Métodos ocultos de investigação: plädoyer para uma teoria geral», in Mário Monte *et al.* (org.), *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 540).

próximos como as escutas telefónicas, como se evitarão inconsistências com esse mesmo todo. Dever-se-á, ainda, ponderar, pelas mesmas razões, a integração de outros diplomas que preveem métodos ocultos de investigação, como o controlo de contas bancárias e o registo de voz e imagem da Lei n.º 5/2002, de 11/01, sendo esta, aliás, um instrumento importantíssimo na investigação de crimes de corrupção e crimes conexos, como o branqueamento.

Neste contexto, considera-se importante, no âmbito da prova digital, delimitar os problemas principais, quer a nível jurídico-constitucional, quer a nível de tecnologias de informação. No âmbito do direito fundamental à reserva da vida privada, jamais poderá ser esquecido que o eventual uso de uma prova proibida à luz da previsão do artigo 126.º, n.º 3, do CPP, constitui fundamento, inclusive, de recurso de revisão [artigo 449.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal]. Neste domínio, também não será de olvidar os possíveis efeitos de uma decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), nomeadamente em sede de «processo equitativo» [artigo 449.º, n.º 1, alínea g), do CPP]. Os problemas enunciados amplificam-se no âmbito de processos criminais complexos, como muitas vezes são os relativos a crimes de corrupção.

Cremos que uma reflexão sistemática sobre estes problemas deve preceder uma revisão da LCC, quer para melhorar aspetos nela já consagrados, quer para efeitos da introdução de novos meios de obtenção de prova digital<sup>3</sup>. Com efeito, dos breves trechos da Estratégia acima enumerados depreende-se que a mesma poderá passar, entre outros, pela consagração de um novo tipo de acesso legítimo a sistemas informáticos, uma espécie de *hacking* legal, através de *software* específico<sup>4</sup>, em especial para efeitos de combate à corrupção.

<sup>3</sup> No sentido de que a nossa lei já permite o tipo de ingerências referidas na Estratégia e outras, DUARTE RODRIGUES NUNES, «Da admissibilidade da utilização de *Benware* no Direito Português», *Cyberlaw by CIJIC*, 2020, [https://www.cijic.org/wp-content/uploads/2020/10/3\\_Da-admissibilidade-da-utilizacao-de-benware-no-direito-portugues.pdf](https://www.cijic.org/wp-content/uploads/2020/10/3_Da-admissibilidade-da-utilizacao-de-benware-no-direito-portugues.pdf). Em sentido diverso, DAVID SILVA RAMALHO, «O uso de malware como meio de obtenção de prova em Processo Penal», *Revista de concorrência e regulação*, n.º 16 (out.-dez. 2013); JULIANA FILIPA SOUSA CAMPOS, *O Malware como Meio de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2021. A razão, julga-se, está com estes últimos autores, desde logo por falta de lei clara e determinada que regule as partes do sistema (*hardware*) e tipo de dados, a que o programa infiltrado poderá ter acesso. Tal delimitação, após as escolhas do Legislador, deverá também ser concretizada em sede de despacho judicial de acordo com o caso concreto, em sede dos princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade.

<sup>4</sup> Denominado de *malware*, por alguma doutrina nacional. Tal termo resulta da fusão das palavras *malicious* e *software*. Entre nós, veja-se, DAVID SILVA RAMALHO, cit., *supra* nota 3, pp. 195-243; JULIANA FILIPA SOUSA CAMPOS, cit., *supra* nota 3. Já DUARTE RODRIGUES NUNES denomina este tipo de programas, quando utilizados pelas autoridades, de *benware*, aglutinando os termos *benign* e *software* (cit., *supra* nota 3, p. 14). Da nossa parte, julga-se que deve ser adotado um termo neutro, para além do bem e do mal, como o *captatore informatico* do sistema italiano (artigo 266.º, n.º 2, do *Codice di Procedura Penale*). Será aqui, porventura, ainda pertinente citar SANTO AGOSTINHO e o diálogo que descreve entre Alexandre Magno e um pirata: «(Q)uando o rei perguntou ao homem o que lhe parecia isso de infestar os mares, respondeu ele com franca audácia: “O mesmo que a ti parece isso de infestar todo o mundo; mas a mim, porque o faço com um pequeno navio, chamam-me ladrão; e a ti porque o fazes com uma grande armada, chamam-te imperador”» [*Cidade de Deus*, Vol. I, J. Dias Pereira (trad.), 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 383].

Tendo em conta tais considerações, analisar-se-ão algumas insuficiências da LCC que se crê urgente rever, em concreto, relativas à injunção (artigo 14.º) e apreensões de dados, em especial referentes a comunicações eletrónicas interpessoais (artigos 16.º e 17.º). Tal diploma será lido, quando necessário para o respetivo esclarecimento, em conjunto com a principal fonte internacional donde deriva, ou seja, a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime de 23/11/2001<sup>5</sup> (CBCC), realizada no seio do Conselho da Europa (CoE).

Alguns dos problemas aqui abordados não poderão ser resolvidos, única e exclusivamente, através de alterações legislativas nacionais. Bem sabemos que a procura de respostas a nível internacional está em curso, desde logo, por um anunciado segundo protocolo adicional da CBCC<sup>6</sup> e, a nível da UE, de legislação relativa a ordens de preservação e produção europeias<sup>7</sup>. Há, pois, que permanecer atentos a tais iniciativas e estimular outras iniciativas futuras, inclusive, de âmbito mundial.

## II. Exigências constitucionais de tutela de direitos fundamentais no âmbito de sistemas informáticos e prova digital

Hoje vivemos um momento da história da humanidade sem precedentes, onde nunca tanta informação relevante para as pessoas (inclusive, para aquelas que se dedicam a atividades ilícitas), para empresas e organizações (inclusive, envolvidas em atividades ilícitas), e para os Estados (inclusive, não democráticos), esteve disponível e concentrada em dispositivos ligados entre si e de acesso relativamente fácil. Esta realidade suscita, pois, dois lados de uma mesma moeda: (i) o potencial acesso quase ilimitado a informações pessoais, profissionais e comerciais, relevantes para as mais diversas áreas, incluindo-se a justiça criminal, e (ii) um potencial de ingerência quase ilimitado na esfera alheia, em sede de direitos fundamentais.

Começamos então por fazer um breve excursão em matérias algo primárias porque, salvo melhor opinião, nem a Lei, nem a jurisprudência nacional se têm mostrado particularmente sensíveis às problemáticas constitucionais relativas à prova digital. Uma revisitação da Lei do Cibercrime poderá ser, portanto, um passo importante, quer no reforço da tutela dos direitos fundamentais descritos, quer no reforço, igualmente urgente, dos poderes de investigação no inquérito.

<sup>5</sup> ETS n.º 185, acessível nas versões oficiais (Inglês e Francês) e não oficiais (incluindo tradução Portuguesa), em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>. Apesar de Portugal ter assinado a Convenção de Budapeste logo em 23/11/2001, esta apenas foi aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009, de 15/09 (*DR*, I Série, n.º 179), e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 91/2009, de 15/09 (publicado no *DR*, I Série, n.º 179), sendo certo que, nos termos do n.º 4 do seu artigo 36.º, a Convenção em apreço entrou em vigor para a República Portuguesa no dia 1 de julho de 2010 (Aviso n.º 97/2013, *Diário da República*, 1.ª série – n.º 209 – 29/10/2013). Recorde-se que as normas desta Convenção vigoram na ordem interna, ao abrigo do artigo 8.º, n.º 2, da CRP.

<sup>6</sup> Sobre o segundo protocolo adicional à CBCC e estado da mesma, reportado a novembro de 2020, veja-se, o documento T-CY (2020)32 (<https://rm.coe.int/t-cy-2020-32-protocol-tor-chair-state-of-play/1680a06a83>), acedido em 25/03/2021.

<sup>7</sup> Sobre o estado das iniciativas da UE, atualmente em fase de triálogos, veja-se a informação disponibilizada pelo Parlamento Europeu em [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2018/0108\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2018/0108(COD)&l=en).

## 1. Direitos fundamentais relevantes no acesso e apreensão de sistemas e dados informáticos

A prova digital para efeitos penais é constituída por *dados informáticos* que podem sustentar a prova (direta ou indireta) de factos com relevância penal. Os dados informáticos vêm definidos, de forma muito ampla, no artigo 2.º, alínea b), da LCC, de molde a englobar «qualquer representação de factos, informações ou conceitos sob uma forma suscetível de processamento num sistema informático». Ou seja, tudo o que um sistema informático é capaz de processar nos programas que executa, segundo a inexaurível lógica binária que lhe inere, constitui um dado informático, assuma ele a forma de algarismo, texto, imagem ou som.

Atenta a ampla extensão do conceito de dados informáticos, estes assumem, do ponto de vista da pessoa que os utiliza, importâncias muito diversas, indo do mais banal, por exemplo, publicidade recebida por correio eletrónico, a níveis de importância crescentes, como agendas eletrónicas e documentos de trabalho, até atingirem o que há de mais valioso e íntimo, por exemplo, segredos de negócio, fatores de autenticação a contas bancárias e cartões de crédito, informações protegidas por sigilo profissional de advogado, informações médicas sobre doenças, diários pessoais, mensagens românticas e imagens de nudez autogeradas.

Em simultâneo, toda a nossa atividade digital *online* deixa rastros de novos dados (os chamados metadados, em especial, os dados de tráfego), nomeadamente, dados de localização, dados sobre *websites* pesquisados e consultados, redes sociais frequentadas, ferramentas digitais utilizadas, dados que indicam as pessoas com quem comunicamos e tipos de ficheiros descarregados. Todos estes dados, quando perspetivados numa escala suficiente, revelam ao pormenor a existência de cada um (*profiling*). Por seu turno, no tempo do *Big Data*, estes dados servem outros interesses, inclusive, de aprendizagem de máquinas (*machine learning*) e o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial, utilizados, por exemplo, em motores de busca, publicidade e em programas de tradução *online*.

No plano processual penal, é usual falar-se das seguintes categorias de dados e informações conexas:

- a) Dados específicos das telecomunicações:
  - i. Dados de conteúdo (sem definição expressa<sup>8</sup>).
  - ii. Dados de tráfego [artigo 2.º, alínea c), da LCC; artigo 6.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto].
  - iii. Dados de localização independentes de dados de tráfego (artigo 7.º da Lei n.º 41/2004).
  - iv. Informação de subscritor<sup>9</sup> (artigo 14.º, n.º 4, da LCC).

<sup>8</sup> Os dados de conteúdo são amplamente referidos no Relatório Explicativo da CBCC, em especial, no parágrafo 209. Este Relatório, apesar de não ser vinculativo, emitido como o foi pelo próprio Conselho da Europa, juntamente com a CBCC, constitui um importante instrumento hermenêutico (acessível no *link* descrito em *supra* nota 5). Conduzimo-nos aqui pela versão inglesa, por ser mais harmoniosa com a versão oficial (inglesa) da CBCC.

<sup>9</sup> De notar que a categoria «informação de subscritor» (ou *subscriber information*) está prevista no artigo 18.º, n.º 1, alínea b), e n.º 3, da CBCC. Este nome (informação de subscritor), apesar de realçado no aludido texto da CBCC, algo surpreendentemente, não passou para o correspondente artigo 14.º, n.º 4, da LCC, tendo-se antes optado pela expressão «dados relativos a clientes

- b) Dados protegidos por sigilos (artigos 14.º, n.ºs 6 e 7, 16.º, n.ºs 5 e 6, da LCC).
- c) Dados pessoais e íntimos (artigo 16.º, n.º 3, da LCC).
- d) Dados pessoais, inclusive, genéticos, biométricos, relativos à saúde e outros particularmente sensíveis [artigos 4.º, n.ºs 1, 13, 14 e 15, e 9.º do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, Regulamento Geral de Proteção de Dados ou RGPD].

Por seu turno, os dados informáticos são acedidos, naturalmente, através de *sistemas informáticos*. Também estes sistemas são definidos com grande amplitude na LCC [artigo 2.º, alínea a), da LCC], de molde a englobar, para além dos dispositivos que utilizamos no nosso quotidiano, como os computadores pessoais, os *tablets* e os *smartphones*, os conjuntos de máquinas quando interligados ou associados entre si, por exemplo os computadores de uma empresa e as respetivas impressoras. Neste conceito legal cabe ainda a própria rede que suporta a comunicação entre os dispositivos, ou seja, os cabos, a fibra ótica e ondas rádio que transmitem os sinais elétricos, e outros dispositivos como os *routers*, *switches* e pontos de acesso *wifi*.

Ora, estes dispositivos assumem também eles, independentemente dos dados que armazenam, cada vez maior importância na vida atual, a ponto de podermos afirmar que, quer em termos pessoais, quer em termos profissionais e comerciais, são muitas vezes imprescindíveis. É hoje dificilmente concebível, pelo menos para a grande maioria das pessoas, passar o dia sem o acesso a pelo menos um dispositivo através do qual se possa ligar à Internet para gerir comunicações eletrónicas como *emails* ou mensagens instantâneas, efetuar *online banking*, participar em redes sociais, aceder a notícias ou a informações contidas em bases de dados empresariais ou institucionais, assistir a *webinars* ou a cursos *online*, etc.

É neste contexto que podemos apontar os seguintes *direitos fundamentais*, relacionados com a obtenção de prova digital em processo penal:

- a) Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, da CRP);
- b) Direito à inviolabilidade de meios de comunicação privada, da correspondência e das telecomunicações (artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP);
- c) Direito à autodeterminação informacional (artigos 26.º, n.º 1, e 35.º da CRP);

---

ou assinantes». Já a tradução portuguesa da CBCC alude a «dados relativos a assinantes». Porventura devido a esta implementação (e tradução) infeliz do texto da CBCC, em Portugal não é raro minorizar-se a dita categoria de informação de subscritor e insistir-se antes, no âmbito do direito processual penal, no conceito mais amplo de «dados de base». Por exemplo, em obra recente, TIAGO CAIADO MILHEIRO, afirma que «dados relativos a clientes ou assinantes» trata de «terminologia inovatória», parecendo olvidar a respetiva fonte internacional, para depois os fazer corresponder a dados de base («Comentário ao artigo 189.º», *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, pp. 827-828). Nesta sede, veja-se a discussão internacional em torno das categorias de dados de tráfego e informação de subscritor, em especial no que concerne a endereços IP, no *Relatório T-CY(2014)17* (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802e7ad1>), acedido em 25-03-2021. Não desconhecemos que a Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, na alínea a, do artigo 2.º contém uma definição de dados de base. Contudo, tal definição foi prevista para efeitos de segurança interna, defesa, segurança do Estado e a prevenção da espionagem e do terrorismo, e não para o processo penal.



- d) Direito ao desenvolvimento da personalidade, em especial, o direito à palavra, o direito à imagem, e o direito à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos (artigo 26.º, n.º 1, da CRP).

Por ser menos falado em sede de direito interno, este último direito merece uma menção especial<sup>10</sup>. Em sede adjetiva, o direito à confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos foi construído pela jurisprudência constitucional alemã, a partir de 2008<sup>11</sup>, como um direito fundamental derivado do direito ao desenvolvimento da personalidade, no âmbito da apreciação da constitucionalidade de infiltrações ocultas de programas pelas autoridades, em sistemas informáticos alheios, para efeitos de acesso e monitorização. No nosso Ordenamento (aliás, como em todos da UE), pelas razões avançadas no texto, julga-se que também há que reconhecer este direito fundamental novo, desde logo como concretização do direito ao desenvolvimento da personalidade que, como não poderia deixar de ser, é de «leitura aberta»<sup>12</sup>. No plano substantivo, este novo direito fundamental reflete-se nos bens jurídico-informáticos subjacentes aos crimes informáticos e na tríade conhecida como CIA (*confidentiality, integrity and availability*)<sup>13</sup>. É no seio destes ilícitos que encontramos, desde logo, o *hacking*, sem autorização, de sistemas informáticos, ou seja, o crime de acesso ilegítimo (artigo 6.º da LCC).

A estes direitos fundamentais acresce a possível restrição do direito à inviolabilidade do domicílio (artigo 34.º, n.ºs 1, 2 e 3, da CRP), quando se consideram meios de obtenção de prova, como a infiltração oculta de *software* para monitorização de som e imagem externos aos dispositivos, através do acionamento das respetivas câmaras e microfones<sup>14</sup>.

Por último, dir-se-ia que só faz sentido termos preocupações com todos estes direitos porque os consideramos essenciais ao nosso modelo de Estado de Direito democrático, baseado como é na dignidade da pessoa humana e na liberdade de pensamento, expressão e informação (artigo 37.º da CRP).

## 2. Ensinaamentos do TJUE e do TEDH

É neste contexto que se compreendem as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), desde logo ao nível da retenção de dados. Tal jurisprudência, ainda hoje controversa, declarou a invalidade da Diretiva 2006/24/CE, de 15/03, que obrigava as operadoras (*Internet Service Providers*) a reter vários

<sup>10</sup> Entre nós, veja-se, JULIANA FILIPA SOUSA CAMPOS, *cit.*, supra nota 3, pp. 55-58.

<sup>11</sup> Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 27/02/2008, *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 370/07 e 1 BvR 595/07 ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227\\_1bvr037007.html;jsessionid=A43EA8BAB1063D88B-41C42D9AFF3EA78.2\\_cid377](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html;jsessionid=A43EA8BAB1063D88B-41C42D9AFF3EA78.2_cid377)), acedido em 25/03/2021.

<sup>12</sup> JORGE MIRANDA, «Comentário ao artigo 26.º», in Jorge Miranda e Rui Medeiros (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 447.

<sup>13</sup> Sobre a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas e dados informáticos, como bens jurídico-informáticos tutelados no âmbito dos crimes informáticos, ALEXANDRE AU-YONG OLIVEIRA, «Reflexões em Torno do Crime de Burla Informática», *Revista do CEJ*, 2020-II, pp. 93-97.

<sup>14</sup> Admitindo este tipo de atos, apenas *de iure constituendo*, JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, «O Direito à Imagem e a Prova», in Paulo Sousa Mendes e Rui Soares Pereira (coord.), *Prova Penal Teórica e Prática*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 152-154.

tipos de dados, de forma generalizada e indiferenciada, para além dos períodos necessários para efeitos comerciais<sup>15</sup>. Segundo o TJUE, tal retenção generalizada e indiferenciada, quando relativa a dados de tráfego e de localização, não pode ocorrer, nem mesmo ao abrigo do disposto no artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58/CE<sup>16</sup>.

De acordo com esta jurisprudência, reiterada por diversas vezes pelo mesmo tribunal<sup>17</sup>, atento o princípio da necessidade é, portanto, proibida a retenção generalizada e indiferenciada de dados de tráfego e de localização, pois desta forma retêm-se dados que permitem tirar conclusões precisas, ou mesmo muito precisas, sobre a vida privada de todos. Note-se que, segundo o TJUE, a retenção, o acesso e a segurança, localização e proteção de dados retidos pelas operadoras, constituem problemas autónomos. Neste contexto, será dificilmente aceitável qualquer lei que, apesar de dar suficientes garantias ao nível do acesso, segurança, localização e proteção de dados, falhe logo no primeiro nível da retenção ao prever que esta seja feita de forma generalizada e indiferenciada.

Mas este não é o único ensinamento a retirar da jurisprudência do TJUE, pois na sua mais recente decisão sobre esta matéria (caso C-746/18, de 02-03-2021), decidiu-se que o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, lido à luz dos artigos 7.º, 8.º, 11.º e 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais, também se opõe a regulamentação nacional que atribua competência ao Ministério Público, cuja missão é dirigir a investigação penal e exercer, sendo caso disso, a ação pública, para autorizar o acesso de uma autoridade pública, nomeadamente entidades policiais, a dados de tráfego e a dados de localização, para os fins dessa investigação. Ou seja, de acordo com esta jurisprudência, o acesso a tais dados deve sempre passar, no que ao nosso sistema processual penal concerne, pela reserva de juiz.

Também o TEDH, se bem que de forma menos assertiva, tem mostrado preferência pela reserva de juiz em matéria de acesso a dados informáticos (mesmo que apenas armazenados num sistema informático de um cidadão), tal como o revela o caso *Trabajo Rueda c. Espanha* (2017)<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Como se sabe, esta Diretiva foi transposta entre nós pela Lei n.º 32/2008, de 17 de julho. Esta lei constitui uma clara violação do Direito da UE tal como interpretado pelo TJUE, pelo menos no que diz respeito à retenção generalizada e indiferenciada de dados de tráfego e de localização. A este respeito, é de notar que o Ac. TC n.º 420/2017, de 13/07/2017, não se pronunciou sobre a lei na sua globalidade e restringiu a decisão de não inconstitucionalidade à conservação do que designa por «dados de base», em concreto, os dados relativos ao nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP estava atribuído no momento da comunicação. Este último acórdão está acessível, tal como todos os demais acórdãos do Tribunal Constitucional citados sem outra indicação, em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

<sup>16</sup> Diretiva esta conhecida como a *ePrivacy Directive*, transposta, entre nós, pela já aludida Lei n.º 41/2004.

<sup>17</sup> Acórdãos do TJUE nos casos apensos C-293/12 e C-594/12, de 8/4/2014 (*Digital Rights Ireland*); caso C-203/15, de 21/12/2016 (*Tele2 Sverige AB*); casos apensos C-511/18, C-512/18 e C-520/18, de 06/10/2020 (*La Quadrature du Net* e outros); caso C-746/18, de 02/03/2021 (*H. K. c. Prokuratuur*). Os acórdãos do TJUE estão acessíveis, tal como todos os demais acórdãos do mesmo tribunal citados sem outra indicação, em <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>.

<sup>18</sup> Acessível, tal como todos os demais acórdãos do mesmo tribunal citados sem outra indicação, em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22CHAMBER%22%7D>.

A aludida jurisprudência dos tribunais superiores da União Europeia e do Conselho da Europa revela a crescente importância dos dados informáticos e sistemas informáticos<sup>19</sup>. Com efeito, atenta a dependência que a maioria das pessoas revela face aos sistemas informáticos e dados informáticos (inclusive, as pessoas coletivas<sup>20</sup>), qualquer intromissão, quer nos dados, quer nos sistemas, pode acarretar *danos irreparáveis* nas respetivas esferas jurídicas, desde logo em sede de desenvolvimento da personalidade e privacidade. Privar alguém do acesso a um computador traz hoje implicações muitas vezes irremediáveis, como por exemplo a falta de acesso à educação. Aceder-se hoje a dados informáticos, estejam armazenados num sistema, estejam em trânsito numa rede de comunicações eletrónicas, traz hoje, mais do que nunca, um potencial de ingerências graves e irreparáveis na privacidade.

### 3. Delimitação positiva das funções do JIC: a justificação de ingerências graves em direitos fundamentais

Neste âmbito, é de recordar que hoje, cada vez mais, se entende que a função do juiz de instrução criminal no inquérito, ou seja, do juiz das liberdades<sup>21</sup>, como garante dos direitos fundamentais (artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.º 4, da CRP), não se traduz somente em verificar a legalidade da investigação (pressupondo-se que haja lei clara e determinável sobre a matéria), mas sim de evitar, na medida do humanamente possível, o *irreparável*. Tal função, conforme tem sido entendido, não deve ser confiada ao próprio responsável pela investigação, inevitavelmente interessado no resultado da sua atividade e, por isso, juiz em causa própria. Neste contexto, «a função do juiz é cada vez menos a busca de um equilíbrio entre eficácia da investigação e proteção da pessoa e, antes, a justificação da derrogação de liberdades individuais»<sup>22</sup>.

Note-se que o prejuízo *irreparável*, se é revelado imediatamente pela ingerência em direitos fundamentais alheios, por exemplo, pelo acesso das autoridades, sem consentimento, a ficheiros digitais de conteúdo pessoal ou íntimo ou contendo

<sup>19</sup> Creio que esta jurisprudência, no que respeita à reserva de juiz, está em sintonia com a do nosso Tribunal Constitucional. Neste âmbito, destaca-se a fundamentação do Ac. TC n.º 155/2007, de 10/04/2007, onde se lê, «contendendo o acto em causa, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende, pelas mesmas razões que justificam essa dependência no caso dos actos que constam da lista constante do artigo 269.º do Código de Processo Penal, isto é, por consubstanciar intervenção significativa nos direitos fundamentais do arguido, da prévia autorização do juiz de instrução».

<sup>20</sup> Como nos ensina JORGE MIRANDA, o direito fundamental da reserva da intimidade da vida privada, «também vale para as pessoas coletivas» (cit., *supra*, nota 12, p. 455).

<sup>21</sup> Sobre a razão de ser da reserva do juiz, em especial, as teses da gravidade da ingerência, da compensação e da tutela jurídica preventiva, veja-se, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 90-102. Dir-se-ia, de forma sintética, que a posição institucional do juiz de instrução criminal (doravante, JIC) no inquérito, com independência e distância relativamente aos interesses da investigação, deve permitir-lhe ponderar, de forma imparcial, a legalidade da ingerência, a respetiva necessidade e proporcionalidade, e compensar a falta do contraditório, principalmente nos casos de sujeição do inquérito a segredo de justiça. A ponderação do JIC, note-se, não deverá ser meramente formal ou, como sublinha MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS citando COSTA ANDRADE, uma mera chancela das pretensões do Ministério Público (*idem*, p. 76).

<sup>22</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *idem*, pp. 23-24.

segredos de negócio, não menos importante é o efeito mediato de tal ingerência, quando injustificada, ou seja, a proibição de prova, que nem a salvo do trânsito em julgado da sentença se mostra.

Pretende-se, assim, prevenir, de preferência com um controlo judicial prévio<sup>23</sup>, a arbitrariedade das ingerências graves em direitos fundamentais. Com efeito, estas só se justificam, desde logo ao nível do facto ilícito indiciado, se houver suspeitas fundadas do mesmo, o mesmo é dizer-se, se houver uma prova com alguma consistência. A isto acrescentaríamos que a medida de obtenção de prova gravemente intrusiva também deve estar justificada por razões fundadas para crer no sucesso da mesma, ou, como se diria nos EUA, por uma *probable cause*<sup>24</sup>, sob pena de se legitimar operações daquilo se pode denominar de *phishing* probatório. Também na nossa sociedade democrática se julga que esta forma de proceder é desconforme com a CRP (cf. artigo 18.º, n.º 2) e que ingerências graves em direitos fundamentais apenas devem ocorrer quando haja razões fundadas que apontem no sentido de que as mesmas têm uma razoável expectativa de sucesso baseada em razões objetivas, sendo neste sentido «necessárias» e não, portanto, produto de critérios subjetivos e arbitrários.

Também a CBCC, no plano do direito internacional, não foi indiferente à salvaguarda de direitos humanos, pois não deixou de consagrar, neste domínio, o artigo 15.º Neste preceito, prevê-se, em concreto, o princípio da proporcionalidade (n.º 1 do artigo 15.º), o controlo judicial ou outras formas de controlo independente quando tal se justifique (n.º 2 do mesmo artigo) e a tutela de interesses de terceiros (n.º 3 do mesmo artigo), em especial, de fornecedores de serviços de telecomunicações e da sociedade de informação que, como é óbvio, têm um acesso privilegiado a dados informáticos e estão adstritos a deveres de confidencialidade<sup>25</sup>.

#### 4. Delimitação negativa das funções do JIC: a atividade investigatória

Delineadas assim, sinteticamente, as funções positivas do JIC no inquérito, em sede de meios de obtenção de prova intrusivos, sobressai como reverso da medalha que a este não cabe, de forma alguma, funções de investigação<sup>26</sup>. Só assim se pode afirmar que não será juiz em causa própria, salvaguardando-se a respetiva imparcialidade. Nestes termos, não deverá ser acometido ao JIC, em sede de obtenção de

<sup>23</sup> No que toca ao específico teor de despacho judicial que autoriza meios de obtenção de prova ocultos, cremos que é interessante como o *Strafprozeßordnung* (doravante «StPO»), ou seja, o Código de Processo Penal alemão, prevê quer os elementos essenciais do dispositivo quer os elementos essenciais da fundamentação (cf. § 100e(3-4), StPO), em especial, a individualização, em cada caso, dos factos específicos donde emerge uma suspeita e as considerações relativas à necessidade e proporcionalidade.

<sup>24</sup> Sobre este ponto, PAULO SOUSA MENDES, «A privacidade digital posta à prova no processo penal», *International Journal on Evidential Legal Reasoning, Quaestio facti* 2, 2021 (DOI: 10.33115/udg\_bib/qf.i2.22487), acedido em 19/03/3021.

<sup>25</sup> Quanto a este ponto, veja-se o parágrafo 148 do Relatório Explicativo da CBCC (acessível no *link* descrito em *supra* nota 5).

<sup>26</sup> Os poderes investigatórios do juiz, salvo melhor opinião, apenas estão previstos para as fases subsequentes do processo penal, ou seja, para a Instrução e Julgamento, conforme resulta, em especial, dos artigos 288.º, n.º 4, e 340.º do Código de Processo Penal. É com este âmbito, portanto, que se pode afirmar que o processo penal português é de estrutura acusatória integrado por um princípio de investigação.

prova no inquérito, qualquer função de procurar o que pode ou não ser relevante para a investigação, mas apenas de verificar a não ilegalidade, a não arbitrariedade e a proporcionalidade das ingerências graves em direitos fundamentais através dos quais a prova será (ou foi) obtida.

É certo que o JIC terá de verificar, se caso for, se determinado meio de prova – por exemplo, uma mensagem de correio eletrónico encontrada no decurso de uma pesquisa informática – é relevante para a investigação. Tal verificação é necessária, desde logo, para justificar a sua junção aos autos, pois obviamente não devem ser juntos conteúdos privados sem interesse probatório, sob pena de violar-se de forma injustificada, agora num segundo momento (após o primeiro momento da ingerência do acesso à mensagem), o direito fundamental. A tal acresce que será necessário apreciar a «utilizabilidade» da prova em sede de proibições, pois estas podem ocorrer, como se sabe, de forma independente a qualquer proibição de produção<sup>27</sup>. Mas é este tipo de juízos que cabem ao JIC, não a qualquer atividade investigatória.

## 5. Garantias processuais de defesa no acesso a dados

Por último, ainda em sede constitucional (artigo 32.º, n.º 1, da CRP), deve-se salvaguardar as legítimas expectativas da Defesa, em matéria de garantias processuais, permitindo-lhe não só sindicar os atos de acesso e apreensão de dados informáticos realizados no inquérito, como, na fase de julgamento, preparar a defesa de forma cabal, em especial, com integral acesso aos dados recolhidos. Neste âmbito, será de primeira importância garantir que a apreensão preserve a integridade dos dados, com recurso, na medida do possível, às melhores práticas forenses, como a realização de cópias *bit-by-bit* com recurso a *write blockers* e assinaturas digitais *hash*<sup>28</sup>.

Também não podemos esquecer que há que determinar, em momento oportuno, a eliminação dos dados apreendidos. Apenas após a eliminação eficaz dos dados apreendidos é que deixará de haver ingerência na esfera jurídica alheia, em especial, na reserva da vida privada.

## III. Desafios específicos atualmente colocados pelas tecnologias de informação

Se tivéssemos de escolher os problemas principais causados pelas tecnologias de informação para o domínio do processo penal, seriam os suscitados pela computação em nuvem, a que crescem os problemas relacionados com a encriptação avançada.

<sup>27</sup> Sobre as proibições de produção e as proibições de valoração da prova, inclusive, independentes, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 55-66.

<sup>28</sup> Vejam-se a este propósito os *standards* recomendados a nível internacional, nomeadamente previstos em documento emitido pelo *International Organization for Standardization*, ISO/IEC 27037:2012 (<https://www.iso.org/standard/44381.html>). Veja-se, também, o manual emitido pela Interpol em 2019, *Global Guidelines for Digital Forensics Laboratories* ([https://www.interpol.int/content/download/13501/file/INTERPOL\\_DFL\\_GlobalGuidelinesDigitalForensicsLaboratory.pdf](https://www.interpol.int/content/download/13501/file/INTERPOL_DFL_GlobalGuidelinesDigitalForensicsLaboratory.pdf)), acedido em 27/03/2021.



## 1. O problema da computação em nuvem

O facto de cada vez mais se recorrer a serviços de computação em nuvem, nomeadamente em matéria de armazenamento de dados, alterou radicalmente o paradigma do acesso aos mesmos. No passado ainda recente, as pessoas e as empresas armazenavam os seus dados em sistemas informáticos, normalmente localizados em suas casas e escritórios, que se encontravam sujeitos ao seu imediato e exclusivo controlo. Se as autoridades judiciais pretendessem aceder a tais dados emitiriam um mandado de busca relativo a tais lugares e a pessoa visada em regra ficaria desde logo a saber da diligência, pois ser-lhe-ia entregue uma cópia do mandado (artigo 176.º, n.º 1, do CPP).

Atualmente, contudo, muitas pessoas (singulares e coletivas) contratam serviços de computação em nuvem, não só para o armazenamento de dados, mas envolvendo muitos outros serviços<sup>29</sup>. Hoje, portanto, as autoridades não precisam de efetuar buscas às residências ou escritórios dos visados, se obtiverem o acesso aos dados na nuvem, controlada por uma terceira entidade. Obviamente, se tal acesso ocorrer, pode manter-se secreto para o respetivo titular dos dados, desde que as entidades não notifiquem os seus clientes.

O acesso a estes dados pode dar-se por duas vias, ou pela colaboração destas entidades, que têm a disponibilidade fática sobre os mesmos e, em certa medida, o controlo dos dados, ou, através de pesquisas informáticas remotas.

## 2. O problema da jurisdição

Subjacente aos novos problemas jurídicos suscitados pela tecnologia, encontram-se dois problemas base: o primeiro constituído pela natureza muitas vezes estrangeira dos fornecedores de serviços [conceito previsto na alínea d) do artigo 2.º da LCC], ou seja, os fornecedores de serviços da sociedade de informação e os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas<sup>30/31</sup>; o segundo relacionado

<sup>29</sup> Os principais serviços da nuvem são o SaaS (*Software as a Service*), o PaaS (*Platform as a Service*) e IaaS (*Infrastructure as a Service*). Para uma visão sintética da computação em nuvem, NIST, *Special Publication 800-145* (<https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>), acedido em 25/03/2021.

<sup>30</sup> Os «serviços da sociedade da informação» encontram-se previstos no artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015. A definição, na essência, é a seguinte: «qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços». A referida Diretiva substituiu a Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, que tinha sido transposta pelo DL. n.º 58/2000, de 18 de abril. Por seu turno, os «serviços de comunicações eletrónicas» encontram-se definidos no artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas. Estes últimos englobam, segundo o referido diploma, serviços de acesso à Internet (como os prestados por operadoras nacionais como a *Meo*, *Vodafone* ou *NOS*), serviços de comunicações interpessoais (como o *Gmail* ou *WhatsApp*) e serviços que consistem total ou principalmente no envio de sinais, tais como os serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina e para a radiodifusão (como os prestados pela *Meo*). Sobre a extensão do conceito de serviços da sociedade de informação, veja-se o Ac. TJUE caso C-484/14, de 15/09/2016 (*Tobias Mc Fadden*).

<sup>31</sup> O referido conceito abrange, portanto, uma multiplicidade de fornecedores de serviços, sejam eles de acesso à Internet (como as operadoras nacionais), de armazenamento (como o *Google*



com o facto de os dados em causa estarem, muitas vezes, localizados em territórios diversos.

Podemos reunir estes dois problemas sob um único nome, *jurisdição*. Neste seguimento, porque tais entidades normalmente são estrangeiras, estabelecidas fora do território português, concluir-se-ia, *prima facie*, que não se regem pelas nossas leis. O Estado português não poderia, assim, fazer valer quaisquer poderes relativamente a elas, desde logo em sede de processo penal, salvo nos limites definidos em tratados, convenções e regras do direito internacional (artigo 6.º do CPP). Quanto a estas entidades e aos dados que estão sob o seu controlo colocar-se-ia, portanto, um delicado problema de jurisdição.

Neste contexto, no que toca às pesquisas informáticas remotas, apesar de a lei nacional prever, em matéria de apreensão de dados e pesquisa informática (artigos 15.º, n.º 5, 16.º, n.º 7, e 17.º da LCC), a não impossibilidade de estes se realizarem quanto a dados localizados fora do território nacional, não resultando este poder de um tratado internacional, desde logo da CBCC, suscitar-se-iam dúvidas acerca da validade da prova assim obtida. Ora, se os autores estão de acordo quanto à previsão legal nacional de apreensões de dados e pesquisas informáticas fora do território português (ao abrigo dos já aludidos preceitos legais, em especial, do artigo 15.º, n.º 5, da LCC), e da validade da prova assim obtida<sup>32</sup>, outros criticam a solução nacional, defendendo, inclusive, a invalidade da prova no plano do Direito Internacional e à luz da CRP<sup>33</sup>.

Sempre se dirá, quanto a este ponto, que novas regras de âmbito internacional estão a ser construídas no âmbito de dados e que se guiam por uma lógica não estritamente territorial. Desde logo, no Direito da União Europeia, temos o RGPD. No âmbito deste instrumento, que estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados<sup>34</sup>, é de salientar que tal proteção ocorre independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União. O RGPD estabelece ainda que a sua tutela se aplica ao tratamento de dados pessoais de titulares localizados no território da União, mesmo quando o tratamento é efetuado por uma entidade *não estabelecida* na União, desde que as atividades de tratamento estejam relacionadas com (i) a oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União ou (ii) o controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União (artigos 1.º e 3.º do RGPD). Ou seja, desde que a entidade pretenda tratar dados pessoais de

---

*Drive* ou *Onedrive*), plataformas e redes sociais (como o *Youtube*, *Facebook*, *Twitter* ou *Instagram*), serviços de *webmail* (como o *Gmail* ou *Hotmail*), de *Instant Messaging* e *VoIP* (como *WhatsApp*, *Telegram* ou *Signal*), de *e-commerce* (como a *Amazon*) ou sistemas de pagamentos (como o *Paypal*), para nos restringirmos apenas aos mais básicos.

<sup>32</sup> Neste sentido, DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 83-91.

<sup>33</sup> Neste sentido, RUI SOARES PEREIRA, «O acesso (unilateral e sem recurso a mecanismos de cooperação judiciária internacional) a dados armazenados em sistemas informáticos localizados no estrangeiro», in José Lobo Moutinho, Selene Vicente, Pedro Garcia Marques e Elsa Vaz de Sequeira (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva – Volume IV*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2686 a 2719.

<sup>34</sup> No que toca ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, veja-se a Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016.

titulares sítios no território da UE e tal tratamento esteja relacionado com a oferta de bens ou serviços aos mesmos titulares ou ao controlo do seu comportamento dentro do mesmo território, estas entidades encontram-se sujeitas às regras da União relativas à proteção de dados, mesmo que não se encontrem aqui «estabelecidas»<sup>35</sup>.

Neste contexto mais amplo do Direito da UE, recebida, a nível interno, como se sabe, pelo artigo 8.º, n.º 3, da CRP, sempre se dirá, portanto, que as entidades que controlam dados pessoais de titulares aqui localizados e que ofereçam efetivamente bens ou serviços aos mesmos não estão isentos de leis comuns aos Estados Membros.

Por seu turno, o *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (CLOUD Act) dos EUA também prossegue numa direção não estritamente territorial, ao prever que os fornecedores de serviços estão obrigados a preservar ou a divulgar dados (dados de conteúdo, dados de tráfego ou informação de subscritor), na sua posse, sob a sua custódia ou controlo, independentemente da sua localização em território daquele país (cf. § 2713, Capítulo 121, título 18, do *United States Code*, tal como emendado pelo CLOUD Act<sup>36</sup>).

Tendo em conta estes dois regimes (RGPD e CLOUD Act), uma empresa dos Estados Unidos da América que armazena dados em território da UE poderá ter de conceder o acesso aos mesmos às autoridades de tal país. Por outro lado, as empresas dos EUA, mesmo que aqui não se encontrem estabelecidas, mas que processem dados relativos a pessoas localizadas no território da UE, estão sujeitas às regras aqui aplicáveis. As dificuldades levantadas para o cumprimento simultâneo das obrigações destes dois diplomas e de outros instrumentos legais, da parte dos fornecedores de serviços a quem se aplicam, afigura-se matéria bastante delicada<sup>37</sup>.

Sempre se dirá, no entanto, que no plano internacional e em matéria de dados, a jurisdição é hoje um conceito difuso<sup>38</sup>, pelo que as aludidas objeções neste plano não nos parecem procedentes.

<sup>35</sup> Conforme resulta do Considerando 22 do RGPD, «[a] forma jurídica de tal estabelecimento, quer se trate de uma sucursal quer de uma filial com personalidade jurídica, não é fator determinante». Mais esclarece o Considerando 23 do RGPD, «[a] fim de determinar se o responsável pelo tratamento ou subcontratante oferece ou não bens ou serviços aos titulares dos dados que se encontrem na União, há que determinar em que medida é evidente a sua intenção de oferecer serviços a titulares de dados num ou mais Estados-membros da União... [existindo] fatores, como a utilização de uma língua ou de uma moeda de uso corrente num ou mais Estados-membros, com a possibilidade de encomendar bens ou serviços nessa outra língua, ou a referência a clientes ou utilizadores que se encontrem na União, que podem ser reveladores de que o responsável pelo tratamento tem a intenção de oferecer bens ou serviços a titulares de dados na União».

<sup>36</sup> Texto acessível em <https://www.congress.gov/115/bills/hr4943/BILLS-115hr4943ih.xml>. Acessado em 25-03-2021.

<sup>37</sup> Sobre a transferência de dados entre a UE e um terceiro Estado, neste caso os EUA (*Facebook Ireland* para a *Facebook Inc.*), para efeitos de tratamento automático, no âmbito da segurança pública, de defesa e de segurança, veja-se o Ac. TJUE de 16 de julho de 2020, caso C-311/18 (conhecido como *Schrems II*).

<sup>38</sup> A isto acresce que os EUA não mostram qualquer pejo em pesquisar e apreender dados em servidores localizados fora do seu território. Vejam-se os famosos casos *United States v. Ivanov e Gorshkov* (2001), comentado, entre nós, por DAVID SILVA RAMALHO, *cit.*, supra nota 31, pp. 48-49. Nestes casos, a FBI, inclusivamente, acedeu e apreendeu dados de servidores sítios na Rússia, sem qualquer mandado judicial para o efeito (obtido *a posteriori*). Para mais pormenores, veja-se a informação disponibilizada pela ONU em <https://sherloc.unodc.org/cld/case-law-doc/>

Em substância, o que nos parece realmente importante num Estado de Direito democrático, em sede de tutela de direitos fundamentais, ou, no plano do Direito Internacional, de direitos humanos, é que qualquer cidadão seja protegido contra a arbitrariedade em processo penal e que lhe seja permitido defender-se com garantias processuais adequadas. É destes princípios que não se pode abdicar. Ora, como supra deixamos enunciado, as cautelas que deverão ser assim respeitadas dizem respeito, desde logo, a um controlo, em regra prévio, por parte de uma entidade imparcial e independente da investigação em curso, *maxime* um juiz, a quem incumbirá verificar se a grave ingerência é legal (pressupondo lei prévia, clara e determinada) e se mostra justificada, desde logo, pela existência de indícios fundados de factos ilícitos concretos e indícios fundados de que o meio de obtenção de prova pretendido é *necessário* para a descoberta da verdade. A tal acrescerá um juízo de ponderação entre a gravidade dos factos sob investigação e a gravidade da ingerência (proporcionalidade). Logicamente, tais procedimentos devem ser controláveis pela Defesa através de garantias processuais adequadas.

Seguindo este raciocínio, também no plano da CRP, não nos parecem proceder as aludidas objeções.

### 3. O problema da encriptação avançada

Posto isto, já em sede de colaboração das referidas entidades estrangeiras, para o acesso a dados, dificilmente se poderá contornar o uso de instrumentos de cooperação internacional em matéria penal, pelo menos quanto aos dados de conteúdo<sup>39</sup>. Neste âmbito, contudo, não se pode olvidar que, mesmo que se obtenha hoje, de forma legítima, a colaboração destas entidades, seja direta, seja através de instrumentos de cooperação internacional, pelo menos quando estão em causa serviços de comunicação interpessoais como o *WhatsApp*, *Telegram* ou *Signal*, ou seja, serviços *Over-the-Top* (OTT), tal colaboração confrontar-se-á com obstáculos tecnológicos complexos. Com efeito, atentos os atuais algoritmos de encriptação executados desde a origem até ao destino das comunicações (*end-to-end encryption* ou E2EE), será impossível a tais entidades, ou pelo menos muito difícil, conseguirem conceder o acesso aos respetivos dados de conteúdo<sup>40</sup>.

---

cybercrimecrimetype/usa/2001/united\_states\_v\_ivanov.html?lng=en&tmpl=sherloc. Acedido em 25/03/2021.

<sup>39</sup> Quanto à obtenção de informação de subscritor (e alguns dados de tráfego), alguns destes fornecedores de serviço colaboram voluntariamente com autoridades dos Estados-membros. Sobre esta matéria, veja-se, entre nós, a *Nota Prática n.º 3/2014*, de 12/06/2014, do Gabinete do Cibercrime do Ministério Público ([https://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota\\_pratica\\_3\\_esp\\_eua\\_0.pdf](https://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota_pratica_3_esp_eua_0.pdf)), acedido em 25/03/2021.

<sup>40</sup> Note-se que os atuais algoritmos de encriptação são relativamente recentes. Foi apenas em novembro de 2001, aproximadamente aquando da publicação da CBCC, que o *National Institute of Standards and Technology* dos EUA (NIST) anunciou o novo *standard* AES, com chaves de encriptação de 128, 192 ou 156 *bits*, ainda hoje considerado imune a ataques de força bruta, *Announcing the Advanced Encryption Standard (AES)* (<https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/FIPS/NIST.FIPS.197.pdf>), acedido em 25/03/2021. Por sua vez, a E2EE apenas foi introduzida, no que toca a chamadas de voz telemáticas (*Voice over Internet Protocol* ou VoIP), em 2014 pela aplicação *Signal*, tendo a *WhatsApp* iniciado a utilização do mesmo algoritmo em 2016. Neste contexto, o *Department of Justice* dos EUA, mesmo tratando-se do país onde se encontram estabelecidas grande parte dos fornecedores de serviços, sentiu necessidade de emitir, em outubro de 2020,

Para se compreender este último ponto haverá que esclarecer algumas questões relacionadas com a Internet. Como se sabe, a arquitetura da Internet, ainda obedecendo a uma lógica de neutralidade da rede, é fundamentalmente construída em camadas (*layers*), segundo o modelo TCP/IP. Entre tais camadas, a *Application layer*, onde operam essencialmente os programas referidos, funciona por cima (daí a expressão *Over-the-Top*) dos sinais enviados pelas camadas de *Transport* e *Network*, a cargo das tradicionais operadoras, retirando a estas qualquer poder sobre aquela camada. Neste contexto, diferentemente do que sucede, por exemplo, em sede de escutas telefónicas tradicionais, não é tecnicamente possível às operadoras nacionais prestarem a usual colaboração para a interceção de comunicações eletrónicas sujeitas a E2EE. É neste domínio que é mais urgente prever-se, em lei clara e determinada, a infiltração oculta de *software* em dispositivos alheios (a chamada «vigilância na fonte»), para poder fazer-se interceções de dados informáticos (*específicos e determinados*<sup>41</sup>) em trânsito<sup>42</sup>.

#### IV. Algumas insuficiências da LCC, quer em termos de tutela de direitos fundamentais quer em sede de meios de obtenção de prova

Nesta última secção iremos abordar, ainda que de forma sintética, alguns aspetos da LCC que, em caso de «revisitação» legislativa, cremos que devem ser melhorados. Em primeiro lugar, analisaremos as insuficiências inerentes à injunção (artigo 14.º da LCC), para depois abordarmos a apreensão de dados, em especial, correio eletrónico e registos de comunicações semelhantes (artigo 17.º da LCC).

##### 1. A injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados (artigo 14.º da LCC)

O artigo 14.º da LCC visou implementar a «ordem de produção» prevista no artigo 18.º da CBCC (na versão oficial inglesa, *production order*), consubstanciada num pedido de apresentação de dados específicos, dirigido a quem esteja no controlo ou disponibilidade fática dos mesmos. Contudo, a implementação desta medida pelo legislador nacional foi feita de forma desnecessariamente confusa, comprometendo a sua aplicação prática.

O aludido dispositivo, tal como previsto na CBCC, deve ser desde logo subdividido em duas partes diversas, as alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 18.º, pois este instrumento legal tem dois âmbitos de aplicação diversos: (i) a ordem de produção de dados de qualquer natureza, dirigida a qualquer entidade, e (ii) a ordem de produção de informação de subscritor, dirigida a fornecedores de serviços. Vejamos cada uma destas realidades, interligando-as com a LCC.

---

uma declaração apelando à indústria tecnológica que permitisse o acesso legítimo a conteúdos em formato legível (documento disponível em <https://www.justice.gov/opa/pr/international-statement-end-end-encryption-and-public-safety>, acedido em 25/03/2021).

<sup>41</sup> No âmbito de programas de infiltração chamados inteligentes (*smart*) é possível, de antemão, definir o tipo de ficheiros e aplicações a que acederão, por exemplo, chamadas de voz via *WhatsApp*.

<sup>42</sup> Para uma perspetiva geral sobre as problemáticas da encriptação avançada, EUROPOL e EUROJUST, *Second report of the observatory function on encryption*, 2020 (<https://www.europol.europa.eu/publications-documents/second-report-of-observatory-function-encryption>), acedido em 25/03/2021.

### 1.1. Ordem de produção de dados de qualquer natureza, dirigida a qualquer entidade

No primeiro caso [artigo 18.º, n.º 1, alínea *a*), da CBCC], a ordem pode ser dirigida a *qualquer entidade no território* (e não apenas a fornecedores de serviços)<sup>43</sup>, e envolver dados informáticos de *qualquer natureza*. Ou seja, a primeira parte deste preceito pode visar a apresentação, por um terceiro, de dados de conteúdo, dados de tráfego ou informação de subscritor<sup>44</sup>.

Parece-nos que não pode haver dúvidas a este respeito, tal como foi esclarecido pela Comissão T-CY<sup>45</sup>, na *Guidance Note #10*, divulgada em 1 de março de 2017:

#### «3.1 The scope of Article 18.1.a

- The scope is broad: a “person” (which may include a “service provider”) that is present in the Party’s territory.
- With respect to computer data, the scope is broad but not indiscriminate: any “specified” computer data (hence Article 18.1.a is not restricted to “subscriber information” and covers all types of computer data).»<sup>46</sup>

Claro está que os dados informáticos visados por esta ordem de produção são apenas os armazenados ou existentes no momento da sua emissão, não podendo dizer respeito a dados ainda não existentes, nomeadamente dados de tráfego ou de conteúdo de comunicações futuras<sup>47</sup>.

Apesar deste escopo abrangente da ordem de produção, no âmbito do artigo 14.º da LCC, alguma doutrina tem entendido que a ordem não pode visar dados de tráfego ou de conteúdo (mesmo que já existentes)<sup>48</sup>. A interpretação demasiado restritiva de que tem sido objeto o artigo 14.º da LCC derivará, desde logo, da infeliz expressão consagrada no respetivo n.º 4 («O disposto no presente artigo é aplicável a fornecedores de serviço [...]»). Esta expressão dirá respeito à alínea *b*) do n.º 1 do artigo 18.º da CBCC, e não à alínea *a*), e explicaremos mais à frente o alcance desta segunda vertente da ordem de produção.

Como já aludido, a intenção do legislador internacional foi incluir todas as categorias de dados informáticos. Aliás, se se restringisse o âmbito de aplicação deste instrumento legal, excluindo-se os dados de tráfego e de conteúdo, obviamente que se retiraria grande parte da sua utilidade. Note-se que esta medida poderá ser

<sup>43</sup> Excluindo a nossa lei, e bem, o arguido, e salvaguardando os sigilos (artigo 14.º, n.os 5 a 7, da LCC).

<sup>44</sup> A que acrescerão ainda outros tipos de dados, tendo em conta a extensão do conceito de dados informáticos, por exemplo, fatores de autenticação como *passwords* e PIN, que não se incluem naquelas categorias.

<sup>45</sup> Esta Comissão foi criada, no âmbito da própria CBCC, para representar os Estados Partes. Conforme se pode ler no *website* oficial do CoE, «*The Cybercrime Convention Committee (T-CY) represents the State Parties to the Budapest Convention on Cybercrime. Based on article 46 of the Convention, the consultation of the Committee aims at facilitating the effective use and implementation of the Convention, the exchange of information and consideration of any future amendments*» (<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/tcy>), acedido em 25/03/2021.

<sup>46</sup> *Guidance Note #10*, p. 6 (<https://rm.coe.int/16806f943e>), acedido em 25/03/2021.

<sup>47</sup> Neste sentido, veja-se o Relatório Explicativo da CBCC (*supra*, nota 26), parágrafo 170.

<sup>48</sup> Neste sentido, DUARTE RODRIGUES NUNES, *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*, Coimbra: Gestlegal, 2018, pp. 59-63.



particularmente interessante, no âmbito do combate à corrupção, quando a ordem se dirige a empresas ou instituições públicas, por exemplo, Câmaras Municipais, para concederem o acesso a dados informáticos.

Neste contexto, note-se ainda que, dada a gravidade deste tipo de ingerência, em matéria dos direitos fundamentais supra aludidos, desde logo pela possibilidade de acesso a dados de tráfego e de conteúdo, julga-se que a mesma deve estar sujeita à reserva de juiz. Nestes termos, se a nossa lei refere de forma genérica que a entidade competente para a ordenar é a «autoridade judiciária competente», julga-se que esta expressão deve ser objeto de uma clarificação legislativa ou de uma interpretação restritiva, no sentido da aludida reserva<sup>49</sup>. De notar que casos de urgência estão desde logo salvaguardados pela possibilidade de ordens prévias de preservação e revelação expeditas a serem dadas pelo Ministério Público ou órgão de polícia criminal, que não implicam, por si só, o acesso aos dados (artigos 12.º e 13.º da LCC).

Neste pressuposto de reserva de competência do juiz, também não se vislumbram razões para excluir do âmbito desta medida os próprios dados de tráfego e de conteúdo referentes a comunicações eletrónicas interpessoais (armazenados, por exemplo, numa caixa de correio eletrónico). Ou seja, a ordem pode visar, por exemplo, *emails* já existentes em caixas de correio eletrónico de empresas ou instituições públicas. Sobre este tipo de dados, teceremos ainda algumas considerações aquando da análise do respetivo regime de apreensão (artigo 17.º da LCC).

## 1.2. Ordem de produção de informação de subscritor, dirigida a fornecedores de serviços

Já o artigo 18.º, n.º 1, alínea *b*), da CBCC restringe-se, em sede de destinatários, a fornecedores de serviços que corresponderão, nos termos supra expostos, aos prestadores de serviços de comunicação eletrónica e serviços da sociedade de informação, que *ofereçam serviços no território relevante*<sup>50</sup>. Em sede do possível objeto da ordem de produção, este restringe-se, por sua vez, à informação de subscritor, definida no n.º 3 do mesmo preceito, desde logo por exclusão expressa de dados de tráfego e de conteúdo.

Sobre estes aspetos também não pode haver dúvidas, atentos os esclarecimentos prestados na já aludida *Guidance Note #10*, que aqui se reproduzem:

### «3.2 The scope of Article 18.1.b

The scope of Article 18.1.b is narrower than that of Article 18.1.a:

- Subsection b is restricted to a “service provider”.
- The service provider to which the order is issued is not necessarily present, but offers its services in the territory of the Party.
- It is restricted to “subscriber information.”
- The subscriber information relates to such services and is in that service provider’s possession or control.»

<sup>49</sup> Em sede de falta de clareza da lei na previsão das autoridades competentes para obtenção de dados, veja-se o Acórdão do TEDH de 24 de abril de 2018 (caso *Benedik v. Slovenia*).

<sup>50</sup> Sobre a extensão deste conceito, veja-se a *Guidance Note #10* em referência, p. 8.



Neste contexto, não se vislumbra qual a razão de ser de o Legislador português ter utilizado a referida expressão («O disposto no presente artigo é aplicável a fornecedores de serviço...»), parecendo, assim, restringir a aplicação de todo o preceito a este tipo de entidades que, como vimos, não é o que resulta da CBCC.

A isto acresce a completa omissão, no artigo 14.º da LCC, das nuances territoriais constantes do artigo 18.º da CBCC, ou seja, as referências na respetiva alínea *a*) do n.º 1 de pessoa no seu território (*person in its territory*) e, na alínea *b*) do mesmo preceito, de fornecedor de serviço oferecendo o seu serviço no território (*offering its services in the territory*).

Destas insuficiências de implementação da nossa lei decorre, necessariamente, confusão quanto ao tipo de dados que podem ser solicitados e a quem. Caso se revise a LCC, parece-nos, assim, importante reformular o seu artigo 14.º

Em suma, se no artigo 18.º, n.º 1, alínea *a*), da CBCC, correspondente ao artigo 14.º, n.º 1, da LCC, se preveem ordens dirigidas a qualquer terceira entidade localizada no território nacional (além do mais, sociedades com sede efetiva da administração no nosso território<sup>51</sup>, inclusive, operadoras nacionais, e pessoas singulares presentes em território nacional), relativas a quaisquer tipos de dados informáticos (específicos) no controlo ou disponibilidade fática dos mesmos (e independentemente da localização destes dados), no artigo 18.º, n.º 1, alínea *b*), e n.º 3, da CBCC, correspondente ao artigo 14.º, n.º 4, da LCC, preveem-se ordens dirigidas a fornecedores de serviços que apenas ofereçam os seus serviços em território nacional, restringindo-se as ordens a informação de subscritor<sup>52</sup>.

## 2. Da apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante (artigo 17.º da LCC)

Quanto ao regime de apreensão especificamente consagrado na LCC para correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante, a nossa lei tem suscitado inúmeros problemas de interpretação e aplicação, dando azo a recursos em grande medida evitáveis.

Em primeiro lugar, a relação do artigo 17.º (e artigo 18.º) da LCC com o artigo 189.º, n.º 1, do CPP, no que concerne ao segmento normativo deste, que estende o regime das escutas telefónicas «às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital», afigura-se ser enigmática. Neste ponto, vários autores entendem que o primeiro normativo revogou, de forma tácita, o segundo, pois a LCC é posterior à redação do artigo 189.º, n.º 1, do CPP (2007<sup>53</sup>)<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Cf. artigo 3.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais.

<sup>52</sup> No que diz respeito à autoridade competente para ordenar a segunda vertente da injunção, relativa a fornecedores de serviços não presentes em território nacional e informação de subscritor, porque está em causa uma ingerência menos grave em matéria de direitos fundamentais (desde logo excluindo-se dados de tráfego e de conteúdo), não carece de reserva de juízo.

<sup>53</sup> Redação introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

<sup>54</sup> No sentido da dita revogação, PAULO DA MESQUITA, cit., *supra*, nota 2, p. 117; JOÃO CONDE CORREIA, cit., *supra* nota 2, p. 36. No sentido de que a LCC procedeu a uma «clarificação legislativa» do regime do Código de Processo Penal, RITA CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações*

Da nossa parte, não podemos deixar de considerar estranha a revogação de um preceito do Código de Processo Penal, note-se, não expressa, através de uma lei processual penal extravagante (especial), passado pouco mais de dois anos sobre a reforma daquele. Estranha, não só pelo carácter não expresso e passado pouco tempo de uma reforma da lei geral, mas porque, agora, passados mais de 11 anos sobre a entrada em vigor da LCC, a redação do dito artigo 189.º, n.º 1, do CPP mantém-se exatamente a mesma, apesar das inúmeras alterações que este diploma já sofreu desde 2009 (segundo as nossas contas, o CPP foi alterado mais de 20 vezes desde setembro de 2009). É, pois, caso para dizer que, se o Legislador quis efetivamente revogar o referido segmento do artigo 189.º, n.º 1, do CPP, fê-lo de forma camuflada e mostra-se, ainda hoje, hesitante em assumir tal ato. Claro está que esta situação em nada contribui para a necessária clareza e determinabilidade da lei em matérias tão sensíveis<sup>55</sup>.

Creio que estas razões, por si só, justificariam uma intervenção do Legislador nacional. De qualquer forma, mesmo a aceitar-se a referida revogação, o novo regime da LCC também não primou pela clareza, conforme já foi notado pela doutrina, suscitando graves problemas de interpretação e aplicação<sup>56</sup>.

O concreto âmbito da remissão feita pelo artigo 17.º da LCC ao regime da correspondência do Código de Processo Penal mostra-se particularmente difícil de determinar. Aliás, quaisquer analogias das comunicações eletrónicas interpessoais com as do mundo físico são mais imperfeitas do que à primeira vista aparecem. Porque a comunicação eletrónica facilitou imensamente a transmissão de todo o tipo de dados, nomeadamente ficheiros de imagem, as semelhanças com as escutas tradicionais são apenas parciais. A tal acresce que a comunicação eletrónica, como é (quase) instantânea e primordialmente executada por máquinas, dificilmente se compara à correspondência física e respetivos serviços, por exemplo os prestados pelos CTT.

Conforme já foi perspicazmente exposto por RUI CARDOSO<sup>57</sup>, também a analogia entre correspondência aberta ou não aberta (ou lida e não lida), facilmente verificável na correspondência tradicional pela integridade do invólucro (por exemplo, o envelope), não encontra semelhanças no plano digital, desde logo porque as aplicações permitem indicar quaisquer mensagens de *email* como não lidas, mesmo após a respetiva «abertura».

---

*Electrónicas em Processo Penal – Natureza e Respetivo Regime Jurídico do Correio Electrónico Enquanto Meio de Obtenção de Prova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 266.

<sup>55</sup> Em sede da falta de regras claras, inclusive, precisas, em matéria de escutas, recorde-se o Ac. TEDH de 24-04-1990 (*Huvig c. França*), «Les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une "loi" d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner.» (§ 32). De acordo, aliás, com esta jurisprudência, qualquer posição a defender que a nossa atual lei já permite a infiltração oculta de *software* para efeitos de acesso e monitorização de sistemas informáticos alheios, é inaceitável.

<sup>56</sup> Veja-se, neste âmbito, a jurisprudência e as divergências doutrinárias referidas por RUI CARDOSO, «Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX», *Revista do Ministério Público*, 153, janeiro-março 2018, pp. 193-195.

<sup>57</sup> *Idem*, pp. 186-188.

Também não parece ser adequado exigir-se que o juiz de instrução criminal, no inquérito, seja a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo das comunicações eletrónicas, tal como parece impor o artigo 179.º, n.º 3, do CPP. Com efeito, se tal medida faz sentido quando a correspondência é material, desde logo para garantir a *integridade* dos ditos invólucros e, assim, dos respetivos conteúdos, o que se impõe em sede digital, para os mesmos efeitos, é garantir que a cópia de dados tenha obedecido, conforme já supra afluído, às melhores práticas forenses, nomeadamente pelo uso de *write blockers* e assinaturas digitais *hash*, o que é muitas vezes omitido na prática nacional, com evidentes prejuízos não só para as garantias de defesa, mas para a fidedignidade da prova em geral.

Contudo, se o juiz não deve ser a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo das comunicações eletrónicas interpessoais, desde logo porque a sua seleção para efeitos de prova da acusação deve caber ao *dominus* do inquérito, não menos certo nos parece que este tipo de ingerências graves em matéria de direitos fundamentais (o acesso a um sistema informático para a procura de dados informáticos) deve carecer de uma autorização de juiz, em regra antes de as mesmas se realizarem, para além de um subsequente acompanhamento. Parece-nos, pois, que o problema se coloca em momento ainda anterior à *apreensão*, ou seja, no momento do *acesso* aos dados. Com efeito, tal acesso no inquérito, como vem configurado na LCC, não depende, em regra, de qualquer intervenção do JIC, pois quer o respetivo artigo 15.º (pesquisa informática) quer o artigo 14.º (injunção), pressupostos da apreensão do correio eletrónico e registos semelhantes prevista no artigo 17.º, não o exigem senão quando estão em causa determinados sigilos. Da nossa parte, julga-se que um controlo prévio de um juiz se impõe como regra, não apenas para a apreensão dos dados, mas para o acesso aos mesmos, desde logo para evitar os *prejuízos irreparáveis* *supra* mencionados. Apenas um procedimento que inclua tal controlo estará em integral conformidade com a Constituição da República Portuguesa<sup>58</sup>.

Por seu turno, como já foi salientado por alguma doutrina, mas sem retirar, estamos em crer, as consequências juridicamente devidas, o conteúdo de comunicações eletrónicas interpessoais, em termos de privacidade, pode ser menos ou mais privado do que qualquer outro ficheiro armazenado num sistema informático, como por exemplo registos médicos, informações bancárias ou fotografias de natureza íntima<sup>59</sup>. Ora, se assim o é, como nos parece ser, por que é que o acesso a dados informáticos em geral (e não apenas aos dados referentes a comunicações interpessoais) não está condicionado a uma avaliação prévia de um juiz? Como tentamos demonstrar no início do presente texto, atenta a atual transversalidade dos sistemas e dados informáticos na vida quotidiana, a probabilidade de uma grave ingerência em direitos fundamentais com o mero acesso a um sistema informático é elevada.

De qualquer forma, uma coisa parece ser certa, é necessário esclarecer estes aspetos do regime de acesso e apreensão de dados informáticos, em especial, quando

<sup>58</sup> Por isso se compreende que PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, mesmo após a entrada em vigor da LCC, por cautela, defende, «sempre que for apreendido um computador, o MP deve fazer intervir o juiz de instrução antes de investigar o conteúdo do computador, pois é previsível que ele contenha comunicações eletrónicas mesmo que já tenham sido lidas», *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 4.ª ed., 2018, pp. 548.

<sup>59</sup> DUARTE RODRIGUES NUNES, cit., *supra* nota 47, p. 142.

relativos a comunicações eletrônicas interpessoais, delimitando de forma clara as funções do JIC e do Ministério Público<sup>60</sup>.

Se tivermos em vista melhorias ao nosso regime de prova digital, cremos que haverá também que ser mais exigente com o próprio despacho que autoriza o acesso aos dados informáticos contidos em sistemas informáticos prevendo-se, em especial, os *termos e a extensão* da pesquisa, que, recorde-se, visará sempre dados *específicos e determinados* (artigo 15.º, da LCC). Desta forma evitar-se-á, por um lado, injustificadas devassas à privacidade e, por outro, indesejadas dispersões investigatórias. Tal despacho, tal como ocorre em Espanha, poderá, inclusive, autorizar a cópia em condições necessárias para assegurar a integridade dos dados e respetiva preservação, inclusive, para efeitos de perícia informática (n.º 1 do artigo 588 *sexies c*, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). Ainda neste âmbito, reconhecendo a importância que os sistemas informáticos assumem no quotidiano de qualquer pessoa, o Legislador espanhol não deixou de prever que a apreensão dos suportes físicos deve ser evitada quando substituível por cópias fidedignas (n.º 2 do artigo 588 *sexies c*)<sup>61</sup>.

Por último, também se poderá aprender com o regime espanhol quanto ao apagamento e eliminação dos dados existentes nos sistemas informáticos utilizados na obtenção de prova digital. Em tal regime, após a eliminação dos dados daqueles sistemas determinada ordenada no fim do processo, prevê-se a conservação e guarda (pelo *secretario judicial*) de uma cópia dos mesmos por um período de cinco anos, de modo a restringir a ingerência nos direitos fundamentais, sem descuidar os direitos de defesa (artigo 588 *bis k*)<sup>62</sup>.

Em sede de prova digital haverá, pois, bastante a aprender com este sistema e outros que nos são próximos, quer na tutela de valores fundamentais que nos são comuns, quer em novos meios de obtenção de prova digital.

<sup>60</sup> Neste sentido, RUI CARDOSO, cit., *supra* nota 56, p. 178.

<sup>61</sup> A propósito do sistema espanhol, veja-se, JUAN CARLOS ORTIZ-PRADILLO, «The new regulation of technology-related investigation measures in Spain», *Era Forum*, 2017, pp. 425-435; INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA, «Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos Informáticos», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 24, 2017, pp. 64-76 (<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78850913006>), acedido em 25-03-2021. Em sentido crítico, no que se refere ao acesso e apreensão de comunicações eletrônicas interpessoais, MARÍA JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ, «El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)», *Revista de Derecho Político*, 2017 (<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/20702/17177>).

<sup>62</sup> No sistema francês, prevê-se, inclusive, o apagamento definitivo, após a realização de uma cópia, de dados informáticos do sistema informático original, encontrados durante uma busca (simultaneamente física e informática), quando os dados são ilegais ou perigosos (artigo 56, parágrafo 6, do *Code de Procédure Pénale*). Sobre a pesquisa informática no sistema francês, veja-se, ALEXANDRE ROUSSELET-MAGRI, «Les perquisitions “informatiques” à l’épreuve du principe de souveraineté, dans un contexte de mondialisation du stockage de données: Étude comparée en droit français et états-unien», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2018/4, pp. 659-676. Veja-se, ainda, ETIENNE VERGÈS, «Procédure pénale», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016/3 (DOI: 10.3917/rsc.1603.0551), pp. 551-564, acedido em 25/03/2021.

## Buscas *online*

Tiago Caiado Milheiro

### Sumário:

- I. Introito
- II. A ENCC e as referências às buscas *online*
- III. Direito comparado
- IV. Convenção do Cibercrime
- V. Lei portuguesa
- VI. Controvérsia
- VII. Da necessidade da alteração legal e sua inserção sistemática
- VIII. Conclusões e sugestões

**RESUMO:** O documento de estratégia nacional na luta contra a corrupção frisa a necessidade de revisitar a Lei do Cibercrime, no domínio dos métodos de investigação em ambiente digital, fazendo expressa referência à busca *online*. É, essencialmente, sobre esta que irá incidir o presente artigo, percorrendo o direito comparado, o seu enquadramento na convenção do cibercrime e lei portuguesa, a celeuma que existe sobre a sua admissibilidade. Não se descuidará breves referências a outros métodos de investigação em ambiente digital, que importa distinguir da busca *online*. Finalizar-se-á com conclusões e sugestões que se entende relevantes para a discussão de uma alteração legislativa neste domínio.

### I. Introito

O presente artigo irá debruçar-se sobre as denominadas buscas *online*, de uma forma sintética, espalhando-se por cinco tópicos: *a)* as referências que nesta matéria são feitas no documento de estratégia nacional na luta contra a corrupção (dora-vante designado ENCC); *b)* direito comparado; *c)* convenção do cibercrime; *d)* lei nacional; *e)* controvérsia; *f)* da necessidade de alteração e sua inserção sistemática; *g)* conclusões e sugestões.

### II. A ENCC e as referências às buscas *online*

Escreve-se na p. 60 da ENCC:

«São conhecidas as dificuldades de recolha de prova quando está em causa a investigação da corrupção e outra criminalidade com a mesma conexas e, em geral, a criminalidade económico-financeira e empresarial. Nestes processos, os meios de prova têm uma forte componente documental, o que, a par da necessidade frequente de realização de perícias financeiras e informáticas e a posterior análise de todos estes elementos, também contribui para a demora na conclusão dos inquéritos. Reconhece-se que foi feito um grande esforço na adoção de medidas destinadas a dotar a investigação de mais recursos e capacitação através, nomeadamente, do recurso a prova produzida em investigações

internas, a ações encobertas, a quebra do sigilo bancário e fiscal e a buscas e pesquisas em ambiente digital. A obrigatoriedade de adoção de programas de cumprimento normativo pelas empresas de média e grande dimensão facilitará certamente a investigação criminal, por via da prova que poderá ser produzida em sede de investigações internas (prova produzida na empresa e pela empresa, sem as dificuldades de acesso de quem tem de a produzir de fora). Importa ainda revisitar a Lei do Cibercrime, no sentido de regular mais adequadamente métodos de investigação em ambiente digital, nomeadamente buscas *online*, salvaguardando sempre que tais métodos deverão necessariamente obedecer às exigências da Constituição relativas à proteção dos direitos individuais. Encontramos exemplos recentes destes novos meios de obtenção da prova no direito espanhol (artigo 588 *septies* da Ley de Enjuiciamiento Criminal, integrado no capítulo “registros remotos sobre equipos informáticos”) e no direito alemão [§§ 100a (Telekommunikationsüberwachung) e 100b (Online-Durchsuchung) do Strafprozessordnung].».

Depreende-se, assim, que se pretende alterar a Lei do Cibercrime (LC), com o objetivo de (melhor) regular (na parte que nos interessa) as buscas *online*, disciplina essa que se afirma que deverá sopesar a tutela de direitos individuais consagrados na CRP. Assinala-se como *ratio* desta proposta as dificuldades de recolha de prova, nomeadamente, documental, quando está em causa a investigação da corrupção e outra criminalidade com a mesma conexão e, em geral, a criminalidade económico-financeira e empresarial, e chama-se à colação o direito comparado, concretamente o direito espanhol e alemão.

É dúvida a ENCC sobre o entendimento que tem em relação à consagração atual, no nosso ordenamento jurídico, das buscas *online*. Se, por um lado, refere «novos meios de obtenção de prova», também menciona que é necessário «regular mais adequadamente». Ou seja, não se percebe se o entendimento é no sentido de que, atualmente, já existe essa possibilidade, mas é necessária uma disciplina normativa mais densa para regular a sua utilização. Ou se considera tratar-se de uma novidade que precisa de ser inserida *ex novo* no nosso ordenamento jurídico.

Nem tampouco revela qual a sua posição sobre o conceito de buscas *online* (a definição jurídica não é unívoca como veremos adiante).

Algo que é claro é que as alterações propostas estão pensadas para serem efetivadas na Lei do Cibercrime (LC). Expressamente, refere a ENCC, que importa «revisitar» essa lei.

Vejam, então, o que nos diz o direito comparado, a convenção do cibercrime, se é justificável a razão aduzida, a definição de buscas *online*, quais as respostas que a atual lei portuguesa dá, a controvérsia que existe sobre a admissibilidade de tal meio de obtenção de prova, se é necessária uma alteração legislativa e qual a melhor inserção sistemática, finalizando com umas breves conclusões e sugestões.

### III. Direito comparado

#### a) Lei espanhola

O artigo 588 *septies* da Ley de Enjuiciamiento Criminal estabelece que o juiz pode autorizar a utilização de dados de identificação e código, bem como a instalação de



um *software* que permita, de forma remota e telemática, o exame à distância «sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos».

Este meio de obtenção de prova circunscreve-se a um catálogo de crimes: crimes cometidos no seio de organizações criminosas, crimes de terrorismo, crimes cometidos contra menores ou pessoas «con capacidad modificada judicialmente», crimes contra a Constituição, de traição e relativos à defesa nacional, crimes cometidos através de instrumentos informáticos ou de qualquer outra tecnologia de informação ou telecomunicação ou de serviço de comunicação.

A ordem judicial tem de especificar: «a) Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida. b) El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información. c) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida. d) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos. e) Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso.»

E admite-se no n.º 3, que quando «los agentes que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo, pondrán este hecho en conocimiento del juez, quien podrá autorizar una ampliación de los términos del registro».

#### b) Lei alemã

O artigo 100b do Código de Processo Penal Alemão (*Stpo*) prevê uma pesquisa *online* que permite a recolha de dados em sistema de tecnologia de informação utilizado por uma pessoa, sem o seu conhecimento, se existirem suspeitas de que cometeu, ou tentou cometer (quando a tentativa é punível), crimes particularmente graves, quando a investigação ou apuramento do paradeiro do referido suspeito, se revele significativamente mais difícil sem a utilização do referido meio de obtenção de prova.

No n.º 2 do referido artigo enunciam-se o catálogo de crimes que admitem o uso desse meio de obtenção de prova, designadamente, crimes de alta traição e ameaça à segurança nacional, organizações terroristas, falsificação de dinheiro e selos, crimes contra a autodeterminação sexual, pornografia infantil, homicídio, ofensas contra a liberdade pessoal, tráfico de pessoas, prostituição forçada, trabalho forçado, roubo de grupo criminoso, roubo grave ou que resulta em morte, extorsão grave, branqueamento de capitais, corrupção, *smuggling* com resultado morte, tráfico de estupefacientes ou contra a lei das armas grave, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra.

Em princípio, a medida só poderá ser dirigida contra o suspeito, mas admite-se no n.º 3 a possibilidade de uma intervenção em sistemas de tecnologia da informação de outras pessoas se aquele as usa, ou é imperioso para os fins da investigação criminal.

c) Lei italiana

O artigo 247.º, n.º 1 *bis*, do Código de Processo Penal Italiano (*Codice de Procedura Penal*), firma a possibilidade de pesquisa de dados, informações, programas de computador ou vestígios, pertinentes para a investigação do crime, que se encontrem em sistema informático, e ainda que protegidos por medidas de segurança.

d) Lei francesa

O Código de Processo Penal francês (*Code de Procedure Penale*), no parágrafo 4, da secção 6, do capítulo II, título do XXV do livro IV, referente ao crime organizado, estatui técnicas especiais de investigação, preceituando o artigo 706-102-1 a possibilidade de utilizar um dispositivo técnico que permite, sem consentimento dos interessados, aceder a dados informáticos, registá-los, mantê-los e transmiti-los.

Dispõe o artigo 706-102-3 sobre a necessidade de autorização, com especificação da infração que motiva o uso da operação, a localização ou descrição detalhada dos sistemas automatizados de processamento de dados, bem como, a duração das operações.

O artigo 706-102-5 admite a possibilidade de um juiz, a pedido do Ministério Público, autorizar a introdução em veículo ou local privado, sem o conhecimento ou sem o consentimento do proprietário ou possuidor do veículo ou do ocupante das instalações ou de qualquer pessoa que tenha direito sobre ele, para a instalação e remoção do dispositivo técnico. Para montagem e remoção do dispositivo técnico o juiz também pode autorizar a transmissão por rede eletrónica de comunicações deste dispositivo.

e) Lei belga

O Código de Processo Penal belga (*Code d'Instruction Criminelle*) estatui no artigo 39*bis*, § 4, que o juiz de instrução (e só este) pode autorizar a busca em sistema informático se for necessário para a descoberta da verdade, se outras medidas forem desproporcionais, ou se existe o risco de que, sem tal pesquisa, as provas sejam perdidas. Em caso de extrema urgência, o juiz de instrução pode ordenar verbalmente, que é confirmado por escrito logo que possível, indicando os motivos da extrema urgência.

Prevê o § 5, sem o consentimento do titular ou utilizador, a remoção temporária de toda a proteção dos sistemas informáticos em causa, se necessário por meios técnicos; a instalação de dispositivos técnicos nos sistemas informáticos em causa com vista à descriptação e descodificação dos dados armazenados, processados ou transmitidos por este sistema.

O § 6 estatui a possibilidade de cópia dos dados armazenados encontrados nos sistemas de computador em questão, utilizando-se meios técnicos adequados para impedir o acesso a estes dados no sistema informático, bem como para garantir a sua integridade. Se os dados constituírem o objeto do crime, ou forem produzidos pelo crime, e se forem contrários à ordem ou moral públicas, ou constituírem um perigo para a integridade dos sistemas informáticos ou dos dados armazenados, processados ou transmitidos através de tais sistemas, podem ser usados meios técnicos apropriados para tornar os dados inacessíveis ou, após ter sido feito uma cópia, para removê-los. Se tal não suceder, e não colocar em causa a investigação criminal,

pode ser autorizada a utilização subsequente da totalidade, ou de parte, dos dados informáticos.

No § 7 do mesmo artigo preceitua-se que, a menos que não seja possível encontrar a sua identidade ou endereço, se informará prontamente o responsável do sistema informático, da busca no sistema informático ou da sua extensão. Se necessário, enviando um resumo dos dados copiados, tornados inacessíveis ou retirados.

Em § 9 estabelece-se os requisitos para aceder a sistemas informáticos de um advogado ou médico, o que apenas pode ocorrer se forem suspeitos de ter cometido ou de ter participado no crime, ou se factos específicos conduzirem à presunção de que terceiros suspeitos de terem cometido o crime, utilizam os seus sistemas informáticos. A medida não pode ser executada sem que o presidente ou o representante da ordem provincial dos médicos, conforme o caso, sejam informados. Essas mesmas pessoas serão informadas pelo Ministério Público dos elementos que considera sigilo profissional. Esses elementos não são registados em ata. Essas pessoas estão sujeitas ao sigilo. Qualquer violação de sigilo é punida de acordo com o artigo 458.º do Código Penal belga.

#### f) Lei suíça

O Código de Processo Penal suíço (*Code de Procédure Pénale Suisse*) menciona no artigo 269 *ter* o «Uso de programas de computador especiais para monitorizar correspondência por telecomunicações», admitindo a introdução de programas de computador especiais para monitorizar correspondência por telecomunicação em um sistema de computador com a finalidade de intercetar e transferir o conteúdo de comunicações e dados de telecomunicações secundários de uma forma não criptografada.

### IV. Convenção do Cibercrime

A Convenção sobre o Cibercrime, do Conselho da Europa (aprovado pela resolução da AR 88/2009, de 15.09, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 91/2009, de 15.09, publicada no *DR* n.º 179, de 15.09.2009), menciona na Secção 2 – referente a «Direito Processual» –, Título 4 – com a denominação «Busca e apreensão de dados informáticos armazenados» –, artigo 19.º, com a mesma epígrafe, nos n.ºs 1, 2 e 3, que «Cada Parte deverá adotar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para habilitar as suas autoridades competentes a efetuar buscas ou de outro modo aceder: *a*) A um sistema informático, ou a parte do mesmo, bem como aos dados informáticos nele armazenados; e *b*) A um suporte informático de dados que permita armazenar dados informáticos; no seu território. 2 – Cada Parte deverá adotar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para assegurar que, sempre que as suas autoridades efetuem buscas ou de outro modo acedam a um determinado sistema informático ou a parte dele, em conformidade com o disposto na alínea *a*) do n.º 1 do presente artigo, e caso existam motivos para crer que os dados procurados estão armazenados noutra sistema informático ou em parte dele, situado no seu território, e que é possível aceder legalmente a esses dados ou que eles estão disponíveis através do primeiro sistema, as autoridades são capazes de rapidamente alargar a busca ou o acesso equivalente ao outro sistema. 3 – Cada Parte deverá adotar as medidas legislativas e outras que se revelem

necessárias para habilitar as suas autoridades competentes a apreender ou de outro modo reter os dados informáticos aos quais se teve acesso nos termos do n.º 1 ou 2 do presente artigo. Essas medidas incluem o poder de: a) Apreender ou de outro modo reter um sistema informático ou parte do mesmo, ou um suporte informático de dados; b) Efetuar e reter uma cópia desses dados informáticos; c) Preservar a integridade dos dados informáticos pertinentes armazenados; d) Tornar esses dados informáticos inacessíveis ou retirá-los do sistema informático acedido».

Releva atentar no relatório explicativo do Conselho da Europa, n.º 185 (cuja versão em português pode ser acedida em [https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS\\_185\\_Portuguese-ExpRep.pdf](https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_Portuguese-ExpRep.pdf) ; e a versão inglesa em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce5b>), de molde a perceber se a Convenção admite as buscas *online* e em que termos. Bem como, qual o seu entendimento sobre o conceito de buscas *online*.

Para uma melhor compreensão, importa ressaltar um conjunto de considerandos explicativos sobre o alcance da Convenção e suas normas.

No ponto 19, assinala-se que o capítulo II, atinente às questões de direito processual, se aplica à *prova eletrónica*. No ponto 23, esclarece-se que *sistema informático* é o um equipamento composto por *hardware* e *software* desenvolvidos para o *tratamento automático de dados digitais*. Mais referindo que esse sistema normalmente é composto por vários dispositivos, distinguindo-se o processador ou unidade central de processamento e os periféricos, sendo que, este último é o aparelho que desempenha determinadas funções específicas de interação com a unidade de processamento, tal como impressora, monitor de vídeo, leitor/gravador ou outro dispositivo de armazenamento. Em 25, alude-se que dados informatizados são dados sob a forma eletrónica ou outra forma diretamente processável. No ponto 132, assinala-se que *as técnicas de investigação devem acompanhar a revolução tecnológica*, e em 133 refere-se como um dos maiores desafios a *volatilidade* dos dados eletrónicos, já que podem ser alterados, transferidos ou eliminados em alguns segundos. E dá como exemplo o caso de um utilizador que efetua o controlo dos dados e que pode utilizar o sistema informático para apagar dados que constituem o objeto de uma dada investigação, destruindo provas existentes. Realça a «rapidez e, por vezes, o sigilo representam frequentemente fatores cruciais para o êxito de uma investigação». Em 134, menciona-se que a Convenção *adapta* medidas processuais clássicas, tal como a busca e a apreensão, ao novo ambiente tecnológico. E, em 135, assinala-se que o objetivo da Secção Direito Processual é viabilizar a obtenção ou recolha de dados para fins de investigações criminais ou ações penais específicas. No 137, refere-se a discussão que existiu entre manter uma linguagem tradicional – «busca» e «apreensão» ou outra mais orientada para o domínio tecnológico («acesso» e «cópia»). Salientando a importância que o *meio eletrónico reflita a evolução dos conceitos* identificando e mantendo as suas raízes tradicionais, existiu uma abordagem flexível que consistiu em permitir que os Estados utilizem quer as noções antigas de busca e apreensão, quer as novas noções de acesso e cópia.

No ponto 184, refere-se que o artigo 19.º, relativo a buscas e apreensão de dados informatizados armazenados, visa a modernização e a harmonização das legislações nacionais relativamente à busca e apreensão de dados informatizados armazenados, para fins de obtenção de provas relacionadas com investigações criminais ou ações penais específicas. O objetivo do artigo 19.º da Convenção é o de estabelecer um

poder equivalente relativo entre a busca e apreensão de objetos tangíveis e os dados armazenados.

Em 186, salienta-se que muitas características da busca tradicional perduram no novo meio tecnológico, como seja, a compilação dos dados ocorre durante o período de realização da busca ou investigação, focalizando-se nos dados existentes até ao momento; a autorização legal para realizar uma busca permanecem inalterados; o grau de convicção ou conhecimento exigido para obter uma autorização legal de busca não difere consoante se trate de dados sob a forma tangível ou sob a forma eletrónica. Da mesma maneira, a convicção e a busca dizem respeito a dados já existentes e que permitirão reunir provas acerca de uma dada infração.

No ponto 188, explicita-se que as autoridades competentes para a aplicação da lei devem ter os poderes necessários para o acesso e a investigação de dados informatizados, contidos quer num sistema informático quer numa parte deste (tal como um dispositivo de armazenamento de dados a ele conectado), ou num suporte de armazenamento de dados independente. Chama à colação a definição de «sistema informático» que designa «todo e qualquer dispositivo ou grupo de dispositivos relacionados ou interligados», afirmando que o parágrafo 1 refere-se à investigação de um sistema informático e dos seus componentes relacionados que podem ser considerados como constituindo, no seu todo, um sistema informático distinto (por exemplo, um computador pessoal em conjunto com uma impressora e outros dispositivos de armazenamento, ou uma rede de área local). Por vezes, os dados que se encontram fisicamente armazenados noutro sistema ou dispositivo de armazenamento, poderão ser acedidos legalmente através do sistema informático alvo de busca, bastando, para esse efeito, estabelecer uma ligação a outros sistemas informáticos distintos. Esta situação envolve ligações a outros sistemas informáticos por meio de redes de telecomunicações, dando como exemplo rede de área alargada ou *internet*.

Em 191, faz-se referência à expressão «busca» ou «acesso». Menciona-se que a utilização do termo tradicional de «busca» traduz a ideia de exercício do poder coercivo por parte do Estado, e indica que o poder mencionado no artigo 19.º da Convenção é análogo à busca clássica. *Busca* significa procurar, ler, inspecionar ou rever dados. Inclui a noção de *pesquisa* de dados e de *análise* de dados. Por outro lado, a palavra *acesso* encerra um significado neutro, mas reflete com maior exatidão a terminologia informática. E refere que ambos os termos são utilizados de forma a conciliar os conceitos tradicionais com a terminologia moderna.

Ainda com interesse, para o objeto do nosso estudo, em 204 alude-se à questão relativa à notificação das partes interessadas acerca da execução de uma operação de busca. Frisa-se que, no mundo virtual, poderá ser menos notória a realização de uma busca e apreensão (cópia) dos dados do que no mundo não virtual visto que, neste último caso, os objetos apreendidos passam a estar fisicamente ausentes. mencionando que legislação adotada por algumas das Partes não prevê a obrigação de notificação no caso do clássico procedimento de busca, assinala-se que a imposição de notificação ao abrigo da Convenção geraria uma discrepância nos termos da legislação das referidas Partes. Mas, por outro lado, chama a atenção que para algumas Partes a notificação pode ser considerada um elemento essencial desta medida, o qual permitiria estabelecer a distinção entre a investigação de dados armazenados, no quadro de uma operação de busca (a qual não se pressupõe ser uma medida tomada de maneira sub-reptícia), e a interceção de dados em curso de transmissão

(sendo esta uma medida sub-reptícia). Pelo que a questão da notificação é remetida à deliberação das Partes, devendo ser analisada à luz das suas legislações nacionais. Não obstante, chama-se a atenção que, caso as Partes ponderem a adoção de um sistema de notificação obrigatória das pessoas visadas, deverá ser tido em consideração o facto de que tal notificação é suscetível de prejudicar a investigação. Uma vez cientes da existência de tal risco, as Partes deverão considerar a possibilidade de adiamento da emissão da notificação.

Ora, afigura-se-nos que a leitura do artigo 19.º da Convenção do Cibercrime, conjugado com o relatório explicativo, não permite concluir que as denominadas buscas *online* estejam excluídas do leque de meios de obtenção de prova que se pretendeu que as Partes contratantes previssem no seu ordenamento jurídico. A busca é prefigurada com o acesso a um sistema informático, em nenhum momento se assinalando, como pressuposto da sua execução, a presença da entidade que irá pesquisar e recolher dados armazenados junto do dispositivo relativamente à qual foi autorizada a busca. Tanto assim que se admite que nem sequer o visado seja notificado do acesso (apelando que as Partes considerem a possibilidade de adiamento da notificação).

O que se assinala, sim, é a necessidade de adaptar meios clássicos de obtenção de prova, como seja a busca, à evolução tecnológica, ajustando conceitos clássicos às novas realidades. E, nessa medida, até considera pertinente manter a terminologia «busca». Ressalta que esta busca digital, tal como a tradicional, visa examinar e recolher elementos de prova, que não são físicos, mas dados informáticos. Excetuando esta destrinça, sobre o objeto da busca tradicional – elementos tangíveis – e da busca em ambiente digital – elementos não tangíveis – o seu dorso estrutural mantém-se: é necessária autorização de entidade competente, incide sobre dados *existentes* armazenados (e daí, como refere o relatório, não se deve apelidar de sub-reptícia, equivalendo-a a interceção de dados em curso de transmissão), visa recolher e compilar dados relevantes, no decurso da diligência que foi autorizada (o que aponta para um momento temporal concentrado e não prolongado no tempo, como sucede com a interceção de comunicações).

Como referimos, a busca visa um determinado sistema informático, não excluindo a possibilidade de tal acesso ser remotamente, ou seja, sem um prévio acesso físico ao dispositivo onde se encontrarão os dados (ou através do qual é possível aceder aos dados, quando não estão ali armazenados). É evidente quando determina que as Partes contemplem a possibilidade de extensão da busca a outros sistemas informáticos, a partir do primeiro sistema informático para o qual foi autorizada a busca. E aqui, cremos, nenhuma dúvida existirá que não se exige qualquer tipo de presença física por parte do técnico que está a realizar a busca.

Em suma, entende-se que a busca *online* é um dos meios de obtenção de prova contemplados na Convenção, a que Portugal está vinculado. Sendo que a Convenção a define como o acesso através de sistemas informático a dados existentes, pelo que, na aceção daquela, busca *online* não abarca monitorizações em tempo real de dados informáticos.

## V. Lei portuguesa

A Lei n.º 109/2009, de 15.09, transpõe para a ordem jurídica interna a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra



sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.

O previsto no artigo 19.º da Convenção do Cibercrime o legislador consagrou-o no artigo 15.º da Lei do Cibercrime (LC). Atribui-lhe na epígrafe a denominação de «Pesquisa de dados informáticos». Não fez uso da terminologia *busca*, embora admitido pela Convenção (não obstante, no n.º 6 refere que a pesquisa deve obedecer às regras de execução das *buscas*), nem *acesso*, terminologia que, conforme assinalado no relatório explicativo da Convenção, terá significado equivalente à palavra *busca* utilizada na Convenção do Cibercrime. Optou-se pela palavra *pesquisa*, que, assinala o referido relatório explicativo, é abarcado por *busca* (conceito que abrange o *acesso*, *pesquisa* e *armazenamento* de dados informáticos).

Preceitua o n.º 1 do artigo 15.º da LC que, quando no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho que se proceda a uma pesquisa nesse sistema informático, devendo, sempre que possível, presidir à diligência. Referindo o n.º 2 que o despacho tem um prazo de validade máximo de 30 dias, sob pena de nulidade. O n.º 3 reporta-se aos casos em que o órgão de polícia criminal pode proceder à pesquisa, sem prévia autorização da autoridade judiciária, e as formalidades subsequentes estão vertidas no n.º 4. Já atento o n.º 5, quando, no decurso de pesquisa, surgirem razões para crer que os dados procurados se encontram noutro sistema informático, ou numa parte diferente do sistema pesquisado, mas que tais dados são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, a pesquisa pode ser estendida mediante autorização ou ordem da autoridade competente.

O artigo 2.º, alínea *a*), da LC define *sistema informático* como qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção e manutenção; e a alínea *b*) estatui que são *dados informáticos* qualquer representação de factos, informações ou conceitos sob uma forma suscetível de processamento num sistema informático, incluindo os programas aptos a fazerem um sistema informático executar uma função.

Se atentarmos na lei, em conformidade com a Convenção do Cibercrime, e pelo menos literalmente, sopesando as próprias definições legais, não existe nenhuma exclusão da busca *online*, ou seja, um acesso remoto a dados informáticos que se encontram num sistema informático.

O que a lei impõe (n.º 1) é que no despacho em que se autoriza a busca (pesquisa, ou acesso, é indiferente a terminologia pois têm o mesmo significado à luz da Convenção conforme seu relatório explicativo) se delimite o sistema informático sobre a qual a mesma vai incidir (sendo certo que este tem a «latitude» explanada na alínea *a*) do artigo 2.º, podendo abarcar dispositivos ou a rede informática). E o n.º 2 exige que o despacho estabeleça um limite máximo *temporal* para execução dessa busca/pesquisa/acesso. Mais determinando o n.º 6 que na execução dessa busca/pesquisa/acesso sejam respeitadas as formalidades relativas à busca clássica (como seja a elaboração de relatório ou entrega de despacho de autorização de busca).

Mas, em nenhum momento a lei impõe que a busca/pesquisa/acesso informática(o) se desenvolva inserida no âmbito de uma busca clássica. Ou que a mesma apenas pode ser realizada na presença física de um sistema informático sobre o qual foi autorizada a pesquisa pela autoridade judiciária. Nem tal consta do n.º 5, que permite a *extensão* da busca/pesquisa/acesso a outros sistemas informáticos que possam ser acedidos a partir do sistema *inicial* sobre o qual recaiu o despacho de autorização. Também aqui não se impõe que, para existir a referida extensão da busca/pesquisa/acesso, tenha existido um *prévio* acesso na presença física de um dispositivo. Na sua letra normativa igualmente se *incluem* os casos em que o sistema inicial é objeto de busca/pesquisa/acesso, remotamente, ou seja, sem um contacto direto entre quem executa a pesquisa e o dispositivo, mas através de meios de comunicação à distância, como seja a *internet*.

E qualquer requisito de *presencialidade* não pode ser inferido do n.º 1, do qual consta que, preferencialmente («sempre que possível»), a autoridade judiciária deverá presidir à diligência. É que o que se exige é a presença *na* diligência. Mas não a presença *perante* o sistema informático sobre o qual irá incidir a busca/pesquisa/acesso. O que é *distinto*. Ou seja, a presença a que alude a norma será assegurada se a autoridade judiciária estiver a acompanhar a busca que está a ser executada remotamente, à distância, pelo técnico qualificado. No *local* onde este se encontrar (ou, nas instalações do tribunal, ou outro local, através de tecnologia que permita esse acompanhamento).

Ou seja, em suma, a lei portuguesa já admite a busca *online*. Um exemplo para clarificar. Existe um telemóvel onde se encontram dados cruciais sobre o local de um atentado bombista que pode matar milhares de pessoas. Esse mesmo telemóvel também tem dados que relevam para a descoberta dos autores de um ataque terrorista que já ocorreu e que está em investigação. Hipóteses: *a)* Busca ao local onde se encontre o telemóvel (residência, veículo, quarto de hotel), e uma busca/pesquisa/acesso ao telemóvel. Teremos uma busca digital (pesquisa/acesso) inserida no âmbito de uma busca clássica; *b)* Revista à pessoa que tem o telemóvel e, posteriormente, uma busca/pesquisa/acesso àquele; *c)* Apreensão do telemóvel (quando o mesmo não se encontre em local não acessível ao público nem na posse de uma pessoa) e posterior busca/pesquisa/acesso ao mesmo; *d)* Busca/pesquisa/acesso *online*, ou seja, remotamente, ao referido telemóvel. As diversas modalidades dependerão das circunstâncias em concreto e da estratégia de investigação.

A admissibilidade da busca *online* não é, contudo, uma interpretação consensual da letra da lei, como veremos no ponto seguinte.

## VI. Controvérsia

Como assinalámos, a interpretação que é feita da lei portuguesa a propósito da busca *online* não é unânime [no entanto, convém frisar, muitas vezes a dissonância parte do conceito que se adota de busca *online*; em outros casos a discussão não é, propriamente, se a lei admite a busca *online*, mas, sim, da sua (des)conformidade com a CRP].

Poder-se-ão sintetizar as seguintes «teses». Existe quem considere que a mesma não está contemplada na lei e, como tal, não é admissível<sup>1</sup>. Aqueles que vislumbram que a lei portuguesa admite a busca *online*, mas apenas no caso do artigo 15.º, n.º 5, da LC, ou seja, «quando no decurso de pesquisa, surgirem razões para crer que os dados procurados se encontram noutro sistema informático, ou numa parte diferente do sistema pesquisado, mas que tais dados são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, a pesquisa pode ser estendida mediante autorização ou ordem da autoridade competente». Ou que apenas a prevê se realizada por agente encoberto no âmbito do artigo 19.º, n.º 2, da LC<sup>2</sup>. Por fim, quem sustente que a redação da lei portuguesa já reconhece a busca *online* no artigo 15.º da LC<sup>3</sup>.

É esta última posição que sufragamos<sup>4</sup>, ressaltando, contudo, que, para nós, busca *online* apenas incide sobre dados informáticos *existentes* e distingue-se de uma *monitorização em tempo real de dados informáticos*<sup>5</sup>.

Respeitando a tese mais restritiva, ou intermédia, segundo o qual a lei não prevê a busca *online*, ou apenas a admite já no decurso de uma pesquisa a um concreto dispositivo, para aceder a outros sistemas informáticos a partir daquele, e/ou por agente encoberto, sustentamos uma tese, digamos, mais ampla.

Esta tese ampla assenta, desde logo, como referimos *supra*, da própria Convenção do Cibercrime, cuja redação, e o próprio relatório explicativo, admite a busca *online*. Ou, se quisermos, pesquisa, acesso, remoto via *online*. Já se notou que são tudo expressões equivalentes: busca, pesquisa, acesso.

<sup>1</sup> RITA CASTANHEIRA NEVES, *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal. Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 272-273 e 284.

<sup>2</sup> JOÃO CONDE CORREIA, «Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter», *Revista do Ministério Público*, 2014, 139, pp. 42 e ss.

<sup>3</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 502. No entanto, note-se que este Autor considera abarcado pela busca *online* a «infiltração» em sistemas informáticos para conhecimento em tempo real de informação. De destacar, também, que suscita questões de inconstitucionalidade, que se prendem com a possibilidade de realização das referidas buscas sem autorização ou validação de um juiz, bem como ausência de restrições ao conteúdo dos dados informáticos que podem ser acedidos. Admite, contudo, uma possibilidade de lograr uma conformação com a CRP, por via do artigo 16.º, n.º 3, da LC, submetendo os dados informáticos íntimos ou privados a validação do juiz. Com a mesma posição no sentido da admissibilidade da busca *online* por via do artigo 15.º da LC, DUARTE RODRIGUES NUNES, «Da admissibilidade da utilização de *benware* no direito português», *Ciberlaw*, edição n.º X, setembro de 2020, pp. 34 e ss. [também este Autor subsume no conceito de busca *online* não só aquela que «consiste num único acesso (*Daten-Spiegelung*)», mas também a monitorização em tempo real, a que «ocorre de forma contínua e prolongada no tempo (*Daten-Monitoring*)», mas em relação a esta sustenta que o «art. 15.º deverá ser interpretado de forma hábil, de molde a apenas serem admissíveis buscas *online* na modalidade de *Daten-Monitoring* nos casos em que também fosse admissível lançar mão da intervenção nas comunicações eletrónicas nos termos do art. 18.º da Lei n.º 109/2009, aplicando-se *mutatis mutandis* o respetivo regime jurídico»].

<sup>4</sup> TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, 3.ª edição, fevereiro de 2021, Coimbra: Almedina, p. 860, e *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo III, 1.ª edição, 2021, Coimbra: Almedina, p. 803.

<sup>5</sup> Reiterando-se que muitas das posições díspares advêm de um conceito distinto de buscas *online*, pois há quem as equipare a monitorizações em tempo real, quer episódicas, quer se prolonguem no tempo.

E como igualmente se ressaltou, a utilização da terminologia *busca* no artigo 19.º da Convenção do Cibercrime corresponde, *essencialmente*, ao artigo 15.º da LC, onde se usa a palavra *pesquisa*. O que, também, é sintomático de que a Convenção abarca na *busca* as *pesquisas*, e *acessos*, a um sistema informático para recolher dados informáticos pertinentes, não distinguindo em nenhuma parte do seu texto normativo os acessos por via da ligação a um dispositivo físico, na *presença* do mesmo, ou, se quisermos, na pressuposição de um contacto *direto* com aquele que procede à pesquisa, e *outros* realizados *remotamente* por *internet*. E onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Essa mesma ausência de destrinça ocorre na lei portuguesa. Apenas se menciona a *pesquisa* em sistema informático. O artigo 15.º, n.º 1, da LC não firma qualquer limitação ao modo como deve ocorrer. Nomeadamente, não exige que o acesso ao sistema informático pressuponha um prévio acesso a um dispositivo físico onde, supostamente, se encontrem os dados informáticos que interessam à investigação.

O que dita a lei é que a pesquisa pode ser autorizada «quando no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático». São estes os pressupostos. As regras que legitimam uma pesquisa: obter dados informáticos *específicos e determinados*, armazenados num *determinado* sistema informático.

A *determinabilidade* prende-se com a *identificação* dos dados informáticos que se pretende obter e do sistema informático onde se encontrem. Indicando a prova que permite sustentar indiciariamente essa convicção.

E, se respigarmos os conceitos de *dados informáticos* e *sistema informático* no artigo 2.º, alíneas *a*) e *b*), da LC, também nenhuma limitação se estabelece no que se reporta a busca/pesquisa/acesso.

Aliás, sobre o *âmbito* deste meio de obtenção de prova menciona o n.º 1 do artigo 15.º da LC que «a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho que se proceda a uma pesquisa nesse sistema informático». Ou seja, para além de imposição da *individualização* do sistema informático onde irá incidir a pesquisa, em nenhum ponto da lei se veda que o acesso seja remoto, por meios de comunicação à distância. Somente se estipula que pode ser autorizada, ou ordenada, uma pesquisa num sistema informático onde, previsivelmente, se encontrem dados informáticos que relevam para a investigação, que ali estejam *armazenados* (ou seja, já *existentes*). Sendo que o artigo 2.º, alínea *a*), da LC define *sistema informático* como qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção e manutenção. Ou seja, a amplitude da definição de sistema informático tanto *inclui* o *dispositivo* onde se encontrem dados informáticos armazenados ou, através dos quais, se possa ter acesso (telemóveis, *i-pads*, relógios, televisões, etc.), como o «local» onde se encontrem, *independentemente* do dispositivo físico.

Reafirma-se. A pesquisa no sistema informático, como previsto na lei portuguesa, não se circunscreve a um sistema informático que se encontre em dispositivo a que previamente se tem de ter um acesso «físico» para realizar a pesquisa. A letra nada

disso refere. Ou seja, a transposição foi exatamente nos termos permitidos pela Convenção do Cibercrime e, mais concretamente, o artigo 19.º

E, também, não se pode inferir um pressuposto «implícito» de presencialidade entre a entidade que executa a pesquisa e o sistema informático, pela parte final do n.º 1 do artigo 15.º da LC. O que se impõe é a presencialidade de uma autoridade judiciária, sempre que possível. Tal como numa busca tradicional se exige que, sempre que possível, deva presidir à diligência (artigo 174.º, n.º 3, do CPP). Mas presidir à diligência nada diz quanto ao modo de executar a pesquisa. A autoridade judiciária também pode presidir à realização de uma busca *online*, apresentando-se no local onde a mesma se irá tecnicamente realizar, perante os técnicos que a irão efetivar (nada, impedindo, inclusive, que presida por meios de comunicação à distância, caso se assegure que é possível um efetivo acompanhamento, similar ao que resultaria da sua deslocação ao local onde se realiza a busca *online*). Presidir nada tem a ver com a necessidade de uma presença física *perante* o dispositivo que contenha dados informáticos.

E o mesmo relativamente ao n.º 5 do artigo 15.º da LC. Relembre-se que, segundo este n.º 5, quando no «curso de pesquisa, surgirem razões para crer que os dados procurados se encontram noutro sistema informático, ou numa parte diferente do sistema pesquisado, mas que tais dados são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, a pesquisa pode ser estendida mediante autorização ou ordem da autoridade competente».

Estamos perante uma *extensão* de uma pesquisa. Ou seja, inicialmente a pesquisa foi ordenada ou autorizada para um *determinado* sistema informático, mas, no desenrolar desta, percebe-se que os dados informáticos pertinentes estão em *outra* parte do sistema informático relativamente ao qual inicialmente foi decidida a busca/pesquisa/acesso ou em *outro* sistema informático (não está no computador A, mas no B, não está no telemóvel, está numa *pen drive*, não está armazenado no dispositivo, mas está numa *cloud* ou numa rede partilhada *online*). Também aqui a lei não estabelece qualquer impedimento da busca *online*. O que se salienta é que o sistema informático para o qual se pretende estender a pesquisa, e onde se crê que se encontrem dados pertinentes, pode ser legitimamente acedido a partir do sistema inicial sobre o qual incidiu a pesquisa. Ou seja, parece indubitável que se admite um acesso *remoto* (ou, se quisermos, um acesso *online*), tal como o faz a Convenção do Cibercrime, se for necessário «expandir» a pesquisa, mas não se afirma que a pesquisa *inicial* tenha de ter ocorrido mediante a presença física do dispositivo físico a que se acedeu.

Em suma, o n.º 5 do artigo 15.º da LC permite subsumir na sua letra a extensão de uma busca *online* inicialmente autorizada ou ordenada.

Aliás, a admissibilidade de recolha de dados informáticos através de busca/pesquisa/acesso *online* é coerente com as demais normas que permitem essa recolha, por vias que não pressupõem um contacto direto com qualquer dispositivo.

Assim, o artigo 12.º, n.º 1, da LC permite a *preservação* expedita de dados informáticos «específicos armazenados num sistema informático», «em relação aos quais haja receio de que possam perder-se, alterar-se ou deixar de estar disponíveis» «a quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados», permitindo que a preservação também possa ser «ordenada pelo órgão de polícia criminal mediante autorização da autoridade judiciária competente ou quando haja urgência ou perigo na demora». E, principalmente, no artigo 14.º, n.º 1, da LC admite-se uma «injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados», ordenando a «quem tenha



disponibilidade ou controlo» de «dados informáticos específicos e determinados», necessários para produzir prova visando a descoberta da verdade, «armazenados num determinado sistema informático», «que os comunique ao processo ou que permita o acesso aos mesmos, sob pena de punição por desobediência.» Salvaguardando o n.º 5 que a injunção não pode ser dirigida a suspeito ou arguido nesse processo. Injunção essa, que atento o n.º 6, não pode igualmente fazer-se quanto a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia, das atividades médica e bancária e da profissão de jornalista, aplicando-se, nestes casos, o regime de segredo profissional ou de funcionário e de segredo de Estado previsto no artigo 182.º do Código de Processo Penal, com as necessárias adaptações.

Ou seja, nestes casos a recolha de dados informáticos pode-se realizar sem qualquer presença física de dispositivo. E, inclusive, mesmo sem o conhecimento do visado, ou seja, aquele que gerou os dados informáticos ou que, por qualquer forma, estivessem com o mesmo relacionado. A «busca»/pesquisa/acesso pode ser realizado *online* (remotamente), pela entidade que tem a disponibilidade, ou controlo, de um sistema informático onde se encontram dados informáticos relevantes. Por exemplo, será o caso do acesso ao computador de um trabalhador, pertença da empresa, que trabalha em rede. Poderá ser pedido a essa empresa que comunique determinados dados informáticos, pressupondo uma prévia pesquisa por parte desta. Em suma, os pedidos de preservação, ou de injunção, para acesso, ou disponibilização, já consubstanciam uma «busca»/procura de dados informáticos relevantes, sem o conhecimento daquele sobre qual existe um direito à autodeterminação informacional (no exemplo dado, o trabalhador). O mesmo se diga no pedido de comunicação a um prestador de serviço de dados informáticos que estão numa *cloud*. Ou a uma empresa de segurança que regista dados informáticos por via de GPS instalado em veículos.

Tudo isto se trata de recolha de informação que pode ser *oculta*. Ou seja, não livremente acessível e sem o conhecimento dos visados pela investigação, nomeadamente, daqueles que usam os dispositivos que geram tais dados informáticos.

Mas não se pode apelidar de um método de investigação *semelhante* a uma interceção de comunicações. Aqui trata-se de ingerências que se prolongam no tempo, desconhecendo as pessoas em absoluto a existência das interceções, não sendo notificadas da realização das mesmas (apenas sabendo da sua existência após cessação de segredo de justiça ou dedução de acusação). Para além de que se trata de elementos probatórios que são obtidos em tempo real.

Nas buscas *online* recolhem-se dados informáticos *existentes*<sup>6</sup>. Dados já gerados e que se encontram armazenados num sistema informático. O que cada vez mais é a realidade preponderante, sendo que, a curto prazo, pouco «sobrará» para os documentos físicos. O que impõe uma *adaptação*. Nomeadamente, de instrumentos tradicionais como a busca, como chama a atenção o relatório explicativo da Convenção do Cibercrime. E, por isso mesmo, salientou a vantagem de utilizar a terminologia busca. A busca a sistemas informáticos, que tanto pode ser através de acesso a um dispositivo físico ou remotamente.

<sup>6</sup> Pelo que, não se deve confundir uma busca *online* (que consiste numa diligência realizada de forma contínua, num período temporal circunscrito, para aceder a dados armazenados), com uma *monitorização* em tempo real, nomeadamente, com recurso a *malware*, que se prolonga no tempo e permite aceder a dados informáticos que, entretanto, surjam.



Não se pode, sequer, concluir que o nível de invasão de uma busca *online* seja mais gravoso por ser um acesso remoto. Por exemplo, a autorização de uma busca domiciliária para apreender um computador implica afronta a reserva da vida privada, tranquilidade de um domicílio, exposição pública. Ao qual acresce a compressão da autodeterminação informacional e tutela de sistema informático, com acesso ao computador, muitas vezes com a apreensão física deste (com efeitos negativos que daí podem emergir).

Perante isto, não cremos que se possa afirmar que a busca *online* ao sistema informático desse computador seja, *necessariamente*, mais compressora de direitos fundamentais. Dependerá do caso em concreto.

Aliás, prosseguindo com o mesmo exemplo, nem sequer se pode dizer que a busca *online* seja um meio *mais* oculto/escondido/dissimulado do que a busca clássica. É que, conforme assinalámos, aquando da busca clássica pode não se encontrar ninguém na habitação, o que não impede a sua realização. Nestes casos, por exemplo, o visado só tem conhecimento da mesma depois de regressar à habitação, ou de ser avisado pela pessoa a quem foi entregue o mandado de busca.

Acresce que, também, na busca *online* se tem de dar conhecimento da mesma. Refere o artigo 15.º, n.º 6, da LC, que são aplicáveis as regras de execução das buscas. Não existindo norma expressa para as buscas *online*, é possível, com as devidas adaptações do artigo 176.º do CPP, concluir que deverá ser notificado aquele que tem a disponibilidade do sistema informático, bem como o visado, se tal for possível.

Naturalmente que, quer a busca tradicional, quer a busca *online*, terão de ter um certo nível de surpresa para ter efeito útil. Em ambas as situações o conhecimento antecipado por parte do visado poderia implicar o insucesso da diligência pela ocultação/danificação/adulteração de elementos probatórios de relevo.

Na busca tradicional, a chegada física das forças de segurança ao local evita, na medida do possível, tentativas de dissipação, danificação ou destruição de prova. O sucesso depende, assim, de um efeito surpresa aliado à inexistência de um aviso prévio. A fuga de informação pode ser fatal para o sucesso da diligência. A notificação do despacho de busca ocorre, em regra, com a execução da busca, porque com a presença das autoridades no local fica reduzida a possibilidade de destruição de prova.

Inexistindo regras específicas quanto à busca *online*, mas assente na mesma *ratio* do que as buscas clássicas, terá de se manter o efeito surpresa e ausência de aviso prévio. Daí que a notificação deve existir, mas (por regra) após a realização da busca *online*. Tal não significa que esta seja mais oculta. A imposição de notificação permite o *conhecimento* da mesma. O facto de ser posterior à realização da busca, reitera-se, não a torna mais oculta do que uma busca clássica. É que aqui, como referimos, pode não se encontrar ninguém no local. Mas, mesmo que esteja, não pode impedir a busca. Ou seja, para sermos mais claros, ter conhecimento da busca a *posteriori*, ou antes do início da mesma, na prática, e normalmente, redundam no mesmo. Apenas será de conceber a possibilidade de uma notificação simultânea à execução da busca *online* se tal for tecnicamente viável e não colocar em causa o sucesso da diligência.

Também o nível de devassa será idêntico, ou até superior, ao de uma busca clássica e pesquisa através de dispositivo físico. Aceder ao computador fisicamente, ou remotamente, implica o *mesmo* nível de conhecimento de dados informáticos que ali se encontram armazenados.

Na pesquisa informática a limitação do conhecimento ao mínimo indispensável não está tanto relacionada com a diligência em si, mas assenta, essencialmente, no despacho de autorização, ou seja, da densificação dos dados informáticos que se procuram lograr. Inclusive, circunscrevendo palavras-chave que podem ser usadas para delimitar a busca e o acesso a dados informáticos (igualmente, nessa medida, pode ser menos gravosa do que uma busca clássica, em que poderá existir a necessidade de consulta de *todos* os documentos físicos que se encontrem num local para triar os que são relevantes para o processo).

Também não se vislumbra que a busca *online* implique a utilização de meios mais «enganosos», mesmo que implique a instalação de *software* para tornar sistemas de proteção.

Não é, propriamente, o engano que está em causa. Mas, sim, o uso da força necessária para concretizar uma busca. Força essa que está presente em muitas outras diligências de prova.

Na verdade, a pesquisa informática a um computador apreendido numa busca pode implicar a necessidade de ultrapassar barreiras de acesso ao mesmo, como seja, *passwords*, encriptação ou outros sistemas de segurança de acesso a dados informáticos.

E tal como numa busca clássica ninguém coloca em causa o uso de força física para concretizar a mesma (arrombamento de portas, cofres, destruição de paredes, etc.), o arrombamento na busca *online* é de índole informática. Não se quebra um cadeado, mas sim uma *password*, não se desativa o alarme da habitação, mas sim a proteção informática, não se descodifica um código para aceder ao cofre onde está o produto estupefaciente, mas operam-se diligências de descriptação.

Ou seja, a «força» utilizada é adaptada à nova realidade informática. E, repare-se, na busca clássica não se descreve a dimensão da força física que é utilizável. Esses limites advêm do artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Limites esses que também o são para o uso da «força tecnológica».

Por outro lado, não existe qualquer monitorização que se prolonga no tempo. Tal como uma busca clássica, a diligência de busca *online* deve ser realizada numa *determinada* data (mais nunca 30 dias após o despacho), iniciando-se e terminando após a sua realização. Não dá o direito a múltiplas buscas *online* (o que não quer dizer que não possa ser pedida nova busca, mas fica dependente de um novo despacho judicial). Ou buscas diárias *online* durante 30 dias. A busca após ser iniciada deve ser executada, e após serem recolhidos os dados informáticos pertinentes que for possível, deve ser encerrada. E disso se lavrará auto, que ficará junto aos autos. E, se necessário, existindo dados informáticos sensíveis, deve ser apresentado a juiz para autorizar a sua junção (artigo 16.º, n.º 3, da LC: «Caso sejam apreendidos dados ou documentos informáticos cujo conteúdo seja suscetível de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respetivo titular ou de terceiro, sob pena de nulidade esses dados ou documentos são apresentados ao juiz, que ponderará a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto»).

Acresce que, tal como nas diligências de preservação ou de injunção se acentua na letra da lei a sua necessidade pelo perigo de se *perderem* dados informáticos relevantes para a investigação, a mesma *ratio* está subjacente numa busca *online*. A evolução tecnológica torna cada vez mais possível que o alerta despolete uma destruição de *prova digital*.

Por fim, note-se que não se deve confundir as ações encobertas, previstas no artigo 19.º da LC, com as buscas *online*. Nem tampouco que o n.º 2 do artigo 19.º da LC é o equivalente a uma busca *online*. As ações encobertas previstas na LC são especiais em relação ações encobertas contempladas na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, por se desenvolver em ambiente digital. Ao invés de se mover no terreno, presencialmente, em contacto direto com os suspeitos, o agente encoberto «navega» pelo mundo digital, através de sistemas informáticos. Essencialmente está em causa uma investigação encobrindo a qualidade de agente de autoridade (ou terceiro a seu mando), ganhando a confiança em ambiente digital de possíveis suspeitos, frequentando *blogs*, *chats*, trocando correspondência eletrónica, visitando páginas pessoais e interagindo através de sistemas informáticos.

Toda esta disciplina prevista no artigo 19.º da LC (e na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto) tem de ser conjugada com as demais regras de produção de prova. Assim, por exemplo, um agente encoberto no terreno pode deslocar-se a casa do suspeito a pedido deste, mas já não pode forçar a entrada sem um mandado de busca. O mesmo em ambiente digital. Se o agente encoberto pode angariar prova que advenha dessa interação em ambiente digital (*v.g.*, tendo acesso a documentos disponibilizados pelo suspeito, ou entrando num circuito fechado ou *darkweb* porque lhe é disponibilizada uma *password* em virtude de uso de perfil falso), em relação a outros meios de obtenção de prova terá de respeitar as demais regras processuais.

Por exemplo, pode relevar que o agente encoberto tenha acesso a dados informáticos do suspeito para que o seu perfil falso e interação adquira suficiente consistência visando ganhar a confiança daquele.

Nesse, caso, a busca *online* (que lhe permitirá ter acesso aos dados informáticos existentes que necessita) é a do artigo 15.º da LC, e submetida aos requisitos ali verificados. Ou seja, se pretender uma busca forçando a entrada em sistema informático deve respeitar o ritualismo da pesquisa *online*.

Não se veja no n.º 2 do artigo 19.º da LC uma imposição das regras previstas para a interceção de comunicações em todas as situações de buscas *online*. O que refere é que sendo «necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a interceção de comunicações».

Necessidade que tem por reporte a realização de ações de agente encoberto previstas no n.º 1. Naturalmente que este n.º 2 não incide sobre interceções em tempo real de comunicações. Para isso, já existe o artigo 18.º da LC. E, como referimos, o desenvolvimento das funções de agente encoberto implica a compatibilização com as normas processuais que preveem a utilização de outros meios de obtenção de prova.

O espaço normativo de operatividade do n.º 2 (apesar de estar pouco densificado) prende-se com o próprio desenvolvimento das funções de agente encoberto em ambiente digital. Ou seja, um agente «escondido» em sistemas informáticos, para tentar angariar prova relevante. Em suma, o que está em causa no n.º 2 serão monitorizações em tempo real, com recurso a meios e dispositivos informáticos, que podem envolver *malware*<sup>7</sup>. E têm por fito o acesso a dados informáticos que se vão gerando, que, pela intensidade da intrusão, pelo maior prolongamento no tempo,

<sup>7</sup> DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017, páginas 344 e 345, 346; também apontando que a lei prevê a possibilidade de uso de *malware* nas ações encobertas, JOÃO CONDE CORREIA, *cit.*, p. 43.

e acompanhamento dos dados informáticos que vão surgindo num determinado sistema informático, se equivalem, em termos de método oculto de investigação, às interceções de comunicações e, daí, a remissão para o seu regime. Este sim é um método que o relatório explicativo da Convenção apelida de sub-reptício (por contraposição com a busca *online* que se incide sobre dados informáticos *existentes*, definido como não sub-reptício).

## VII. Da necessidade da alteração legal e sua inserção sistemática

E aproximando-nos do fim desta breve análise, relembremos, novamente, o que se exarou na ENCC: «Importa ainda revisitar a Lei do Cibercrime, no sentido de regular mais adequadamente métodos de investigação em ambiente digital, nomeadamente buscas *online*, salvaguardando sempre que tais métodos deverão necessariamente obedecer às exigências da Constituição relativas à proteção dos direitos individuais.»

Relativamente aos métodos de investigação em ambiente digital que têm merecido mais celeuma estão as buscas *online* e a monitorização de dados informáticos em tempo real, nomeadamente, através de uso de *malware*.

Os dois institutos não se confundem, como já assinalámos *supra*. A busca *online* está prevista no artigo 15.º da LC, por todos os argumentos já aduzidos. E a monitorização em tempo real difere do conceito de busca, e apenas está previsto no decurso de ações de agente encoberto, no artigo 19.º, n.º 2, da LC.

Em síntese, a busca pressupõe a recolha de dados informáticos já existentes, é realizada de modo contínuo, num espaço temporal limitado. A monitorização prolonga-se no tempo, e permite o acesso e recolha em tempo real de dados informáticos que venham a ser gerados num sistema informático.

Posto isto, e embora não seja claro, aparenta que na ENCC não se nega que esses métodos de investigação em ambiente digital já existem (pelo menos a busca *online*, a que se refere diretamente), mas assinala que precisam de ser regulados mais adequadamente, «salvaguardando sempre que tais métodos deverão necessariamente obedecer às exigências da Constituição relativas à proteção dos direitos individuais».

Maior regulação, pois, que se prende com uma conformação com a CRP.

Centremo-nos na busca *online*, que é objeto do presente estudo.

Dir-se-á que a controvérsia não advém, propriamente, da letra da lei, mas sim se o normativo legal é suficiente para afirmar a conformidade com a CRP.

Cremos que a atual lei, numa interpretação normativa conforme à CRP, permitirá lograr um resultado satisfatório na tutela dos direitos fundamentais comprimidos, mas não se deixa de reconhecer que, atenta a controvérsia (e porque existem questões cuja remissão para o regime da busca clássica se pode revelar insuficiente), uma maior densificação permitirá uma maior clarificação, segurança e potenciará uma maior utilização (e, simultaneamente, uma maior tutela de direitos fundamentais).

A menção a autoridade judiciária no n.º 1 do artigo 15.º da LC adveio da transposição da Convenção do Cibercrime. Como se explicou, no relatório explicativo este conceito aberto visava a adaptação às diversas legislações, mas, essencialmente, o que se pretendia acautelar era uma sindicância por um terceiro com competência para decidir de acordo com as regras do país aderente.

No caso das buscas *online*, estando em causa uma entrada forçada num sistema informático, ou seja, independentemente do consentimento do visado, remotamente,

a afronta ao direito de autodeterminação informacional, tutela de sistema informático, proteção de dados, reserva da vida privada, personalidade, é de tal intensidade que justifica a intervenção de um juiz.

Em suma, uma interpretação conforme à CRP do n.º 1 do artigo 15.º da LC justifica que se faça uma leitura restritiva de autoridade judiciária, equivalendo-a a juiz.

Por outro lado, a busca *online* não é um livre-trânsito de acesso através de ambiente informático. Como emerge do artigo 15.º, n.º 1, da LC, o sistema informático e os dados informáticos devem estar *determinados*. Ou seja, a determinabilidade é um requisito contemplado na lei expressamente em relação à busca *online*, de modo a limitar a «invasão» informática ao mínimo indispensável.

Desde logo, deve ser *identificado* o sistema informático sobre o qual vai incidir a busca *online*, e apenas sobre esse a diligência se pode desenvolver (sem prejuízo da possibilidade de extensão do n.º 5, também sujeita a autorização judicial). Delimitação importante para densificar a proporcionalidade do grau de intrusão.

Concluindo, a exigência prevista no artigo 15.º, n.º 1, da LC, alinha a norma com as exigências da CRP, nomeadamente as que emergem do artigo 18.º, n.º 2.

Conformidade com a CRP que, também, resulta de outros requisitos previstos na lei.

Vejamos.

O despacho que autoriza uma busca *online* deve ser fundamentada (artigos 97.º, n.º 5, do CPP e 205.º da CRP). Desde logo, conforme resulta literalmente do n.º 1, devem ser aduzidos os argumentos pelos quais se considera a diligência necessária para a descoberta da verdade material.

Embora não o refira expressamente, esse dever de fundamentação, numa interpretação conforme à CRP, não se basta com a alusão ao princípio da necessidade, mas deve motivar, também, o juízo de proporcionalidade, adequação, não excesso, previstos no artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Já referimos que uma busca *online* não é, necessariamente, mais gravosa do que, por exemplo, uma pesquisa informática que implique a entrada à força numa habitação, ou revista de uma pessoa, nomeadamente, com uso de força. Nem, necessariamente, será mais oculta (basta pensar nos casos de buscas clássicas em que, por não se encontrar ninguém no local, poderá ser realizada sem conhecimento do visado). De todo modo, se, no caso concreto, pela extensão do pedido de busca, se entender que a busca *online* é mais compressor do que a busca clássica, e se *ambas* realizarem as finalidades, deverá apenas autorizar-se uma pesquisa informática com acesso físico ao dispositivo.

Acresce que em nenhuma parte do artigo 15.º da LC se equipara a diligência a uma monitorização de dados informáticos *em tempo real*.

Apesar do legislador português ter optado pela terminologia de um conceito mais moderno, ajustado ao sistema informático, ou seja, *pesquisa*, já se mencionou que a Convenção do Cibercrime até preferia o uso do termo clássico *busca*, mais ajustada aos tempos modernos. Aliás, equiparação a busca que o próprio legislador acaba por admitir quando no n.º 6 do artigo 15.º refere que à pesquisa «são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras de execução das buscas previstas no Código de Processo Penal e no Estatuto do Jornalista».

Por definição, e conforme se assinala no relatório explicativo da Convenção do Cibercrime, a busca nada tem a ver com monitorização *em tempo real*, mas consiste numa diligência de procura e recolha de dados informáticos *existentes*.



O n.º 1 do artigo 15.º da LC já impõe a determinabilidade dos dados informáticos que se pretendem recolher com a busca *online*. É certo que não estatui a lei como se pode proceder a essa delimitação dos dados informáticos. Mas, numa interpretação em conformidade com a CRP, o que resulta é que terá de ser uma concretização suficientemente densa, que permita concluir pela inexistência de uma desproporcionalidade entre o acesso (quase inevitável) a dados informáticos não relevantes para investigação e aqueles que sejam relevantes. O que pode suceder através de uso de programas informáticos que permitam a triagem pelo uso de termos de pesquisa, também se tendo de justificar aquelas que se consideram relevantes para a pesquisa, de modo a limitar, ao mínimo possível, o conhecimento de dados informáticos que não estejam conexos com o crime em investigação<sup>8</sup>.

A lei exige, também, uma delimitação temporal.

O n.º 2 do art. 15.º da LC *não* refere que a pesquisa possa durar até 30 dias. Pelo contrário, o que menciona, tal como na busca clássica, é que o despacho que a autoriza tem validade de 30 dias, devendo a pesquisa realizar-se neste período, sob pena de nulidade.

Prazo esse que pode ser encurtado pelo juiz. Permite-se, assim, evitar cartas em branco para a realização de buscas *online*, encetadas quando o investigador assim o entendesse, e permitir o respeito pelo princípio da atualidade, de molde que, no momento da execução daquelas, ainda se mantenha atual a análise dos requisitos legais que foi feita por um juiz.

Essa busca deve ser realizada numa única diligência, pelo tempo indispensável à recolha dos dados informáticos que visava a busca. O juiz pode não só delimitar a data na qual se deve realizar a busca (no máximo 30 dias, mas podendo fixar prazo inferior), como, também, precisar o tempo que poder durar a busca *online*, depois de iniciada (X horas, sendo que uma extensão temporal apenas será possível com a autorização *judicial*). E, também, pode presidir à busca *online*, estando presente no local onde os OPC por via informática a irão encetar (ou acompanhando-a por meios de comunicação à distância se tal for tecnicamente possível), colocando todas as objeções, fiscalizando excessos, ou pesquisas que extravasam o despacho de autorização.

Depois, ao abrigo do artigo 99.º do CPP, tem de existir um auto onde se descreve o início e fim da diligência, os OPC (e eventuais técnicos que os auxiliaram) que a realizaram, como se processou a diligência, técnicas utilizadas, resultados de «triagem» com termos de pesquisa, dados informáticos recolhidos. E quanto aos dados informáticos apreendidos ainda poderá existir uma fiscalização posterior pelo juiz nos casos contemplados no artigo 16.º da LC.

Já em relação ao momento e a quem se entrega o despacho que autorizou a busca *online*, mais dúvidas podem surgir, já que o artigo 176.º do CPP não está adaptado à realização de uma busca feita remotamente. A alusão a «com as necessárias adaptações», no n.º 6 do artigo 15.º da LC, implica que se tenha em consideração as particularidades de uma busca *online*. Desde logo, não é possível a entrega *presencial*

<sup>8</sup> Isto, apesar de o juiz, MP ou OPC que a eles tenham acesso estarem vinculados pelo dever de segredo; e, também, sem prejuízo dos conhecimentos fortuitos, desde que, não sejam fraudulentos – por exemplo, os termos de pesquisa visavam a descoberta de prova para outros crimes que não aqueles que justificaram a pesquisa, sendo apenas utilizados como «isco».



da cópia do despacho que pressupõe o artigo 176.º do CPP. Assim, exceto se tal se revelar tecnicamente possível, e não colocar em causa a diligência, a entrega apenas pode ser através dos meios de notificação previstos no CPP, conhecimento que deve ser dado a quem tem disponibilidade do sistema informático (ficando vinculado ao dever de segredo) e, sempre que possível, ao visado.

Em suma, a lei reveste suficiente plasticidade para se lograr uma interpretação conforme à CRP no que se reporta a requisitos e formalidade para a admissibilidade de tal diligência como fonte probatória.

No entanto, vislumbram-se vantagens numa clarificação legislativa da busca *online*, proposta pela ENCC (e que melhor precisaremos nas conclusões).

Em relação à inserção sistemática, concorda-se que seja na LC. Na verdade, poderia equacionar-se da sua inclusão na Lei n.º 5/2002. No entanto, para além da LC concentrar a prova obtida através de ambiente digital (e embora se entendendo que melhor seria ser inserta no CPP), aplica-se a outros crimes que não apenas os relativos à corrupção, pelo que a lógica do sistema aponta para que seja na LC que se introduzam as regulamentações atinentes aos métodos de investigação em ambiente digital.

Por fim, escapa ao objeto deste estudo, a melhor regulamentação, ou previsão na LC, de outros meios de investigação em ambiente digital, reservando-nos a breves alusões no ponto VIII.

De todo modo, o que importa reter é que a busca *online* se distingue da monitorização em tempo real de dados informáticos, ou da atuação de agente encoberto em sistemas informáticos. Bem como da utilização de dispositivos para registar comunicações, imagens e sons, através de sistema informático.

## VIII. Conclusões e sugestões

Em suma, e em jeito de conclusão, firma-se o seguinte:

1 – A ENCC sugere alterações na LC para melhor regulamentar métodos de investigação em ambiente digital.

2 – É correto, sistematicamente, que essas alterações sejam na LC (sem prejuízo de se ponderar a inserção de todas as questões atinentes à prova digital no CPP).

3 – A ENCC apenas se refere, expressamente, à busca *online*, não revelando a sua posição no que se reporta ao seu âmbito, ou se considera que já esteja consagrada na LC (embora para aí apontando, ao referir que precisa de ser mais bem regulamentada, de molde a se lograr uma conformidade com a CRP). Nem tampouco clarifica o que entende por busca *online*.

4 – Existem divergências na definição do conceito de buscas *online*, pelo que se pode revelar útil lograr essa densificação em letra de lei.

5 – A busca *online* está abrangida pela Convenção do Cibercrime e, em conformidade com o relatório explicativo, deve ser entendida como o acesso a um sistema informático, de forma remota, para recolha de dados informáticos *existentes*.

6 – A busca *online* está prevista no artigo 5.º da LC, que revela plasticidade suficiente para se lograr uma interpretação conforme à CRP.

7 – De todo modo, para uma melhor clarificação, considera-se positivo uma melhor regulamentação do artigo 15.º da LC (ou, assim se entendendo, uma desmultiplicação de um outro artigo com uma epígrafe de busca *online*, ou outra semelhante).

8 – Quer seja no mesmo artigo, ou em artigo autónomo, pode ser conveniente definir busca *online*, com base em dois eixos fundamentais: *a)* trata-se de um acesso remoto a um sistema informático; *b)* cujo fim é aceder a dados informáticos existentes que ali estejam armazenados.

9 – A redação normativa deverá ponderar a inclusão dos seguintes requisitos / formalidades:

- a)* O despacho a autorizar a busca *online* deve ser proferido por juiz;
- b)* A diligência deve ser necessária, proporcional, adequada e não excessiva;
- c)* A mesma será subsidiária de uma busca clássica e de uma pesquisa informática com acesso direto ao dispositivo onde se encontram os dados informáticos; a busca *online* será aplicável quando se revele necessário para a investigação criminal, nomeadamente, porque existe uma séria probabilidade de que, com uma busca clássica, dados informáticos relevantes serão ocultados, danificados ou dissipados; também deverá dar-se preferência à busca *online* em relação à busca clássica se, em concreto, se revelar menos agressivo de direitos fundamentais;
- d)* Devem ser identificados os OPC (e eventuais técnicos) e local onde se realizará a busca *online* e dispositivos, técnicas e meios informáticos que seja necessário utilizar (onde se incluem as necessárias para «forçar» a entrada em sistemas cifrados ou encriptados);
- e)* Esses OPC e técnicos ficam sujeitos ao dever de segredo;
- f)* Se for necessário estender a busca a outros sistemas informáticos deverá colher-se autorização do juiz;
- g)* De igual modo, caso se revele necessário utilizar *outros* dispositivos ou técnicas informáticas para entrar no sistema informático é necessária autorização do juiz;
- h)* O juiz, se for possível, preside à diligência, através da sua presença no local onde os técnicos realizam a busca *online*, ou por meios técnicos de comunicação à distância, se for possível;
- i)* A busca *online* quando está em causa escritório de advogados, médicos, jornalistas, bancos, também implicará a presença de representante nos mesmos moldes que a busca clássica;
- j)* A busca *online* é uma diligência que se realiza de forma contínua, de modo mais rápido que for possível, podendo o juiz limitar temporalmente a mesma, sendo que, neste caso, a necessidade de prolongar a busca implica autorização judicial;
- j)* A apreensão, nomeadamente quando está em causa segredo profissional, ou dados íntimos, é assegurada com as cautelas previstas no artigo 16.º da LC;
- k)* Mantém-se a pertinência de manter, em caso de urgências, as buscas *online* por OPC com o ritualismo previsto na LC, devendo existir uma validação posterior de um juiz;
- l)* A entrega do despacho que autorizou a busca, exceto se tal se revelar tecnicamente possível, e não colocar em causa a diligência, apenas pode ser através dos meios de notificação previstos no CPP, conhecimento que deve ser dado

a quem tem disponibilidade do sistema informático (ficando vinculado ao dever de segredo) e, sempre que possível, ao visado;

- m) O mesmo deve suceder no que se reporta aos requisitos do consentimento;
- n) Exceto quando for tecnicamente possível, e não colocar em causa o sucesso da diligência, a notificação apenas será feita quando terminar a diligência<sup>9</sup>.

10 – A busca *online* não se confunde com a *monitorização em tempo real de dados informáticos*. Por se tratar de método oculto de prova que perdura no tempo sem o conhecimento do visado, os seus requisitos devem, pelo menos, ser os previstos no artigo 18.º da LC (embora não estejam em causa comunicações, estamos perante dados informáticos que se estão a «observar» em tempo real à medida que são gerados pelo visado). Trata-se de método de investigação em ambiente digital que não está previsto autonomamente na LC. Mas cuja inclusão deve ser sopesada e discutida pelo legislador.

11 – Na intervenção do legislador nesta matéria, ressalta-se, não se podem confundir os institutos. Deve reservar-se o conceito de buscas *online* para acesso remoto a dados informáticos *existentes*. Para um acesso em tempo *real* de dados informáticos, será conveniente, se essa for a intenção legislativa, autonomizar um artigo, que sistematicamente também é ajustado que seja na LC (pelos motivos *supra* referidos), com a alusão na epígrafe a «monitorização em tempo real» ou outra equivalente.

12 – Também seria conveniente consagrar uma definição que englobasse os seguintes tópicos:

- a) trata-se de um acesso remoto a um sistema informático;
- b) cujo fim é aceder a dados informáticos em tempo real;
- c) de forma episódica e pontual ou contínua.

13 – As monitorizações em tempo real podem envolver o uso de *malware*, pelo que, entendendo o legislador que é necessário, deverá consagrá-lo expressamente. Muito embora se entenda que se trata de uso de força tecnológica (equivalente a força física numa busca clássica), cujos limites constam do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, pela controvérsia doutrinária, poderá ser conveniente esse reconhecimento expresso.

14 – As monitorizações episódicas e circunscritas prevalecem sobre as contínuas e mais extensas. Depende, nomeadamente da necessidade. Por exemplo, a monitorização pode ser autorizada apenas para obter uma *password* que permita uma subsequente busca *online*.

15 – Desconhece-se se a ENCC também pretendia afirmar uma vontade de disciplinar este método oculto de investigação. Que, de todo modo, a ser consagrado, envolve como requisitos mínimos, como se escreveu, os mencionados no artigo 18.º da LC.

16 – Importa, também, notar que a busca *online* não se confunde com o desempenho de atividade de agente encoberto em ambiente digital, cujo escopo é, através

<sup>9</sup> Nas situações excecionais em que seja viável uma notificação *antes, ou aquando*, do início da busca *online*, não se deve afastar, em absoluto, a possibilidade daquele que tem a disponibilidade do sistema informático, e do visado, estarem acompanhados, querendo, por advogados, no local onde os técnicos estão a realizar a busca *online* (ou através de meios de comunicação à distância se tal for viável), mas tal apenas será de equacionar inexistindo risco de frustrar os intuítos da diligência, e não colocar em causa a investigação.

do encobrimento da sua identidade (ou do encobrimento de que está a mando das autoridades), lograr obter dados informáticos relevantes.

17 – Se, para a investigação, onde já esteja em curso uma diligência de agente encoberto, for necessária uma busca *online*, deve ser cumprido o ritualismo do artigo 15.º da LC. Tal como, se for necessária interceção em tempo real de comunicações, é ao artigo 18.º da LC que se deverá atender.

18 – A remissão no artigo 19.º, n.º 2, da LC para o regime das interceções em tempo real de comunicações aponta para a possibilidade de uma diligência em ambiente informático, *diferente*, mas um método oculto *equivalente* (em danosidade). O seu espaço de atuação parece ser, assim, a monitorização em tempo real de dados informáticos, se necessário com o uso de *malware*. Os requisitos de admissibilidade emergem da conjugação dos referenciados no regime jurídico das ações encobertas, e no regime de interceção de comunicações vertido no artigo 18.º da LC, que, por seu turno, ainda remete, em parte, para o regime das escutas telefónicas, consagrado no CPP (artigo 18.º, n.º 4, da LC).

19 – A conjugação desses normativos revela suficiente maleabilidade para permitir o uso de monitorizações em tempo real, em conformidade com a CRP.

20 – De todo modo, não é claro o referido artigo 19.º, n.º 2, da LC, sobre o seu âmbito, pelo que deve ser ponderada a sua explicitação, de molde a ficar em pleno alinhamento com a CRP – que *malware* pode ser utilizado, duração, catálogo de crimes, que dados informáticos, meios técnicos, quem pode executar, formas de minorar a invasão de outros dados, etc. A controvérsia doutrinária também aconselha uma melhor regulamentação deste método de investigação em ambiente digital.

21 – A busca *online* (e, igualmente, a monitorização em tempo real de dados informáticos) também não se confunde com as interceções em tempo real de comunicações (artigo 18.º da LC). Neste último caso, o que se pretende monitorizar é, justamente, comunicações tuteladas pelo artigo 34.º da CRP.

22 – Também a busca *online* (e, igualmente, a monitorização em tempo real de dados informáticos) não se confunde com o registo de imagens e sons através de dispositivo informático.

23 – Igualmente, pela controvérsia existente, deverá ser explicitado, e mais bem regulamentado, a admissibilidade desse método de investigação através de ativação do áudio e/ou vídeo de dispositivos informáticos. Densificação que deverá ocorrer no artigo 189.º do CPP, artigo 6.º da Lei 5/2002, ou, eventualmente, autonomização de um artigo próprio (no CPP, Lei 5/2002 ou LC), e que, nomeadamente, deverá clarificar sobre a admissibilidade do uso de *malware* para ativar a captação de imagens e sons pelo sistema informático infiltrado.

24 – De todo modo, por extravasar o objeto do presente artigo, e pelo facto da ENCC apenas se referir em relação à busca *online*, apenas abordámos com maior profundidade este instituto.

## Secção IV

# PROTEÇÃO DE DENUNCIANTES

36.

## O regime jurídico da proteção do denunciante

Pedro Miguel Freitas

Sumário:

- I. Introdução
- II. Finalidade e âmbito de aplicação da Diretiva 2019/1937: ponto de partida
- III. Medidas de proteção do denunciante
- IV. Medidas de proteção da pessoa visada
- V. O pulso da ordem jurídica portuguesa quanto à proteção dos denunciantes
- VI. Traços de uma reforma legislativa
- VII. Considerações finais

**RESUMO:** A atenção dada à necessidade de consagração de medidas de apoio e proteção aos denunciantes não é recente, embora tenha conhecido um ímpeto reforçado com a entrada em vigor da Diretiva 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União, cujo prazo-limite de transposição se verifica a 17 de dezembro de 2021. A sua transposição constitui uma oportunidade para a consagração de um regime jurídico geral de proteção dos denunciantes na ordem jurídica portuguesa, que venha trazer coerência normativa e unidade de sentido a um sistema disperso, avulso e fragmentário, promovendo-se, desse modo, o mandato socio-comunitário de promoção da transparência, justiça e igualdade.

### I. Introdução

A necessidade de proteção dos denunciantes não é algo recente. A Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, de 30 de abril de 1999, além de instar os Estados a incriminar diferentes modalidades de corrupção, contempla, no artigo 22.º, alínea *a*), a necessidade de proteção efetiva e adequada das testemunhas e colaboradores da justiça, incumbindo aos Estados a tarefa de concretização da tipologia de medidas.

A inspiração do artigo 22.º encontra-se nas conclusões da 2.ª Conferência Europeia dos Serviços Especializados de luta contra a Corrupção, que decorreu em Tallinn (Estónia) em outubro de 1997, de onde se retira a ideia de que «deve ser introduzido um sistema adequado de proteção de testemunhas e de outras pessoas

que colaborem com as autoridades judiciais, incluindo não apenas um regime jurídico adequado, mas também os recursos financeiros necessários»<sup>1</sup>.

A Recomendação n.º R (97) 13 do Comité de Ministros dirigida aos Estados-membros relativa à intimidação de testemunhas e aos direitos de defesa terá também influenciado as opções tomadas na Convenção, porventura em um nível mais acentuado do que o das conclusões de Tallinn, uma vez que apresenta, com maior profundidade e densidade, um conjunto de princípios, normas e medidas a implementar pelos Estados-membros destinados a assegurar um maior reconhecimento e proteção mais adequada das testemunhas, sobretudo no contexto da deteção e investigação da criminalidade organizada e criminalidade intrafamiliar.

Analisando mais detidamente a Recomendação, ressalta imediatamente a distinção entre duas figuras centrais: testemunhas e colaboradores.

Relativamente à primeira dessas figuras, fica patente que a definição avançada pela Recomendação não corresponde de todo àquela que normalmente lhe é associada<sup>2</sup>. Testemunha é, de acordo com a Recomendação, «qualquer pessoa [...] que possua informação relevante para um processo penal», incluindo os peritos e intérpretes.

Por seu turno, um colaborador (da justiça) é todo aquele que «enfrenta acusações criminais, ou foi condenado, por participar em associação de malfeitores ou em qualquer outra organização criminoso, ou em infracções no âmbito da criminalidade organizada, mas que concorde em cooperar com as autoridades competentes, em particular fornecendo informações sobre a associação criminoso, organização ou outra infração penal relacionada com crime organizado» (*sic*)<sup>3</sup>.

De acordo com a Recomendação e anexo aí incluído, devem as testemunhas ser «encorajadas a comunicar qualquer informação relevante quanto a infracções penais às autoridades competentes e a concordar em prestar depoimento no tribunal».

A distinção entre testemunha e colaborador e a menção de que, no interesse da efetiva deteção e investigação de certo tipo de criminalidade, se faz necessário implementar mecanismos de incentivo e proteção resulta também da leitura do artigo 22.º da Convenção. Manteve-se a mesma classificação e o mesmo conteúdo material.

Ainda que a redação do artigo não proíba, pelo menos na sua literalidade, extrair entendimento diferente, a verdade é que a figura do colaborador da justiça é empregada com o mesmo sentido e alcance que conhece na Recomendação. Ou seja, quando na Convenção se diz que devem ser previstas medidas de proteção das «pessoas que forneçam informações relativas às infracções penais previstas nos artigos 2.º a 4.º ou que, de outro modo, colaborem com as autoridades responsáveis pela investigação ou pela instauração do procedimento criminal» [alínea *a*] do artigo 22.º], não se quer referir ao denunciante (*whistleblower*), mas antes ao colaborador

<sup>1</sup> Conselho da Europa, *Corruption in Public Procurement: Proceedings: Programme of Action Against Corruption: Reports of the 2nd European Conference of Specialised Services in the Fight Against Corruption*, Tallinn (Estónia), 27-29 October 1997, volume 964, 1998, p. 108.

<sup>2</sup> Afirma-se expressamente nesse instrumento jurídico que é irrelevante a caracterização processual efetuada por uma ordem jurídico-processual nacional para se saber se, para efeitos dessa Recomendação, uma pessoa assume ou não a posição processual de testemunha.

<sup>3</sup> Cf. igualmente, ao nível da União Europeia, a Resolução do Conselho, de 20 de dezembro de 1996, relativa às pessoas que colaboram com a justiça na luta contra a criminalidade organizada internacional.



da justiça. Por isso, embora textualmente seja concebível uma interpretação diversa, a intenção do Conselho da Europa ao mencionar a figura do colaborador da justiça, na epígrafe no artigo e na primeira das suas alíneas, foi a de recuperar a definição avançada pela Recomendação, enquadrá-la no âmbito material da Convenção e, assim, considerar colaborador da justiça «as pessoas que enfrentam acusações criminais, ou foram condenadas, por participarem em crimes de corrupção, tal como previstos nos artigos 2 a 14 da Convenção, mas concordem em cooperar com as autoridades competentes, em particular fornecendo informações sobre esses crimes de corrupção em que se envolveram, para que as autoridades competentes possam investigar e processar»<sup>4</sup>.

Acresce que na figura da testemunha inclui-se o denunciante, ainda que a primeira seja definida como alguém que depõe relativamente às infrações previstas nos artigos 2 a 14 da Convenção, conforme a alínea *b*) do artigo 22.º da Convenção<sup>5</sup>.

Um tanto ou quanto contraintuitivamente, o denunciante pode ser beneficiário das medidas de proteção não ao abrigo da alínea *b*) do artigo 22.º, mas ao da alínea *a*), o que leva a alguns problemas de aplicação. Ao retirar o denunciante do âmbito de proteção conferido às pessoas referidas na alínea *a*), redação na qual se integraria sem grande esforço interpretativo – enquanto pessoa que fornece informações relativas a crimes de corrupção –, e ao passá-lo para a alínea *b*) contribui-se para uma desnecessária confusão de conceitos (testemunha e denunciante), que leva a que se faça depender a aplicação das medidas de proteção do denunciante à assunção da qualidade de testemunha. Teria sido preferível que a Convenção autonomizasse os conceitos de colaborador, testemunha e denunciante<sup>6</sup>.

Mais tarde, em 2003, surge a Convenção contra a Corrupção. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, reclama atenção para a importância de medidas de proteção de denunciante – «pessoas que dão informações», na terminologia aí usada – contra tratamentos injustificados. Consta no seu artigo 33.º que «[c]ada Estado-parte deverá considerar a incorporação no seu sistema jurídico interno de medidas adequadas para assegurar a protecção contra qualquer tratamento injustificado de quem preste, às autoridades competentes, de boa fé e com base em suspeitas razoáveis, informações sobre quaisquer factos relativos às infracções estabelecidas em conformidade com a presente Convenção». Distinguindo-as das medidas pensadas para a proteção de testemunhas, peritos e vítimas (artigo 32.º).

Entretanto entrou em vigor a Diretiva 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União, que deverá ser transposta até 17 de dezembro de 2021. Trata-se de um marco importantíssimo ao nível da União Europeia na deteção, investigação e punição de práticas violadoras do Direito da União, cujos efeitos poderão repercutir-se além do seu (limitado) âmbito material de aplicação. A sua

<sup>4</sup> Conselho da Europa, *Relatório explicativo da Convenção Penal sobre a Corrupção*, 1999, p. 22.

<sup>5</sup> Conselho da Europa, *Relatório explicativo da Convenção Penal sobre a Corrupção*, 1999, p. 22.

<sup>6</sup> No relatório explicativo à convenção encontra-se outra referência à figura do denunciante quando, a propósito das medidas de proteção, se afirma que «os termos “efetivos e adequados” [...] referem-se à necessidade de se adaptar o nível de proteção aos riscos que existem para os colaboradores da justiça, testemunhas ou denunciante». Cf. Conselho da Europa, *Relatório explicativo da Convenção Penal sobre a Corrupção*, 1999, p. 22.

transposição na ordem jurídica portuguesa, não concretizada até ao momento, deve suscitar profunda reflexão e diálogo com os *stakeholders*, não apenas quanto no modo como Portugal deve acomodar normativamente as soluções aí previstas e se e em que medida devemos alargar o seu âmbito de aplicação. Na verdade, e antecipando já a minha posição sobre este assunto, a questão não é tanto se devemos alargar, antes até que ponto devemos estender a manta de proteção de denunciantes na ordem jurídica portuguesa.

## II. Finalidade e âmbito de aplicação da Diretiva 2019/1937: ponto de partida

1. A referida Diretiva estabelece um conjunto de normas mínimas de proteção das pessoas («denunciantes») que denunciem violações em certos atos e domínios de intervenção. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alíneas *a)*, *b)* e *c)*, o âmbito de aplicação material abrange o conjunto de atos normativos elencados no seu anexo – e que se inserem nos domínios da contratação pública; serviços, produtos e mercados financeiros e prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo; segurança e conformidade dos produtos; segurança dos transportes; proteção do ambiente; proteção contra radiações e segurança nuclear; segurança dos géneros alimentícios e dos alimentos para animais, saúde e bem-estar animal; saúde pública; defesa do consumidor; proteção da privacidade e dos dados pessoais e segurança da rede e dos sistemas de informação –, bem como as violações lesivas dos interesses financeiros da União e àquelas relacionadas com o mercado interno<sup>7</sup>.

2. A tutela preconizada pela Diretiva está pensada para a pessoa singular que, no decurso das suas atividades profissionais, se depare com atos ou omissões violadoras das normas inscritas nos domínios acima referidos e as comunique ou denuncie. O conceito de denunciante para efeitos da Diretiva é pois o da «pessoa singular que comunique ou divulgue publicamente informações sobre violações, obtidas no âmbito das suas atividades profissionais» (artigo 5.º, n.º 7), com o que se destaca a circunstância de, *prima facie*, se identificar, em regra, o denunciante com o trabalhador, embora a ele não se limite. Aliás, perscrutando o artigo 4.º, desponta logo no seu início a referência aos denunciantes enquanto trabalhadores do sector público ou privado, mas observa-se igualmente um alargamento do conceito de modo a incluir os não assalariados, estagiários, voluntários, titulares de participações sociais ou de órgãos de administração, de gestão ou de supervisão de empresas, pessoas que trabalhem sob a supervisão e a direção de contratantes, subcontratantes e fornecedores, entre outros.

A lista é extensa e meramente exemplificativa, uma vez que o legislador europeu se limitou a enunciar as pessoas relativamente às quais se mostra absolutamente essencial acautelar medidas de proteção, deixando em aberto a possibilidade de os Estados irem mais longe.

<sup>7</sup> Retira-se do considerando 3 da Diretiva que as violações não têm de possuir natureza penal no âmbito do direito nacional. Pode ler-se que «[e]m certos domínios de intervenção, as violações do direito da União, independentemente da sua classificação ao abrigo do direito nacional como administrativas, penais ou como outros tipos de violações, podem lesar gravemente o interesse público, na medida em que criam riscos significativos para o bem-estar da sociedade».

A atenção mais próxima dada ao denunciante-trabalhador justifica-se pelo desequilíbrio de forças existente entre trabalhador e empregador que resulta, por via de regra, da dependência económica do primeiro relativamente ao segundo.

Ainda que não tenham o designativo de denunciante, pelo menos nos termos do artigo 5.º, n.º 7, na medida em que nessa norma só se procede a uma menção às pessoas singulares, as pessoas coletivas deverão beneficiar de medidas de proteção, desde que sejam detidas pelos denunciante, ou para elas trabalhe o denunciante ou às quais esteja o denunciante ligado de alguma forma num contexto profissional. Naturalmente que, justificando-se a previsão e aplicação de medidas de proteção a pessoas coletivas, dever-se-á atender às suas características e especificidades ontológicas que a distinguem das pessoas singulares. A este aspeto voltaremos adiante.

### III. Medidas de proteção do denunciante

Quando a Diretiva se ocupa, no seu capítulo VI, das chamadas «Medidas de proteção», vem, em primeira linha, impor uma obrigação aos Estados-membros de tomarem medidas que protejam as pessoas referidas no artigo 4.º contra atos de retaliação. Atos esses que podem ir desde o despedimento ou não renovação do contrato de trabalho até à discriminação, intimidação ou coação (artigo 19.º).

Na realidade, não basta que o denunciante seja uma das pessoas enunciadas no artigo 4.º para que possa beneficiar de medidas de proteção. Demanda-se ainda o preenchimento de dois pressupostos cumulativos: o denunciante tenha tido motivos razoáveis para crer que as informações sobre violações comunicadas eram verdadeiras no momento em que foram transmitidas e que estavam abrangidas pelo âmbito de aplicação da diretiva; e tenha denunciado internamente, externamente ou realizado uma divulgação pública, nos termos da Diretiva.

Preenchidos os pressupostos, estão em condições de poderem ser beneficiários de medidas de proteção contra atos de retaliação. Infelizmente, quanto a estas, a Diretiva é muito parca. É certo que no artigo 21.º se enunciam alguns exemplos medidas de proteção, mas, em larga medida, a concretização, alcance e tipologia das medidas de proteção está nas mãos dos Estados. No artigo 21.º encontram-se essencialmente as seguintes medidas de proteção:

- inexistência de responsabilidade por difamação, violação de direitos de autor, violação do sigilo, violação das regras de proteção de dados, divulgação de segredos comerciais ou violação de restrições à divulgação de informações com fundamento na denúncia realizada;
- inexistência de responsabilidade pelo ato de acesso ou obtenção de informações, que mais tarde foram comunicadas ou divulgadas à luz da Diretiva, desde que essa conduta não esteja tipificada como uma infração penal autónoma;
- presunção de que o prejuízo sofrido por um denunciante após uma denúncia corresponde a um ato de retaliação, isto é, ocorre uma inversão do ónus da prova, sendo da responsabilidade da pessoa que tomou a medida prejudicial, pessoa essa que normalmente será aquela visada pela denúncia<sup>8</sup>, provar que a medida se sustentou em razões válidas;

<sup>8</sup> Definida como uma «pessoa singular ou coletiva referida na denúncia ou na divulgação pública como autora da violação ou que a esta seja associada» (artigo 5.º, n.º 10).

- proteção da identidade;
- consagração de vias de recurso e de indemnização de dados.

A par destas medidas de proteção, deverá ser providenciado aconselhamento, prestação de informações e apoio judiciário, para além da possibilidade de apoio financeiro ou psicológico.

Num outro nível de proteção, que poderíamos classificar de mediato, temos a previsão e aplicação de sanções, de natureza civil, administrativa ou penal, a pessoas singulares ou coletivas que impeçam ou tentem impedir a denúncia, pratiquem atos de retaliação, instaurem processos vexatórios ou violem o dever de manutenção da confidencialidade da identidade dos denunciantes.

A finalidade do sancionamento destes comportamentos é essencialmente de teor preventivo, tendo por fundamento a necessidade de conferir eficácia às normas de proteção dos denunciantes. Nas palavras do legislador europeu, a «imposição de sanções a pessoas que pratiquem atos de retaliação ou outros atos prejudiciais contra denunciante pode desencorajar esses atos» (considerando 102), justificando-se por isso que os Estados-Membros prevejam tais sanções com alguma discricionariedade quanto à escolha da sua natureza e gravidade, mas vinculados aos critérios da efetividade, proporcionalidade e capacidade dissuasora.

#### **IV. Medidas de proteção da pessoa visada**

A Diretiva tem por objetivo primordial, como se disse, conferir um quadro normativo de proteção para os denunciante de condutas violadoras de específicos domínios de relevância europeia. Mas uma denúncia é feita contra outra pessoa, uma pessoa singular ou coletiva que alegadamente terá praticado, ativa ou omissivamente, uma conduta ou nela colaborado. E se de alegações ou meras possibilidades estamos a falar, é imperativo que se acautelem os direitos da pessoa visada pela alegação. Daí que se tenha sentido a necessidade de reiterar os direitos e garantias fundamentais que não podem deixar de ser reconhecidos às pessoas visadas (pessoas singulares ou coletivas), nomeadamente o direito a recurso efetivo, direito de audição, direito de acesso ao processo, direito a um processo justo, proteção da identidade e o respeito pelo princípio de presunção de inocência (artigo 22.º da Diretiva).

No mesmo diapasão, deve prever-se a punição dos denunciante que tenham comunicado ou divulgado informações que saibam ser falsas, para além da possibilidade de serem obrigados a indemnizar pelos danos causados com a comunicação ou divulgação de informações falsas.

#### **V. O pulso da ordem jurídica portuguesa quanto à proteção dos denunciante**

A proteção dos denunciante na ordem jurídica portuguesa é regulada de forma tímida e esparsa, não existindo (infelizmente) um diploma que se ocupe exclusivamente desta matéria e estabeleça um regime jurídico da proteção dos denunciante. A abordagem é essencialmente sectorial e fragmentária, corporizando distintos níveis de proteção consoante o ramo jurídico no qual este esteja enquadrado. Sem qualquer pretensão de exaustividade, refiram-se os artigos 116.º-AA e 116.º-AB do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (Regime Geral das Instituições de Crédito

e Sociedades Financeiras)<sup>9</sup>, a Lei n.º 93/99, de 14 de julho (Lei de proteção de testemunhas)<sup>10</sup>, o artigo 368.º-E do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro (Código dos Valores Mobiliários)<sup>11</sup>, o artigo 4.º da Lei n.º 19/2008, de 21 de abril (Medidas de combate à corrupção)<sup>12</sup>, os artigos 29.º, n.º 6, e 331.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro (Código do Trabalho)<sup>13</sup>, os artigos 87.º-A e 250.º-A da Lei n.º 16/2015, de 24 de fevereiro (Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo)<sup>14</sup> e os artigos 20.º, 56.º e 108.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto (Medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo)<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Em especial, os n.ºs 3 e 4 do artigo 116.º-AB, cuja redação é a seguinte: «3 – É igualmente garantida a confidencialidade sobre a identidade do denunciante a todo o tempo ou até ao momento em que essa informação seja exigida para salvaguarda dos direitos de defesa dos visados pela denúncia, no âmbito das investigações a que a mesma dê lugar ou de processos judiciais subsequentes. 4 – As participações efetuadas ao abrigo do disposto nos números anteriores não podem, por si só, servir de fundamento à instauração pela instituição de crédito de qualquer procedimento disciplinar, civil ou criminal relativamente ao autor da participação, exceto se as mesmas forem deliberada e manifestamente infundadas.»

<sup>10</sup> Relevante na medida em que o denunciante assuma a qualidade de testemunha ou este regime lhe seja aplicável por força de norma legal (p. ex., o artigo 368.º-E, n.º 3, do Código de Valores Mobiliários). No artigo 2.º, alínea a), da Lei 93/99, de 14 de julho, concretiza-se que testemunha é «qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem [...]».

<sup>11</sup> Segundo o qual «1 – A CMVM coopera e troca informações e elementos com autoridades administrativas ou judiciais, no âmbito de procedimentos administrativos ou judiciais de proteção de trabalhadores contra discriminação, retaliação ou outras formas de tratamento não equitativo, por parte do empregador, que estejam relacionados com a apresentação de denúncias, provas ou informações de infrações à CMVM. 2 – Ao denunciante é assegurada, designadamente: a) A prestação de informação sobre meios de tutela jurisdicional ou administrativa de proteção do denunciante contra discriminação, retaliação ou outras formas de tratamento não equitativo por parte da entidade empregadora por força da apresentação de denúncia; e b) A certificação da condição de denunciante por parte da CMVM. 3 – Ao denunciante que, por qualquer forma, intervenha em processo criminal ou contraordenacional relacionado com a denúncia apresentada à CMVM é aplicável o regime de proteção das testemunhas, com as devidas adaptações.»

<sup>12</sup> No n.º 1 do artigo: «Os trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado que denunciem o cometimento de infracções de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas não podem, sob qualquer forma, incluindo a transferência não voluntária, ser prejudicados.»

<sup>13</sup> Cf. n.º 6 do artigo 29.º: «O denunciante e as testemunhas por si indicadas não podem ser sancionados disciplinarmente, a menos que atuem com dolo, com base em declarações ou factos constantes dos autos de processo, judicial ou contraordenacional, desencadeado por assédio até decisão final, transitada em julgado, sem prejuízo do exercício do direito ao contraditório». Acrescentando o artigo 331.º, n.º 1, alínea d), que será abusiva a sanção disciplinar motivada pelo facto de o trabalhador «ter alegado ser vítima de assédio ou ser testemunha em processo judicial e/ou contraordenacional de assédio.»

<sup>14</sup> Uma vez que «[a]s informações, provas e denúncias que sejam dadas a conhecer à CMVM, relativas a infrações previstas no presente Regime Geral e sua regulamentação é aplicável o regime previsto no Código dos Valores Mobiliários».

<sup>15</sup> Veja-se, por exemplo, os n.ºs 3, 4, 6 e 8 do artigo 56.º, nos termos dos quais «[a]s entidades obrigadas abstêm-se de quaisquer ameaças, atos retaliatórios ou hostis e, em particular, de práticas laborais desfavoráveis ou discriminatórias contra quem, de boa-fé, preste as informações, os documentos e os demais elementos [...], «[a] disponibilização das informações, dos

Até ao momento Portugal não transpôs a Diretiva 2019/1337, nem tenho conhecimento de qualquer iniciativa legislativa neste domínio.

## VI. Traços de uma reforma legislativa

1. A dispersão legislativa em matéria de proteção de denunciantes, aliada à obrigação de transposição da Diretiva 2019/1337 até 17 de dezembro de 2021, constitui uma proveitosa oportunidade para o legislador proceder a uma reforma profunda neste domínio. Oportunidade reconhecida aliás pelo próprio Governo. Na recente Lei das Grandes Opções para 2021-2023 (Lei n.º 75-C/2020, de 31 de dezembro), comprometeu-se mesmo, no âmbito da prevenção e luta contra a corrupção e fraude, a criar um regime jurídico geral de proteção dos denunciantes<sup>16</sup>, «abrangendo e articulando as normas sobre denunciantes previstas no direito vigente».

Diante desta oportunidade/dever que linhas estruturantes de reforma devem ser seguidas?

A Diretiva 2019/1337, como em muitos outros atos jurídicos da mesma natureza, procura assegurar uma harmonização mínima de normas, não impedindo os Estados-Membros de alargarem o âmbito material de aplicação das normas de proteção dos denunciantes a outros domínios relevantes.

2. A criação um regime jurídico geral de proteção dos denunciantes é uma de várias opções possíveis que o legislador português tem ao seu dispor. É por demais apodítico que uma Diretiva obriga vincula os Estados-membros aos resultados a alcançar e não quanto à forma ou meios, pelo que o Estado português poderá, em abstrato, prosseguir pelo menos um de dois caminhos: o da modificação das normas aplicáveis nos mais diversos sectores jurídicos<sup>17</sup>; ou da transposição simples, direta e imediata da Diretiva para um diploma jurídico nacional autónomo.

Qualquer destes caminhos tem vantagens e desvantagens<sup>18</sup>. A revisão dos diferentes diplomas jurídicos com relevância neste domínio, desde o regime de prevenção do branqueamento de capitais ao Código do Trabalho, é em si mesmo uma tarefa complexa, demorada e minuciosa. Apresenta virtualidades relacionadas com a maior contextualização e especialização das normas jurídicas, incluindo as que preveem medidas de proteção, a um concreto ramo jurídico, às suas especificidades e exigências, mas poderá originar repetições, incongruências e inconsistências hermenêuticas, disparidades no nível de proteção concedido aos denunciantes, quando não mesmo lacunas de previsão. A outra abordagem possível, que é aquela

---

documentos e dos demais elementos [...] não pode, por si só, servir de fundamento à promoção, pela entidade obrigada, de procedimento disciplinar, civil ou criminal contra quem os faculte, exceto se a referida disponibilização for deliberada e manifestamente infundada», «[a]s entidades obrigadas asseguram a confidencialidade da identidade dos colaboradores [...] perante quaisquer terceiros» e «[o]s colaboradores que sejam objeto das circunstâncias e práticas referidas no n.º 3 por comunicarem suspeitas de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, quer internamente, quer à Unidade de Informação Financeira, podem: a) Apresentar queixa às autoridades competentes [...]; b) Intentar ação cível [...]».

<sup>16</sup> P. 171-(308).

<sup>17</sup> *Vd.* ponto 5.

<sup>18</sup> Importante quanto a isto, SIMON GERDEMANN e NINON COLNERIC, «The EU Whistleblower Directive and its Transposition: Part 2», in *European Labour Law Journal*, 2020, pp. 12 e ss.



habitualmente seguida pelos legisladores dos Estados-membros, a da transposição, permite, sem sombra de dúvidas, o cumprimento sem grande esforço da obrigação imposta pelo direito da União Europeia de transposição da Diretiva, evitando, à primeira vista, um qualquer procedimento por infração. No entanto, esta abordagem minimalista não evita, ou pelo menos não deveria evitar, a apreciação crítica da compatibilidade das normas jurídicas preexistentes na ordem jurídica portuguesa com o diploma que proceda à transposição da Diretiva, sob pena de não se transpor verdadeira e efetivamente a Diretiva.

O caminho que deve ser percorrido por Portugal é uma espécie de *tertium genus*. Tendo por base a transposição da Diretiva, deverá ser criado um regime jurídico geral de proteção dos denunciante, em diploma jurídico autónomo, que agregue as soluções jurídicas da Diretiva (e outras preexistentes no nosso ordenamento jurídico) e constitua a referência legal neste domínio, independentemente do específico sector jurídico em que se suscite a aplicação deste regime. Naturalmente que será necessário escarpelizar as normas sectoriais, eliminando-as, modificando-as ou simplesmente substituindo-as por remissões para o regime geral, mas, além de assim se promover a eliminação de repetições desnecessárias, um regime jurídico geral de proteção dos denunciante aumentaria a consistência, clareza e certeza na interpretação e aplicação das normas neste domínio.

A igual passo, enveredando-se por uma ampliação do âmbito material de aplicação das normas de proteção dos denunciante à generalidade das infrações criminais e contraordenacionais, pelo menos às de gravidade não diminuta, dar-se-ia solução ao problema do surgimento de lacunas de previsão inerentes a uma abordagem exclusivamente sectorial. Só desse modo se garantiria o respeito pelo princípio da igualdade na proteção dos denunciante e se evitaria o absurdo de ser dada maior proteção a um denunciante de uma violação do Direito da União Europeia, eventualmente de natureza não penal, do que a um denunciante de uma infração penal de gravidade elevada, mas que não constitua uma violação das matérias elencadas na Diretiva.

Mais. Não seria completamente disparatado considerar a possibilidade de se consagrar uma cláusula geral material num futuro regime jurídico de proteção dos denunciante em virtude da qual se favoreça a denúncia de comportamentos graves, de inegável interesse público quanto ao seu esclarecimento, mesmo quando sua contrariedade às normas jurídicas aplicáveis não seja líquida ou evidente. Diante da sua fluidez normativa, este tipo de cláusulas mereceria reflexão aturada e redação cuidada, é certo. Mas, sopesados os seus benefícios e prejuízos, tendencialmente advogaria a sua aceitação, pois, como assinalam GERDEMANN e COLNERIC, o instrumento da denúncia deve servir não só o propósito de reforço do *status quo* jurídico, mas também o de crítica das suas deficiências, riscos e falhas, de que são exemplo casos como os de «Heinisch [...] no qual o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu que a divulgação de falhas sérias em cuidados pessoais causadas por uma crónica falta de recursos num lar não constituía uma violação clara do direito aplicável na altura, mas era do interesse público. Mesmo no internacionalmente reconhecido caso de Edward Snowden, ex-funcionário da CIA, o cerne do que divulgou não incluía violações das leis norte-americanas atuais [...]»[1] as práticas de vigilância digital empregadas pelos serviços de inteligência norte-americanos

eram maioritariamente legais de acordo com as leis criadas durante a «guerra ao terror»<sup>19</sup>.

3. A Diretiva deve ser perspectivada como um ponto de partida e não de chegada<sup>20</sup>. Entre limitações e alguma falta de assertividade, politicamente explicada, não se vislumbra na redação da Diretiva arrojo suficiente para que não se comprometa uma proteção integral e efetiva de todas as formas de retaliação contra denunciantes. A vários níveis<sup>21</sup>:

- a aplicação das medidas de proteção deveria ser prevista quer em caso de denúncias de violações do direito da União Europeia quer do direito nacional, alargando-se desse modo o seu âmbito material e pessoal;
- impõe-se a implementação de mecanismos mais robustos de proteção contra processos judiciais retaliatórios;
- a garantia da disponibilidade de vias de recurso e de indemnização de danos sofridos, conforme é exigido pelo artigo 21.º, n.º 8, da Diretiva, não basta, havendo que se certificar a realidade e efetividade do seu funcionamento, desde a hipótese de reintegração do trabalhador até à indemnização por perda de salários vencidos, rendimentos não auferidos, custas legais, despesas médicas, danos morais e dos demais prejuízos sofridos;
- instituir-se a obrigação de aceitação e seguimento das denúncias anónimas remetidas a entidades jurídicas do sector privado ou público e a autoridades competentes<sup>22</sup>;
- introduzir-se um regime sancionatório para os casos de incumprimento na criação de canais de denúncia, no seguimento de denúncias e no apoio e proteção de denunciantes.

4. A consulta dos *stakeholders* é fundamental para a tomada de posição nos aspetos mais controvertidos de um potencial regime jurídico geral de proteção dos denunciantes. Veja-se o exemplo da República da Irlanda que, em meados de 2020, promoveu uma consulta pública relativa à transposição da Diretiva, colocando questões como as de saber se as denúncias anónimas deveriam ser aceites (artigo 6.º da Diretiva), se se justificaria obrigar as entidades jurídicas do sector privado ou público com menos de 50 trabalhadores a criar canais de denúncia interna, se se deveria permitir-se a partilha de canais de denúncia interna entre diversos

<sup>19</sup> SIMON GERDEMANN e NINON COLNERIC, «The EU Whistleblower Directive and its Transposition: Part 2», cit., pp. 11-12

<sup>20</sup> No mesmo sentido, Transparency Internacional, «Will the EU miss its chance to properly protect whistleblowers?», 2020, disponível em <https://www.transparency.org/en/news/will-the-eu-miss-its-chance-to-properly-protect-whistleblowers>.

<sup>21</sup> Segue-se de perto, Transparency Internacional, «Will the EU miss its chance to properly protect whistleblowers?», 2020, disponível em <https://www.transparency.org/en/news/will-the-eu-miss-its-chance-to-properly-protect-whistleblowers>.

<sup>22</sup> Os Estados-Membros têm competência para decidir se as denúncias anónimas poderão constituir uma espécie admissível de denúncia [artigos 6.º, n.º 2, e 9.º, n.º 1, alínea e), e considerando 34 da Diretiva].

municípios, ou que medidas de apoio deveriam os denunciante ter acesso e quem ficaria responsável pelo seu asseguramento<sup>23</sup>.

## V. Considerações finais

Uma transposição minimalista da Diretiva, que desconsidere a oportunidade que a Diretiva suscita de se criar um regime geral de proteção dos denunciante, seria um mau serviço prestado ao país, às suas instituições públicas e privadas e aos seus cidadãos, e um rude golpe na pretensão de luta contra a corrupção e demais criminalidade.

A decisão de denúncia é um ato de coragem e de cidadania. Um ato muitas vezes levado a cabo com pesados custos pessoais. Cabe ao Estado mitigar os riscos e consequências para aqueles que, tendo motivos razoáveis para crer que as informações que possuem e pretendem denunciar são verdadeiras, decidem comunicar a sua existência. Para tanto, impõe-se a previsão de um regime jurídico geral de proteção dos denunciante norteado na sua redação pelos valores e regras da certeza, clareza, transversalidade e abrangência multisectorial, que cumpra não apenas os mínimos impostos por Bruxelas, mas materialize o mandato sociocomunitário de promoção da transparência, justiça e igualdade.

---

<sup>23</sup> Cf. <https://www.gov.ie/en/consultation/8b345-consultation-on-the-transposition-of-directive-eu-20191937-of-the-european-parliament-and-the-council-on-the-protection-of-persons-who-report-breaches-of-union-law-eu-whistleblowing-directive/>.

# O denunciante – entre a justa protecção e aquilo que «consome a *res publica* (*res publica exedere*)»

Pedro Maia Garcia Marques

Sumário:

- I. Introdução
- II. Os denunciantes
  - 1. Os *denunciantes-denunciantes apenas*
    - 1.1. O que propõe a ENAC
  - 2. Os *denunciantes-participantes* no crime denunciado
    - 2.1. O que propõe a ENAC
  - 3. Os autores de crimes *transformados em denunciantes* de crimes praticados por outros
    - 3.1. O que propõe a ENAC
- III. Conclusão.

**SUMÁRIO:** O presente artigo propõe-se considerar, num momento inicial, o estatuto jurídico do denunciante, procurando partir dos termos em que a figura se viu historicamente considerada e se encontra hoje tratada, em particular no contexto europeu e nacional. Identificados os problemas e dificuldades de compatibilização da protecção do denunciante com os princípios de um processo penal próprio de um Estado de Direito democrático, promove-se a distinção da figura em modalidades distintas, merecedoras de tratamento não menos diverso. Feito esse esforço e proposta essa distinção lança-se o mote para, a propósito de cada modalidade, considerar criticamente de modo aturado as propostas avançadas no âmbito da recente *Estratégia Nacional Anti-Corrupção (ENAC)*<sup>1</sup>.

## I. Introdução

Abrimos as hostilidades dando a palavra a HILL:

«Será que os antigos realmente careciam dos recursos linguísticos para tornar compreensível a concepção de corrupção 2?»<sup>2</sup>? Sendo que, por *corrupção 2*, pretende a Autora designar tudo o que se relaciona com o abuso de confiança colocada no exercício de funções públicas, motivado pela procura de obtenção de vantagens privadas (*for private gain*). Neste conceito inclui práticas de clientelismo (*patronage*), de suborno, de extorsão e de fraude (*embezzlement*).

A dúvida ganha sentido quando olhamos para as expressões usadas para designar o fenómeno. Na verdade, nota a Autora, na Grécia Antiga, o termo

---

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> Tendo em conta, para o efeito, a versão do documento tal como resulta das propostas apresentadas na sequência da consulta pública.

Cfr. Estratégia Nacional Anti-Corrupção 2020-2024, Governo de Portugal, República Portuguesa, Justiça, documento de 19 de Março de 2021, inédito.

<sup>2</sup> LISA HILL, «Conception of Political Corruption in Ancient Athens and Rome», in *History of Political Thought*, volume XXXIV, número 4, 2013, pp. 565 a 587, neste ponto, p. 567.

usado para presentes/prendas – *dōra* – é também o termo habitual para designar suborno<sup>3</sup>. Sendo que, na verdade, a palavra de uso comum para designar o recebimento de subornos é *dorokein*, a qual significa também “receber um presente”»<sup>4</sup>.

A ausência de vocábulo preciso ou a escolha de termos aparentemente insólitos para designar actos de corrupção mistura-os numa amálgama de sentidos que, na verdade, não omitem, antes encobrem, o sentido do que, na sua fala, está em causa: a corrupção, dos actos, embora, tantas vezes, bem mais do que isso, dos *costumes*.

*Luvás, presentes, cartões-de-visita, ofertas.*

Toquemos nos termos *presente* ou *oferta* usados para designar o que na realidade não passa de um *suborno*. Distorcido o sentido comum do seu uso, na sua origem evocadora de gestos feitos de genuína e gratuita generosidade, o que deles fica projecta-se para lá do traço irónico e não menos amargo do engano, *assentando arraiais* na percepção generalizada na comunidade de uma corrupção que não se limita a retratar um gesto em particular e o sujeita à censura, antes descreve algo que atravessa e permeia o *ethos* comunitário e que, ontem como hoje, carece ainda de designação precisa.

E naqueles *dōra* e *dorokein* a mesmíssima *fala* que hoje usamos quando falamos de *presente* ou de *oferta*: equívoca, mas clara; fugidia, mas indubitável, encerra, aqui, entre nós, como alhures, nas diversas línguas que formam as vozes da contemporaneidade, a marca indelével da dúvida sobre se a batalha pela salubridade pública alguma vez foi ganha ou mesmo até, em alguns azimutes, se foi, alguma vez, verdadeiramente combatida.

E, nessa *fala*, feita de *presentes* e de *ofertas*, ressoa algo que, com não menos cuidados, procuramos esconder, por nos custar reconhecer que a ambiguidade de sentido subjacente a *dōra/dorokein* nos não remete para uma particularidade histórica há muito superada. Menos ainda nos fala de um arcaísmo que, no que concerne a ética pública, nos permitiria medir a distância do caminho já andado e das alturas entretanto alcançadas. Antes sim, nos faz cair no nosso tempo e nas formas quotidianas de uma realidade que, então, como hoje, não parece ter mudado.

De todo o modo, designada da mesma forma essa corrupção que respeita à ética da comunidade e aquela que mancha a mão de quem dá e a de quem recebe, é ela fundamento antigo para o que hoje se vê, de forma não dissemelhante, procurado. É ela fundamento, dizíamos, como única forma de enfrentar uma e outra, para um apelo. Um apelo que, em Aristóteles, antecipa outros tantos depois dele. O apelo no sentido de uma *re-forma* em:

– «[Q]ue a legislação e demais instituições estejam estabelecidas de forma a não constituírem fonte de lucro para os magistrados.»<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES, *Política*, Edição Bilingue, Tradução e notas ANTÓNIO CAMPELO AMARAL e CARLOS DE CARVALHO GOMES, Nota Prévia JOÃO BETTENCOURT DA CÂMARA, Prefácio e Revisão Literária RAUL ROSADO FERNANDES, Introdução e revisão científica MENDO CASTRO HENRIQUES, Índices, Conceitos e Nomes MANUEL SILVESTRE, Lisboa: Veja, 1998. Neste ponto, V, 1308b, 30. Elementos da obra para que nos chamou a atenção HILL, pp. 569 e 577.

- [Q]ue «as riquezas devem ser transferidas na presença de todos os cidadãos, devendo as cópias da transacção ser depositadas em cada uma das frátrias, corporações e tribos da cidade»<sup>6</sup>.

Probidade e transparência, portanto. Ontem e hoje.

*Re-forma*, radical de *nova forma*, *marca de água* se torna de «regimes necessariamente correctos»<sup>7</sup>. E, *nova forma* que o é, é-o também daquilo a que própria *ambição* de melhor pode almejar: que «o único, ou os poucos, ou os muitos governam em nome do interesse comum»<sup>8</sup>.

Para isso, no entanto, é o próprio termo *ambição* que importa resgatar das suas origens.

E assim porque, *ambição* deriva da expressão latina *ambitus*, que, durante a República romana, designava os subornos pagos por candidatos a cargos públicos a eleitores permeáveis, em troca do seu voto. De tal modo se tornou disseminada, nesse período, a prática, que foi apontada como uma das causas da decadência e subsequente queda da República<sup>9</sup>. Sendo, por isso, a própria *ambição*, enquanto genuína vontade de mudança que, condenada de nascença na sua origem etimológica, se vê relegada ao sempiterno espaço da utopia.

E se de *candidatos* a cargos públicos se fala aí, também – e sobretudo – a eles a *re-forma* se dirige. E deles exige o que a *nova forma* impõe.

Ora, também a origem da palavra *candidato* inquina o seu sentido.

*Candidatus*, na sua origem, literalmente, significa vestido de branco e assim na cor da toga especialmente branqueada envergada, a partir da República romana em diante, por candidatos a cargo electivo durante o período da campanha eleitoral. De *candidus*, branco puro, deriva o termo por que ficaram estes homens conhecidos: *candidati*, algo próximo de homens especialmente branqueados<sup>10</sup>. De uma brancura que procurava impressionar quem os via, mas cuja pureza se cingia à indumentária, pois que, eleição e cargo, esses, dependiam do *ambitus* e da teia de favores que, por via deles, se urdia.

*Re-forma* e *forma nova*, por isso, se procura que recupere o termo *candidatus* do simulacro que, considerando pureza e boa vontade apenas ao nível da pele, em mera indumentária os torna: epidérmico disfarce, de não menos epidérmica densidade que a alusão a pureza e boa vontade transforma numa mera e muito derridiana *ruse/armadilha*.

Assim, na proposta aristotélica e em tantas outras que marcam os tempos em que verdadeira mudança se procura, surge a *ambição*, purificada daquilo em que o *ambitus* se tornou. Trata-se, também, de honrar o sentido *novo* da expressão que hoje usamos para designar *candidato* como aquele que se apresenta perante todos, para por todos, por nós, na verdade, ser eleito. Eleito, no sentido de escolhido para cuidado da *res publica*. Eleito, por isso, apenas enquanto fiel a esse mandato. Dessa

<sup>6</sup> *Idem*, 1309a, 10.

<sup>7</sup> *Idem*, III, 1279a,30.

<sup>8</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>9</sup> Sobre o assunto, cfr. com particular interesse HILL, *op. cit.*, pp. 572 e 573 e bibliografia aí citada.

<sup>10</sup> Sobre a matéria, em detalhe, de interesse, cfr. MARY BEARD, *SPQR – A History of Ancient Rome*, Londres: Liveright, 2015, pp. 209 e ss.



fidelidade e não tanto da escolha feita no dia da eleição, dependendo, em última instância, a legitimidade democrática do seu *mínus*.

Assim, uma e outra dimensões, enquanto pretensão de conferir nova forma a uma realidade, partem, na raiz, de uma decisão e de uma necessidade. Esta – a necessidade – de vivermos em comunidade, aquela – a decisão – de o fazermos à luz de valores e sob a regra estrita das suas exigências (e regra estrita, como a medieval régua tabular, de medida padrão tantas vezes cravada na pedra da porta da Igreja da terra com feira ou de um edifício público, para conferimento por todos de cada vara ou côvado usado no comércio).

Se as lições da história – aqui do pensamento – nos servem para alguma coisa, fica o testemunho do pensador de Estagira nas suas propostas de uma *re-forma* que enfrente duas dimensões de corrupção: a *corrupção 1* e a *corrupção 2* (esta última já objecto de alusão breve), como no-lo propõe HILL<sup>11</sup>.

Naquilo que motivou uma comparação histórica entre um aparente *sentido clássico* e um *moderno*, contesta a Autora a percepção comum de que o entendimento *clássico* de corrupção se distinguiria, na sua raiz, daquele que, seguramente desde a Modernidade, nos acompanha<sup>12</sup>. Antes defendendo que, apesar do que entre eles importe estabelecer em diferenças, as dimensões de sentido associadas ao que se entende por corrupção estão presentes, a par, desde a sua génese. Assim como igualmente presentes se encontram as preocupações associadas ao seu combate<sup>13</sup>.

E que dimensões de sentido são essas que associamos ao termo corrupção? Designa-as HILL sob a forma sintética de *corrupção 1* e a *corrupção 2* (esta última já objecto de menção)<sup>14</sup>.

Será *corrupção 1* aquela correspondente a um primeiro sentido, *clássico*, assim chamado por *tradição*. Compreendendo-se como uma «condição generalizada que se estende contagiosamente e de modo difuso através da comunidade política [*polity*], contaminando tanto líderes como cidadãos»<sup>15</sup>. Estando em causa uma concepção menos centrada nos actos de indivíduos, do que «na perda da virtude e, em geral, da saúde moral do corpo político [*body politic*]»<sup>16</sup>.

Num outro sentido se apresenta a segunda dimensão, designada *corrupção 2*, que HILL apelida também de *moderna*, mais reconhecível, diz, para um «leitor contemporâneo»<sup>17</sup>. Assumindo os contornos de uma definição «legalista, estrita», como mencionado parcialmente *supra*, a corrupção neste sentido é concebida como o «abuso de confiança ou função públicas com vista a obter vantagens privadas [*for private gain*], envolvendo infracções como clientelismo [*patronage*], suborno, extorsão e fraude [*embezzlement*]»<sup>18</sup>.

O que está em causa, então?

Algo que, apesar da dificuldade vocabular, mencionada de início, ainda assim não passou despercebido aos Antigos.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 566.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 565. Cfr., pp. 566 e 567 sobre bibliografia neste sentido e a que a Autora se opõe.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 566.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 566.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>17</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*.

Quando a *isso* se referiam, de novo com HILL, lançariam mão de um outro termo: *diaphtherein*<sup>19</sup>

Citando Bratsis, com *diaphtherein* se «denota a corrupção da mente por via da qual a capacidade do indivíduo para realizar juízos fundados [*sound judgments*] é diminuída»<sup>20</sup>. Sublinhando, por isso, a ideia de que, no processo de aceitação do suborno, «o cidadão abdicou da vontade livre [*has surrendered free will*] e, portanto, perdeu a capacidade [*the ability*] de exercer juízo/discernimento [*judgment*] como membro autónomo da comunidade política [*polity*]»<sup>21</sup>.

Restituindo aqueles termos, na *nova forma* procurada – na *re-forma* –, ao seu sentido originário, são eles resgatados daquilo que os tornou paralelos simbólicos de um cínico fatalismo que tudo reduz à anomia.

Por via dessa *re-forma* se procura alcançar algo.

Procura-se, então, um(a) *ministro(a)*, ou seja, servidor(a) e, com ele(a), a ética vertida em bens jurídicos dotados de dignidade penal. Aqueles mesmos bens de que o Conselheiro VÍTOR GOMES nos dá conta na sua declaração de voto ao Ac. do TC n.º 179/2012.

Apesar de acompanhar a decisão da maioria no sentido de declaração de inconstitucionalidade da incriminação do *enriquecimento* ilícito, não o faz acompanhando a totalidade do arrazoado expandido por aquela. E quanto ao bem jurídico aí a proteger, quando em causa estejam, desde logo, titulares de cargos políticos e titulares de altos cargos públicos, diz:

«Efetivamente, como quer que se designe, existe um bem jurídico com evidente dignidade penal, inerente ao princípio do Estado de direito e com afloramentos expressos noutros lugares da Constituição (p. ex., artigo 266.º da CRP), que é a confiança ou credibilidade do Estado (*lato sensu*) perante a coletividade e a daí decorrente capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão cometidas (bem jurídico mediato da incriminação), que a ocultação da proveniência do património ou rendimentos dos titulares do poder público ou dos intervenientes na gestão de bens e serviços públicos pode pôr em perigo e que legitima o legislador a impor a transparência da situação patrimonial daqueles a quem incumba funcionalmente preparar, manifestar ou executar a vontade do Estado (bem jurídico imediato da incriminação).»<sup>22</sup>

E, por isso, a *corrupção 1*, sim e no sentido indicado acima, mas também a sua ligação a *corrupção 2*. E, porque assim é, de uma corrupção que, *em 1*, se vincula ao exercício de funções públicas, seja por quem as exerça nas vestes de funcionário público em sentido restrito, seja por titular de cargo político.

Aqui, por isso, ganha sentido Matos Ramos, quando se refere a «corrupção e crimes conexos»<sup>23</sup>, referindo-se, para além de corrupção activa e passiva, sem

<sup>19</sup> HILL, *op. cit.*, p. 567.

<sup>20</sup> Idem, *ibidem*, citando P. BRATIS, «The Construction of Corruption, or Rules of Separation and Illusions of Purity in Bourgeois Societies», *Social Texts*, 21 (4) (2003), pp. 9 a 33, neste ponto, p. 12.

<sup>21</sup> HILL, *op. cit.*, p. 567.

<sup>22</sup> Excerto de declaração de voto de Conselheiro VÍTOR GOMES constante do Ac. do TC n.º 179/2012. Relator Conselheiro JOSÉ DA CUNHA BARBOSA.

<sup>23</sup> JOÃO ANTÓNIO ALENCASTRE DE MATOS RAMOS, *A Protecção de Denunciantes de Corrupção e Criminalidade Conexa*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de

pretensão de exaustividade, a recebimento indevido de vantagem, administração danosa, peculato, participação económica em negócio, tráfico de influência, abuso de poder e branqueamento de capitais.

Da vontade do Estado falamos, portanto, que, sem prejuízo da consideração atenta do que em cada tipo de ilícito criminal conste, importa a consideração simultânea do *Estado-administração* e do *Estado-comunidade*.

É disso que se trata e nesse contexto joga um papel o denunciante.

## II. Os denunciantes

O ponto de partida poderá ser um de muitos que na história e no papel do denunciante encontre caminho para o significado que ao seu papel se possa atribuir.

Ora, se olharmos para a figura, a própria escolha dos termos: denunciante *ou* delator, não deixará de levar denotada a precisa conotação ou o sentido tendencial desta por parte de quem escolha um ou outro dos termos.

Na verdade, não faltará espaço à polarização.

Pois, para uns, em causa está quem desempenha um papel que em tudo se assemelha a uma figura heróica, tanto em coragem, como em risco. Para estes, o denunciante será, não raro, a corporização, em acto, de um princípio deontológico de fidelidade à verdade e à probidade cumpridos a todo o custo

Por outro lado, para outros, no oposto daqueles, será o delator a imagem exemplar da deslealdade, de indignidade de confiança, mesmo do oportunismo daquele que não hesita, a troco de graciosidade no tratamento, em fazer recair noutro ou noutros, a parte correspondente de responsabilidade que lhe cabe a ele delator, pela participação, na verdade, que também ele delator teve na prática do crime. Por aquilo que também ele, delator, fez.

Decerto as circunstâncias e os contextos, desde logo criminógeneos, contam no traçar do juízo e no grau de peremptoriedade ou de hesitação com que sejam proferidos.

Tudo isso é ciência, pois que critérios de escrutínio admitidos e experimentados nesse foro permitem, impõem mesmo, uma vez identificado e distinguido cada contexto, a tomada de uma posição.

Também teremos, por isso, de assumir posições.

Sê-lo-ão, no entanto, não enquanto reflexo da inclinação idiossincrática do investigador, mas dos termos que denunciante/delator, no contexto preciso em que faz a

---

Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, disponível em [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37617/1/ulfd137595\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37617/1/ulfd137595_tese.pdf). Última consulta: 29-02-2021. Neste ponto, p. 22. Por isso, MATOS RAMOS, nota que, mesmo no que concerne a menção a corrupção no trabalho citado, se refere «a corrupção em sentido lato, não no sentido técnico-jurídico do crime tipificado no Código Penal.» (*op. cit.*, p. 10, n. 1), abrangendo fraude ou peculato. Acrescentando que a escolha do conceito de «corrupção e crimes conexos», que inclui os ilícitos de corrupção, peculato, participação económica em negócio, fraude, tráfico de influências, abuso de poder, branqueamento de capitais, recebimento indevido de vantagem ou administração danosa, se refere ao universo de um «tipo de criminalidade, que tem por denominador comum a ligação à função pública» (*idem*, p. 22). Neste passo cita em nota DAMIÃO DA CUNHA, «As Alterações Legislativas em Matéria de Corrupção (A Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, e suas consequências)», in *Julgur online*, novembro de 2016, p. 3 (*idem*, p. 22, n. 53).

sua aparição, contribua para dar cumprimento a e, com isso, para a realização dos valores próprios de um Estado de direito democrático.

E logo aí, importará considerar os termos em que se possa assegurar a fidelidade a exigências de lealdade e de legalidade e assim também de igualdade de tratamento. Importando também considerar os termos em que essas exigências se possam compatibilizar com a garantia de eficácia na acção penal e também de realização da justiça. Se bem que de uma justiça, não apenas como tal percebida, mas real.

De todo o modo, relevante ou não a posição que se tome, mais importante será a consideração do estado da arte sobre o papel do denunciante, tendo em particular atenção os termos em que o Direito, em particular, o legislador e julgador, o compreendem hoje.

Porque a dimensão do esforço é limitada, sem prejuízo do muito que, de ontem e de hoje, importaria mencionar em modo de excogitação e sistematização histórica, importa ir ao que, entre nós, no passado recente se apresenta como desafio ao presente e ao futuro próximo em matéria de tratamento do estatuto do denunciante.

O alcance geográfico do que está em causa projecta-nos, desde já, para lá das fontes pátrias e do que, de útil e proveitoso, estas ditam sobre a matéria. A isso iremos a seu tempo. Antes importa tomar em mãos, de imediato, o contributo mais recente do Direito da União Europeia, porque decisivo e de influência determinante nas opções a tomar a muito breve trecho pelo nosso legislador, adaptando as normas em vigor, seja na sistematização e abrangência que, quase certamente, o ordenamento jurídico português exhibirá sobre a matéria.

Referimo-nos à aprovação recente da Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, sobre a protecção de pessoas que denunciam a violação da lei da União<sup>24</sup>.

No espaço da União Europeia, iniciativas recentes foram encetadas no sentido de assegurar um quadro legislativo harmonizado entre os Estados-membros, capaz de assegurar uma resposta única por parte destes no que concerne a protecção de pessoas que denunciem a violação de legislação da União, actuando de acordo com o interesse público e assegurando o nível de controlo e de escrutínio públicos próprios de uma sociedade democrática<sup>25</sup>.

Com esta iniciativa se poderá vir a alcançar, pela primeira vez, um quadro harmonizado de protecção legal de denunciantes/*whistleblowers* que denunciem a violação de legislação europeia contra actos de retaliação de entidades públicas e privadas, num contexto em que, neste momento, apenas dez Estados-Membros beneficiam de protecção legal abrangente neste domínio (França, Hungria, Irlanda, Itália, Lituânia, Malta, Holanda, Eslováquia, Suécia e Reino Unido). Portugal não é um desses países.

A Directiva protegerá denunciantes (*whistleblowers*) que actuem de boa fé, se tiverem razões fundadas (*reasonable grounds*) para acreditar que a informação objecto

<sup>24</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=en>. Última consulta: 28-02-2021.

<sup>25</sup> Já a este ponto nos referimos e de modo desenvolvido, no *nosso*, «Os segredos públicos: Os segredos de justiça e o de Estado», in Carla Amado Gomes, Ana F. Neves e Pedro Lomba (coord.), *Os Segredos no Direito*, AAFDL, 2019, pp. 78 e ss. e, posteriormente, o *nosso*, «O Segredo de Estado – ou Arendt e Maquiavel no Jardim de Tácito», in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maçãs (coord.), *Regulação e Garantia de Direitos: Perspectivas de Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 313 a 383.

de denúncia era verdadeira no momento em que a denúncia se deu e que essa informação cai no âmbito da Directiva.

As áreas actualmente abrangidas, de modo expresso, pela Directiva são: contratação pública, serviços financeiros, de combate ao branqueamento de capitais e de financiamento de contraterrorismo, segurança de produtos, segurança de transportes, protecção ambiental, segurança nuclear, saúde pública, segurança alimentar, saúde animal e bem-estar, protecção do consumidor, protecção de privacidade e de dados pessoais e segurança de redes informáticas e de sistemas de informação.

Sem prejuízo disso, a Comissão compromete-se a ponderar, no futuro, a extensão da protecção de denunciante a outras áreas em que a mesma se venha a mostrar relevante. Além de que, se incentivará os Estados Membros, quando transpõem a Directiva para legislação nacional, a promover tal extensão e a assegurar, a nível nacional, um quadro legal exaustivo e coerente nesta matéria.

Nos termos da Directiva, autoridades públicas e empresas privadas estão vinculadas a obrigações específicas. Estas poderão distinguir-se em duas dimensões essenciais: *i*. Obrigação de estabelecimento de canais internos e de procedimentos para apresentação de denúncias e para acompanhamento do seguimento das denúncias; *ii*. Obrigação dirigida a autoridades nacionais competentes no sentido de estabelecer canais externos competentes para receber denúncias e para proceder ao acompanhamento dessas denúncias.

No que concerne *i*., estabelece-se, como regra geral, que empresas privadas com mais de 50 empregados ou receitas anuais de mais de € 10 milhões e todos os Estados e administrações regionais e municípios com mais de 10 000 habitantes estão obrigados a estabelecer canais internos para apresentação de denúncias, capazes de assegurar a confidencialidade do denunciante. Com excepção de empresas a actuar nas áreas de serviços financeiros, de combate ao branqueamento de capitais e de financiamento de contraterrorismo, que independentemente da sua dimensão, se encontram vinculadas a estas exigências. Além disso, aquelas estão obrigados a indicar uma pessoa ou departamento responsável para receber e acompanhar o seguimento das denúncias e a disponibilizar informação clara e acessível sobre esses procedimentos e sobre as condições mediante as quais podem ser feitas denúncias externas, dirigidas aos Estados nacionais ou a entidades competentes da União Europeia.

Quanto a *ii*., cabe aos Estados-membros identificar as autoridades encarregadas de receber e acompanhar as denúncias. Estas autoridades têm de adoptar canais específicos e de acesso fácil para apresentação de denúncias, separados dos sistemas normais de apresentação de reclamações, dotados de funcionários específicos, devidamente formados.

Essas autoridades estão obrigadas a acompanhar as denúncias apresentadas dentro de um prazo de três meses (extensível por seis meses em casos complexos) e de responder ao denunciante (*provide feedback*) nesse mesmo período de tempo. Estão ainda obrigadas a fornecer informação facilmente compreensível e acessível sobre como os denunciante podem beneficiar de protecção.

A Directiva especifica ainda em que termos o denunciante deve proceder à denúncia, estabelecendo, como regra, que deve usar os canais internos acima indicados. Embora estabeleça um conjunto de excepções que, uma vez verificadas, dispensam o denunciante da obrigação de recorrer a esse canal. Entre elas, cabe destacar o direito atribuído ao denunciante de, em último recurso, promover a divulgação

pública da informação denunciada, seja directamente junto do público, seja por via de plataformas de rede ou ainda de redes sociais, seja ainda por recurso aos órgãos de comunicação social ou ainda, entre outros, por recurso a representantes eleitos ou a organizações da sociedade civil. Como referido, por regra, esse direito é reconhecido em último caso, pois que apenas assim poderá proceder se o recurso inicial a canais internos ou externos não tiver produzido resultados e o denunciante não tenha recebido resposta (*feedback*) dentro do prazo de três ou de seis meses estabelecido na proposta.

Neste sentido, apesar da proposta de Directiva insistir na necessidade do denunciante recorrer aos canais internos ou externos de denúncia para poder beneficiar de protecção, admite, no entanto, a possibilidade do denunciante de recorrer directamente aos órgãos de comunicação social quando esses canais não funcionem ou quando não seja razoável esperar que o façam – assim acontecerá, entre outras situações, em caso de conluio entre o denunciado e as autoridades responsáveis por receber e acompanhar as denúncias e ainda em casos de perigo urgente e grave para o interesse público ou de dano irreversível para este.

No que concerne a protecção de denunciantes, a Directiva estabelece a proibição de qualquer medida de retaliação e procede à previsão de sanções eficazes, proporcionais e dissuasórias contra aqueles que tomem aquelas medidas. Caso venham a ser objecto de retaliação, a proposta indica um conjunto de medidas de protecção adicional que incluem: patrocínio judiciário, impondo-se o fornecimento de informação e patrocínio independente, pleno e gratuito; medidas de protecção (tradução livre de *remedial measures*) adequadas, das quais constam a possibilidade de beneficiar de medidas cautelares e de inversão do ónus da prova; determinação de ausência de responsabilidade jurídica em qualquer caso, considerando-se que o seu comportamento não corresponde a uma violação ilícita de cláusulas contratuais ou de normas legais, *v.g.*, aquelas que estabelecem deveres de confidencialidade; e protecção em processos judiciais, determinando que, nesses casos, desde logo quando em causa estejam acções judiciais fora do contexto laboral, como processos de difamação, quebra de direitos de autor e quebra de regras de segredo, os denunciantes beneficiarão da invocação da nova legislação da União Europeia como defesa.

A Directiva em causa surge, de resto, na senda de um caminho já traçado no direito internacional, no contexto de esforços a que Portugal não tem sido alheio.

Assim temos, a título de exemplo, sob a égide das Nações Unidas, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, comumente designada Convenção de Mérida, de 9 a 11 de Dezembro 2003<sup>26</sup>. Cabendo destacar, em particular, o disposto nos seus artigos 8.º, n.º 4, e 33.º

E, no espaço europeu, sob a égide do Conselho da Europa, a Convenção Criminal sobre Corrupção, de 21 de Janeiro de 1999, entrada em vigor a 1 de Julho de 2002, em particular o que resulta do seu artigo 22.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Disponível em [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/united_nations_convention_against_corruption.pdf). Última consulta: 28-03-2021. Entre nós, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007.

<sup>27</sup> Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>. Última consulta: 28-03-2021. Ratificada, entre nós, por Decreto do Presidente da República



Sendo ainda de destacar, precisamente no contexto do Conselho da Europa, a integração de Portugal na estrutura GRECO (*Groups of States Against Corruption*)<sup>28</sup>, beneficiando da sua função enquanto mecanismo de avaliação da legislação e prática dos Estados no que concerne o combate à corrupção. Devendo-se, em parte significativa, ao seu trabalho de avaliação a detecção de insuficiências<sup>29</sup>, desde logo, em sede legislativa, de instrumentos para assegurar de forma eficaz a prevenção e combate à corrupção. Neste contexto, releva, de modo particular, a elaboração e posterior entrada em vigor da Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril, a que nos referiremos *infra* mais em detalhe.

No contexto de direitos nacionais, fazemos mera referência a alguns diplomas legais e também a estrito título de exemplo.

Desde logo, em França, merece destaque a Lei n.º 2016-1691, de 9 de Dezembro, designada comumente *Lei Sapin II* e os termos em que procede aí à protecção de denunciante nos sectores público e privado<sup>30</sup>.

No Reino Unido, mantém-se alguma dispersão de disposições relevantes em matéria de protecção do denunciante, referentes a domínios muito diversos. Assim, por exemplo, temos o *Official Secrets Act*, de 1989<sup>31</sup>, com as alterações sucessivas, em matéria de denúncia de prática de ilícitos em serviços de informações, por funcionários que deles tomem conhecimento no exercício de funções a que nos referiremos mais abaixo. Ou, no específico contexto laboral, o *Public Interest Disclosure Act* de 1998<sup>32</sup>.

Nos Estados Unidos, a dispersão legislativa é também característica, ressaltando, a nível federal, legislação relevante, de forma distinta, nos sectores público e privado. Quanto ao primeiro, importa, de modo particular, os *Whistleblower Protection Act*, de 1989<sup>33</sup>, e o *Whistleblower Protection Enhancement Act*, de 2012<sup>34</sup>. Sendo que, quanto ao sector privado, importa mencionar, no que respeita a protecção do denunciante no âmbito da actividade empresarial, o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer*

---

n.º 56/2001, de 26 de Outubro.

<sup>28</sup> Sobre a estrutura, missão e actividade do GRECO (*Groups of States Against Corruption*), vide <https://www.coe.int/en/web/greco>. Última consulta: 28-03-2021.

<sup>29</sup> De interesse os relatórios de III *round* de avaliação relativos a Portugal. Sendo o primeiro sobre incriminações e o segundo sobre *compliance*, transparência e financiamento de partidos políticos, cfr., quanto ao primeiro, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c7bca>. E quanto ao segundo, cfr. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c7bce>. Última consulta: 28-03-2021.

<sup>30</sup> Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033558528/>. Última consulta: 28-03-2021.

<sup>31</sup> Disponível o diploma em questão em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/6/contents>. Última consulta: 29-03-2021.

<sup>32</sup> Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/section/1>. Última consulta: 29-03-2021.

<sup>33</sup> Disponível em <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/20/text>. Última consulta: 27-03-2021.

<sup>34</sup> Disponível em <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/senate-bill/743>. Última consulta: 27-03-2021.

*Protection Act (Dodd-Frank Act)* de 2010<sup>35</sup>. Em matéria de regulação do sector financeiro, importa salientar o *Sarbanes-Oxley Act* de 2002<sup>36</sup>.

Quanto a Portugal, o quadro não é, na verdade, marcado por um tratamento legislativo geral único ou mesmo uniforme, encontrando-se alguns diplomas com aquela pretensão, mas outros que apenas se propõem trazer soluções tópicas e sectoriais.

Assim, importa, desde logo, com pretensão tendencialmente geral do mero denunciante, a Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril, na redacção actual e, em particular, o seu artigo 4.º

Em causa está legislação que prevê a adopção de um conjunto de medidas de combate à corrupção e, no que concerne a norma em causa, a protecção do denunciante, entendido, desde a revisão de 2015<sup>37</sup>, não apenas como trabalhador da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado, como trabalhadores do sector privado que, no desempenho das suas funções e por causa delas, tomem conhecimento de infracções.

Determina, a propósito, o disposto no artigo citado, a proibição, por qualquer forma, de prejuízo do denunciante, desde logo, por via de despedimento ou de transferência não voluntária (n.º 1); a presunção, até prova em contrário, como abusiva, de sanção disciplinar aplicada ao denunciante até um ano após a apresentação da denúncia (n.º 2); a garantia de anonimato, excepto para os investigadores, até à dedução de acusação [n.º 3, alínea a)]; direito, após dedução de acusação, a transferência, a pedido do denunciante, sem faculdade de recusa por parte da entidade patronal; e, de forma muito significativa e também após a revisão de 2015, a possibilidade do denunciante de beneficiar do regime de protecção de testemunhas em processo penal, previsto na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, com as alterações posteriores<sup>38</sup>.

De notar, desde logo, a ausência de previsão de um quadro sancionatório a ter em conta no caso de violação das exigências mencionadas, em particular, daquelas impendentes sobre as entidades patronais cuja actividade se vê denunciada por um dos seus funcionários.

Menos ainda, como bem nota Matos Ramos<sup>39</sup>, se topa uma definição sobre o que seja isso de funcionário, não se encontrando fundamento para que se possa lançar mão de uma definição alargada como aquela que constante do artigo 386.º do CP.

No que concerne a possibilidade de benefício do regime de protecção de testemunhas em processo penal, importará sempre considerar as condições legalmente previstas para a adopção de um regime, por definição, excepcional. Estando em causa pessoas que, devido à sua condição de testemunha, vêem a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado colocados em perigo (artigo 1.º, n.º 1, da lei *supra* citada). O mesmo valendo

<sup>35</sup> Disponível em <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4173/text>. Última consulta: 30-03-2021.

<sup>36</sup> Disponível em <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763>. Última consulta: 30-03-2021.

<sup>37</sup> Cfr. Lei n.º 30/2015, de 22 de Março.

<sup>38</sup> Cfr. Lei n.º 29/2008, de 4 de Julho, e Lei n.º 42/2020, de 3 de Setembro.

<sup>39</sup> MATOS RAMOS, *op. cit.*, p. 105. E sobre a dificuldade de identificar o tipo de vínculo, se algum, à entidade onde exerce funções, de particular relevo, pp. 48 e ss.

quando esses bens em perigo respeitem a familiares da testemunha, pessoa que com ela viva em condições análogas às dos cônjuges ou outras pessoas que lhe sejam próximas (artigo 1.º, n.º 2).

Em causa estão aí ainda, entre outras, medidas de ocultação de identidade da testemunha, de ocultação de imagem durante a prestação de depoimento e de distorção de voz.

Tendo em conta as limitações relevantes decorrentes da sua aplicação para o exercício dos direitos de defesa do arguido, em particular, do respeito pelo contraditório, o legislador reveste a aplicação de tais medidas de particulares cautelas, exigindo, em geral, a verificação de razões de necessidade e de adequação à protecção das pessoas e à realização das necessidades processuais (artigo 1.º, n.º 4). E prevendo ainda, para cada uma das medidas previstas, um conjunto de requisitos adicionais a ter em conta pelo julgador.

Em sentido, no fundamental, coincidente com o da citada lei de 2008, cabe ainda mencionar aquela respeitante, em particular, ao combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, nos termos da Lei n.º 83/2007, de 18 de Agosto. Assegurando o anonimato do denunciante, protecção contra represálias, em particular, contra a promoção de procedimento criminal fundado, em exclusivo, na denúncia promovida, contanto não seja ela deliberada e manifestamente infundada (artigo 108.º). Prevendo, com particular importância, em transposição parcial de Directivas da União Europeia relevantes nesta área<sup>40</sup>, que as «autoridades sectoriais devem criar canais específicos, independentes e anónimos que internamente assegurem, de forma adequada, a receção, o tratamento e o arquivo das denúncias efetuadas» (artigo 108.º, n.º 6).

Entre nós, a devida transposição da Directiva (UE) 2019/973, de 23 de Outubro de 2019 poderá ser a oportunidade para que se assegure a possibilidade de generalizar a imposição de adopção por entidades privadas de procedimentos internos de acolhimento e análise de denúncias, desde logo, por colaboradores, já prevista em algumas áreas, como em sede de combate ao branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo<sup>41</sup>.

De modo não diverso ainda, entre outros, o previsto no Código de Valores Mobiliários<sup>42</sup>, no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras<sup>43</sup> e no Regime Geral de Investimento Colectivo<sup>44</sup>.

Também, de outro modo e para denúncias gerais em matéria de corrupção, cabe mencionar – e apenas isso – o portal incluído na página electrónica da Procuradoria-Geral da República, designado «Corrupção: Denuncie aqui»<sup>45</sup>.

Conhecido o normativo importa perguntar o que representa esta Directiva.

Seguramente uma tomada de posição clara no sentido da protecção e apoio a denunciante que tomem conhecimento, no exercício das suas funções, da prática

<sup>40</sup> Cfr. Directivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2016.

<sup>41</sup> Nos termos da Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto. Cfr., em particular, o disposto no artigo 20.º

<sup>42</sup> Cfr. artigo 368.º-A, n.ºs 4 a 8, do Código dos Valores Mobiliários, DL n.º 486/99, de 13 de Novembro.

<sup>43</sup> Cfr. artigos 116.º, n.º 2, e 116.º-AB do DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

<sup>44</sup> Cfr. artigo 87.º-A da Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro.

<sup>45</sup> Sobre este serviço e problemas levantados, cfr., em detalhe, MATOS RAMOS, *op. cit.*, p. 64 e ss.

de ilícitos, desde logo, de relevância criminal, promovidos no interior da estrutura de organização da pessoa colectiva, pública ou privada, em que esses denunciante prestem funções.

Do mesmo, modo e em termos não menos inequívocos, a de imposição, junto de pessoas colectivas, públicas e *privadas*, e não apenas daquelas de maiores dimensões, de medidas, relevantes na estrutura e no funcionamento quotidiano dessas organizações, que assegurem o acolhimento e o *prendre aux sérieux* das denúncias apresentadas por quem presta actividade no seu seio. Implicando um passo em diante significativo no caminho de progressiva intensificação de exigência no que concerne a adopção de medidas de *compliance* e, portanto, do que importe implementar no seio da organização no sentido de assegurar o seu efectivo cumprimento – não apenas formal, mas material. E assim, desde logo, do que, em sede de regulação, se imponha.

Se podemos dizê-lo, importarão, *compliance* e protecção de denunciante, passos no sentido de generalizar o que, na Administração Pública e no Direito que a disciplina, há muito se designava como a legalidade enquanto princípio que, no seu seio, se impunha, não apenas, nem principalmente, como limite à actividade administrativa, mas como princípio que rege e informa cada acto da Administração e cujo *ethos* inspira – deve inspirar – a actuação de quem, na Administração, actua no interesse de todos. Não se trata, à luz da legalidade e da sua eleição como princípio regente da actuação pública, de tudo fazer o que a lei não proíba, mas antes, de tudo fazer o que a lei procura que seja assegurado para melhor satisfação do interesse público.

O que assegura, então, o diploma mencionado? Seguramente a protecção do denunciante, desde logo, mas não só, colocando-o ao abrigo de represálias pela denúncia promovida. Garantindo-lhe ainda o que importe de apoio em sede do patrocínio judiciário que se justifique assegurar em razão da necessidade de defesa de iniciativas promovidas em reacção à sua denúncia.

E o que se procura assegurar? Além do que já ficou dito, numa palavra, arriscamos: a probidade das instituições.

E assim por via da compreensão do princípio da legalidade como fonte de uma exigência material de fidelidade aos fins de realização do interesse da comunidade a que, instituições públicas e privadas, nos termos do que a lei lhes imponha, se encontram vinculadas.

De uma probidade institucional co-essencial à afirmação do império da lei enquanto condição de garantia e de reforço da expectativa comunitária do cumprimento generalizado da lei. Condição mínima de igualdade de que depende a afirmação, não apenas nominal, mas que se sinta presente na existência quotidiana de membros de uma comunidade que se diga pertencente a um Estado *de Direito*. Condição, em suma, da auto-compreensão de cada um e da sua afirmação, reivindicante perante todos e perante o poder – do Estado e também, no seio da economia privada e da sociedade civil –, como *cidadão*.

Por fim, cabe perguntar o que caracteriza *este* denunciante, previsto *nesta* Directiva e que *esta* Directiva pretende proteger? O que distingue *este* denunciante ao qual *esta* Directiva reconhece um papel particular merecedor de tutela?

O denunciante a que *esta* Directiva aparentemente se refere, nos termos dos estritos limites em que aí se vê reconhecido, denuncia ilícitos de que toma conhecimento no exercício das suas funções, em cuja prática não participou. Em causa está quem – é certo, apenas quem integra a estrutura da pessoa colectiva no seio da qual se

desenvolve a actividade denunciada – não praticou quaisquer crimes, antes sim quem tomou conhecimento de prática de um ou mais crimes em cuja prática se não encontra envolvido.

O que pode, por isso, significar esta Directiva e as opções normativas que nela vão implicadas?

Em causa estará uma *re-forma*, no preciso sentido mencionado de conferimento de *nova forma*, que atribua um papel necessário ao denunciante, na precisa medida em que promova o interesse público. Importando uma opção pela sua protecção, pela precisa razão e na precisa medida em que, considerando os termos em que o diploma em cuidado considera o denunciante como figura, estamos a falar de alguém que deve entendido como não participante, menos ainda beneficiário, do crime ou crimes que denuncia.

Compreendidos estão, então, os termos da novidade e relevância da Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, mas também os seus limites de âmbito de aplicação e mesmo de entendimento do conceito mesmo de denunciante ao qual está disposta a estender protecção.

Cabe agora avançar, pois que a ambição que aqui nos traz é outra.

Em causa está a apreciação das propostas da *Estratégia Nacional Anti-Corrupção (ENAC)* mencionada, não apenas uma análise crítica que lhe faça justiça, mas mais ainda.

Em causa está a assunção do risco de apresentação de propostas que para o debate, mas sobretudo, para o direito positivo a constituir, possa trazer um contributo palpável.

O esforço é de procura de uma *re-forma*. Uma *nova forma* que, adiantamo-lo, promova a definição de um regime único e unitário sobre o estatuto do denunciante. Trata-se, de resto, de um objectivo explícito da *Estratégia Nacional Anticorrupção* mencionada.

E pede-se aqui um contributo proveniente da *dogmática* para essa mesma reforma.

Ora, antes de avançar, importa proceder a um reparo de fundo (mais que metodológico).

Quando se peça a uma abordagem dogmática um contributo para uma *re-forma*, na forma de uma proposta ou de mais que uma, seja na forma que for, mesmo que desprovida da forma explícita de articulado legislativo, quando isso seja pedido, dizíamos, não cabe esconder o dilema que se apresenta à dogmática.

E assim porque, não cingida à sua função originária – e vocacional – de *apenas* reflectir sobre a realidade que se lhe apresenta, compreendendo-a e criticando-a pelo que é, propõe-se essa mesma dogmática alterá-la, modelá-la, à semelhança de uma pré-compreensão que adopta e se empenha em defender.

Ora, quando assumo esse papel transformador, é a dogmática desafiada, na precisa medida em que se vê arrancada da sua posição de observadora, atenta, sim, mas desinteressada e, sobretudo, não envolvida.

E, arrancada dessa posição, vê-se a dogmática implicada na posição de parte e na consequente escolha. Numa escolha que, fundada, certamente, na boa razão do seu contributo (positivo) para (o futuro) da comunidade e, com isso, para o (seu) bem, importa, no entanto, o abandono de um ponto de observação neutro – que não neutral. O abandono, portanto, do único lugar possível para quem tenha a pretensão de tudo alcançar, de todos poder ouvir e, com isso e na medida em que isso seja possível, de tudo compreender (que não se confunde com tudo justificar).

E, fazendo-o, decerto, pelas melhores razões, vê-se a dogmática investida de um papel que não dispensa, antes exige, o comprometimento com um quadro normativo feito de escolhas que se empenhará em justificar na sua bondade.

E quando assim seja, à dogmática, a quem se veda a opção por se colocar à margem da liça, se aponta o dedo, na forma de um questionamento radical da sua função. Assim KAHN:

«Ao assumir o projecto de reforma legislativa, no entanto, o académico torna-se participante na prática jurídica [*legal practice*] e, por isso, parte do preciso objecto que ele ou ela se propõe investigar. Este colapso [*collapse*] da distinção entre o sujeito que estuda a lei e a prática jurídica que é o objecto do estudo é a fraqueza central do estudo académico jurídico contemporâneo [*contemporary legal scholarship*]. “Colapso” não acontece em determinado momento do tempo [...]. A académica jurista [*legal scholar*] aborda o estudo do Direito [*comes to the study of law*] entendendo-se já como cidadã na república da lei [*as a citizen in law’s republic*]. Ela está comprometida em “fazer o trabalho da lei [*making law work*]”, em melhorar o sistema legal do qual ela é parte. Colapso refere-se à falha de uma possibilidade analítica, não a algum tipo de experiência transitória.»<sup>46</sup>

Fazendo-o, muito embora, e no contexto normativo proposto pela Directiva, centrados por isso, no conceito de denunciante que no-lo propõe, propomos, em forma de diagnóstico e de *re-forma* o que importe em protecção e tomada a sério do denunciante tomado em sentido aproximado do indicado naquele diploma. Ou seja, daquele que, *de dentro* e, como veremos num direito a *re-formar*, também *de fora* da instituição leva a conhecimento a suspeita de ocorrência passada ou presente de factos de relevância criminal, nos termos e condições a detalhar em baixo. Sem que, como aspecto decisivo que, também, por isso, se deixa para último, tenha tomado ou esteja a tomar parte na sua prática. E ainda sem que qualquer ilícito, desde logo, criminal, que tenha o denunciante como autor ou participante, tenha estado na origem da tomada conhecimento dos factos denunciados ou do acesso a elementos que indiciem a sua prática.

Apenas em momento posterior daremos o passo no sentido da consideração do denunciante que, apesar de com aquele, partilhar a designação, sem menoscabo desse papel, participou ou se encontra a participar na prática de ilícitos criminais, desde logo, dos ilícitos objecto de denúncia. Denunciando, por isso, a prática de ilícitos, desde logo, criminais, de que é agente, a título de autoria ou de participação.

Aos primeiros chamaremos os *denunciantes-denunciantes apenas*. Os segundos designaremos de *denunciantes-participantes no crime denunciado*.

Deixaremos para o final uma terceira categoria de denunciante. Os que designaremos de *autores de crimes transformados em denunciante de crimes praticados por outros*.

Começamos, então, pelos primeiros, aproveitando, para os segundos o que com aqueles é comum.

<sup>46</sup> PAUL W. KAHN, *The Cultural Study of Law – Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago/Londres: University of Chicago Press, 1999, p. 7.



### 1. Os *denunciante-denunciante apenas*

Chamemos-lhes assim, na falta de conceitos precisos e autónomos para designar as realidades mencionadas. Três por ora identificadas, todas susceptíveis de se ver confundidas numa só realidade que amalgame preocupações de índole jusmaterial, processual e de política criminal que urge autonomizar.

O denunciante que não pratica crimes, que denuncia crimes em cuja prática não participa e que deles toma conhecimento de forma lícita, nomeadamente no exercício de funções, o *denunciante-denunciante apenas* não se confunde com aqueles acima mencionados. Do mesmo modo que se não confundem as preocupações de tratamento juscientífico que urge considerar.

A dispersão normativa no Direito em vigor surge como traço indelével a considerar, traduzindo-se numa multiplicidade de fontes que importou identificar. Respigámos acima apenas algumas.

A conveniência de um regime tendencialmente unitário importará a necessária imposição de cumprimento de exigências específicas em matéria de organização institucional de entidades públicas e privadas, de molde a assegurar que denúncias respeitantes ao seu funcionamento interno e, em particular, à prática de ilícitos, desde logo criminais, ocorridos no seu seio, encontrem acolhimento e devida consideração.

O que a mencionada Directiva nos traz de opções a que o legislador e Administração não podem ser indiferentes no esforço de adequada transposição, importará, decerto, exigências que importarão, no futuro próximo, modificações profundas, não apenas na estrutura organizativa das entidades visadas, públicas e privadas, mas também e, sobretudo, de um *ethos* de funcionamento, traduzido num sistema eficaz e cuidadoso de consideração de denúncias e de pronta assunção das consequências jurídicas e reputacionais que delas possam resultar. E assim, como parte de uma prática e de uma ética organizativa marcada pela plena transparência de procedimentos, apenas possível quando sujeitos a suficiente e permanente escrutínio interno e ainda promovido por entidades externas, dotadas para o efeito de meios humanos devidamente formados e meios materiais em natureza adequada e dimensão suficiente. A isto já nos referimos acima.

Neste ponto, o acompanhamento e melhoria das medidas propostas pela União encontrarão paralelo em esforços anteriores promovidos, desde logo, pelo Reino Unido.

Falamos, desde logo, do *Official Secrets Act* de 1989, com as alterações posteriores<sup>47</sup>, pautado por opções de promoção de escrutínio interno de funcionamento de serviços do Estado dedicados à garantia da segurança nacional que atribuem ao denunciante interno, funcionário nos seus serviços, papel determinante.

Reconhecendo a sua importância na garantia de legalidade e de probidade de instituições marcadas por uma compreensível cultura de segredo, impõe, ainda assim, a definição de um procedimento rigoroso capaz de assegurar o acolhimento e a análise de denúncias internas de forma eficaz, dela retirando consequências jurídicas, reputacionais e mesmo políticas.

O facto de incidir sobre uma área de actuação do Estado marcada por particulares preocupações de segurança nacional e de inerente secretismo não representaram óbice, pelo contrário, impuseram-se como razão adicional para a escolha desta área,

<sup>47</sup> Vide menção *supra*.

com preferência sobre qualquer outra, para a consagração de procedimentos de denúncia credíveis e de não menos credível protecção do denunciante, tornando-o uma referência, nada menos do que paradigmática e, por isso, um exemplo a seguir.

A propósito, são particularmente interessantes as preocupações expendidas pelo colectivo da Câmara dos Lordes, no seu antigo Ramo Judicial, em *Regina v. Shayler*<sup>48</sup>. Já a este assunto nos referimos, mas, pela sua pertinência, de forma sucinta, a ele regressamos<sup>49</sup>.

Está aí em causa, precisamente, a consideração da divulgação por um funcionário dos serviços secretos britânicos de documentos confidenciais, alguns considerados segredo de Estado, a órgãos de comunicação social, com a invocação por parte daquele de razões de interesse público.

Tendo sido confirmada, por unanimidade, a condenação do arguido pela prática de diversos crimes cometidos por funcionários, previstos no mencionado *Official Secrets Act (OSA)*, desde logo, por ter procedido à divulgação de documentos confidenciais junto de órgãos de comunicação social sem, em momento algum, ter feito uso dos mecanismos internos para apresentação formal e apreciação de denúncias de ilícitos cometidos no seu seio, é, no entanto, de particular interesse a preocupação manifestada pelo colectivo quanto à compatibilização dessas restrições com a garantia de liberdade de imprensa, numa democracia.

Remetendo para o disposto no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em particular no que concerne a questão de saber se a restrição à liberdade de imprensa em causa é proporcional tendo em conta os fins que pretende promover, damos a palavra a um dos juizes do colectivo, *Lord Hope of Craighead*. Nota, então que, as restrições em causa apenas serão compatíveis com a Convenção, satisfazendo «o segundo e o terceiro requisitos da proporcionalidade», se, na sua natureza, forem «sensíveis aos factos de cada caso». Assim, insiste que, tendo as restrições em causa de ser «racionais, justas e não arbitrarias e não podem impedir o direito fundamental além do estritamente necessário»<sup>50</sup>, o sistema previsto na Lei [*Official Secrets Act de 1996*], que exige da parte de funcionários a promoção de denúncia interna de factos que considere ilegais, «é vulnerável à crítica com fundamento de que carece do grau necessário de sensibilidade»<sup>51</sup>. Pois, diz, «tem de haver dúvidas sobre se um denunciante [*whistle-blower*] que acredita ter bom fundamento para afirmar que abusos estão a ser cometidos por serviços de segurança ou de informações será capaz de convencer aqueles a quem pode fazer essas divulgações a levá-lo a sério, a persistir junto deles e a lograr produzir as alterações que, se tiverem alguma substância, são necessárias»<sup>52</sup>.

Assim, acrescenta, se é verdade que «[o] sistema de autorização oficial proporciona a última oportunidade», «tem de ser eficaz, caso as restrições não sejam

<sup>48</sup> Cfr. Decisão da Câmara dos Lordes, ramo judicial, *Regina v Shayler* (On Appeal From The Court of Appeal (Criminal Division)), [2002] UKHL 11, de 21 de Março de 2002, disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020321/shayle-1.htm> (Última consulta: 31-09-2019).

<sup>49</sup> O nosso, *O Segredo de Estado*, cit., p. 29.

<sup>50</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>51</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>52</sup> Idem, *ibidem*.

consideradas arbitárias e como tendo impedido um direito fundamental para além do necessário»<sup>53</sup>.

E remata, de forma lapidar: «há que ser realista, como o Tribunal de Recurso [Court of Appeal] reconheceu. As instituições tendem a proteger os seus e a resistir a críticas, de onde quer que provenham». Pelo que, sublinha, mais que a consagração de um sistema eficaz de apresentação e promoção de denúncias promovidas por funcionários, impõe-se «exigir a injeção de ar fresco do exterior, antes que defeitos institucionais sejam reconhecidos e rectificados.»<sup>54</sup>.

O caminho está, então, traçado. E assim aquele de uma proposta de futura *re-forma*.

Importa:

1. A definição de procedimentos internos credíveis e eficazes de recepção, seguimento e análise de denúncias.

Neste sentido e na senda do que já se viu ser proposto pela Directiva de 2019 e de forma não dissemelhante do que encontramos no OSA.

A propósito, importará considerar a necessidade de escrutínio judicial substantivo e relevante do processo de denúncia, em particular dos actos administrativos ou de entidades privadas no seio das quais aquele decorra, em relação ao andamento e destino daquelas denúncias.

Neste contexto, importa notar o que, no OSA britânico, foi objecto de opção expressa: a possibilidade de escrutínio judicial da decisão administrativa de recusa de divulgação pública do objecto de denúncia.

Mesmo estando em causa domínio que contende com a preservação (e consequente possibilidade de revelação) de segredos de Estado, nota o Tribunal, como mencionámos noutra sede<sup>55</sup>, na decisão já referida que, o «defeito encontra-se no facto da Lei [Act] não identificar os critérios que funcionários devem ter em conta quando tomam a decisão sobre a questão de saber se a divulgação deve ou não ser autorizada»<sup>56</sup>. Além disso, nota, como elemento adicional de crítica e de dúvida, que, se é verdade que qualquer «decisão de declinar uma autorização oficial será sujeita a apreciação judicial», importa perguntar, em relação a esta lei e ao escrutínio judicial que autoriza, se o processo de apreciação judicial é «capaz de assegurar a intensidade de apreciação necessária para satisfazer as exigências da Convenção [Europeia dos Direitos Humanos]?»<sup>57</sup>.

2. O alargamento do conceito de funcionário quando em causa esteja a definição do denunciante que integra a estrutura interna da entidade, no seio da qual é promovida actividade que se suspeita ilícita e que aquele pretende denunciar.

E assim de modo a nesse conceito integrar todo o que preste actividade na entidade, independentemente do vínculo laboral a essa entidade ou mesmo que preste actividade para essa entidade, não integrando formalmente a sua estrutura;

3. A exigência de que actue de boa fé, fundado em suspeitas razoáveis e convicto da veracidade dos factos que denuncia;

<sup>53</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>54</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>55</sup> O nosso, *O Segredo de Estado*, cit., *ibidem*.

<sup>56</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>57</sup> Idem, *ibidem*. Parêntesis rectos nossos.

#### 4. A garantia de efectiva protecção do denunciante contra represálias.

Neste sentido, será bem-vinda a generalização de medidas no sentido da inversão ou de reforço do ónus da prova impendente sobre a entidade patronal denunciada de que medidas disciplinares ou outras desfavoráveis dirigidas contra o denunciante não resultam de represália pela denúncia.

Nessa senda se justificará a opção legal pela proibição de transferência do denunciante, no período de um ano após a denúncia.

Assim como também se imporá a extensão a todos os denunciantes das condições de protecção previstas pela lei de protecção de testemunhas mencionada, beneficiando de garantia de protecção de identidade, mesmo até de garantia de anonimato, quando verificadas as condições gerais previstas na lei.

Importará também proceder à limitação das condições em que o denunciante possa ser responsabilizado por difamação da entidade ou da pessoa denunciadas. Vedando-se a possibilidade, nesses casos, de punibilidade com pena de prisão.

5. Impor-se-á a garantia de patrocínio judiciário, com a cobertura dos correspondentes custos, ao denunciante assegurando a sua defesa efectiva perante reacções decorrentes da sua denúncia;

6. A consagração da denúncia como notícia de crime, não valendo, em si, como meio de prova.

#### 1.1. O que propõe a ENAC

Neste sentido, é de saudar a afirmação inequívoca na actual ENAC da intenção de dar cumprimento à Directiva (UE) 2019/1937 mencionada, assegurando, a muito breve trecho, a sua transposição para o ordenamento jurídico português, garantindo, por essa via, a criação de «canais de denúncia», também designados de *Whistleblower pipelines*. E ainda de saudar será também que, conjugado com o compromisso de incremento da implementação de programas de *compliance*, designados de *planos de cumprimento normativo*, assegure uma «adequada protecção dos denunciantes de violações dos planos normativos», reconhecendo ser isso «essencial para garantir que quem cumpre a lei não se torna alvo de retaliações»<sup>58</sup>.

Urge ainda o documento que corporiza a ENAC, referindo-se à Directiva citada, a que instituições, serviços públicos e organismos criem «canais para denúncia interna de incumprimentos normativos ou atos de corrupção»<sup>59</sup>. E reforça esse propósito ao comprometer-se generalizar a institucionalização de canais de denúncia, respondendo à «necessidade de articular e compatibilizar» as normas dispersas em vigor, «designadamente através de um diploma que estabeleça o regime jurídico de protecção dos denunciantes»<sup>60</sup>.

Em causa está um esforço que se estende para além dos fins estabelecidos na Directiva mencionada, limitada que está esta à prática de ilícitos que coloquem em causa os interesses da União. Desse modo a ENAC dá voz ao incentivo explicitamente assumido naquela Directiva no sentido de que os Estados-membros, em

<sup>58</sup> Cfr. Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, Governo de Portugal, República Portuguesa, Justiça, documento de 19 de Março de 2021, inédito, p. 44.

<sup>59</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 66.

particular, no caso, Portugal, levem a sério o desafio de estender a exigência de canais de denúncia e de norma de protecção de denunciante para lá daquele domínio estrito de ilicitude e de interesses em vista.

Naturalmente, a plena justificação de extensão de medidas desta natureza importa a identificação da natureza dos ilícitos, desde logo de natureza criminal, que justifiquem a garantia daquelas formas de protecção do denunciante. Desde logo, quando em causa estejam medidas de protecção de testemunha que envolvam restrições relevantes ao exercício pleno do contraditório, sobretudo em fase de julgamento.

A importância associada à protecção do denunciante não justifica a indeterminação total dos ilícitos que devam merecer acolhimento e consideração uma vez denunciados.

Neste sentido, a referência na ENAC a «denúncia interna de incumprimentos normativos»<sup>61</sup> peca aqui por insuficiente. Estando aqui em causa liberdades fundamentais, torna-se necessária a exigência de delimitação clara pelo legislador dos ilícitos cuja denúncia merece a consideração daquelas medidas. A natureza criminal dos actos denunciados será uma exigência mínima. A delimitação, de entre eles, dos tipos relevantes, será também de se impor. O conjunto de tipos indicados acima como exemplos do que deve preencher a designação genérica de *corrupção e criminalidade conexa* surge como ponto de partida para uma reflexão que urge fazer, como condição para que o encaminhamento em canais de denúncia e a justa protecção do denunciante se não tornem instrumentos de perseguição de pessoas singulares e colectivas.

Naturalmente as preocupações que presidem às propostas indicadas em cada ponto em cima ficam ainda por responder na ENAC, esperando-se a sua consideração atenta em sede de trabalho legislativo posterior.

## 2. Os denunciante-participantes no crime denunciado

Estabelecidos os termos do que pode estabelecer-se como a matriz da protecção legalmente assegurada ao denunciante, importa agora ir mais fundo na consideração do contexto real que subjaz à oportunidade de assegurar, em processo criminal em curso, desde logo na fase de inquérito, a colaboração de um denunciante, tirando proveito, na medida em que isso seja constitucionalmente admissível, do que possa trazer ao processo, em meios de prova susceptíveis de ser legalmente conhecidos e valorados.

Tocamos, por ora, na figura daquele que se dispõe a dar a conhecer a prática de factos e, em casos de actuação complexa, em particular no contexto de organizações criminosas e de estruturas complexas de poder, o modo de funcionamento e estrutura interna da organização envolvida na sua prática. Sendo que, em qualquer dos casos, quem a isso se dispõe participou, a título de autoria ou de participação, na prática da totalidade ou de parte dos factos denunciados.

Quanto a estes, a pergunta impõe-se, constituindo um passo adiante em relação ao que sobre isto se disse já: pode a figura de denunciante ser instrumento de recolha de prova, com a inerente utilização como instrumento da pessoa que assuma esse papel, desde logo, quando em causa esteja a possibilidade de oferta de tratamento mais favorável ou mesmo de não perseguição penal, em troca da informação prestada

<sup>61</sup> Idem, *ibidem*.

e da sua utilidade no esclarecimento dos factos sob investigação, na descoberta de novos factos de índole criminal, no conhecimento do modo de funcionamento da organização criminosa e na consequente aferição de responsabilidade criminal de pessoas individuais e colectivas pela sua prática? Pode essa visão instrumental da figura e da pessoa que surja no processo nessas vestes ser justificada, seja em sede de política criminal, seja de exigências de índole material e processual, a ponto de legitimar a sua adopção, assim como as transformações que essa adopção, inevitavelmente, implicará no edifício principiológico do Processo Penal e do próprio Direito Penal material, tal como hoje os conhecemos?

Os termos da compreensão do problema não dispensam a necessidade de um raciocínio de índole utilitarista. Na verdade, as razões aventadas discorrem nesses precisos termos. Lembra-nos Reale Júnior, a propósito:

«No plano ético, pode-se perspectivar ser negativo o Estado valer-se da confissão do culpado, do “dedo-duro”, para desvendar a trama delituosa. De outro ângulo, todavia, é positivo auferir os benefícios que interessam a toda a sociedade, não só por se desvelar a autoria e o processo da prática criminosa, mas por permitir obter a redução dos danos, prevenindo novos fatos, a recuperação de parte dos prejuízos e a reparação das consequências, com a imposição de multas vultosas, bem como a responsabilização dos demais co-autores.»<sup>62</sup>

É sob a «ótica utilitarista», tomando-se «por medida da aprovação de uma ação a sua tendência geral de aumentar ou diminuir a felicidade, o bem-estar»<sup>63</sup>, que os termos do problema se colocam.

Apenas matizada, nessa dimensão de utilidade, nos casos, seguramente comuns, em que o denunciante que havia participado na prática de crimes que ora denuncia, o faça manifestando arrependimento. Nesta dimensão, pauta verdade Marques da Silva, ao mencionar que:

«Aquele que erra e se arrepende merece ter um tratamento penal mais favorável, enquanto o arrependimento deva ser considerado como um primeiro passo para a sua conformação aos valores que as leis consagram e tutelam, enquanto o arrependimento representa para a sociedade a esperança de que aquele seu membro não mais afrontará pela via do crime, ou constitui, pelo menos, um voto de confiança na pessoa e no arrependimento como meio de recuperação: está desde então atingida uma das finalidades da pena criminal.»<sup>64</sup>

Naturalmente, ir mais longe neste domínio implicaria, não apenas não confundir, como traçar as devidas diferenças entre essa forma de arrependimento e aquela que conhecemos no âmbito do regime da desistência, nomeadamente, em matéria de

<sup>62</sup> MIGUEL REALE JÚNIOR, «Colaboração Premiada: Natureza, Dilemas Éticos e Consequências», in GIOVANA BENETTI, ANDRÉ RODRIGUES CORRÊA, MÁRCIA SANTANA FERNANDES, GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE, MARIANA PARGENDLER, LAURA BECK VARELA (ed.), *Direito, Cultura, Método – Leituras da Obra de Judith Martins-Costa*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, pp. 60 a 85, neste ponto, pp. 79 e 80.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>64</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, «Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos – Os Princípios Democrático e da Lealdade em Processo Penal», in *Direito e Justiça*, Volume VIII, Tomo 2, 1994, pp. 27 a 24, neste ponto, p. 32.



comparticipação. Desde logo, no que concerne a consideração da voluntariedade, do momento em que o arrependimento se pode manifestar em razão das fases do *iter criminis* percorridas, da relevância ou da falta de relevância do esforço sério, do regime de benefício reconhecido, num caso e no outro, ao arrependido. E, finalmente, dos princípios materiais não coincidentes que regem a opção pelo benefício do desistente no regime geral de desistência, por um lado, e do colaborador arrependido, por outro. Trata-se, na verdade, de distinções que teremos de deixar por aqui, pois que se projectam para além do escopo imediato do nosso esforço.

De todo o modo, o recurso a denunciante neste contexto não ilude de compatibilização com aquilo que, no processo penal, caracteriza um Estado considerado como *de Direito* e democrático. E assim, na forma da falência da refração, no processo penal, dos precisos valores que definem a *praxis* desse Estado de Direito democrático. Valores esses que o interpelam, impondo-se perguntar se, em nome da sua protecção, não será ele – o Estado de Direito democrático – em dimensão crucial da sua existência atingido, e assim porque aquela em que a liberdade, em face da forma mais aflitiva da sua interferência, se não verá reduzida a pouco mais que mera presença simbólica.

Mas a dificuldade da prova de comportamentos em certos contextos crimínógenos, em que não raro é crucial o recurso a denunciante para assegurar a viabilidade de esclarecimentos dos factos sob investigação, surge como ponto de arrimo para a defesa do compromisso, em não pequena medida, com a afirmação e respeito plenos daqueles valores e princípios na *praxis* concreta de um processo penal próprio de um Estado de Direito democrático.

Em causa poderá, porventura, estar, com Reale Júnior, uma *luta justa com resultado justo*. Tocando em citação longa, por fidelidade ao preciso contexto em que o Autor se refere à questão:

«A meu ver, promover o retorno do agente à área de licitude, motivado por uma ameaça de pena justa imposta em processo justo não atinge a dignidade da pessoa, nem repugna [...].

Além do mais, é relevante a análise do caso concreto para a exata ponderação, pois a traição aos comparsas de uma organização criminosa promotora do tráfico de drogas ou de esquema de corrupção em largo prejuízo da sociedade é de pequeno peso sob o prisma ético, mesmo porque a ameaça sofrida pelo colaborador é de *receber uma pena justa decorrente de um processo justo*, respeitando o devido processo legal e imposta uma sanção dentro dos limites da lei penal.»<sup>65</sup>

Porventura, assim será. Mas importa saber se, mais que um *compromisso*, não estaremos antes perante um verdadeiro *comprometimento*.

Notemos no que já vigora, entre nós, na matéria. Disperso que se encontra o que temos poderá, no entanto, vir a ser considerado como parte de um todo unitário a regular nos termos de um único regime jurídico.

Temos, desde logo, no que concerne a consideração do denunciante no contexto da corrupção e criminalidade conexa, desde logo, a possibilidade de consideração

<sup>65</sup> *Op. cit.*, pp. 81 e 82. Itálicos no original

da aplicação dos regimes de dispensa de pena, de atenuação especial de pena e mesmo de suspensão provisória de processo.

Neste contexto, a relevância da dispensa e da atenuação de pena prevista em particular no âmbito da prática dos tipos de ilícito de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e de corrupção activa, previsto no artigo 374.º-B do CP. Importando o benefício do agente quando, no prazo máximo de 30 dias após a prática do facto e sempre antes da instauração do procedimento criminal, voluntariamente restitua a vantagem ou, em caso de coisa fungível ou animal, o seu valor [alínea a)]; ou quando, antes da prática do facto, proceda ao repúdio de oferecimento ou promessa que aceitara, à restituição de vantagem ou de valor quando se trate de coisa fungível ou animal; ou quando, antes dessa prática, retire promessa ou recuse oferecimento de vantagem ou ainda solicite a sua devolução [alínea c)].

Fora destes casos, no entanto, e para efeitos de consideração da aplicação da dispensa de pena, nos termos gerais previstos no artigo 74.º do CP, será ela inaplicável à generalidade dos crimes de corrupção e criminalidade conexas, por se tratar de crimes que prevêem a aplicação de prisão superior a 6 meses.

No que concerne a possibilidade de atenuação especial de pena, quanto àqueles três tipos mencionados e com particular importância para o tema que aqui nos traz, importa atender ao disposto no *supra* citado artigo 74.º, desta feita ao n.º 2. Assim, nos termos da alínea a) prevê-se a obrigatoriedade de se proceder a essa atenuação, nos termos do artigo 73.º do CP, quando, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, o agente auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis [alínea a)]; ou caso tenha praticado o acto a solicitação de funcionário, directamente ou por interposta pessoa [alínea b)].

Naturalmente, a possibilidade de consideração de circunstâncias atenuantes gerais, nos termos do artigo 72.º do CP poderá sempre ser considerada.

A ponderação da suspensão provisória de processo, nos termos gerais, encontra limitação relevante na exigência de que em causa esteja crime que preveja pena diferente da de prisão ou de prisão não superior a 5 anos (artigo 281.º, n.º 1, do CPP), vedando a sua aplicação ao tipo de ilícito de corrupção passiva, peculato ou branqueamento.

## 2.1. O que propõe a ENAC

Reconhece-se na actual ENAC a previsão no ordenamento jurídico nacional da «concessão de tratamento penal menos severo», mediante a inscrição no seu seio de «institutos de direito premial» respeitantes aos crimes de corrupção e criminalidade conexas<sup>66</sup>.

Considera, no entanto, a necessidade de introdução de alterações que tenham em conta «uma aplicação mais eficaz e uniforme do denominado “direito premial” em matéria de corrupção»<sup>67</sup>, superando entraves injustificados e incorrecções.

De modo geral, a opção vai no sentido de estender o instituto de dispensa de pena aos arguidos que «resolvam quebrar o pacto corruptivo», denunciando crime

<sup>66</sup> Cfr. Estratégia Nacional Anticorrupção, *doc. cit.*, Março de 2021, p. 57.

<sup>67</sup> *Idem, ibidem.*

«antes da instauração do procedimento criminal»<sup>68</sup>. Será ela obrigatória e exige sempre a intervenção do juiz, de instrução ou de julgamento, na verificação dos pressupostos. Estabelecendo a possibilidade dessa dispensa quando a denúncia seja promovida pelo arguido após a instauração do procedimento criminal e este contribua «decisivamente para a descoberta da verdade»<sup>69</sup>. Nestes casos, admitir-se-á essa possibilidade, uma vez verificados os pressupostos do artigo 74.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), do CP.

A dispensa de pena manter-se-á, assim propõe o documento, como resultado de uma sentença condenatória, de acordo com o artigo 375.º, n.º 3, do CPP, importando que não ficam prejudicados o regime de perda alargada de bens e a possibilidade de aplicação de penas acessórias ou os efeitos das penas<sup>70</sup>.

Assim e mais em detalhe, procurando a previsão de um regime unitário, propõe a ENAC, no caso de omissão do acto mercadejado, a eliminação do limite correspondente 30 dias após a prática do facto para benefício de dispensa de pena, mas sempre quando se verifique colaboração<sup>71</sup>. Distingue entre corrupção envolvendo actos e omissões ilícitos e lícitos. Determinando, quanto aos primeiros, a possibilidade de benefício com dispensa de pena apenas no caso do acto ou omissão contrários ao dever legal não ter sido praticado. Sendo que, quando em causa esteja corrupção para prática de actos ou omissões não contrários aos deveres do cargo, se prevê a possibilidade daquela dispensa<sup>72</sup>.

Propõe ainda que o regime de dispensa de pena se estenda a crimes que, não sendo cometidos contra bens eminentemente pessoais, sejam efeito dos crimes de recebimento ou oferta indevida de vantagem ou de corrupção ou que se tenha destinado a continuar ou a ocultar estes crimes ou as vantagens dos mesmos provenientes<sup>73</sup>. Importando sempre, nestes casos, que o arguido tenha contribuído decisivamente para a sua descoberta<sup>74</sup>.

No que concerne a atenuação especial de pena, prevê a sua promoção, aparentemente obrigatória, se os arguidos «colaborarem activamente na descoberta da verdade até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, contribuindo de forma relevante para a prova da sua responsabilidade ou para a prova da responsabilidade dos outros»<sup>75</sup>.

Propõe ainda a extensão do instituto de suspensão provisória do processo ao crime de recebimento indevido de vantagem, procurando a igualização de tratamento em relação à corrupção, bem como tornar admissível a sua utilização na fase de instrução.

Além disso e ainda quanto a este instituto, no que respeita as pessoas colectivas ou entidades equiparadas, propõe a inclusão, entre as medidas previstas, da injunção de adoptar ou de implementar programas de cumprimento normativo adequados a prevenir a prática dos crimes acabados de indicar.

<sup>68</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>69</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>70</sup> Idem, p. 58.

<sup>71</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>72</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>73</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>74</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>75</sup> Idem, p. 57.

Importando as decisões que apliquem esta medida a sua publicitação na base de dados jurídicos do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça. De publicidade carecendo ainda as decisões judiciais que declarem a perda de bens a favor do Estado.

O que dizer das propostas?

A extensão do âmbito de aplicação de institutos de direito premial no que respeita à denúncia de corrupção e criminalidade conexa não implica o levantamento de objecções de princípio. No entanto, a previsão dos termos em que o arguido denunciante possa vir a deles beneficiar e a dependência que, nessa decisão tenha, do juízo que faça a autoridade judiciária, assim como o risco de ausência ou de carência de escrutínio judicial suficiente dessa decisão, importa, sim, objecções de maior.

Veja-se que a dispensa de pena ocorrida após a instauração do procedimento criminal não se basta com a quebra do «pacto corruptivo» por parte do arguido, antes ocorrerá apenas se este, além disso, contribuir «decisivamente para a descoberta da verdade». Ora, conceito indeterminado que é e sem mais esforço de concretização legal na norma a criar, dependente se tornará, portanto, de quem no caso decida e dos termos em que o faça.

De modo não menos problemático se apresentam os termos de reconhecimento da atenuação especial da pena, dependente não apenas da colaboração «activa na descoberta da verdade», mas, sobretudo, da conclusão da autoridade judiciária no sentido de que o arguido contribui «de forma relevante para a prova da sua responsabilidade ou para a prova da responsabilidade dos outros».

E a objecção prende-se com o facto de que, do mesmo modo que esse regime implica aquele mesmo traço de dependência e de carência de escrutínio assinalado quanto ao novo regime proposto para a dispensa de pena, fá-lo em termos que importam a percepção de que algo de fundamental se perde, suscitando as maiores reservas quanto à sua compatibilidade com os princípios que, em matéria de processo penal, regem num Estado de Direito democrático.

Mas mais se pode perder, afinal. Assim quando consideremos formas outras de acolhimento do direito dito premial.

Caminhamos olhando para outros exemplos de ordenamentos jurídicos e de experiências processuais próximas na adopção de um direito premial relevante em matéria de corrupção e criminalidade conexa.

Temos, na verdade, a oportunidade de considerar, em sede de direito comparado, caminhos que importam um incremento substancial dos termos em que a atribuição de tratamento mais favorável se vê estendida a quem se disponha a denunciar a prática de crimes em que tenha participado, total ou parcialmente.

Assim, desde logo, daquilo que nos regimes acima mencionados ainda não está em causa, mas que, como veremos, a ENAC prevê também e com o qual partilha as premissas fundamentais de justificação e conferimento de legitimidade.

Falamos da possibilidade de acordo de pena, explicitamente assumida naquele documento e reflexo de uma cultura de *plea bargaining* ainda sem tradição, porventura, sem mandato constitucional, entre nós. Meio aventado como admissível à luz do nosso Código de Processo Penal em vigor por Figueiredo Dias<sup>76</sup>, foi, de

<sup>76</sup> Por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal – O «Fim» do Estado de Direito ou um Novo «Princípio»?* , Coimbra: Coimbra Editora, 2011, *passim*.

resto, a partir de então ensaiado como expediente de resolução de litígios penais em processos individuais.

Determinante se torna agora voltar a trazer o problema no contexto presente de combate à corrupção.

De modo particular, enquanto expressão paradigmática dessa possibilidade de benefício, reflexo de uma verdadeira afirmação de um direito premial nesta sede, temos no direito brasileiro a admissão da própria possibilidade de não promoção de acusação por parte do Ministério Público, mesmo quando recolhidos, no seu entendimento, indícios suficientes da prática de factos de índole criminal e da participação neles do denunciante. Possibilidade de decisão que passa pela aparente garantia de decisão de vontade livre por parte do arguido no sentido de colaborar no processo na qualidade de denunciante. Dependerá, como veremos, da necessidade de revelação cabal dos factos e do modo de actuação habitual das pessoas singulares e colectivas envolvidas na sua prática e da apreciação, pelo Ministério Público, da relevância dessa colaboração para a descoberta da verdade. Dependendo a decisão de controlo judicial, sob a forma de homologação de um juiz.

Em causa está a consideração da Lei n.º 12.850/2013, em particular o disposto nos §§ 2.º e 4.º do artigo 4.º e a possibilidade que abre, no contexto do direito processual penal brasileiro vigente, de acordo de pena ou de não dedução de acusação pelo Ministério Público, mesmo quando reunidos indícios suficientes da prática do facto e da participação nele pelo arguido beneficiado.

Isto, para além da possibilidade de redução de pena, na forma de perdão judicial, a requerimento das partes, e após ponderação dos termos em que ocorreu e da relevância da colaboração, prevista no corpo do mesmo artigo, bem como ainda no seu § 1.<sup>o77</sup>

Quando se atente nos §§ 2.º e 4.º do artigo 4.º do diploma, em causa estará, nos termos do § 2.º, a possibilidade do Ministério Público, a qualquer tempo, ou do delegado de polícia, nos autos de inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, de, considerando a relevância da colaboração prestada, requererem ou representarem ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador. Assim, ainda que esse benefício não tivesse sido previsto na proposta inicial e em conformidade com a aplicação, quando se justifique, do artigo 28.º do CPP brasileiro.

Nos termos do § 4.º do mesmo artigo, nas mesmas hipóteses dos §§ anteriores, nomeadamente do § 2.º, prevê-se ainda a possibilidade do Ministério Público «deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I – não for líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo».

<sup>77</sup> Nos termos do corpo do artigo 4.º do diploma citado o perdão judicial, importará a redução até 2/3 da pena privativa da liberdade ou a substituição por uma pena restritiva de direitos. De todo o modo, depende sempre da colaboração efectiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal e exige que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – A identificação dos demais co-autores e participantes na organização criminosa e dos crimes por eles praticados; II – A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – A prevenção dos crimes decorrentes da actividade da organização criminosa; IV – A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos crimes praticados pela organização criminosa; V – A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Nos termos do § 1.º do artigo citado, a concessão do benefício importará a consideração da personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do facto criminoso e a eficácia da colaboração.

Além disso e no contexto desta reforma, integrada na proposta de acordo sujeita a negociação, «criou», como lembra Reale Júnior, «o Ministério Público Federal um novo sistema de penas, especificando formas de cumprimento não previstas no Código Penal e na própria Lei de Execução Penal»<sup>78</sup>.

O que fica, no entanto e mais uma vez, pelo caminho?

Seguramente, e no contexto específico da legislação brasileira em vigor e, de novo, dando a palavra a Reale Júnior, reconhece estar em causa a consagração de um entre vários métodos novos de obtenção de prova integrados na «mudança de paradigma» a nível internacional, sob a égide, nomeadamente, da ONU e da UE, no combate ao «crime globalizado organizado»<sup>79</sup>.

Em causa estando, no entanto, uma opção marcada pelo rompimento com o princípio basilar da legalidade «ao se impor penas não previstas na lei», com o que se «quebra efetivamente o paradigma *pena sem lei anterior*, tão ciosamente cultivado pelo Direito Penal a partir do Iluminismo»<sup>80</sup>. Posto em causa ainda pelo facto de, por iniciativa do Ministério Público na proposta de formas de cumprimento de pena não previstos na lei, se instituir um sistema de execução de penas «fruto do acordado na convenção de colaboração premiada» e da «imaginação criadora do Ministério Público federal»<sup>81</sup>, capaz de criar regimes de execução de pena não previstos na lei (*v.g.*, sistema fechado diferenciado, aberto diferenciado, semiaberto diferenciado), autorizando a «progressão de regime mesmo que os dados objectivos, como tempo de pena ou reincidência, segundo o Código Penal»<sup>82</sup> o não permitam.

Em sede de processo penal, também partindo do específico contexto do direito brasileiro, em causa está o fim da «aplicação do princípio da obrigatoriedade da acção penal», mediante a prevalência da «análise da conveniência, em face da colaboração, de se propor a Acção Penal»<sup>83</sup>.

E também assim, diríamos, sempre sob condição de consideração dos termos específicos em que cada direito nacional preveja ou se proponha vir a prever acordos de pena, em causa poderá vir a estar a lealdade de tratamento processual.

Sempre de difícil delimitação, padece certamente este princípio – a considerá-lo princípio de índole processual penal – de «contornos mal definidos, o que afecta a sua operacionalidade jurídica»<sup>84</sup>. Pode, no entanto, sempre propor, em modo de crivo director, aquilo que de um verdadeiro princípio se espera. De modo sugestivo e convincente, propõe Marques da Silva, que «a lealdade não é uma noção jurídica autónoma, é sobretudo de natureza essencialmente moral e traduz uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça»<sup>85</sup>. Sob esta égide, seguiremos.

<sup>78</sup> *Op. cit.*, p. 70, n. 3.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>81</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>82</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>83</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>84</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 30. Referindo-se, neste passo, a CRISTIAN DE VALKENER, «Limites et Importance de la Provocation en Droit Pénal», in *Le Journal der Proces*, de 14/10/94, pp. 26 a 30.

<sup>85</sup> *Idem, ibidem*.



Também e em não menor medida, coloca em causa, por razões óbvias, a igualdade de tratamento entre arguidos no mesmo processo ou em processos diferentes, dependente que se torna, não da solidez dos indícios da prática do crime recolhidos em relação a cada um, mas, sobretudo, da negociação. O prémio será, por isso, atribuído em razão da utilidade conjuntural de cada um tenha, em função do juízo, sempre subjectivo, que cada magistrado faça da sua relevância para a descoberta da verdade.

A própria garantia de liberdade no exercício de vontade do arguido em tornar-se denunciante pode ser, a justo título, colocada em dúvida. Questão que se não esgota na consideração da dúvida – não mais que metódica – sobre a própria possibilidade da afirmação dessa vontade livre em face das consequências associadas à alternativa de não colaboração.

Antes e indo mais longe, fundada essa dúvida na certeza de que, aceite a instrumentalização da liberdade a uma *teoria dos jogos*, se vê ela reduzida, de um princípio fundacional do Estado de Direito, a uma estratégia.

Se insistirmos na questão: como garantir o acto de vontade livre de colaborar em face das consequências associadas à alternativa de não colaboração?

Persistirá a dúvida sobre se, de facto, será possível assegurar essa liberdade, num contexto que o seja de abandono da legalidade pelo Ministério Público, no exercício de um poder que pode bem tornar-se arbítrio.

E assim bem poderá ser, em particular, quando, tomando o exemplo do disposto no direito brasileiro, se atribua ao Ministério Público o poder de considerar a relevância do revelado pelo denunciante como *moeda de troca* para a atribuição do *prémio* e para a decisão, sempre nas mãos daquele, do que será ele, se algum, assim como da dimensão do benefício.

Notando-se a propósito e no preciso contexto do espaço de discricionariedade que é concedido ao Ministério Público neste contexto, a notícia que nos traz Reale Júnior, criticando de forma veemente, a intenção, num caso particular apenas, aparentemente manifestada por um procurador de fazer uso da prisão preventiva, enquanto medida de coacção, como instrumento útil ao convencimento dos arguidos afectados a colaborar na qualidade de denunciante – esclarece, «por entender [o procurador] que a segregação cautelar tem a importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais»<sup>86</sup>.

Importa, a propósito, lembrar as palavras do Autor em crítica que exigem, pela sua pertinência e em face do momento que vivemos, ser relembradas:

«Transformar a prisão, sem culpa reconhecida por sentença, em instrumento de constrangimento para forçar a delação é, patentemente uma proposta que repugna ao Estado de Direito [...].

Evidentemente, não se compadece com o regime democrático o Estado se valer do uso da violência para extrair confissões, pois que atinge direito fundamental de não se oprimir psíquica e fisicamente o investigado ou réu por meio de encarceramento incabível, imposto apenas para forçar uma confissão ou mais gravemente com a ameaça ou a efetividade da tortura.»<sup>87</sup>

<sup>86</sup> *Op. cit.*, p. 75.

<sup>87</sup> *Idem, ibidem*.

E assim num contexto de prática processual agravado pelo risco de uma homologação judicial meramente formal. Por isso, no contexto específico do direito brasileiro, a insistência no sentido de que, devendo, à luz das normas em vigor, o juiz «homologar o Acordo»<sup>88</sup> e que na «homologação do Acordo não adentra o juízo no mérito do avençado», não participa o juiz, no entanto dele. Apesar disso, insiste Reale Júnior, «nem por isso realiza uma mera adesão ao convencionado, pois pode, conforme edita o art. 4.º, § 8.º, “adequar a proposta ao caso concreto»<sup>89</sup>.

Ora, entre nós, onde semelhante caminho se venha a seguir, que lugar fica para o *juiz das liberdades*? Em especial, no contexto das competências hoje atribuídas ao juiz de instrução criminal na fase de inquérito?

Um juiz, onde semelhante caminho e prática se vissem adoptadas, num processo de onde essas liberdades se vêem evolucionadas, nada terá para assegurar.

Mais. Nessa estratégia e em seu nome, o denunciante que, a troco de benefícios, colabora no combate à *corrupção 1*, não só não combateu, como, na verdade, se alimentou da *corrupção 2*, contrastando com o *denunciante-denunciante apenas* que simboliza a precisa intransigência com uma e outra.

Ora, na presença daquele *denunciante-denunciante apenas* e no jogo que se joga de cada vez que se beneficia o *denunciante participante nos crimes que denuncia* actualiza-se a pergunta pela reminiscência, na contemporaneidade, dos precisos regimes decadentes que Aristóteles descreve e se propõe reformar. E decadentes porque feito do benefício de quem, como outros, beneficiou do próprio crime e por ele não responde – consoante a medida em que venha a prever a concessão de prémio – por razões que se vêem mergulhadas em estrita e consumada funcionalidade.

Mais ainda. Sem verdadeira garantia de liberdade, menos ainda de independência ou de autonomia na vontade que o arguido declara ter de colaborar; à mercê do critério do Ministério Público – ou da falta dele – e da sua aplicação equa ou diferenciada em função da utilidade para o processo de quem escolha falar – utilidade essa que, não raro, não depende do próprio e do seu empenho na e intensidade da colaboração; sujeito à *alía* estratégica de se saber parte de um conjunto de investigados/arguidos/suspeitos a quem também se dá a possibilidade de *jogar o mesmo jogo* a troco da promessa difusa e sempre incerta dos mesmos ou maiores benefícios; a *teoria de jogos*, o cálculo estratégico a que se reduz o processo, a ele a reduz o sentido a atribuir ao inquisitório como princípio regedor da fase de inquérito.

E, ao fazê-lo, nele absorve o *modicum* de contraditório que, nesta fase, se possa realizar. Será ele dominado pela barganha e pelo cálculo de risco envolvido em cada decisão de falar ou não falar e, pior, de dizer ou não dizer o que *eles* querem que eu diga, *se não*.

No contexto de uma realidade processual em que denunciar – falar – se oferece como possibilidade e alternativa à consequência mais nefasta de não o fazer; num cálculo de probabilidades sempre incerto pois que essa é a lei dos jogos em que se tornam os processos; também à lei desses jogos se sujeita e lê o silêncio de quem assim se mantenha. A essa lei se lendo, na mesma medida, a afirmação do silêncio como um direito. Perdido o momento certo para aceitar falar – mesmo que fale, se outro o fizer antes dele e for mais lesto no fornecimento de informações que ele – o silêncio o que será então? Ainda um direito?

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 83.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 84.

Sem qualquer garantia de que, quando exercido pelo arguido e pelo simples facto de por ele ter sido exercido, dele se não possa retirar consequências desfavoráveis para a sua posição no processo, será mais que figura de retórica?

E, no todo, a perda do que importa:

Comecemos pelo contexto habitual em que o *denunciante de crimes em que participou* é não só, nem sobretudo, beneficiado, mas antes e acima de tudo, protegido.

Em causa está, tantas vezes, *denunciante-participante* no crime denunciado que, na estrutura criminosa em que se encontra integrado, não raro será pouco mais que uma peça.

Ainda quando o seja, e no contexto de actuação pluri-subjectiva, mesmo quando considerada a sua participação no âmbito de autoria mediata no contexto de estruturas complexas de poder, não deixa ver aferida a sua responsabilidade individual em cada um dos factos em que tenha participado.

De todo o modo, sempre se tratará de quem possa ser uma mera peça numa estrutura complexa de poder, sujeito, por isso, a um significativo condicionamento de vontade decorrente dessa integração. De quem, por isso, não raro, vinculado se encontra a regras de lealdade e a códigos morais conflituantes com aqueles do ordenamento jurídico de um Estado de Direito. Sujeito, por isso, quando os quebre e da estrutura se afaste, a risco de vida, à integridade pessoal e à liberdade incidente não apenas sobre ele, mas também sobre os seus. Trata-se, tantas vezes e por fim, de alguém, dominado por uma realidade institucional, criminosa, paralela ao Estado e mais forte que este.

O benefício do arguido, ora denunciante, seja a que título vier a ser, em particular na forma de acordo de pena que reduza substancialmente a ponto de tornar simbólica a pena ou que a substitui por formas de cumprimento particularmente benévolas, surge neste contexto, como o passo necessário indispensável à sua sobrevivência e à garantia de sobrevivência dos seus. Moeda de troca que o é menos – de troca – na medida em que se mostra indispensável à possibilidade mesma de uma outra vida fora e para além daquela única, em que, restrito a mera peça, lhe era permitido existir.

No entanto, algo de fundamental se perderá quando se promova a extensão da protecção e de atribuição de benefício daquela realidade que modela aqueles denunciante – o *denunciante-denunciante* apenas e o *denunciante-participante* no crime denunciado – para uma outra: a dos, chamemos-lhes à falta de melhor expressão, a *autores de crimes transformados em denunciante de crimes praticados por outros*.

### 3. Os autores de crimes transformados em denunciante de crimes praticados por outros

Participantes, tantas vezes a título de autoria, em crimes para a promoção de fins individuais, não raro não menos ilícitos, beneficiam estes denunciante do acaso, feito de fragilidade dos meios de investigação do Estado ou da necessidade de recolha célere de prova em face da dificuldade ou de impossibilidade de acesso a prova lícita.

Caso venha essa a ser a opção do legislador, a extensão de regras de acordo de pena a estes casos poderá esse regime vir a beneficiar quem pratica crimes quando, na sequência da sua prática venha a tomar conhecimento da prática de crimes praticados por outros e quando o êxito na tomada de conhecimento da prática de crimes

por outros se venha a revelar, no caso, fundamental para o sucesso da investigação criminal.

Na sequência do acordo de pena que permitam a barganha e a importância do seu contributo para a investigação, serão estes beneficiados como denunciante, apesar de nada os aproximar daqueles denunciantes acabados de descrever.

Em claro contraste, desde logo, com o *denunciante-participante* no crime denunciado, de nenhuma peça numa estrutura complexa de poder se trata aqui. Tão-pouco de alguém sujeito a qualquer condicionamento de vontade. Menos ainda cabe falar aqui de regras de lealdade ou de códigos morais de estruturas criminosas que dominam a existência do arguido e aquela dos seus mais próximos. Antes, cabe falar de crimes resultantes de actuação individual, tantas vezes a título estritamente singular, por iniciativa do próprio, sendo ele alguém integrado na sociedade. Nem sequer em causa está qualquer risco para vida, integridade pessoal ou liberdade para si ou para os seus no caso de quebra de um pacto (que jamais existiu). Muito menos tem cabimento a referência a qualquer realidade paralela ao Estado, na forma de uma qualquer estrutura criminosa que, na sua aparente ubiquidade, aquele supera em força e determinação.

Não se trata disso. Apenas e só de contornar regras de afirmação e tutela de liberdade – nas diversas formas em que se vê assegurada por via da consagração constitucional de direitos fundamentais, seja na vertente de direitos, liberdades e garantias, seja na de direitos económicos, sociais e culturais. De regras de liberdade que limitam o acesso a e conhecimento lícito de provas em sede de processo penal e cujo conhecimento apenas por via ilícita se tornou possível. E do contornar destas para fortuna de quem poderia, então, contar com a desistência do Estado na tutela dos precisos princípios que o identificam como *de Direito*.

### 3.1. O que propõe a ENAC

Tomando a «justiça negociada» como solução possível aos entraves à celeridade na resolução de «certo tipo de processo-crime» e uma «tendência irreversível da justiça penal em alguns países»<sup>90</sup>, propõe o documento sob análise a adopção, de forma explícita, da possibilidade de acordo de pena entre nós.

No entanto, fá-lo com limitações, pois que o acordo «deverá incidir sobre a questão da sanção e não sobre a questão da culpabilidade»<sup>91</sup>. Notando ainda que o acordo não prejudicará a perda de bens, mantendo-se a especial relevância preventiva deste instituto num contexto de criminalidade em que importa combater o lucro ilícito<sup>92</sup>.

Acrescenta, por fim, e em modo de reprodução, que os objectivos da celebração do acordo deverão centrar-se, de modo fundamental, na economia e celeridade processuais, dispensando a prova respeitante aos factos imputados e dando como provados os confessados, importando, por isso, a passagem imediata à produção da prova relevante para a determinação da pena<sup>93</sup>. Acrescenta, então e a finalizar, que «deverá ficar afastada uma configuração do instituto que premeie, através

<sup>90</sup> Cfr. *Estratégia Nacional Anticorrupção, 2020-2024*, doc. cit., p. 68.

<sup>91</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>92</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>93</sup> *Idem, ibidem*.

da redução da pena aplicável, quem colabore responsabilizando outro ou outros arguidos»<sup>94</sup>.

O que dizer sobre o caminho proposto?

Importa notar o laconismo do texto que tanto, na verdade, quase tudo deixa por dizer.

Apesar disso e talvez por causa disso, impõe que se pergunte: a troca de quê se propõe um acordo de pena? Não deverá sê-lo daquilo que justificaria a dispensa de pena, no caso de colaboração após a instauração do processo, bem como de atenuação especial de pena? Que outras condições dependeriam da chegada *a acordo* se não aquelas em que o arguido contribua «decisivamente para a descoberta da verdade», «contribuindo de forma relevante para a prova da sua responsabilidade ou para a prova da responsabilidade dos outros»? E que outra forma de colaboração e de contributo para a descoberta da verdade que não os decisivos, porventura, essenciais para a descoberta da verdade poderiam justificar que, em vez, da dedução da acusação pelo(s) crime(s) indiciados, mesmo que com possibilidade de dispensa de pena, se chegue a acordo com o arguido por outro ou outros crimes, sempre e naturalmente bem menos graves do que o que resulta(m) indiciado(s)?

Ou pior. Como contrariar o risco de que, por deficiência ou carência de escrutínio da iniciativa da autoridade judiciária competente, as mais das vezes o Ministério Público, não seja a possibilidade de acordo ocasião propícia para assegurar uma condenação, mediante aceitação de uma proposta para confissão por um crime menor, sob a ameaça do risco de condenação por um crime mais grave, quando prova indiciária alguma esteja recolhida, sem que disso arguido e seu defensor, num processo marcado segredo de justiça e pelo inquisitório, possam tomar conhecimento?

As lacunas da proposta nesta matéria são mais que muitas. Por isso, as reservas se mantêm. E com elas as perguntas que, mantidas irrespondidas, suscitam aquela, fundamental, pela sobrevivência mesma do Estado de Direito democrático, no processo penal do futuro.

E, em face do questionamento, surgem à memória as *memórias* de Tácito.

Narrando o processo movido contra Libo Drusus, em 16 d.C., perante o Senado, por incitamento à revolta contra Tibério, sustentado na denúncia de diversos *delatores* que identifica em detalhe. Nota o momento em que a condenação de Libo dependia da confissão, sob tortura de escravo seu. Legalmente vedada esta prática quando a sua confissão pusesse em causa a vida do seu dono, conta Tácito que Tibério intervém, inventando uma «nova lei» – «*callidus et noui iuris repertor Tiberius*»<sup>95</sup>, pela qual os escravos de Libo eram vendidos a um agente do estado (*actor publicus*), de modo a que, então, pudessem ser interrogados sob tortura, sem que, desse modo, se violasse a lei.

Mais que o relato em si, é o motivo de Tácito, indicado de início em termos ainda imprecisos que importa notar – «foi o primeiro exemplo de manobras que há muito anos [consumiam/erodiam/devoravam] a coisa pública (*quae per tot anos rem publicam exedere*)»<sup>96</sup>. Que coisas são essas que consomem/erodem/devoram o Estado

<sup>94</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>95</sup> TACITUS, *Annales*, Livros I a III, Edição bilingue latim e francês, Editado e traduzido por PIERRE WUILLEUMIER, Société d'Édition "Les Belles Lettres", 2.<sup>a</sup> edição, original *circa* ano 117 d.C., 1978., neste ponto, II.XXX.

<sup>96</sup> Idem, II.XXVII. Tradução e parêntesis rectos nossos.

há já tantos anos? Nota Bhatt, que nos trouxe à atenção este fascinante passo de um Autor que tanto nos tem dito, que, apesar da posição inicial de Tibério ter sido no sentido de que as leis devem ser cumpridas – assim na obra citada em I.LXXII –, neste caso «um paradoxo é revelado: de modo a sustentar a lei, é necessário evadir a lei, mediante a invenção de uma nova lei»<sup>97</sup>, sublinhando, neste contexto, a posição *supra leges* de Tibério.

Pelo que, do mesmo modo que Tácito torna explícito, no epílogo da narração do episódio, que relatou as *propostas* (*auctoritates*) e *adulações* (*adulationes*) para que um velho mal na coisa pública seja revelado (*rettuli ut sciretur vetus id in re publica malum*)»<sup>98</sup>. Entender esse mal como sendo a «subserviência do Senado e as acções dos *delatores*».

Ora, de novo com Bhatt, esse mal «não é a perversão da vida política [ ], nem este mal torna a política impossível; antes é uma parte integrante do funcionamento da política – não em termos de crime ou de violações da lei, mas em apoio da lei e para lá dela de modo a preservar a lei do Estado imperial»<sup>99</sup>.

Por isso, assume Bhatt o risco de *re*-ler a conhecida afirmação de Tácito «quanto mais corrupto o Estado, mais numerosas as leis (*corruptissima re publica plurimae leges*)»<sup>100</sup>. Fá-lo, lendo-a *às avessas* «quanto mais numerosas as leis, mais corrupto o Estado»<sup>101</sup>.

Voltando aos nossos tempos cabe perguntar, de novo, com Tácito: não será este um Estado que sofrerá de leis, não já de crimes? De um Estado que altera as leis para as fazer cumprir? E que, de novo com ele, denota uma decadência associada às leis, não já a crimes?

Perguntas que, na pena e no mundo de Tácito, revolvem à volta, precisamente, da figura sintética e simbólica dos – não de todos, porventura, *destes da última categoria que delineámos* – *delatores*.

E a sua pergunta derradeira – ou o sentido do que se retira dos seus *Anais* III. LV, *in fine*: Em face das mudanças de então e de hoje: seriam os hábitos do passado melhores que os do presente?

### III. Conclusão

A pergunta é retórica.

Mas como aplacar as preocupações acima expendidas, em particular ao âmbito e extensão do direito premial a consagrar entre nós?

Desde logo, no que concerne a valoração da prova, sempre importará afirmar que se não deve ela bastar com a do depoimento denunciante e do que, por via das suas declarações como meio de obtenção de prova, resulte denunciado.

No entanto, dependendo sempre dele, pode bem encontrar-se na *praxis* quotidiana que, com o beneplácito da lei, para uma rotina de actuação do Estado que, na Modernidade representara já um desafio e que hoje é tornado tão vivo como antes.

<sup>97</sup> SHREYAA BHAAT, «Useful Voices: Tacitus's Critique of Corruption», in *Arethusa* 50 (2017), Johns Hopkins University Press, pp. 283 a 310, neste ponto, 317.

<sup>98</sup> *Idem*, II.LXXII

<sup>99</sup> BHAAT, *op. cit.*, p. 318.

<sup>100</sup> *Idem*, III, XXVII

<sup>101</sup> *Idem*, *ibidem*.



Parte essa rotina de uma *virtus* que, com Maquiavel, não é mais o que fora na sua origem judeo-cristã medieval, passando à Modernidade como mero produto da habilidade de quem – o Príncipe ou quem afirme e exerça o poder –, saiba impor a sua vontade, ante a complacência geral.

De uma rotina que, então, se torna passo primeiro de um Estado em processo de decadência. Daquela decadência que Platão tão bem nos transmitirá já no Livro VIII, da *República*, num retrato impressivo com mais de 2300 anos.

De uma rotina que, a manter-se, arrisca vir a dar-lhe razão quando nos quer convencer que democracia cairá sempre, de modo inevitável, numa ditadura – «Ora aqui está, portanto, amigo», começa Sócrates, pela pena de Platão, em diálogo com Gláucon, «o belo e soberbo começo de onde nasce a tirania»<sup>102</sup>; e, no fim da narração, a surpresa de Gláucon: «Que queres dizer? O tirano ousará exercer violência sobre o pai, e bater-lhe, se ele não obedecer?», Seguida do remate na voz de Sócrates: «Ousará, mas depois de o despojar das armas.»<sup>103</sup>

Duma rotina, portanto, que na violência bem-intencionada (sempre, quando não) afirmadora de uma benjaminiana *preservação da lei* tacitamente (metafórica e literalmente) se pode tornar sinal mesmo daquela platónica decadência. Afirmando, nesse processo de possível degenerescência, o risco de um poder que não se explica a si próprio e se não obriga, na *praxis* quotidiana do seu exercício – pois que a pensa nos termos de uma abstracta justificação, sempre funcional na sua índole –, a explicar-se.

E nessa violência bem intencionada se arrisca fazer surgir aquela de uma anestesiantes dinâmica já denunciada por Tácito, trazendo à luz do dia a presença de uma obsidante *malaise* que, entre os nossos antecessores romanos, já Gibbons notara, apelidando-a de «veneno lento e secreto [*slow and secret poison*]» – «seria quase impossível que os olhos dos contemporâneos discernissem na felicidade pública as causas latentes da decadência e da corrupção. Esta longa paz e o governo uniforme dos Romanos introduziu um lento e secreto veneno nos centros vitais do império»<sup>104</sup>.

Mas que agora nos não é permitido ignorar, pois que, mais próximo de nós, parecendo falar de nós, hoje, já antes Tocqueville identificara.

No capítulo que abre com «Que tipo de despotismo as nações democráticas têm a recear [*ont à craindre*]» (Cap. VI, Parte IV, Tomo IV), sublinha:

“Acima desses [homens] eleva-se um poder imenso e tutela que se encarrega, sozinho, das suas alegrias e dos seus destinos. Ele absoluto, minucioso, regular, providente e manso. Assemelha-se ao poder paternal [...]; mas procura apenas [ao contrário daquele], fixá-los irrevogavelmente na infância. [...] Trabalha afincadamente para a sua felicidade, mas quer ser o único agente e árbitro do que isso seja; ele providencia a sua segurança, assegura a satisfação das suas necessidades, regula as suas sucessões e divide as suas heranças; como não

<sup>102</sup> PLATÃO, *A República*, tradução do original em grego da edição utilizada por J. Burnet, *Platonis Opera*, T. IV, Oxonii e typographeo Clarendoniano, 1949, para idioma português e notas de Maria Helena Rocha Pereira, 6.<sup>a</sup> edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990 (também utilizada, versão traduzida para idioma francês por ÉMILE CHAMBRY, *La République*, Société d'édition “les belles-lettres”, Paris, 1948), nm. 563e, p. 399.

<sup>103</sup> *Idem*, nm. 569b, p. 410.

<sup>104</sup> EDWARD GIBBON, *História do Declínio e Queda do Império Romano*, I, Edição preparada por D. M. Low, tradução para português do original em língua inglesa de Maria Emília Ferros de Moura, original de 1776, Silveira: Book Builders, 2020, p. 64.

poderá deixar de os poupar inteiramente da dificuldade do pensamento e das penosidades da vida? [*que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre?*]»<sup>105</sup>

O caminho está, no entanto, traçado. O seu êxito, estratégico que é na forma e na natureza, medir-se-á – sempre e só – pelos resultados. De todo o modo, o diagnóstico, esse, está feito há muito.

Do que se trata, na verdade, quando falamos de corrupção? Nas palavras do poeta (e com a indulgência devida pela amputação):

«Th' expense of spirit in a waste of shame  
Is lust in action; and till action, lust  
Is perjured, murd'rous, bloody, full of blame,  
Savage, extreme, rude, cruel, not to trust,  
[...]  
On purpose laid to make the taker mad;  
Mad in pursuit and in possession so,  
Had, having, and in quest to have, extreme;  
[...]  
All this the world well knows; yet none knows well  
To shun the heaven that leads men to this hell.»<sup>106</sup>

De tudo o que aqui em causa está, todos nós sabemos. *All this the world well knows* nas suas palavras. E, no entanto, como a combater?

Fica a proposta à *contrecoeur* de uma dogmática que, a assumir um papel que, regressando a KAHN, não é o seu, se confronta, queira ou não, consigo mesma. É possível que a doutrina se desincumba bem desse papel de proponente de uma *re-forma*? Aqui, por estas mãos, não o fará. Porque não é esse o papel da doutrina talvez. Ou por não ser esse papel a que, teimosamente, eu queira aderir. É o mais certo.

<sup>105</sup> ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, 12.<sup>a</sup> edição revista aumentada e corrigida do original de 1835-40, edição digital, Paris: Institut Coppet, 2012, p. 606. Disponível em <https://www.institutcoppet.org/wp-content/uploads/2012/01/De-la-d%C3%A9mocratie-en-Am%C3%A9rique.pdf>. Última consulta: 28-03-2021. Tradução nossa.

<sup>106</sup> SHAKESPEARE, *Sonnet* 129.

## Remetidos à denúncia anónima no crime de corrupção

Ana Paula Guimarães

### Sumário:

- I. Corrupção e denúncia
- II. Denúncia – entre o alívio e o fardo
- III. A denúncia anónima – do arquivamento liminar à abertura de inquérito
- IV. Síntese de dificuldades encontradas e sugestões de superação

**RESUMO:** A Lei n.º 55/2020, de 27 de Agosto, que define os objectivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2020/2022, assinala como objectivos específicos a prevenção, repressão e redução do crime de corrupção, entre muitos outros (artigo 3.º), sendo este um dos fenómenos de prevenção e investigação prioritárias (artigos 4.º e 5.º). As razões constam do anexo deste diploma. Destacamos tratar-se de criminalidade que constitui «obstáculo ao normal e desejável funcionamento das instituições», «uma ameaça ao Estado de Direito democrático» e um «entrave aos desejáveis desenvolvimento e evolução das economias». Um dos problemas relacionados com o crime de corrupção e outros crimes conexos consiste justamente na tomada de conhecimento, por parte das autoridades competentes, da preparação e cometimento destas infracções. A aquisição da notícia do crime sai dificultada, o que coloca obstáculos à instauração dos respectivos procedimentos criminais.

### I. Corrupção e denúncia

Sendo a denúncia obrigatória um dever legal, apenas para as entidades policiais, relativamente aos crimes de que tomem conhecimento, e para os funcionários, quanto aos crimes de que tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas, no demais, a denúncia é um imperativo cívico, dado ser facultativa<sup>1</sup>. Esta não está sujeita a formalidades especiais mas deve mencionar, sempre que possível, os factos constitutivos do crime, dia, hora, local e demais circunstâncias do facto, identificação dos agentes e ofendidos e os meios de prova conhecidos. Tratando-se de denúncia verbal, depois de reduzida a escrito, deve ser assinada pelo denunciante e pela entidade receptora e, caso o denunciante não possa ou não queira assinar, a impossibilidade ou recusa ficará registada, bem como os seus motivos. A denúncia é, por via de regra, assinada e, portanto, identificado o seu apresentante.

É de sublinhar a importância vital da denúncia quando se está perante um tipo de criminalidade intrincada, hermética, colonizada pelos seus perpetrantes, alimentada pelo desinteresse, sensação de inocuidade e de irreal sentimento de danosidade por parte do público em geral. A sociedade sente e vive as consequências de um crime

---

Por opção da Autora, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> Com a ressalva dos crimes semipúblicos e particulares cujos pressupostos de procedibilidade têm de estar verificados.

de homicídio, de violação ou de roubo. Estas infracções pertencem à ordem da alta nocividade, à forçosa intolerabilidade e ao concertado inconcebível. Já a corrupção, destituída desta representação comunitária, figura entre os crimes constitutiva e estruturalmente exteriores a esta categorização. Na corrupção, os padrões de censura e de exigência colectiva estão desnivelados em relação aos exemplos referenciados e convergem no sentido de uma incorporada abertura e uma mais benévola compreensão e tolerabilidade. A apontada subjectividade relacional emerge de uma certa eternização do *modus vivendi* e do *modus faciendi* em determinados sectores da vida social e económico-financeira. O fenómeno corruptivo assim foi penetrando nas estruturas das instituições e na sociedade em geral ligado a uma «naturalidade de invulnerabilidade». Mas a construção desta perspectiva vai-se transformando. Factos noticiados na comunicação social amiúde fazem colocar em causa a dita herança sociocultural e, onde antes certos comportamentos não se punham em causa, agora eles fazem subsistir um problema de pendor jurídico-criminal. O crescimento do conhecimento generalizado de acontecimentos indesejáveis nesta área vai dando lugar a uma desconstrução da perspectiva social e à correlativa consciencialização dimanando a indignação geral. Aos poucos, a indiferença abranda e começa a ser repudiada a manutenção do *status quo*. Demonstrada que está a perniciosidade da prática da corrupção, a traição que desfere ao núcleo da democraticidade, a deslealdade de que faz impregnar o normal funcionamento das instituições, a afronta à igualdade, à justiça, ao desenvolvimento económico-social e a potenciação da prática de outras infracções conexas, paulatinamente, fazem abrir caminhos e robustecendo esforços de um novo e adequado entendimento sincronizador das medidas de prevenção e repressão deste fenómeno com a sua verdadeira expressão jurídico-penal e generalizada danosidade social. Sentido decisivo para o aceleração da prevenção e repressão destes factos típicos onde não estão excluídos de todo o papel e a relevância da denúncia.

O balcão único virtual de formalização de denúncias de natureza criminal, instituído pela Portaria n.º 1593/2007, de 17 de Dezembro, não contempla o crime de corrupção nos crimes elencados. O Conselho de Prevenção da Corrupção dispõe de sítio electrónico<sup>2</sup> que remete para o sítio da Procuradoria-Geral da República destinado à apresentação de denúncias de actos de corrupção e fraudes<sup>3</sup>. A Associação «Transparência e Integridade, Associação Cívica»<sup>4</sup> invoca a denúncia e a necessidade de protecção dos denunciantes. Encontram-se dispersas algumas normas legais no sentido de conferir protecção aos denunciantes: os trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado são objecto de tratamento no artigo 4.º da Lei 19/2008, de 21 Abril<sup>5</sup>; qualquer pessoa que tenha conhecimento da prática de infracções sectoriais, no artigo 108.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto<sup>6</sup>, no artigo 368.º-A e, especialmente, no artigo 368.º-E do Código dos Valores

<sup>2</sup> Acessível em: <https://www.cpc.tcontas.pt/denuncia.html>.

<sup>3</sup> Acessível em: <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/index2.php> e [https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/den\\_criar.php](https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/den_criar.php).

<sup>4</sup> Pessoa colectiva de direito privado, independente, sem fins lucrativos.

<sup>5</sup> Aprova medidas de combate à corrupção e procede à primeira alteração à Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, à décima sétima alteração à lei geral tributária e à terceira alteração à Lei n.º 4/83, de 2 de Abril.

<sup>6</sup> Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

Mobiliários<sup>7</sup>, nos artigos 116.º-AA e 116.º-AB do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras<sup>8</sup> e nos artigos 87.º-A e 250.º-A do Regime Geral dos Organismos de Investimento Colectivo<sup>9</sup>. Também está prevista a não revelação da identidade da testemunha em crime de corrupção, em todas ou algumas fases processuais, no artigo 16.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho<sup>10</sup>. A Convenção contra a Corrupção<sup>11</sup>, que no seu artigo 33.º menciona a protecção pelos Estados Parte devida às pessoas que dão informações com base em suspeitas razoáveis, foi ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, de 21 de Setembro, e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, em 19 de Julho de 2007. Os Estados-Membros devem, ainda, transpor até 17 de Dezembro de 2021 a Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, relativa à protecção das pessoas que denunciam violações do direito da União.

Um dos aspectos recorrentemente afluído nos aludidos diplomas é o anonimato da denúncia, uma porta de segurança para que todo aquele que tenha conhecimento de práticas ilícitas criminais as denuncie.

## II. Denúncia – entre o alívio e o fardo

O Relatório Anual de Segurança Interna respeitante ao ano de 2019 confirma 890 inquéritos iniciados, 31 acusações, 444 inquéritos findos por arquivamento, 311 findos por outras causas e 10 suspensos provisoriamente, num total de 796 findos, sendo as comarcas de Braga, Lisboa e Porto as que tiveram maior número de inquéritos iniciados, respectivamente, 117, 90 e 85.

Em referência ao mesmo ano, a Direcção-Geral da Política da Justiça indica terem sido 70 os crimes de corrupção registados pelas autoridades policiais num universo de 335 614 (total de crimes registados pelas autoridades policiais). Também reporta 57 condenações e destas 16% culminaram em aplicação de pena de prisão efectiva.

No que se refere ao índice de percepção de corrupção, no ano 2019, quanto aos países mais e menos transparentes, Portugal ocupou o 62.º lugar numa escala entre 0 (muito corrupto) e 100 (muito transparente).

Por sua vez, o Relatório Síntese do Ministério Público de 2019 assinala a entrada de 1966 denúncias no Portal *Corrupção Denuncie Aqui* (em funcionamento desde 2010), tendo sido a maioria por via anónima, quantificadas em 1.271. Foram instaurados 249 inquéritos, abertas 31 averiguações preventivas e arquivadas 896. Este documento traça a evolução das denúncias apresentadas neste Portal, entre 2017 e 2019, revelando terem diminuído no ano de 2019, mas é omissivo no que toca ao estabelecimento da relação quantitativa entre o número de denúncias anónimas entradas e o número de inquéritos instaurados. Esses dados seriam da maior relevância para se alcançar a importância da denúncia anónima e apurar as causas do seu não prosseguimento. Pelo que, o registo e tratamento desses elementos constituiria

<sup>7</sup> DL n.º 486/99, de 13 de Novembro.

<sup>8</sup> DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

<sup>9</sup> Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro.

<sup>10</sup> Regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal.

<sup>11</sup> Adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003.

importante fonte de estudo. Dos inquéritos instaurados junto do DCIAP, no ano de 2019, 27 tiveram por objecto crimes de corrupção e crimes conexos<sup>12</sup>.

A prevenção constitui a pedra de toque no que respeita aos comportamentos corruptivos. BECCARIA definiu a prevenção como sendo «a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível»<sup>13</sup>. A Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, que estabelece medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, prevê a realização de acções de prevenção, a levar a cabo pelo Ministério Público e Polícia Judiciária<sup>14</sup>. Se no decurso da actividade preventiva surgirem elementos indiciadores da prática de crime, deverá ser instaurado o correspondente processo criminal (artigo 3.º, n.º 1). Caso os elementos recolhidos pela Polícia Judiciária assegurem a suspeita de crime, esta tem o dever de denunciar os factos ao Ministério Público (artigo 3.º, n.º 2). Nas atribuições do Ministério Público cabe a direcção das acções de prevenção criminal [artigo 4.º, n.º 1, alínea e)], de acordo com o respectivo Estatuto – Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto. É da competência do Procurador-Geral da República o estabelecimento das directivas que assegurem o controlo de legalidade nas acções preventivas [artigos 11.º, n.º 3, e 19.º, n.º 2, alíneas c) e i)] e a coordenação e direcção da investigação e da prevenção da corrupção está a cargo do DCIAP [artigos 57.º e 58.º, n.º 4, alínea b)]<sup>15</sup>. REIS BRAVO destaca o interesse de ser realizado um estudo com o objectivo de compreender a eventual relação entre a reduzida taxa de condenações por corrupção e a quantidade e/ou proficiência de acções preventivas desenvolvidas no terreno<sup>16</sup>, proposta que subscrevemos. Por outro lado, a própria denúncia anónima de crime de corrupção pode motivar a recolha de informações destinadas a suportar as suspeitas do cometimento do crime, conforme previsto no artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro.

Quando a prevenção primária se revela insuficiente ou ineficaz, a via repressiva toma lugar. Se a desaconselhada violação da confiança entre o *eu* e o *outro*, potencialmente originadora de estragos nas relações sociais, rejeita a denúncia anónima, se as suas características são susceptíveis de atentados levianos à honra, consideração e bom nome de outrem, já as exigências de segurança colectiva e as necessidades de investigação criminal consentem-na, embora longe vão os tempos

<sup>12</sup> Portugal, Ministério Público, *Em defesa da legalidade democrática, Relatório Síntese do Ministério Público 2019*, pp. 146 e 141, respectivamente, acessível em: [https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio-mp-2019\\_portal.pdf](https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio-mp-2019_portal.pdf).

<sup>13</sup> CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de J. Faria Costa, 1998, p. 154.

<sup>14</sup> Por meio da Unidade Nacional de Combate à Corrupção, que na actual estrutura orgânica da Polícia Judiciária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 137/2019, de 13 de Setembro, tem as competências que em 1996 pertenciam à Direcção Central para o Combate à Corrupção, Fraudes e Infracções Económicas e Financeiras.

<sup>15</sup> O legislador incluiu a corrupção no conceito formal de «criminalidade altamente organizada» [artigo 1.º, alínea m), do CPP], ao lado dos crimes de associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes, entre outros. O artigo 57.º do Estatuto do Ministério Público prevê conceitos como criminalidade violenta, económico-financeira, altamente organizada ou de especial complexidade.

<sup>16</sup> JORGE DOS REIS BRAVO, «Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira – Um contributo judiciário», *Working Papers*, n.º 18, OBEGEF – Observatório de Economia e Gestão de Fraude, 2013, p. 8, acessível em: <ftp://ftp.repec.org/opt/ReDIF/RePEc/por/obegef/files/wp018.pdf>.



em que o intrínseco secretismo da denúncia é enaltecido e elemento significativo para a prossecução criminal.

Os riscos que correm os denunciante podem ser inúmeros e de mais diversa natureza. O retorno do exercício do que é um direito e simultaneamente um dever cívico pode trazer sérias desvantagens.

A eventualidade de represálias sobre o denunciante e a incerteza sobre os termos subsequentes no que toca à prossecução processual, resultante do escasso número de processos pendentes pela prática de crimes de corrupção, comparativamente com as demais infracções criminais, fazem suscitar dúvidas quanto ao sentido de oportunidade e quanto à utilidade da efectividade da sua apresentação. Se a apresentação de denúncia é um postulado da vida em democracia, pode também constituir um risco fatal para bens jurídicos do apresentante: o comportamento virtuoso pode dar lugar ao tormento. E o ser humano naturalmente dispõe da sua vontade levando em conta as diversas condicionantes externas. A racionalidade nem sempre se sobrepõe à emoção. O primado da legalidade poderá ceder ao medo. A liberdade de denúncia poderá ceder à reivindicação da preservação existencial do indivíduo. A força de ânimo e a generosidade poderão perder caminho para a ambicionada imperturbabilidade, tão cara à sobrevivência do ser humano. A precariedade do homem, compreendendo a síntese entre o *dever ser* e o *ser*, acaba, em muitos casos, por comprimir o incentivo à denúncia. Realmente, tudo ponderado, no final das contas, a relação custo-benefício pode não compensar e tornar-se um tormento para o denunciante.

A faculdade de denúncia comporta um outro risco evidente para os denunciantes. A consolidação factual e probatória da denúncia é fundamental para não vir a consubstanciar um atentado ao bom nome e honra do denunciado ou até mesmo um atentado à boa realização da justiça. E se o denunciante vier a ter de responder criminalmente por difamação ou por denúncia caluniosa, ao que pode vir a ser somado um pedido de responsabilidade civil? O direito de denunciar movimenta-se na liberdade de expressão, um dos pilares mais importantes de qualquer sociedade democrática, consagrada no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na «liberdade de opinião e a de receber ou de transmitir informações ou ideias». Contrariamente à posição jurisprudencial portuguesa predominante no domínio da liberdade de imprensa, diz assertivamente TEIXEIRA DA MOTA, «as opiniões não são verdadeiras nem falsas. Podem ter mais ou menos sustento factual, mas não passam de opiniões, de juízos de valor que variam de pessoa para pessoa, pelo que não faz sentido condenar uma pessoa por ter uma opinião falsa; já os factos serão verdadeiros ou falsos»<sup>17</sup>. A envelhecida interpretação dos tribunais portugueses sobre a liberdade de imprensa quando cotejada com a liberdade de expressão tem estado na origem de mais de duas dezenas de condenações do Estado Português pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Voltando à questão das denúncias facultativas, o sistema judiciário é sabedor que os denunciantes raras vezes dispõem da desejada riqueza factual e probatória fundamentadora daquilo que é denunciado. Não têm, nem têm de ter, afinal os denunciantes não são investigadores, nem detectives. Mas, também não é menos verdade que a denúncia deve conter um conjunto de elementos factuais básicos de modo a apresentar consistência. Nesta sede, é importante atingir-se uma margem

<sup>17</sup> FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, «Liberdade de expressão – a jurisprudência do TEDH e os tribunais portugueses», in *Julgar*, n.º 32, 2017, p. 184.

de entendimento uniformizado sobre o sentido e conteúdo da difamação em conformidade com o encerrado na liberdade de expressão na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, sob pena de fragilização ou até de esvaziamento das denúncias facultativas e da prossecução dos fins legítimos de interesse público visados pela acção penal. Se assim não for, a confiança do povo quanto à administração da justiça desmoronará. Também daí a existência de normativos, em legislação avulsa, direccionados à protecção do denunciante, conforme acima brevemente apontados, embora claramente insuficientes. Todavia, no que concerne à ponderação entre a honra das pessoas e o direito à denúncia, a jurisprudência portuguesa tem vindo a afirmar o primado deste direito<sup>18</sup>. Trata-se de «puro exercício de um direito, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, consagrado pelo artigo 20.º, da CRP e, por isso, apesar da imputação da prática de factos que podem constituir crime, não há impedimento ou restrição ao exercício do direito pois que deve assegurar-se ao cidadão a possibilidade quase irrestrita de denunciar factos que entende criminosos»<sup>19</sup>. Não é ilimitada por o denunciante não dever apresentar denúncia quando ciente da falsidade dos factos que imputa, sob pena de cometimento de um crime de denúncia caluniosa, nem se deva servir dela para adjectivar destrutivamente a pessoa do denunciado<sup>20</sup>, sob pena de perpetração de crime de difamação. A denúncia deve, portanto, limitar-se à narração objectiva de factos, com abstenção da formulação de juízos de valor depreciativos desproporcionados. De todo o modo, não será de esquecer o relevo do exercício de um direito enquanto causa de justificação [artigo 31.º, n.º 2, alínea b), do CP], ilidindo a ilicitude do facto quando aplicável<sup>21</sup>.

### III. A denúncia anónima – do arquivamento liminar à abertura de inquérito

No documento «Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020/2024» lê-se: «Os contornos dos fenómenos corruptivos caracterizam-se pela sua invisibilidade ou opacidade, existindo inúmeros obstáculos à investigação, os quais se consubstanciam em soluções que permitem apagar o seu “rasto”...»<sup>22</sup> A penumbra em que se encontra envolta a prática da corrupção naturalmente complica o conhecimento dos factos pelas autoridades competentes, dificulta a aquisição do material probatório e frustra o êxito da investigação criminal.

<sup>18</sup> Ac. do STJ, de 21/04/2010, no Proc. n.º 1/09.3YGLSB.S2 (Relator: OLIVEIRA MENDES): «A denúncia de um crime, quando identificado o seu autor ou o suspeito de o ter cometido, objectivamente, atinge a honra do denunciado. Apesar disso, é evidente que ninguém pode ser impedido de participar um facto delituoso. [...] Num Estado de Direito é impensável, pois, impedir quem quer que seja de participar um facto delituoso, com a justificação de que em consequência da participação ir-se-á lesar a honra do participado»; Ac. do STJ, de 18/12/2008, no Proc. n.º 08A2680 (Relator: SEBASTIÃO PÓVOAS).

<sup>19</sup> Ac. do TRP, de 03/12/2014, no Proc. n.º 12/12.1TAAFE-A.P1 (Relator: ARTUR OLIVEIRA); não obstante a citação feita, deixamos aqui a nossa dissidência em relação a outros pontos constantes desta decisão.

<sup>20</sup> Ac. do STJ, de 16/05/2019, no Proc. n.º 21/18.7TRPRT.S1 (Relator: FRANCISCO CAETANO).

<sup>21</sup> Ac. do TRC, de 16/05/2006, no Proc. n.º 1103/06 (Relator: JORGE ARCANJO).

<sup>22</sup> P. 60. Acessível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDxMQAAnRDZFAUAAAA%3d>.

A denúncia anónima enquanto modo de dar a conhecer às autoridades competentes a preparação ou a prática de ilícitos criminais visa essencialmente: *a)* facilitar a transmissão dos factos e dos elementos probatórios; *b)* proteger o denunciante cujo reporte dos acontecimentos implique perigo para si próprio, sua família ou terceiros<sup>23</sup>; *c)* reconhecer complexidades e obstáculos ao apuramento da verdade, na tentativa de conciliação de valores e interesses potencialmente incompatíveis.

Quando o sentir comunitário não pactua com a proliferação de condutas criminosas, sobretudo quando são atingidas vítimas sem rosto, quando os crimes são públicos e existem sérios receios e dificuldades que impossibilitam a sua comunicação, a denúncia anónima torna-se o meio apropriado de transmissão dos factos e das provas, se as houver, com vista à instauração da respectiva acção penal.

No n.º 6 do artigo 246.º do CPP, a denúncia anónima está prevista como uma espécie de denúncia que apenas dará lugar a abertura de inquérito verificada uma de duas situações: *a)* se dela se retirarem indícios da prática de crime; ou *b)* se ela própria constituir crime. Caso contrário, será promovida a sua destruição pela autoridade judiciária competente (n.º 8)<sup>24</sup>. Pode, por isso, constituir um modo de aquisição de notícia de crime («mediante denúncia», nos termos do artigo 241.º), o que, por via de regra, determina a abertura de inquérito (artigo 262.º, n.º 2, do CPP)<sup>25</sup> não sem que o Ministério Público, a quem cabe esta incumbência, possa *in casu* determinar o arquivamento liminar desta, designadamente, se os factos denunciados forem, diríamos, manifestamente atípicos<sup>26</sup>.

O arquivamento liminar, situando-se na linha de uma circunscrevida discricionariedade do Ministério Público, não permite a formulação de juízos precipitados ou atropelos ao princípio da legalidade a que se encontra vinculada a sua actuação. Como ensina FIGUEIREDO DIAS, «na decisão do MP intervém – como em toda a decisão autenticamente jurídica – uma margem inescapável de discricionariedade»<sup>27</sup>. Não se trata de um ajuizamento de livre escolha ou de um capricho do Ministério Público, mas antes de uma faculdade restrita aos casos de evidente e flagrante inutilidade ou impossibilidade da promoção processual, sempre mediante a necessária e

<sup>23</sup> JOSÉ MANUEL PIRES LEAL, «Sociedade, governança e manifestações criminais sobre a forma de crime organizado – conhecer para intervir», in *Criminalidade organizada e económica (perspetivas jurídica, política e criminológica)*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018 (coord. Cândido da Agra e Fernando Torrão), p. 220, alerta para a necessidade de ser intensificada a participação da sociedade civil em domínios onde grassa a criminalidade sem vítima e em situações de vítimas «subjugadas ao medo e ao silêncio».

<sup>24</sup> Introduzida pela 15.ª alteração ao CPP pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

<sup>25</sup> Como afirma NUNO BRANDÃO, «uma denúncia anónima pode constituir um meio válido de comunicação da *notitia criminis*», in «*O whistleblowing no ordenamento jurídico português*», *Revista do Ministério Público* 161, Jan./Mar. 2020, p. 106 (99-113).

<sup>26</sup> Neste sentido: Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17/12/2008, no Proc. n.º 10876/2008-3 (Relator: CARLOS ALMEIDA); Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11/06/2013, no Proc. n.º 310/12.4T3AND-A.C1 (Relatora: MARIA PILAR DE OLIVEIRA); Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 02/12/2014, no Proc. n.º 89/13.2GACHV-A.P1 (Relator: AUGUSTO LOURENÇO); Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 06/11/2017, no Proc. n.º 220/14.0GBCM.N.G1 (Relator: JORGE BISPO); Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02/05/2020, no Proc. n.º 830/19.0T9LRA.C1 (Relatora: MARIA JOSÉ NOGUEIRA).

<sup>27</sup> J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª edição, reimpressão, 2004, pp. 132 e 133.

devida fundamentação<sup>28</sup>. O arquivamento liminar encontra a sua autorização desde logo na exigência legal quanto ao conteúdo da denúncia (artigo 246.º, n.º 3, do CPP). Esta deve conter, ainda que de forma sumária, a indicação de elementos mínimos, a saber, os factos constitutivos do crime, referências de tempo, lugar e modo do seu cometimento e, se possível, a identificação dos agentes e ofendidos e meios de prova disponíveis. Sabemos que estará ferida de nulidade insanável a prolação de um despacho de arquivamento não precedido da realização das diligências de prova necessárias à descoberta de verdade, conforme o artigo 119.º, alínea d), do CPP, por falta de inquérito. Também sabemos que a subsunção dos factos à lei criminal carece de apuramento da factualidade típica, o que, por sua vez, importa uma investigação factual. Todavia, a inquestionável inidoneidade factual constitutiva de um qualquer tipo de ilícito penal e «factos ostensivamente inverosímeis»<sup>29</sup> nulificam o subsequente retalhamento factual, por desnecessário<sup>30</sup>, o que cabe nos poderes de direcção do inquérito e «terá necessariamente de passar pela existência de elementos concretos que tenham a possibilidade de ser investigados e, desse modo, confirmados ou infirmados»<sup>31</sup>. Proibida é a omissão de actos que sejam obrigatórios por lei<sup>32</sup>, como o interrogatório do arguido quando se encontre a correr inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime. O «auto [de notícia] não prova nunca a prática do crime»<sup>33</sup>, como assevera G. MARQUES DA SILVA. De igual modo, a denúncia anónima – «mera manifestação de ciência»<sup>34</sup> – também não consubstancia um meio de prova a menos que seja objecto ou elemento do crime (artigo 164.º, n.º 2).

No sentido do bom e adequado uso do poder discricionário, por forma a evitar entendimentos antagónicos e, consequentemente, desenlaces discordantes no que toca às denúncias anónimas recebidas por crimes de corrupção, a apreciação destas deveria ficar a cargo de secções diferenciadas, especialmente preparadas para apreciar o seguimento a dar-lhes, que procederiam ao exame casuístico com pormenor, prudência e meditação reflexiva. De resto, a especialização nem é um elemento totalmente inovador, uma vez que a especialização não é ignorada na Lei de Organização da Investigação Criminal quando apela à autonomia técnica e táctica dos órgãos de polícia criminal, remetendo a investigação dos crimes de corrupção à competência reservada da Polícia Judiciária. GERMANO MARQUES DA SILVA refere que a notícia

<sup>28</sup> PAULO PINTO ALBUQUERQUE, no *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 669, considera que a apreciação do Ministério Público, que recai sobre a existência de elementos probatórios capazes ou incapazes de impulsionar uma investigação, não põe em causa o princípio da legalidade, sendo compatível com a possibilidade de destruição de denúncia anónima por não se verificarem os pressupostos do artigo 246.º do CPP.

<sup>29</sup> Expressão de CARLOS CASIMIRO NUNES, «Investigações a partir de factos revelados pela Comunicação Social», in *Boletim da Ordem dos Advogados*, acessível em: <http://boletim.oa.pt/investigacoes-a-partir-de-factos-revelados-pela-comunicacao-social/>.

<sup>30</sup> Como será o caso de alguém vir denunciar factos que imputem a outrem um comportamento que se situe apenas no campo da imoralidade.

<sup>31</sup> CARLOS CASIMIRO NUNES, *ob. cit.*

<sup>32</sup> Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03/02/2004, no Proc. n.º 9261/2003-5 (Relatora: FILOMENA LIMA).

<sup>33</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Tomo III, Lisboa: Verbo, 2000, p. 56.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 57.

comunicada ao Ministério Público por via anónima «pode não lhe merecer qualquer credibilidade, mas pode também suceder que em razão das características da notícia, ainda que anónima, se justifique uma actividade preliminar do processo, ainda que de natureza policial, no sentido de apurar da eventual existência de indícios»<sup>35</sup>. Há efectivamente aspectos que carecem de maturação no que respeita à análise de uma denúncia anónima: em geral, verificação dos elementos integradores do conteúdo mínimo de denúncia; em particular, desvendar a significação dos factos relatados, contextualização de tempo, modo e lugar destes, verificação técnico-jurídica da consistência dos factos e eventuais provas apresentadas, exame sobre o prazo de prescrição do procedimento; após o que, finalmente, o Ministério Público constatará o preenchimento dos elementos vitais ordenadores do exercício da oficialidade da promoção processual ou, diferentemente, da determinação da rejeição liminar. Para tanto, é recomendável a elaboração de uma síntese de guias orientadoras concretizadoras do modo e juízo de apreciação, a criação de uma trajectória de análise formal e regulação de avaliação substantiva das denúncias anónimas, definindo critérios objectivos de apreciação. O fortalecimento do Ministério Público no combate a determinados tipos de criminalidade que deixa raros rastros, cuja investigação e recolha de prova é complicada, emaranhada, difícil, e que, pelo seu próprio contexto factual, tende a ludibriar a averiguação, tal como se verifica no crime de corrupção, convida no sentido de reforço de forças e energias: mais especialização do Ministério Público ao nível de meios humanos, de meios técnicos e também procedimentais.

A situação em apreço carece igualmente de uma avaliação e ponderação de riscos para o denunciante. Queremos com isto dizer que poderá ser possível ao Ministério Público retirar ilação sobre as relações directas ou indirectas entre denunciante e denunciado – *v.g.*, relação de dependência hierárquica, laboral, económica, familiar – demonstrativa da escolha do meio anónimo utilizado por aquele, a partir da factualidade exposta na denúncia. Não porque o denunciante tenha de justificar o meio usado, mas, como se sabe, a denúncia anónima é, muitas vezes, a única forma de o comum cidadão ter a oportunidade de transmitir o que «sabe ter acontecido» e o que «viu fazer», face à alternativa da mordada do medo. Por isso, torna-se necessário combater a representação generalizada distorcida deste tipo de denúncia enquanto acto de cobardia. Com efeito, a denúncia anónima não se reduz sempre a uma mera opção ou preferência do denunciante face à denúncia identificada, por motivos amplamente conhecidos. Sem naturalmente se cair na vulgarização do uso da denúncia anónima – caso em que sairia consequentemente desacreditada –, é necessário revelar a sua singularidade compromissória com a fenomenologia criminal e com o exercício de um direito cívico. É fundamental exercer a pedagogia neste sentido. A comunicação informativa, em primeiro lugar, deve incidir sobre a intencionalidade e prudência quanto à sua utilização e, num segundo passo, deve recair sobre «o como, quando e onde fazer uma denúncia anónima», sem nunca ser negligenciado o vigor do critério da necessidade e da subsidiariedade quanto à sua apresentação.

A história revela que a prática de actos corruptivos tem tendência a intensificar-se em momentos de crise social e económico-financeira. Os dias de hoje estão especialmente difíceis por força da crise sanitária em que vivemos. Crise que alastra ao sector económico e financeiro, que acentua desigualdades sociais, que agrava o

<sup>35</sup> *Idem*, p. 54.

desemprego, gerando um cenário propício para a destemida corrupção. Pelo que, mais do que nunca, deve ser equacionado um combate manifestamente eficiente e visível.

#### IV. Síntese de dificuldades encontradas e sugestões de superação

##### 1 – Sobre os dados estatísticos:

- a) Os organismos oficiais, nomeadamente a Direcção-Geral da Política da Justiça, detêm estatísticas no que respeita ao crime de corrupção, embora manifestamente insuficientes, particularmente no que toca à denúncia anónima;
- b) Os dados registados não permitem estabelecer a relação quantitativa entre o número de denúncias anónimas entradas em cada ano e o número de inquéritos instaurados delas resultantes, o número de arquivamentos e de outras causas de encerramento do inquérito, quantas deram lugar a acusação, quantas estiveram na origem de julgamento, quantas culminaram com condenação transitada em julgado e, destas, qual o tipo de sanção aplicada;
- c) Também seria importante saber-se quais as causas do não prosseguimento das denúncias anónimas recebidas pelos órgãos de polícia criminal e pelo Ministério Público, quantos arquivamentos liminares, como interessante seria saber-se quantas destas denúncias deram lugar a acções inspectivas, pelo que se torna fundamental a obtenção destes dados e seu tratamento de modo a entender-se a importância da denúncia anónima e seus reflexos práticos.

##### 2 – Sobre o sentido de oportunidade e utilidade da efectividade da apresentação de denúncia anónima:

- a) São inúmeros os riscos que corre o denunciante, desde o receio de represálias sobre a sua própria pessoa ou sobre a sua família, medo de perder o emprego, temor de vir a ser processado pelo denunciado por violação da honra, entre outros, em face da real dificuldade de consolidação factual e probatória do denunciante, em virtude da opacidade deste tipo de ilícito;
- b) Receios que se intensificam face à realidade judicial que evidencia um diminuto número de processos instaurados por crime de corrupção comparativamente com o número de processos instaurados pela prática de outra tipologia de crimes;
- c) O que pode ocasionar a fragilização do papel dos denunciantes facultativos e, consequentemente, uma potencial quebra da prossecução dos fins legítimos de interesse público visados pela acção penal no que respeita à corrupção e à descrença do povo no que toca à boa administração da justiça penal;
- d) A denúncia anónima surge como um «remédio»: facilita a transmissão dos factos e dos elementos probatórios, se os houver; o denunciante, cujo reporte dos factos implique perigo para si próprio, sua família ou terceiros, sente-se mais protegido e naturalmente mais livre; é um instrumento ao dispor do cidadão que, reconhecendo as complexidades e dificuldades ao apuramento



da verdade, permite uma síntese conciliadora entre valores e interesses potencialmente incompatíveis;

- e) A denúncia anónima deve ter um conteúdo mínimo (ainda que de forma sumária, os factos constitutivos do crime, referências de tempo, lugar e modo do seu cometimento e, se possível, a identificação dos agentes e ofendidos e meios de prova disponíveis), apresentados de forma objectiva, sob pena de arquivamento liminar, e sem recurso a referências ultrajantes à pessoa do denunciado, sob pena de cometimento de crime de difamação; para tanto, é necessário um trabalho a nível educativo-pedagógico e um labor desmistificador da malignidade da denúncia anónima, sem, ao mesmo tempo, deixar de destacar o carácter subsidiário desta;
- f) Em face do número significativo de denúncias anónimas apresentadas (1271, em 2019, segundo o Relatório Síntese do Ministério Público) o exame destas deveria ficar sujeito ao regime da especialização, a cargo de secções diferenciadas, com especial preparação para apreciar o seguimento a dar-lhes, verificando os elementos integradores do conteúdo mínimo de denúncia, descobrindo a significação dos factos relatados, contextualizando as circunstâncias de tempo, modo e lugar, verificando técnico-juridicamente a consistência dos factos e eventuais provas apresentadas, examinando o prazo de prescrição do procedimento, tudo no sentido da decisão da promoção processual ou do arquivamento liminar (sem esquecer o registo e tratamento estatístico destes dados conforme acima referenciámos);
- g) Para tanto, é aconselhável a elaboração de uma síntese de linhas orientadoras de apreciação da denúncia anónima, desde o traçamento de uma trajectória formal de análise, passando por uma regulação de critérios de avaliação substantiva; mais e maior especialização do Ministério Público ao nível de meios humanos, técnicos e ao nível procedimental é recomendável em tipos de criminalidade cuja investigação e recolha de prova apresenta especiais dificuldades, como é o caso da corrupção.

Finalizando, adicionando um pendor pedagógico: sinal dos tempos, a consciência colectiva está a mudar. A prática da corrupção, que deixava a comunidade indiferente, passou a convocar o interesse generalizado no que toca à sua prevenção e repressão, donde releva o interesse de não o deixar enfraquecer. É importante que o órgão executivo promova campanhas directas e claras no sentido de instruir a população para *saber viver a democracia e em democracia*. Campanhas sensibilizadoras regulares e debates públicos sobre o tema (nas escolas, nos mais diversos fóruns, nos meios de comunicação social) podem contribuir de forma substancial para o robustecimento da consciencialização da população sobre o dano e nocividade dos actos corruptivos e, conseqüentemente, para a prevenção do fenómeno e seu combate, de que a denúncia anónima é instrumento, por vezes, necessário.

## Reforma procedimental como condição de proteção de denunciantes e outras pessoas que prestam informações nas investigações preliminares de eventual corrupção

Paulo Dá Mesquita

Sumário:

- I. Razão de ordem
- II. Denunciantes, colaboradores, abertura de inquérito e acesso dos suspeitos e arguidos à identidade daqueles no regime procedimental geral
- III. Recolha de informação pelo Ministério Público no quadro de ações prévias à abertura da fase de inquérito e sigilo protetivo de denunciante e colaboradores
  1. *Ações de prevenção* ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira estabelecido em 1994
  2. Regime sobre combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, a ampliação da atividade de prevenção e as novas linhas de fronteira
  3. Articulação entre prevenção e repressão da corrupção no regime vigente
- IV. Reforma procedimental para regular comunicações e efetiva proteção de denunciante e colaboradores na indagação preliminar de eventual corrupção

**RESUMO:** Proteções eficazes de denunciante e colaboradores da investigação criminal são condição de eficácia da prevenção e repressão da corrupção e correspondem a imperativos axiológicos sobre a relação num Estado de direito democrático da burocracia do poder punitivo com essas pessoas. Neste domínio, a possibilidade de sigilo é fundamental, não se podendo confundir proteções de colaboradores da investigação com as de testemunhas vulneráveis, até porque aqueles podem não vir a ser fontes pessoais de prova. A proteção eficaz de pessoas que dão informações durante a indagação preliminar de suspeitas de corrupção depende de alterações normativas sobre componentes procedimentais. Plano em que a regulação de canais de denúncias constitui apenas um elemento instrumental de reformas mais amplas em que se deve consagrar um regime especial sobre diligências prévias à abertura do processo penal (em sentido formal) sobre corrupção e outra criminalidade económico-financeira com cânones comuns aos estabelecidos para o crime de branqueamento de capitais. Revisão legal em que as proteções atribuídas aos elementos de instituições financeiras que colaboram na fase de indagação prévia sobre branqueamento de capitais devem ser alargadas a pessoas que trabalham numa organização pública ou privada ou que com ela estão em contacto no contexto de atividades profissionais suscetíveis de gerar conhecimento sobre riscos de corrupção ou mesmo factos ilícitos integradores de crime. A lei deve densificar os princípios e regras nucleares do procedimento especial pré-processual sem reenvio para regulação administrativa. No século XXI, uma reforma legislativa anticorrupção que não seja meramente cosmética exige procedimentos que garantam proteção efetiva de colaboradores da investigação contra potenciais riscos de retaliações ou prejuízos.

## I. Razão de ordem

A problemática da investigação criminal da corrupção (em sentido criminológico, significativamente mais amplo do que o de específicas legislações penais) compreende vertentes técnicas que têm de ser integradas e contextualizadas num universo jurídico de regulações procedimentais que envolvem delicadas separações e interdependências orgânicas.

Nos últimos anos, alterações legais em matéria de deveres de colaboração, segredos e proteção de colaboradores quanto a alguma criminalidade económico-financeira impõem que se revise a congruência global do sistema jurídico português, em particular a coexistência de soluções marcadas pelo paroquialismo nacional do final do século passado com outras derivadas de opções entretanto sedimentadas a um nível supranacional. As presentes notas sobre procedimento e efetividade das proteções jurídicas de denunciante e colaboradores nas suspeitas de corrupção<sup>1</sup> vão ter como epicentro uma dimensão diacrónica, nas linhas de conexão entre indagações pré-processuais e abertura de inquérito. Sem embargo, impõe-se realçar que a gestão da investigação criminal na criminalidade económico-financeira envolve o cruzamento daquelas dimensões com vertentes sincrónicas nas articulações interinstitucionais.

Nótula relativa a uma vertente particular que não olvida o imperativo de articulação de dois elementos estáticos (o Direito Penal substantivo e a organização judiciária) com um elemento dinâmico (o Processo Penal), impondo-se, numa visão compreensiva global, a perspetiva de um sistema integral de Direito Penal que inclua o crime, a determinação da sanção, o processo penal, os esquemas de organização e distribuição de funções dos respetivos atores (*v.g.*, juízes, procuradores, advogados, polícias, peritos, consultores técnicos) e os direitos e deveres dos cidadãos em interação com esse subsistema (*v.g.*, denunciante, informadores, colaboradores, suspeitos, arguidos, vítimas, testemunhas, jornalistas). Não se podendo prescindir na discussão da reforma de uma visão integral do problema da justiça penal, da sua representação social e dissonâncias entre expectativas e limitações intrínsecas do sistema formal de justiça.

Num debate sobre reformas, devemos ter sempre presente o conhecido aforismo de GEORGE SANTAYANA, «aqueles que não recordam o passado estão condenados a repeti-lo»<sup>2</sup>, para temperar entusiasmos no estabelecimento de novas soluções. Plano em que o Código de Processo Penal 1987 (CPP), apesar de múltiplas modificações legislativas, permaneceu imune a alterações sustentadas em reflexões de fundo sobre as modificações exigidas pela alteração de pressupostos, enquadramento sociopolítico e necessidades da *eficácia prática*, em especial em certos domínios como a reação à corrupção. Défice que também se reflete em revisões, por exemplo, a aprovada em 2007 sobre o regime de segredo do inquérito penal (*infra* II).

As notas que se seguem relativas ao enquadramento procedimental da (des)proteção das pessoas que prestam informações potencialmente relevantes numa fase

<sup>1</sup> Para abordagens panorâmicas em português, *vd.* JOSÉ MOURAZ LOPES, *Corrupção O labirinto do Minotauro*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 78-81; JOÃO RAMOS, «Proteção de Denunciante em Portugal: Estado da Arte» 2018, disponível no site [https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/07/TI-PT\\_ProtecaoDenunciantePortugal\\_2018-last-version\\_24\\_07\\_2018\\_VF.pdf](https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/07/TI-PT_ProtecaoDenunciantePortugal_2018-last-version_24_07_2018_VF.pdf).

<sup>2</sup> *Life of Reason, Reason in Common Sense*, Nova Iorque: Scribner's, 1905, p. 284.

preliminar de indagação criminal de eventual corrupção não olvidam a circunstância de o tema constituir uma mera parcela de um sistema mais vasto com vários outros vetores fundamentais para a superação de disfunções do ordenamento jurídico.

Disfunções cujo conhecimento não pode prescindir da análise, pluridisciplinar, de alguns *case studies*, reveladores das limitações e deficiências do sistema (no seu complexo e partes), em particular na interação do aparelho repressivo com sujeitos com reforçada *competência de ação* e um *caldo de cultura* em que se intersejam alguns poderes sociopolíticos. Desde o caso da investigação que demora tempo não explicado a arrancar, ao julgamento que se prolonga por anos a fio, com múltiplos hiatos, ou ao processo em recurso em que são mais os meses de interlúdio burocrático na segunda instância em momento posterior ao acórdão do tribunal superior do que o tempo que o recurso demorou a ser decidido pelos desembargadores.

Em termos de enquadramento, a superação da (des)proteção de colaboradores constitui um de três eixos de reformas processuais que se nos afiguram fundamentais para a legitimação do sistema de repressão da corrupção (e prevenção, pois esta também depende da efetividade daquela). Os outros dois temas são: (1) a instituição de um direito premial que, seguindo lições do Direito Comparado, apresente como elemento nuclear a efetivação do interesse público de quebra da confiança social nas mais-valias da ocultação e silêncio entre os envolvidos em situações de corrupção (o que exige instrumentos e estímulos jurídicos promotores do rompimento de pactos, ainda que implícitos, de silêncio); (2) prescrições que obstem de forma efetiva a hiatos temporais prolongados entre a acusação e a sua eventual entrada na fase de julgamento, impedindo que a fase facultativa de instrução seja transformada num novo inquérito e/ou pré-julgamento, enquanto condição da credibilidade de um sistema qualificado como de acusatório *integrado* pela investigação do tribunal de julgamento<sup>3</sup>.

## II. Denunciantes, colaboradores, abertura de inquérito e acesso dos suspeitos e arguidos à identidade daqueles no regime procedimental geral

No regime geral português, o processo penal em sentido formal nasce com a notícia do crime e não com o exercício da ação penal, mas isso não implica a diluição da diferença estrutural entre *procedimento para (eventual) acusação* e processo judicial relativo à ação penal.

O *procedimento para acusação* enquanto indagação factual juridicamente conformada pela intencionalidade operativa de recolha dos meios de prova que tornem

<sup>3</sup> A credibilidade do sistema é naturalmente questionada com casos que colocam em causa os pressupostos subjacentes à fixação dos prazos legais da referida fase facultativa (máximo de 4 meses), exequíveis se se respeitar o pressuposto de que a mesma visa, apenas, a comprovação judicial da decisão do MP sobre o exercício da ação penal sem qualquer efeito extraprocessual no caso de transição da ação para a fase de julgamento. Princípios subjacentes à legitimação do sistema colocados em causa no mais importante processo judiciário no quadro do CPP, relativo a uma acusação de corrupção e vários outros crimes imputados pelo MP a um antigo primeiro-ministro, pela circunstância de, no momento em que se escreve o presente texto (1-4-2021), estarem prestes a decorrer cerca de quatro anos e seis meses desde o conhecimento público da acusação do MP (em 11-10-2017), sem que até à data tenha sido proferida decisão de primeira instância quanto à transição do processo para a fase de julgamento.

possível a obtenção de indícios sobre a verificação de um crime e o seu autor com vista à decisão sobre o exercício da ação penal, por regra, deve ser desenvolvido no inquérito, fase indisponível do processo penal na qual têm de ser praticados todos os atos funcionalmente conexos com a preparação ou a decisão sobre o exercício da ação penal.

O segredo sobre o que consta nos autos da fase de inquérito cessa obrigatoriamente quanto aos sujeitos processuais no momento em que têm conhecimento da decisão de encerramento do inquérito. Mesmo durante a fase de inquérito, a lei processual portuguesa, após a alteração de 2007, regula um direito genérico de uma pluralidade de sujeitos (arguido, assistente, ofendido, lesado, responsável civil) que, mesmo nos inquéritos sujeitos a segredo, podem provocar incidentes judiciais para aceder aos elementos da investigação, existindo, ainda, um prazo legal para a manutenção do segredo judicialmente determinado.

O artigo 275.º, n.º 1, do CPP estabelece dois princípios sobre as diligências de prova da fase de inquérito: devem ser documentadas e a documentação deve revestir a forma de auto. A dispensa pelo MP da documentação de diligência de prova na fase de inquérito não pode abranger atos sujeitos a obrigatoriedade de documentação e apenas pode compreender atos em que não existe qualquer elemento de prova. Por outro lado, o artigo 275.º, n.º 3, estabelece o princípio da transmissão integral dos autos do inquérito (incluindo as denúncias) para as fases judiciais sem que exista uma escolha por parte do MP de provas selecionadas e/ou transmissíveis ao julgamento<sup>4</sup>. A exceção legal que admite a retirada do processo de «dados da vida privada que não constituem meios de prova» revela os limites do que pode legalmente ser retirado dos autos.

Os artigos 241.º, 248.º e 264.º do CPP revelam um modelo de aquisição de notícia do crime e reação processual que visa a responsabilização de específicos órgãos do MP pelo tratamento das denúncias.

A exigência de identificação do denunciante determina que as *denúncias anónimas* referidas no artigo 246.º, n.º 6, do CPP não integrem o conceito, ainda vigente, de denúncias facultativas, pois falta a identificação do denunciante, pressuposto necessário para uma comunicação poder ser classificada como denúncia para o processo penal, valendo tanto para as verbais como para as escritas (artigo 246.º, n.ºs 1 a 3).

A obrigatoriedade de transmissão da notícia do crime ao MP competente «no mais curto prazo» articula-se com as funções de coadjuvação dos órgãos de polícia criminal (OPC), apresenta-se conexa com a proibição (geral) de pré-inquéritos e vale para o processamento no âmbito do MP por agentes e entidades sem competências processuais penais de autoridade judiciária relativamente ao tratamento da notícia do crime.

No que concerne aos OPC, a proibição de pré-inquéritos sem prévio conhecimento do MP tem suporte constitucional, na reserva desse órgão quanto à ação penal, em particular o *monopólio judiciário da primeira palavra* indissociável do *monopólio judicial da última palavra*<sup>5</sup>. Quanto ao MP: a proibição de pré-inquéritos admite

<sup>4</sup> Sobre processualização dos atos do inquérito e transmissão dos autos, vd. PAULO DÁ MESQUITA in AAVV, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, tomo III, Coimbra: Almedina, 2021, pp. 871-882, 991-997.

<sup>5</sup> V.g., DÁ MESQUITA, *Direção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 39, 133, 151, 330; AUGUSTO SILVA DIAS / RUI SOARES PEREIRA, *Sobre a validade de procedimentos*

exceções, desde que normativamente reguladas com respeito, nomeadamente, das reservas constitucionais sobre matéria processual penal, e atenção aos particularismos decorrentes da natureza híbrida e polimórfica da instituição.

Pré-inquéritos dirigidos pelo MP (isto é, indagações posteriores à notícia do crime e extraprocessuais sob comando dessa entidade), por regra, também são proibidos, mas a proibição normativa genérica é apenas legal e compreende uma derrogação parcial na legislação sobre branqueamento de capitais (*infra* III.2).

### III. Recolha de informação pelo Ministério Público no quadro de ações prévias à abertura da fase de inquérito e sigilo protetivo de denunciante e colaboradores

#### 1. Ações de prevenção ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira estabelecido em 1994

1.1. A responsabilidade própria do MP quanto à abertura de inquérito e processualização dos atos praticados nesse contexto procedimental estabelecida no CPP de 1987 conformou a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, que consagrou um elenco de medidas específicas sobre o que se designou como «combate à corrupção e criminalidade económica e financeira».

Na Lei n.º 36/94 não se intenta qualquer definição da categoria «ações de prevenção» existindo, apenas, uma indicação exemplificativa do que podem compreender, relevando para o nosso tema «a recolha de informação relativamente a notícias de factos suscetíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime»<sup>6</sup>. Ações de prevenção desenvolvidas pelo MP e a Polícia Judiciária (PJ), que no caso do MP, desde a revisão de 1998 do anterior estatuto do MP (EMP), ficaram concentradas no Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP), num reforço da organização departamental do MP<sup>7</sup>.

A interpretação histórico-teleológica do regime estabelecido no artigo 1.º da Lei n.º 36/94 não pode prescindir de uma viagem pelo processo legislativo que culminou na aprovação e promulgação do diploma, em particular fiscalizações preventivas da constitucionalidade (Acórdãos 456/93 e 336/94 do TC) de dois decretos aprovados pelo Parlamento (126/VI e 146/VI).

---

*administrativos prévios ao inquérito e de fases administrativas preliminares no processo penal*, Coimbra: Almedina, p. 57; FREDERICO DA COSTA PINTO, «A fase de inquérito e a evolução do Processo Penal», *RPCC*, 28, 1, 2018, pp. 22-23.

<sup>6</sup> Constantes do n.º 1 do artigo 1.º, n.º 3, alínea a), estando excluídas do nosso horizonte as ações de prevenção geral referidas nas alíneas b) e c).

<sup>7</sup> Competência do DCIAP relativa a uma função estatutária do MP, que, desde a revisão de 1998 do anterior estatuto, se apresenta no plano terminológico marcada pelas alterações normativas dos anos noventa do século XX e culminou no atual artigo 4.º, n.º 1, alínea e), do atual Estatuto do MP (EMP). Na formulação introduzida pela Lei n.º 60/98 do anterior EMP, o artigo 3.º, n.º 1, alínea j), reportava-se à atribuição de «promover e realizar ações de prevenção criminal» que alterou a que anteriormente constava do artigo 3.º, n.º 1, alínea g), da Lei 46/86, de 10 de outubro, «promover e coordenar ações de prevenção da criminalidade» (esta em termos idênticos à alínea d) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 38/78, de 5 de julho). A concentração da competência no DCIAP está estabelecida no artigo 57.º, n.º 4, do EMP. Prescrevendo que «compete, especialmente» ao MP «dirigir a investigação e as ações de prevenção criminal que, no âmbito das suas competências, lhe incumba realizar ou promover, assistido, sempre que necessário, pelos OPC».



Desde o início do processo legislativo assumiu-se uma opção matricial: atribuir ao MP competência para o desenvolvimento direto de atividades de prevenção criminal visando, fundamentalmente, obstar ao perigo de um desequilíbrio de *poderes* jurídicos entre aquela instituição e a PJ — em face do risco de essa entidade organicamente subordinada ao Governo, além da superior capacidade logística e operativa, passar a ter uma legitimação jurídica para ampla e exclusiva iniciativa própria num tipo de criminalidade particularmente sensível em termos de estruturas de poder e cuja repressão efetiva carece de proatividade estatal.

1.2. Independentemente de as fórmulas empregues na Lei n.º 36/94 revelarem falta de comprometimento conceptual, as mesmas têm subjacente uma linha de fronteira formal na separação entre prevenção e repressão criminal. Tal constituiu um fruto da maioria que então se formou na pronúncia do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 sustentada na seguinte ideia: «objeto da recolha de informação deixaram assim de ser factos probatórios de um *crime praticado*, único objeto possível de procedimento criminal, para passarem a ser factos probatórios do *perigo da prática de um crime*, objeto possível de ações meramente preventivas de polícia» (Acórdão n.º 336/94).

Verificada uma notícia do crime, a ação heurística subsequente, desenvolvida ou dirigida pelo MP, passa a ser enquadrada pelo Processo Penal, cujas regras nesta matéria não são objeto de qualquer derrogação pela Lei n.º 36/94. Deveres de conformação da atividade do MP pela lei do processo expressamente relembrados no n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 36/94, com a epígrafe *Procedimento criminal*: «logo que, no decurso das ações descritas no artigo 1.º, surjam elementos que indiciem a prática de um crime, é instaurado o respetivo processo criminal».

No quadro da Lei n.º 36/94 subsiste, assim, uma cisão funcional entre a *averiguação preventiva* desenvolvida pelo MP e o inquérito como fase do processo penal, apenas se devendo desenvolver no contexto deste último a atividade de «descoberta e recolha das provas» que se integrem no «conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime».

Quadro compreensivo subjacente às obrigações dos OPC quando obtêm notícias do crime, as quais devem, sem exceção, ser comunicadas ao MP, sem prejuízo de aqueles órgãos praticarem de imediato atos urgentes dirigidos funcionalmente aos fins do inquérito, em particular «providências cautelares quanto aos meios de prova» (artigo 249.º do CPP). Relativamente ao MP existe, como já se sublinhou, um dever de abertura de inquérito em face de notícia do crime, estabelecendo a lei processual qual o órgão do MP que deve dirigir o inquérito<sup>8</sup>.

Isto é, as ações preventivas abertas pelo MP ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 não podem visar a averiguação da «existência de um crime», não tendo enquadramento jurídico nessa lei os designados *pré-inquéritos* que se seguiriam à aquisição da notícia do crime, pois esta determina os deveres de comunicação ao MP e para este a obrigatoriedade de abertura do processo penal.

De qualquer modo, encontram-se no ordenamento jurídico algumas soluções normativas reveladoras das cautelas do legislador relativamente aos perigos da pretensão de rígidas destrinças analíticas e de competências refletidas na relação do

<sup>8</sup> Sobre este ponto no atual quadro normativo, cf. PAULO DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2021, pp. 887-908.

MP com atividade que, em abstrato, ainda não é judiciária<sup>9</sup>. É o caso da autorização do MP para a prática de crimes por parte de agentes encobertos (regime estabelecido pela Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto)<sup>10</sup>, e do dever de documentação e informação relativamente às atividades iniciadas no âmbito da prevenção da corrupção e criminalidade económica e financeira (*vd.* artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 36/94) e a receção e tratamento de comunicações relativas a operações financeiras no quadro da legislação especial sobre crimes branqueamento de capitais e de financiamento de terrorismo que derogou as referidas linhas diretrizes gerais do sistema processual penal (*infra* III.2).

**1.3.** Na delicada filigrana de interpenetrações orgânicas e funcionais da prevenção e repressão criminais, a solução que resultou em termos finais do regime estabelecido pelo artigo 1.º, n.º 3, alínea *a*), da Lei n.º 36/94 baseou-se em dois pontos nucleares para salvaguardar a respetiva conformidade constitucional à luz da perspetiva adotada pela maioria dos juízes então em funções no Palácio Ratton: 1 – Constitui atividade preventiva que, no plano analítico, se apresenta funcionalmente autónoma da investigação criminal, embora possa dar origem a notícia do crime. 2 – Atenta a proximidade operativa e, por vezes, a ténue fronteira no plano gnoseológico entre a atividade preventiva e a repressão criminal, impõe-se a transmissão da informação daquelas ações quando levadas a cabo por entidades policiais em sentido orgânico à autoridade judiciária para o respetivo escrutínio e eventual tratamento subsequente, no plano diacrónico, como notícia do crime<sup>11</sup>.

Sendo esses os alicerces, o legislador, reconhecendo as fronteiras delicadas entre os dois domínios — em particular em crimes económico-financeiros com tipos flutuantes, envolvendo realidades fluidas e processamentos de informação com múltiplos becos e cruzamentos —, na Lei n.º 36/94, além do controlo da atividade policial,

<sup>9</sup> Atenta a sua função de controlo relativamente à atuação da polícia, ponto em que KARL-HEINZ GÖSSEL [«Überlegungen über die Stellung der StA im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei» (tr. esp. com o tít. «Ministério Fiscal y Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 60, 1996, p. 622)] e CLAUS ROXIN [«Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft» (tr. esp. com o tít. «Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público» in J. B. J. Maier, *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 54)], apesar de conceções diversas sobre as amplitudes dos poderes policiais e do MP, estão de acordo.

<sup>10</sup> O regime sobre o agente encoberto aprovado pela Lei n.º 101/2001, de 25-8, foi precedido por soluções avulsas, destacando-se para além do já citado artigo 6.º da Lei n.º 36/94 o artigo 59.º, n.ºs 2 e 4, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22-1, na redação alterada pela Lei n.º 45/96, de 3-9 (entretanto revogado). O regime estabelecido pelos artigos 2.º e 3.º, n.ºs 3 a 5, da Lei n.º 101/2001 é aplicável em casos de repressão criminal (quando já há notícia do crime, pelo que o MP, para além do exercício da função de controlo jurídico, da iniciativa e atividade da Polícia Judiciária ou de terceiros sob controlo desta, deve abrir inquérito) mas também de prevenção criminal (caso em que o aludido controlo judiciário da responsabilidade do MP que tem o poder de iniciativa e do juiz de instrução que tem o poder de decisão, não é acompanhado, pelo menos num primeiro momento, da abertura de inquérito).

<sup>11</sup> Sobre os conceitos de polícia, *v.g.*, SÉRVULO CORREIA, «Polícia», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, 1994, pp. 393-408; PAULO DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2003, pp. 121-127; PEDRO MACHETE, «A polícia na Constituição da República Portuguesa», *Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles: 90 anos — Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 1111-1132; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, «Direito de Polícia», in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Paulo Otero / Pedro Gonçalves (eds.), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 281-315.

prevê uma atividade concorrencial (no plano jurídico) do MP, em detrimento de uma área de ação exclusiva do departamento da PJ responsável pela criminalidade económico-financeira.

Solução que acaba por reconhecer que, pelo menos no plano epistemológico-jurídico (mais denso do que o formal), o interstício entre as responsabilidades de órgãos policiais e órgãos judiciais é muito ténue, implicando que também estes tenham de participar de forma proativa em atividades que, pelo menos na génese, se apresentam funcionalmente policiais, por falta de notícia de crime.

As ações preventivas realizadas pelo MP ao abrigo do artigo 1.º, n.º 3, alínea *a*), da Lei n.º 36/94 integram-se, assim, na atividade policial em sentido material<sup>12</sup>. Delimitação no plano jurídico-formal que não ilude a complexidade epistemológica dos juízos de prognose exigidos na operatividade das ações preventivas e processuais penais<sup>13</sup>.

**1.4.** As ações de prevenção geram para os intervenientes nas mesmas um «dever de absoluto sigilo em relação aos factos de que tenham tomado conhecimento no exercício das funções de prevenção», por força do disposto no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 36/94. Sigilo que abrange, por força do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 36/94, a identificação de cidadãos que: (a) Forneçam quaisquer elementos informativos com relevância para a atividade preventiva; ou (b) Prestem qualquer outro tipo de colaboração à averiguação preventiva.

As regras sobre sigilo, publicidade e direito de informação, por força de uma matriz constitucional, apresentam-se essencialmente conformadas por critérios funcionais e não orgânico-burocráticos. Regra sobre «sigilo absoluto» consagrada no artigo 7.º da Lei n.º 36/94 sempre visou o quadro funcional das ações de prevenção na medida em que o mesmo não é coberto pelo segredo de justiça, do processo penal, e exige especial reserva, até porque não se destina à recolha de elementos para um processo dialético. Pelo que, independentemente do elemento literal do artigo 7.º da Lei n.º 36/94 referir apenas membros de departamento da PJ, essa regra também abrange os operadores que desempenharem qualquer atividade no âmbito do DCIAP.

O sigilo absoluto das ações de prevenção relaciona-se, além da natureza reservada da prevenção policial concreta, com compromissos a que o Estado português se vinculou sobre proteção de pessoas que colaboram com a investigação da corrupção. Contudo, a limitação da proteção à atividade preventiva ou de natureza policial, conformada por classificações dos órgãos estaduais, não satisfaz a obrigação de proteção dos colaboradores contra potenciais retaliações (*infra* IV).

## **2. Regime sobre combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, a ampliação da atividade de prevenção e as novas linhas de fronteira**

Volvido mais de um quarto século sobre a Lei n.º 36/94, alterações significativas dos quadros compreensivos sobre as articulações entre prevenção e prevenção de crimes, refletidas no direito convencional, e de alguns dos pressupostos empíricos que marcaram os acórdãos 456/93 e 336/94 do TC determinam um contexto muito diferente do que conformou as vias adotadas na Lei n.º 36/94.

<sup>12</sup> Recorte revelado pela alteração do texto originário da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 1.º

<sup>13</sup> Cf. PAULO DÁ MESQUITA, «Repressão criminal e iniciativa própria dos OPC», *RMP*, 25, 98, 2004, p. 28, e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *op. cit.*, p. 360.

A Legislação de combate ao branqueamento e financiamento do terrorismo compreende um regime estabelecido na Lei n.º 83/2017, de 18-8, com uma base internacional (tal como o precedente constante da Lei n.º 25/2008), constitui o resultado de transposição de Diretivas da União Europeia (as quais integram uma visão europeia sobre parâmetros de prevenção e investigação dessas categorias criminais, alguns com expressão no direito convencional).

O regime de 2017 compreende linhas de fronteira específicas entre ações de prevenção e investigação derivadas, nomeadamente, de um apuramento e clarificação procedimental da atividade de prevenção que, no regime de 2008, já envolvia indagações pré-processuais mais amplas do que as admitidas na Lei n.º 36/94. Um conjunto de regras sobre a investigação dos crimes abrangidos, em que ressaltam deveres de comunicação confidencial a instâncias de investigação derogatórios de regras de sigilo profissional e que podem determinar medidas restritivas de direitos nesse quadro — podendo referir-se as disposições dos artigos 43.º a 46.º, 50.º a 56.º e 79.º (sobre deveres de entidades abrangidas), 47.º a 49.º (poderes de ações preventivas, deveres de abstenção e suspensões de operações) e artigos 81.º a 90.º (sobre autoridades competentes).

Na génese do regime legal estabelecido na Lei n.º 83/2017 estão compromissos e vinculações de âmbito internacional cujos alicerces se encontram para além dos esquemas e compreensões estritamente nacionais sobre os conceitos de polícia e justiça — cruzando, designadamente, conceções muito diversas de diferentes direitos europeus continentais e categorias do direito anglo-americano<sup>14</sup>. Regime que, sem olvidar o lastro de diplomas nacionais precedentes sobre o mesmo domínio jurídico, envolve as relações entre normas de Direito Internacional convencional «regularmente ratificadas ou aprovadas» por Portugal e de direito infraconstitucional português<sup>15</sup>. Por outro lado, pressupondo que a transposição das diretivas referidas na Lei n.º 83/2017 foi correta, o direito nacional ordinário passa a ser conformado pela obrigação de interpretação conforme o Direito Comunitário, decorrente da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia fundada no princípio da cooperação leal entre os Estados-membros e a União Europeia.

A linha delimitadora entre ações de prevenção e fins do processo penal, estabelecida em termos gerais no CPP e conformadora de legislação especial como a Lei n.º 36/94, não apresenta os mesmos contornos quanto às indagações empreendidas com base em comunicações sobre operações suspeitas de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, como aliás resulta da

<sup>14</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, pp. 393-404; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *op. cit.*, pp. 282-285.

<sup>15</sup> Em particular, a Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, de 9 de dezembro de 1999, e a *Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo* de 16 de maio de 2005 enquanto vincularem «internacionalmente o Estado português» (artigo 8.º, n.º 2, da Constituição) têm primado sobre o direito interno infraconstitucional. Aponta nesse sentido de forma quase unânime a doutrina — v.g. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 121; JORGE MIRANDA in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS (eds.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 94; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Parede: Principia, 2009, p. 171; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 456. Posição igualmente adotada na jurisprudência do Tribunal Constitucional (cf. Acórdão n.º 494/99).

mais clara funcionalidade processual penal dessas indagações revelada em vários passos da Lei n.º 83/2017. Dimensão repressivo criminal da indagação do branqueamento associada a uma regra especial destinada a operar no próprio processo penal, sobre a proteção da identidade de quem forneceu as informações.

A análise e processamento das informações recebidas ao abrigo da Lei n.º 83/2017 são atividades que têm subjacentes três diferenças nucleares em termos epistemológico-jurídicos relativamente às ações preventivas da Lei n.º 36/94: (1) são empreendidas com base numa suspeita de crime; (2) os dados que estão na sua génese e informações adicionais recolhidas de entidades sujeitas à Lei n.º 83/2017 podem ser utilizadas em processo penal, nos inquéritos que tiveram origem em comunicações de operações suspeitas, bem como em quaisquer outros inquéritos, averiguações ou procedimentos legais conduzidos pelas autoridades judiciais, policiais ou sectoriais, no âmbito das respetivas atribuições legais e na medida em que os elementos disponibilizados se mostrem relevantes para efeitos probatórios (artigo 56.º, n.º 7); (3) reportam-se a atividade do MP gerada por impulsos exógenos e não a um exercício estritamente proativo.

### 3. Articulação entre prevenção e repressão da corrupção no regime vigente

No quadro normativo vigente, existem dois postulados nucleares: (1) o MP é a entidade competente para a direção do inquérito e impulso dos atos dirigidos aos respetivos fins, investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles, e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre o exercício da ação penal; (2) as «ações de prevenção» iniciadas pelo MP ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, não podem visar a descoberta e recolha das provas relativas à averiguação da existência de um crime, nem abrigar pré-inquéritos supervenientes a notícias de crime com o objetivo de recolha ou preservação extraprocessual de provas do crime.

As ações preventivas previstas no artigo 1.º, n.º 3, alínea *a*), da Lei n.º 36/94 são no plano funcional antagónicas da categoria jurídica designada no CPP como medidas cautelares e de polícia, pois estas últimas legitimam que os OPC pratiquem atividades dirigidas aos fins do processo penal, em substituição precária da autoridade judiciária e com fundamento nos pressupostos de urgência e perigo na demora.

O dever de sigilo externo dos magistrados do MP, elementos da PJ e outras pessoas que colaborem na indagação relativamente aos factos conhecidos nesse quadro, por força do disposto no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 36/94, está vinculado ao âmbito de recolha de informação regulada por esse diploma, relativa a notícias de factos suscetíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime, constituindo atividade de prevenção criminal integrada no conceito de polícia em sentido material.

Consequentemente, o artigo 1.º da Lei n.º 36/94 não derroga as regras estabelecidas no CPP sobre os deveres funcionais do MP na sequência da notícia de um crime, nomeadamente no que concerne à obrigatoriedade de abertura de inquérito e vinculação às regras sobre acesso à informação, designadamente à denúncia e diligências realizadas após a sua concretização (incluindo identidade de membros de organizações públicas e privadas que tenham colaborado).

A análise e a recolha de informações geradas por comunicação recebida ao abrigo da Lei n.º 83/2017 são reguladas nessa lei especial, em particular pelo artigo 81.º



Quando não se promove a suspensão da execução da operação, a atividade é conformada pelo objetivo de sigilo sobre (a) a identidade dos colaboradores com a justiça, (b) o conteúdo das informações, (c) os intercâmbios de dados entre autoridades e entidades sujeitas aos deveres de comunicação e (d) outros atos materiais desenvolvidos num quadro em que se têm de ponderar valores relativos à prevenção criminal e repressão penal.

Existe uma proibição absoluta de revelação da identidade das pessoas singulares que por força de funções em entidades sujeitas à Lei n.º 83/2017 procedam a comunicações de suspeitas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo ou prestem informações às autoridades nesse contexto — devendo atender-se, nomeadamente, aos artigos 108.º, n.ºs 2 a 7, 158.º, 169.º, alínea xx).

Regime conformador da atuação dos membros das instâncias formais de controlo, pois a transmissão de quaisquer dados sobre as informações protegidas por sigilo que permita a identificação da pessoa que as efetivou é suscetível de integrar o tipo de crime previsto e punível no artigo 158.º da Lei n.º 83/2017, sendo absolutamente proibido o acesso à documentação constante das análises e indagações referidas que não derivem do intercâmbio de dados e colaboração com órgãos de investigação ou entidades sujeitas à Lei n.º 83/2017 ou com competências de supervisão, fiscalização, prevenção ou repressão relevadas nesse regime jurídico.

Não há lugar a qualquer comunicação ao visado do encerramento de análises e indagações geradas por comunicações sobre operações suspeitas de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo quando as mesmas não compreendem a suspensão da execução das operações suspeitas nem se desenvolvem no quadro da fase de inquérito do processo penal.

Atento o elevado grau de sigilo das análises e indagações referidas no ponto anterior, apenas se afigura admissível, em casos excecionais, ponderar esclarecimento do «visado» para restabelecimento da verdade, nomeadamente, se o mesmo for essencial para salvaguarda de pessoa publicamente posta em causa, não afetar negativamente interesses preventivos ou repressivos do Estado, nem for suscetível de lesar interesses públicos ou direitos subjetivos tutelados por regras sobre sigilos legais específicos.

#### **IV. Reforma procedimental para regular comunicações e efetiva proteção de denunciantes e colaboradores na indagação preliminar de eventual corrupção**

Existem compromissos internacionais a que o Estado português se vinculou sobre sigilos protetivos de quem lhe transmite informações relevantes para efeitos de investigação criminal de corrupção, tal como sucede com procedimentos relativos a branqueamento de capitais.

Na alínea a) do artigo 22.º da Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo a 30 de abril de 1999<sup>16</sup>, com a epígrafe *Proteção aos colaboradores da justiça e testemunhas*, determina-se que devem ser adotadas «as medidas que se revelem necessárias para assegurar uma proteção efetiva e adequada às pessoas que forneçam informações relativas às infrações penais previstas nos artigos

<sup>16</sup> Ratificada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 20 de setembro, e Decreto do Presidente da República n.º 56/2001, de 26 de outubro.



2.º a 14.º ou que, de outro modo, colaborem com as autoridades responsáveis pela investigação ou pela instauração do procedimento criminal». No artigo 13.º, n.º 2, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003<sup>17</sup> (Convenção 2003), prescreve-se «cada Estado-parte deverá adotar as medidas adequadas para assegurar que os órgãos de luta contra a corrupção competentes, referidos na presente Convenção, sejam conhecidos do público e, quando apropriado, que este tenha acesso a eles, com vista à comunicação, incluindo ao abrigo do anonimato, dos factos passíveis de serem considerados infração nos termos da presente Convenção». No artigo 33.º da mesma Convenção, com a epígrafe *Proteção das pessoas que dão informações*, promove-se a incorporação nos sistemas jurídicos internos «de medidas adequadas para assegurar a proteção contra qualquer tratamento injustificado de quem preste, às autoridades competentes, de boa fé e com base em suspeitas razoáveis, informações sobre quaisquer factos relativos às infrações estabelecidas em conformidade com a presente Convenção».

Orientações derivadas da importância atribuída à colaboração com membros dos sectores privado e público para a prevenção e repressão criminais reveladoras do quadro compreensivo supranacional sobre sigilo protetivo de quem presta informações na investigação de corrupção<sup>18</sup>.

Medidas coerentes e efetivas de proteção de denunciante não podem ser limitadas às fontes de notícias do crime, devendo incluir outros *colaboradores*, à luz do conceito de *pessoas que dão informações* nos termos artigo 33.º da Convenção 2003. Universo abrangente de sujeitos carecidos de proteção sobretudo por via da regulação da fase inicial de investigação que tem de envolver uma visão integrada do quadro jurídico nacional e não as habituais justaposições burocráticas através da mera passagem atomística e minimalista de regras de instrumentos internacionais sem reforma de quadros procedimentais.

A Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23-10-2019, convoca legisladores nacionais para reequacionarem um sistema global de garantias para colaboradores na fase preliminar de indagações sobre suspeitas de corrupção (em sentido amplo), em particular das «pessoas que trabalham numa organização pública ou privada ou que com ela estão em contacto no contexto de atividades profissionais». Essas pessoas «são frequentemente as primeiras a ter conhecimento de ameaças ou de situações lesivas do interesse público que surgem nesse contexto» e, para além dos canais de denúncia, é essencial assegurar a respetiva «proteção eficaz» «contra atos de retaliação», inclusive quando se limitam a colaborar na prestação de informações que vão ser importantes para intervenção quanto a atividades ilícitas em curso ou para a obtenção e preservação de provas quanto a infrações pretéritas. Pelo que, a transposição dessa Diretiva não deve ser o resultado de serviços mínimos atomizados, mas tem de ser integrada numa reforma geral dos procedimentos de investigação da corrupção. Via que se apresenta na linha de diretrizes de outros instrumentos normativos da UE, incluindo a Diretiva (UE) 2019/1153 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20-6-2019, que ao estabelecer normas destinadas a facilitar a utilização de informações financeiras e de outro tipo para efeitos de prevenção,

<sup>17</sup> Ratificada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 19 de julho de 2007 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, de 21 de setembro.

<sup>18</sup> Cf., ainda, o artigo 39.º, com a epígrafe *Cooperação entre as autoridades nacionais e o sector privado*.

deteção, investigação ou repressão de branqueamento de capitais aponta de forma expressa no sentido de que as mesmas se devem também aplicar aos organismos anticorrupção competentes ao abrigo do direito nacional.

As proteções atribuídas aos elementos de instituições financeiras que intervenham em comunicações ou outras colaborações na indagação de branqueamento de capitais devem ser alargadas a pessoas que trabalham numa organização pública ou privada ou que com ela estão em contacto no contexto de atividades profissionais que determinem o conhecimento de criminalidade que integre um conceito criminológico de corrupção normativamente delimitado.

Limitar o sigilo de identidade de colaboradores na indagação de eventual corrupção à atividade preventiva ou de natureza policial não a alargando a pessoas que prestam informações num momento em que essas entidades já têm notícia do crime desloca o foco das pessoas que deviam ser protegidas para valorações das burocracias estaduais. Com a agravante de o regime normativo não tutelar a proteção dos colaboradores contra potenciais retaliações através do sigilo sobre a sua intervenção preliminar, mesmo quando a mesma não constitui fonte imediata de meios de prova.

Existem, assim, no regime legal aspetos nucleares que carecem de ser revistos, não podendo a regulação de procedimentos administrativos prévios à abertura de Processo Penal em sentido formal ser conformada pela estrita discricionariedade administrativa do MP<sup>19</sup>.

Proteções eficazes de denunciantes e colaboradores da investigação constituem condição de eficácia da prevenção e repressão da corrupção e um imperativo do Estado de direito democrático derivado de exigências axiológicas sobre os termos da relação da burocracia do poder punitivo estadual com essas pessoas. Valores que devem determinar a revogação da Lei n.º 36/94 e a sua substituição por um regime especial que, nomeadamente, assegure proteções de sigilo da identidade de agentes que no âmbito de entidades públicas (incluindo organismos internos de controlo) ou privadas despoletem a indagação inicial ou colaborem com as instâncias formais de prevenção e repressão criminal em termos equivalentes às garantias asseguradas aos membros de instituições financeiras que prestam informações dirigidas à investigação de eventual branqueamento de capitais. Os quais são inconfundíveis com os regimes processuais e administrativos de proteção de fontes particularmente vulneráveis de prova pessoal.

As obrigações do Estado nesta matéria exigem que se estabeleça em normas legais a base de um procedimento especial que, nomeadamente, compreenda:

- i. Deveres (de membros de organismos e entidades com relações tipificadas com aqueles) de comunicação direta ao MP de determinadas categorias de eventos suscetíveis de revelar riscos ou sinais de corrupção;
- ii. Proibição, no âmbito do sector público, de mediadores hierárquicos na comunicação obrigatória de eventos relevantes ou formulação de denúncias;
- iii. Um procedimento pré-processual de indagação sigilosa;

<sup>19</sup> Cf. artigo 11.º, n.º 3, do EMP. Sublinhe-se que essa norma, independentemente de merecer reservas por défice de densificação legal das matérias objeto de reenvio para atividade administrativa, é clara no ponto de o reenvio se limitar a procedimentos prévios à abertura de inquérito não legitimando quaisquer procedimentos do MP posteriores ao início do inquérito e paralelos ao processo visando o seu controlo e/ou conformação fora do regime processual penal.

- iv. Preservação do segredo sobre identidade dos autores de comunicações ou prestação de informações nesse quadro;
- v. Regras com salvaguardas para quem realize comunicações voluntárias sobre aqueles eventos;
- vi. Os parâmetros nucleares sobre tramitação desses procedimentos;
- vii. Controlo judicial de alguns atos;
- viii. Registos dos procedimentos e acesso superveniente do tribunal aos mesmos;
- ix. Obtenção de prova no quadro dos procedimentos especiais;
- x. Fluxo de informações para outros sistemas de controlo e reação a infrações (nomeadamente do Tribunal de Contas).

Procedimentos protetivos de denunciante e colaboradores na investigação dos crimes de corrupção particularmente importantes no específico contexto português, atendendo, nomeadamente, ao peso muito forte na vida económica dos organismos públicos, aos quadros em que operam as carreiras (com reduzida autonomia funcional) e nomeações em entidades públicas, ampla discricionariedade nas distribuições de prémios (incluindo nas promoções), um mercado frágil em que desvios na integridade da seleção e procedimentos pré-contratuais por parte das entidades públicas têm efeitos na transparência e concorrência e conformam de forma determinante a possibilidade de sobrevivência em certos sectores da vida económica. Complexo de fatores e caldo de cultura com potenciais consequências na liberdade, inclusive, de denunciar e colaborar em investigações criminais de corrupção pois as retaliações materiais e sociais podem ser dramáticas.

Uma estratégia nacional sobre prevenção e repressão da corrupção que inclua alterações legislativas deve compreender uma reforma procedimental atenta ao imperativo de defesa do interesse público, deveres éticos na relação dos agentes do poder estadual com os cidadãos e compromissos internacionais assumidos pelo Estado português<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Em sentido diverso do aqui preconizado, o documento do Governo intitulado Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-24 (ENAC 2021), datado de 19-3-2021, em matéria de denunciante e colaboradores centra-se na dimensão de «normas sobre denunciante» (ENAC 2021, pp. 44, 53, 66, 81), sem atenção aos contextos procedimentais e processuais. A Lei n.º 36/94 apenas mereceu três menções na ENAC 2021 sem quaisquer juízos valorativos sobre o respetivo arcaísmo. No ponto em que se refere uma reforma nesse domínio aponta-se, apenas, para um trabalho centrado na *agregação* formal de normas num único diploma que atualmente se repartem por três leis (Lei n.º 36/94, Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, e a Lei n.º 19/2008, de 21 de abril), na prossecução de um objetivo modesto, facilitar «o trabalho de pesquisa, interpretação e aplicação da lei» (ENAC, 2021, p. 51). A ausência de um modelo global de reforma no sentido das orientações internacionais revela-se inclusive nas menções às Diretivas (UE) 2019/1153 e 2019/1937 (ENAC 2021, pp. 44, 65, 66 e 81) em que se referem as transposições mas não se aponta para qualquer visão global sobre o sistema (e os transplantes de soluções que devem ser integrados numa visão do organismo complexo) antes se limitando ao recenseamento de operações atomizadas e minimalistas, em sintonia com a ausência de reflexão crítica sobre a conformação sistémico-teleológica do ordenamento jurídico nacional por diretivas e convenções a que já se deve obediência. Déficit de ímpeto reformista com potencial impacto no direito em ação também repercutido em omissões quanto a outros dois temas que se nos afiguram centrais (*supra* Introdução): direito premial e superação de entorses provocadas por interpretações e aplicações vigentes sobre o atual regime da fase de instrução.

## Secção V

# INSTRUÇÃO

40.

### **A reconfiguração da fase de instrução no Código de Processo Penal e a Estratégia Nacional Anticorrupção**

António João Latas

Sumário:

- I. Introdução
- II. A fase de instrução e o fenómeno da corrupção
- III. O texto legal como uma das causas das demoras verificadas na fase de instrução
- IV. A instrução requerida pelo arguido para comprovação da decisão de acusar por parte do MP e as garantias de defesa do arguido
- V. Duas notas, principalmente sobre a instrução a requerimento do assistente

**RESUMO:** Expõem-se algumas das razões que na perspectiva do autor permitem justificar alteração ao Código de Processo Penal no sentido de suprimir ou reduzir significativamente, no processo comum, o direito do arguido à comprovação judicial da decisão de deduzir acusação por parte do MP, relacionando-se aquela alteração com a «melhoria dos tempos de resposta do sistema judicial, facilitando o esclarecimento do crime e a realização de justiça em prazo razoável e reduzindo os espaços de impunidade», assumida como uma das prioridades da ENAC. Sugere-se ainda que o direito de reclamar hierarquicamente da decisão de arquivamento tomada pelo titular do inquérito, previsto no Código Processo Penal, seja conferido ao assistente, cumulativa ou sequencialmente – e não em alternativa – com o direito a abertura de instrução para contrariar a decisão definitiva de arquivamento assumida pelo MP.

#### **I. Introdução**

Retoma-se neste texto parte do resultado da discussão relativamente à fase de instrução que teve lugar no seio de grupo constituído no âmbito da ASJP e que foi publicado em obra coletiva<sup>1</sup>. Pretende-se levar mais longe a adesão aí deixada à ideia de simplificar esta fase do processo quando requerida por arguido, limitando-a a um debate instrutório sem produção de prova, seguido da decisão, sumária, de submeter ou não o arguido a julgamento, *para sugerir agora a supressão (total ou parcial) da faculdade de o arguido requerer a abertura de instrução para comprovação*

---

<sup>1</sup> Coord.: ANTÓNIO JOÃO LATAS, *Mudar a Justiça Penal – Linhas de Reforma do Processo Penal Português*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 83-92.

judicial da decisão de deduzir acusação por parte do MP. Permitir-se-ia, assim, a sujeição do arguido a julgamento mediante *citação direta* do MP não apenas nas formas de processo especiais, como se verifica atualmente, mas também em todos os processos comuns, ou, pelo menos, nos processos mais complexos e volumosos, nomeadamente os ligados ao fenómeno da corrupção, a que se refere a Estratégia Nacional Anticorrupção (ENAC) ora em causa.

## II. A fase de instrução e o fenómeno da corrupção

O documento que corporiza a ENAC aprovada pelo Governo em 19.3.2021 menciona entre as suas prioridades, na vertente repressiva do combate à corrupção, a «melhoria dos tempos de resposta do sistema judicial, facilitando o esclarecimento do crime e a realização de justiça em prazo razoável e reduzindo os espaços de impunidade», ideias que não suscitarão dúvidas sérias quanto ao seu bom fundamento e que surgem associadas à generalidade dos instrumentos internacionais que estão na origem da generalização do combate ao fenómeno corrupção, constituindo igualmente ideia afirmada com clareza na mais significativa doutrina nacional. Na verdade, como referia já em 1986 FIGUEIREDO DIAS<sup>2</sup>, «[a] duração excessiva do processo penal – de que hoje se queixa a generalidade dos sistemas, mas que sem dúvida assume em Portugal uma particular gravidade – constitui uma das causas mais profundas e justificadas da atual insatisfação da opinião pública com o funcionamento do sistema da justiça penal», esclarecendo o autor que se referia a «[...] um problema geral da administração da justiça penal, que afeta a duração média do processo penal e, portanto, mesmo a causa penal mais vulgar e quotidiana e não apenas aos chamados «processos penais monstruosos», em que a pluralidade de arguidos, de ofendidos ou de infrações acusadas, ou a excecional complexidade ou especialização do substrato de facto determinam uma insuportável dilação do trânsito em julgado da decisão».

Ora, se temos hoje a perceção que o panorama geral do nosso processo penal não é tão negativo no que respeita à duração dos processos mais comuns, fruto em boa parte da simplificação operada pelo Código de Processo Penal de 1987 (CPP/87) na estrutura do processo comum, máxime com a direção do inquérito pelo MP, e com a introdução dos novos instrumentos de diversificação e consenso, dificilmente poderá sustentar-se que relativamente aos processos mais complexos e volumosos e, conseqüentemente, intrinsecamente mais demorados, se verificou idêntica melhoria. Estes processos são os que se encontram associados às noções de criminalidade altamente organizada (crescentemente transnacional), *megaprocessos* ou *processos monstruosos* (como se lhes refere a ENAC), criminalidade económica e financeira e, de um modo mais geral, todos os processos relativos ao fenómeno da corrupção que, pela sua complexidade técnica, dimensão e estatuto económico e social de arguidos envolvidos, continuam a criar problemas sérios ao sistema de justiça penal na investigação e gestão desses mesmos processos, gerando demoras muito significativas sobretudo na fase de inquérito, mas também na fase de instrução e na fase de julgamento e recursos.

<sup>2</sup> FIGUEIREDO DIAS, «Para uma reforma global do Processo Penal Português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», in AA.VV., *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 221.

Com efeito, voltando a palavras, mais recentes, de FIGUEIREDO DIAS<sup>3</sup> que espelham a atualidade e intensidade daquelas preocupações, «o cuidado com a efetividade da realização da justiça penal, tornou-se em compreensível alarme quando começaram a tornar-se visíveis os contornos mais salientes da crise atual da justiça penal (sobretudo em matérias como a da corrupção, a da criminalidade económico-financeira, a dos abusos sexuais de crianças, a dos processos contra arguidos de grande notoriedade mediática ou dotados de significativa competência de ação): multiplicação exponencial dos processos penais de dimensão monstruosa; processos penais – alguns de enorme relevo social e, sociopolítico e mediático – extintos por prescrição ou dela ameaçados [...]; fases instrutórias de dimensão e de duração absurdas, que sevolvem de mero controlo da acusação ou do arquivamento em pré-julgamentos ilegais e antidemocráticos; [...]».

É, pois, na *dimensão absurda* da fase de instrução nestes processos, especialmente quando a sua abertura é requerida pelo arguido, que encontramos a principal razão para preconizar a supressão da faculdade legal conferida ao arguido nesses casos, a que se junta decisivamente, porém, a convicção de que não está em causa direito essencial à defesa do arguido e que, apesar de se traduzir na defesa de um seu interesse, este não é suficientemente relevante para justificar a afetação dos interesses de ordem pública postos em causa com o contributo da demora sofrida na fase de instrução para a perceção geral sobre a duração excessiva daqueles processos.

### III. O texto legal como uma das causas das demoras verificadas na fase de instrução

No entanto, tomando como referência o último trecho de FIGUEIREDO DIAS ora citado, não estamos tão seguros que possa falar-se de fases instrutórias que sevolvem de mero controlo da acusação (no que aqui releva) em pré-julgamentos *ilegais e antidemocráticos*, na medida em que tais demoras poderão ser vistas antes, em boa parte, como consequência da contradição originária que o regime legal da fase de instrução encerra, ao abrir as portas a entendimentos e práticas bastante diferentes sobre o alcance e conteúdo e, consequentemente, sobre a duração desta fase processual, máxime nos casos em que é requerida pelo arguido. Vejamos se assim é.

1. O cerne da opção do CPP/87 para as fases do processo penal anteriores ao julgamento encontra-se na entrega ao MP<sup>4</sup>, magistratura efetivamente autónoma perante o executivo, da direção da fase de inquérito, dedicada a *investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir a recolher as provas em ordem à decisão sobre a acusação* (artigo 262.º, n.º 1)<sup>5</sup> e na reserva de juiz (o juiz de instrução – II) relativamente à autorização ou mesmo a prática das diligências de investigação que contendem com os direitos liberdades e garantias dos cidadãos. Parece, assim, encontrada a matriz da fase preliminar dedicada à investigação e acusação (a fase de inquérito), que se manteve no processo penal até ao presente e que parece reunir consenso, perante a consolidação da autonomia do MP em face

<sup>3</sup> «Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?», Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 26.

<sup>4</sup> Sobre as vantagens da entrega da direção da investigação ao MP e não ao JIC, v., por todos, FREDERICO COSTA PINTO, «A Fase de Inquérito e a Evolução do Processo Penal», in *RPCC*, 2018, 28, 1, pp. 20-22.

<sup>5</sup> Pertencem ao CPP/87 os preceitos legais citados sem outra indicação.



do executivo, elemento fundamental do nosso processo penal em democracia, bem ilustrado nas palavras de MOURAZ LOPES<sup>6</sup>, que se lhe refere como «uma das três alterações essenciais para entender o que efetivamente mudou na justiça e, sobretudo, o que, independentemente de algumas microcirurgias reparatórias, não deve permitir qualquer retorno», ao lado do sistema de acesso e formação de magistrados e do Tribunal Constitucional.

Já a fase de instrução terá nascido marcada pelo tratamento tendencialmente unitário das duas hipóteses que estão na origem de requerimento do arguido (acusação) e do assistente (arquivamento) e pela coexistência, no texto legal, de duas formas de perspetivar o papel *remanescente* do juiz numa fase intermédia entre o inquérito e o julgamento – *mera instância de controlo* ou *verdadeira instância de investigação*<sup>7</sup> –, ambiguidade legislativa que se mantém no essencial e que terá mesmo aumentado com os novos espaços de contraditoriedade e publicidade introduzidos pela Lei 48/2007, de 29 de agosto, levando PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>8</sup> a afirmar que aquelas alterações foram «[...] no sentido de aproximar a instrução do julgamento [...]» e NUNO BRANDÃO<sup>9</sup> a falar num programa, implícito naquelas alterações, de «[...] aproximação da instrução ao julgamento que não se vê como possa compaginar-se com a conceção da instrução como uma fase do processo preliminar [...]». É assim, *v.g.*, com o poder/dever de o JI investigar autonomamente o caso (artigo 288.º, n.º 4), autorizando ou ordenando a prática dos atos e diligências probatórias que entender levar a cabo (artigo 289.º, n.º 1), incluindo a repetição dos atos e diligências praticados no inquérito que repute indispensáveis para a realização das finalidades da instrução, por decisão irrecorrível (artigo 291.º).

2. Não pode, assim, causar verdadeira surpresa que a aplicação do regime legal da fase de instrução dê origem a entendimentos e práticas maximalistas<sup>10</sup>, do ponto

<sup>6</sup> «40 anos de Políticas Públicas de Justiça. Testemunho sobre o essencial: autonomia do Ministério Público, sistema de acesso e formação de magistrados, Tribunal Constitucional», in *40 anos de Políticas de Justiça em Portugal*, org. Maria de Lurdes Rodrigues *et al.*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 991-994.

<sup>7</sup> Reportando-se às finalidades da instrução no CPP/87 em contraponto com o regime do Código de Processo penal de 1929 (CPP/29), SOUTO DE MOURA concluía que «[...] a instrução surge com a ideia de controle do MP e aí se aproxima da pronúncia. Desenvolver-se-á normalmente como fase investigatória que também é, coincidindo por aí com a instrução contraditória. E só pode ser requerida segundo um certo condicionalismo, satisfazendo-se um interesse semelhante ao do recorrente» – «Inquérito e instrução», in AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 126.

<sup>8</sup> *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: UCE, 2007, p. 740.

<sup>9</sup> NUNO BRANDÃO, «A nova face da Instrução», in *RPCC*, 18 (2008) p. 239.

<sup>10</sup> A que pode contrapor-se uma perspetiva minimalista da intervenção do JI igualmente perceptível na *praxis* judicial, amparada pela irrecurribilidade da decisão que indefira requerimento de produção de prova (artigo 291.º, n.º 2) e, também, pela irrecurribilidade da decisão que pronuncie o arguido por factos constantes da acusação do MP (artigo 310.º), que tende a desvalorizar a investigação na fase de instrução a partir de diferente compreensão material das finalidades da fase de instrução, vendo nela sobretudo a finalidade de evitar o julgamento com base em acusação infundada (grosso modo) em face da prova carreada para o inquérito, valorizando assim a função de *mero* controle da acusação em desfavor do controlo mais amplo da decisão de acusar tanto à luz da prova produzida no inquérito como de prova a produzir na instrução.

de vista da maior ou menor atividade do juiz, que podem levar a interpretar o regime legal no sentido de impor maior exigência quanto ao *processo decisório* do JI e, portanto, de acrescida autoexigência, justificando análise mais minuciosa e detalhada de toda a prova carreada no inquérito e na instrução que permita ao JI concluir de forma autónoma e mais aprofundada se foram recolhidos indícios de que resulte uma possibilidade razoável de o arguido vir a ser condenado numa pena ou, indiciando-se suficientemente a sua inimputabilidade, de vir a ser-lhe aplicada medida de segurança (artigos 308.º, n.ºs 1 e 2, e 283.º, n.º 2), aproximando a direção e conteúdo da instrução da matriz representada pelo juiz de julgamento.

Perspetiva esta que, deste modo, não poderá reputar-se *contra legem*, pois assen-tará no texto legal que traduz visão *maximalista* do legislador originário (ampliada com as alterações introduzidas pela Lei 48/2007 e que se mantém) e na perspetiva doutrinária que a terá fundamentado, ainda que motivada por um esforço de argu-mentação tendente a enfatizar a relevância do JI nas fases preliminares face à atri-buição da direção do inquérito ao MP. De acordo com a qual, a *estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio de investigação*, que caracteriza o nosso processo penal, implicaria que também o juiz de instrução, tal como o juiz de julgamento, pudesse construir autonomamente as bases da sua decisão por meio do comple-mento de investigação que entendesse necessário.

De novo nas palavras de FIGUEIREDO DIAS: «É óbvio, por outro lado, que tra-tando-se já aqui de uma fase judicial, a sua estrutura eminentemente acusatória deverá apresentar-se integrada pelo princípio da investigação; não terá por isso o juiz de instrução de limitar-se, em vista da pronúncia, ao material probatório que lhe seja apresentado pela acusação e pela defesa, mas deve antes – se para tanto achar razão – instruir autonomamente o facto em apreciação, com a colaboração dos órgãos de polícia judiciária.»<sup>11/12</sup> Solução esta que se mostrava integralmente coerente com um princípio de *unidade substancial da instrução judicial*, de que falava igualmente FIGUEIREDO DIAS<sup>13</sup>, e que pode ver-se também<sup>14</sup> no Acórdão do Tribunal Constitucional (Ac. TC) n.º 459/2000<sup>15</sup> em trecho particularmente ilustrativo daquela visão. Diz-se ali: «Esse debate [o debate instrutório] está pensado pelo legislador em termos de permitir, sob o signo dos princípios dispositivo e do contraditório, e também inquisitório, uma ampla produção de prova, com a prática de todos os atos de instrução – e até novos atos de instrução – que permitam apurar os tais indícios de facto e elementos de direito, estando sempre presente o “*interesse para a descoberta da verdade*” (n.º 1 do artigo 299.º). E não resulta do Código a proibição de

<sup>11</sup> Est. cit. na nota 2, pp. 225-6.

<sup>12</sup> No mesmo sentido, ANABELA RODRIGUES, «O Inquérito no Novo Código de Processo Penal», in AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Alme-dina, 1995, p. 77.

<sup>13</sup> FIGUEIREDO DIAS, est. cit. na nota 2, p. 230, onde pode ler-se: «Como só assim, de resto, se mantém um princípio de unidade substancial da instrução judicial, que não deve mudar de critérios e de natureza processuais consoante tenha lugar antes da audiência de julgamento ou durante ela e, assim, consoante caiba ao juiz de instrução ou de julgamento.»

<sup>14</sup> SOUTO MOURA alude a idêntico enquadramento dogmático ao referir que o JIC «[...] norteado por um princípio inquisitório [...] poderá investigar sempre o caso, e com autonomia, o que aliás é nota também da fase de julgamento» – est. cit. na n. 7, p. 126.

<sup>15</sup> Exceto eventual menção em sentido diverso, todos os acórdãos do TC citados podem ser encon-trados no site do TC – <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

se realizarem, no decurso do debate, os atos de instrução que foram requeridos na fase facultativa e o juiz indeferiu por despacho.»

Quer-nos parecer, pois, que só alteração legislativa que assuma no texto a mudança de regime pretendida quanto às finalidades e conteúdo da fase de Instrução pode assegurar que aquela fase processual não dê causa a excessos e demoras com impacto não desprezível na prossecução das finalidades, mais amplas, do processo penal, o que, na nossa perspetiva, passa pela supressão da instrução requerida pelo arguido em todos os processos comuns ou, pelo menos, nos processos mais complexos e volumosos, designadamente os associados ao fenómeno da corrupção, em que são mais significativas e marcantes as demoras verificadas na fase de instrução, que no trecho citado, FIGUEIREDO DIAS classificava de *absurdas*, qualificativo que traduz bem a contradição em que assentam.

#### **IV. A instrução requerida pelo arguido para comprovação da decisão de acusar por parte do MP e as garantias de defesa do arguido**

Vejam agora em que medida a faculdade de o arguido requerer a abertura da instrução para comprovar a decisão de acusar por parte do MP pouco ou nada releva do ponto de vista das garantias de defesa do arguido ao mesmo tempo que dá origem a demoras dificilmente aceitáveis do ponto de vista da sociedade, em muitos casos.

1. Começa-se por lembrar que o Tribunal Constitucional (TC) no seu acórdão n.º 7/87, que apreciou a inconstitucionalidade do artigo 286.º, n.º 2, e do artigo 264.º (atual artigo 263.º) da versão originária do CPP de 1987, a pedido do Presidente da República, marcou os termos da estabilização da orientação prevalecente no nosso ordenamento jurídico desde então, nos seguintes termos:

- Não pode duvidar-se de que a direção do inquérito cabe nas funções do MP, definidas no n.º 1 do artigo 224.º da CRP (na parte em que este preceito lhe dá competência para «exercer a ação penal»);
- A instrução de que se fala no citado n.º 4 [do artigo 32.º da CRP], que impõe que toda a instrução seja da competência de um juiz, é entendida como não abrangendo «todas as formas de averiguação, investigação ou corpo de delito suficientes para apresentação do feito em juízo», bastando-se com a atribuição a juiz de competência exclusiva, nos termos dos artigos 268.º e 269.º, para salvaguardar a liberdade e a segurança dos cidadãos no decurso do processo-crime e para garantir que a prova canalizada para o processo foi obtida com respeito pelos direitos fundamentais.

2. Assentando naqueles postulados o essencial do *satus quo* em matéria de direção do inquérito e intervenção jurisdicional naquela mesma fase processual, a questão que ora nos ocupa resulta suficientemente delimitada, acrescentando duas considerações mais: o processo penal já pode ser remetido para julgamento unicamente com base na acusação do MP nas formas de processo especial e pode sê-lo mesmo na forma de processo comum quando o arguido optar por não requerer abertura de instrução.

2.1. Assim, o que está verdadeiramente em causa é o direito, reconhecido ao arguido pelo CPP/87, de, em processo comum, sujeitar, ou não, a decisão de acusar do MP a comprovação ou averiguação jurisdicional sobre a existência de *indícios suficientes*, como forma de proteger um seu interesse – disponível – em não ser submetido a julgamento. Quanto ao fundamento deste *direito à comprovação judicial da acusação*, atualmente reconhecido no artigo 286.º, radicar-se-á o mesmo no propósito de evitar que o arguido seja sujeito ao que se tem designado por «infâmia e incómodos do julgamento público», ao qual, porém, não tem sido reconhecida cobertura constitucional. Como pode ler-se no Ac. TC 459/2000<sup>16</sup>, citando o «acórdão n.º 474/94, nos Acórdãos, vol. 28, pág. 402», o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de dizer, que «[...] a Constituição não estabelece qualquer direito dos cidadãos a não serem submetidos a julgamento, sem que previamente tenha havido uma completa e exaustiva verificação de existência de razões que indiciem a sua presumível condenação. O que a Constituição determina no n.º 2 do artigo 32.º é que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, pelo que o simples facto de se ser submetido a julgamento não pode constituir, só por si, no nosso ordenamento jurídico, um atentado ao bom nome e reputação». No mesmo sentido, afirmou-se nos Acs. TC 474/94 e 551/98, que «[...] o simples facto de se ser submetido a julgamento não pode constituir, só por si, no nosso ordenamento jurídico, um atentado ao bom nome e reputação».

Em sentido diverso, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>17</sup>, ao pronunciar-se sobre o âmbito do princípio acusatório enquanto princípio estruturante do processo penal mencionado no artigo 32.º, n.º 5, da CRP, manifestam o seu entendimento de que «[o] princípio da acusação não dispensa, antes exige, o *controlo judicial da acusação* de modo a evitar acusações gratuitas, manifestamente inconsistentes, visto que a sujeição a julgamento penal é, já de si, um incómodo muitas vezes oneroso e não raras vezes um vexame [...]». Nesta perspetiva, que os autores não desenvolvem, o direito do arguido ao *controlo judicial da acusação* derivaria não tanto de a sujeição a julgamento ser sempre um incómodo em si mesmo, mas sim de o arguido poder ser sujeito a tal incómodo por meio de *acusações gratuitas manifestamente inconsistentes*, se não lhe for reconhecido o direito à comprovação judicial da decisão de acusar do MP. A ser assim, a garantia constitucional não se estenderia à comprovação judicial de acusação deduzida pelo MP que não pudesse reputar-se manifestamente infundada, tornando-a, assim, compatível com a limitação do conteúdo da instrução a um debate oral e contraditório, sem produção de prova, como é entendimento de FIGUEIREDO DIAS<sup>18</sup> e NUNO BRANDÃO<sup>19</sup>, a que se adere no texto referido na nota 1. do presente texto.

2.2. Em todo o caso, sempre se diga que a sujeição do arguido a julgamento com base em acusação temerária do MP, que levasse à sua não pronúncia, não representará hoje gravame ou infâmia com valor intrínseco que justifique a atividade

<sup>16</sup> Este acórdão cita no mesmo sentido os acórdãos do TC n.ºs 371/2000 e 375/2000, então inéditos.

<sup>17</sup> J. J. GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 522.

<sup>18</sup> «Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português», in *RPCC*, 18, 2.3, 2008, p. 376.

<sup>19</sup> Est. cit. n. 9, p. 236.

processual desenvolvida na instrução e, sobretudo, a demora na decisão definitiva do processo em todos os casos de sinal contrário, em que o arguido é pronunciado no termo da instrução. Desde logo, está-se em crer, porque tal perigo advirá sobretudo da notícia de se ser suspeito ou arguido em processo-crime – aliado à notoriedade do visado ou a outras razões que expliquem o impacto público do caso – e não da circunstância de ser sujeito a julgamento, na fase respetiva, nomeadamente em contraponto com a mera dedução de acusação ou, menos ainda, com a abertura da fase de instrução, atento o grau de indiferenciação com que os *media* noticiam ainda hoje os acontecimentos relativos a processos-crime, que corresponderá a igual grau de indiferenciação por parte da generalidade da população destinatária dessas mesmas notícias.

Por outro lado, em substituição da comprovação judicial na fase de instrução e face ao entendimento pacífico de que a rejeição da acusação por manifesta falta de indícios não se encontra, nem deve encontrar-se, abrangida pelos poderes de saneamento do processo conferidos ao juiz de julgamento pelo artigo 311.º, sempre poderá ser futuramente reconhecido ao arguido o direito de reclamar para o superior hierárquico do magistrado do MP titular do inquérito, naqueles casos, o que, podendo convocar as estruturas organizativas do MP (máxime DCIAP, DIAP Regionais e DIAP) e com elas os magistrados do MP mais sabedores e experientes a que se reporta, por todos, EUCLIDES DÂMASO<sup>20</sup>, poderá constituir um fator de aprofundamento da autonomia do MP e da qualidade do seu desempenho, nomeadamente assegurando que se investigue à *charge e à décharge*, satisfazendo melhor não só o interesse público na repressão penal como o respeito pelos legítimos interesses do arguido que integram princípios e finalidades do processo final.

**2.3.** Sucede, porém, que o Ac. TC 54/2000 – embora referindo o supramencionado entendimento do TC no sentido de «a Constituição não estabelece[r] qualquer direito dos cidadãos a não serem submetidos a julgamento e citando a esse propósito os acórdãos n.º 31/87 n.º 332/91» – firmou o dever reconhecer-se «[...] que as normas do artigo 32.º, n.ºs 1 [...] e 4 da Constituição da República, assegurando ao arguido todas as garantias de defesa e referindo a existência de uma instrução da competência de um juiz, impõem, não só que o processo criminal preveja, em princípio, a faculdade de o arguido provocar a comprovação judicial da acusação, como que os termos em que tal faculdade pode ser exercida não lhe retirem na prática consistência. A atribuição ao arguido, em regra, do direito de requerer a abertura de uma fase processual que “visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação [...] em ordem a submeter ou não a causa a julgamento” (n.º 1 do artigo 286.º do Código de Processo Penal) deve, pois, incluir-se nas garantias de defesa em processo penal constitucionalmente impostas».

Significa isto que apesar de, tanto quanto podemos constatar, o TC não ter apreciado *ex professo* eventual exigência constitucional de uma fase de comprovação judicial da decisão de acusar em processo comum, a verdade é que pelo menos neste Ac. TC 54/2000 o tribunal afirmou claramente que este direito do arguido tem cobertura

<sup>20</sup> «Direção e execução da investigação criminal no quadro do Estado de Direito (Contributos para uma melhor sintonia)», coord.: de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, *ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL*, 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 319-330, especialmente 322-329.



constitucional, por constituir uma das garantias de defesa previstas no artigo 32.º, n.ºs 1 e 4, norma, que refere uma «instrução da competência de um juiz». Assim e sem prejuízo de eventual revisão constitucional poder ultrapassar o problema, a hipótese de alteração legislativa naqueles termos sempre imporá fundamentação mais cuidada no sentido da sua conformidade constitucional.

3. Tal não quer dizer, porém, que a alteração do CPP no sentido de ser vedado ao arguido o direito a requerer instrução *nos processos associados ao fenómeno da corrupção* acima aludidos e melhor enquadrados no documento que corporiza a ENAC não possa ser constitucionalmente fundamentada na necessidade e adequação daquela alteração a outros princípios constitucionais que a justifiquem, tal como se encontra subjacente à inadmissibilidade legal da fase de instrução nos processos especiais (atualmente sumário, sumaríssimo e abreviado) em atenção a certas circunstâncias.

Isto é, tal como razões de celeridade e economia processuais, por um lado, e circunstâncias ligadas à proximidade dos factos e à frescura e facilidade da prova, por outro, fundamentam a proporcionalidade da inadmissibilidade legal da instrução nas formas de processo especiais, parece dever entender-se que as aludidas razões *de celeridade e economia processuais*, aliadas a diferentes circunstâncias, podem justificar a restrição das garantias de defesa do arguido que se entenda imporem o direito do arguido à comprovação judicial da acusação do MP, de forma proporcional, fundamentando-se desse modo eventual opção do CPP/87 pela inadmissibilidade legal da instrução nos processos de especial complexidade e dimensão, máxime os associados ao fenómeno da corrupção.

3.1. Ao referirmo-nos a outras *circunstâncias*, temos em mente, antes de mais, a inadequação do regime legal da fase de instrução para assegurar a efetiva comprovação da decisão judicial de acusar por parte do MP nos processos de maior complexidade e dimensão. Com efeito, uma instrução demorada e complexa, aproximando-se significativamente de um pré-julgamento contraditório e público, não permite mais que um simulacro de comprovação da decisão assumida pelo MP, no termo do inquérito, ao proferir acusação que, em regra, se apresenta igualmente complexa, extensa e assente em prova numerosa e, muitas vezes, intrincada. Instrução minimalista em alternativa – como nos parece não deixar de ser – tenderá a tornar-se incapaz de atingir verdadeiramente as finalidades legais da instrução na generalidade desses casos, tornando igualmente oneroso e dispensável o tempo e atividade processual que, ainda assim, não deixa de ser considerável.

A inadmissibilidade legal da instrução requerida pelo arguido naqueles processos, apenas representará, pois, restrição muito limitada e pouco significativa às garantias de defesa do arguido, pois mesmo nas hipóteses de não pronúncia, com algum significado estatístico na criminalidade mais comum (normalmente alheia a processos de particular complexidade e dimensão), nada na experiência judiciária e na compreensão lógica do seu funcionamento contraria *a presunção* de que o arguido seria absolvido na grande maioria, se não na totalidade, daqueles casos de não pronúncia assente na falta de indícios suficientes.

3.2. Por outro lado, como é da experiência corrente, a fase de instrução sempre aumenta o tempo total daqueles processos de forma significativa, sendo certo que a sua duração excessiva, muitas vezes em obediência a estratégias de defesa no



sentido de alongar o tempo de vida dos processos, constitui um dos problemas reconhecidos pela ENAC à repressão penal do fenómeno da corrupção.

Como escreve FIGUEIREDO DIAS<sup>21</sup>, concluindo a sua referência a formas insuportáveis de atuação dos sujeitos processuais, «[...] sobretudo quando estejam em causa arguidos – e, menos frequentemente, ofendidos – dotados de grande “competência de ação” [...] assim se reavivando, com maior ou menor razão, o espetro de uma “justiça de classe”, aquelas formas de atuação, diz, «[...] fazem com que os processos penais se arrastem interminavelmente, as decisões se multipliquem e contradigam; e, pior que tudo isso, a resolução final do caso seja recebida com desinteresse público e sorrisos irónicos, servindo só para oferecer ainda maior consistência ao sentimento de desconfiança e de frustração das legítimas expectativas comunitárias no exercício da justiça penal».

**3.3.** Sendo assim, os ganhos de celeridade advenientes da inadmissibilidade legal daquela fase processual, com a consequente realização mais célere da audiência de julgamento, nos processos mais complexos e volumosos, que tenderia também por esta via a reassumir uma centralidade de princípio que a prática não lhe confere, podem produzir um impacto significativo na pretendida «melhoria dos tempos de resposta do sistema judicial, facilitando o esclarecimento do crime com a realização de justiça em prazo razoável e reduzindo os espaços de impunidade» naquele tipo de processos, que se apresenta como um dos objetivos da ENAC, conforme vimos.

Deste modo, a constatação de que a preconizada alteração na configuração da fase de instrução afeta em alguma medida a posição processual do arguido, parece-nos não dever impedi-la, pois as melhorias que se procuram com aquela alteração no tempo de duração dos processos mais complexos e volumosos, máxime nos processos relativos a crimes que se situam na órbita do fenómeno da corrupção, e, consequentemente, nos reais problemas verificados na repressão penal daqueles comportamentos ilícitos, justificam-na plenamente. Como refere FIGUEIREDO DIAS<sup>22</sup>, que se cita uma vez mais pela oportunidade e sageza das suas observações, «[...] o pior serviço, na perspetiva da sociedade democrática e liberal, que pode prestar-se à defesa dos direitos individuais é invocá-los sem razão bastante como entidades absolutas que recusam à partida todo o equilíbrio com direitos inalienáveis da comunidade».

## **V. Duas notas, principalmente sobre a instrução a requerimento do assistente**

**1.** Como aludido antes, a preconizada reconfiguração da fase de instrução não colide com a manutenção do direito do arguido à comprovação judicial da acusação deduzida por assistente relativamente a crimes particulares, por não ser aceitável no atual estado de evolução do nosso processual penal que particulares possam sujeitar a julgamento qualquer arguido, sem que este possa provocar intervenção jurisdicional que proceda à comprovação da acusação particular, pelo que não cabe aqui um comentário sobre aspetos desse regime que possam ser modificados.

<sup>21</sup> *Ob. cit.* na nota 3., pp. 14 e 15, incluindo a nota 4.

<sup>22</sup> *Idem*, nota 3, p. 27.

2. Relativamente à instrução a requerimento do assistente, parece-nos não se suscitarem dúvidas sobre a sua relevância, bem expressa nas palavras de DÁ MESQUITA<sup>23</sup>, para quem «[o] poder do assistente requerer a abertura de instrução nos crimes semipúblicos corresponde ao autónomo exercício da ação penal, em que fixa o objeto do juízo judicial em termos que não correspondem a qualquer assistência ao Ministério Público [...]». Aliás, o requerimento do assistente para comprovação judicial da decisão do MP de não deduzir acusação, pode mesmo vir a tornar-se finalidade paradigmática da fase de Instrução que, reconfigurada, constitua, sobretudo, meio processual instrumentalizado à garantia do direito dos cidadãos à tutela jurisdicional efetiva, acolhido, também em matéria penal, no artigo 20.º, n.º 5, e 32.º n.º 7, da CRP<sup>24</sup>, a que acresce a defesa por particulares de interesses públicos especialmente relevantes consagrada no artigo 68.º, n.º 1, alínea e), particularmente significativa nos crimes associados ao fenómeno da corrupção, sem prejuízo da reflexão que se impõe a este respeito sobre intervenção de particulares e, em especial da comunicação social, de acordo com a ideia expressa, por todos, por FREDERICO COSTA PINTO<sup>25</sup>, segundo a qual «[a] imprensa pode investigar livremente os factos históricos, não pode é apropriar-se dos conteúdos dos processos e apresenta-los como investigação jornalística, mesmo que tais elementos tenham interesse público».

Em todo o caso, o direito do assistente à comprovação judicial da decisão *final* de arquivamento tomada pelo MP merece nova atenção em aspetos com implicações relevantes para a efetividade dos direitos a prosseguir pelo assistente no processo penal. Tem-se em mente a reapreciação da questão da inadmissibilidade de aperfeiçoamento do RAI do assistente (de acordo com o entendimento uniforme que temos seguido nos tribunais, incluindo o TC), que aqui não cabe desenvolver minimamente, e a *relação entre a intervenção hierárquica do MP e a abertura de instrução*, quando requeridas pelo assistente, tal como decorre dos artigos 278.º e 287.º, n.º 1. Questão esta suscitada por incongruências que se crê existirem no atual regime legal, pondo em causa maior racionalidade e efetividade, quer do direito do assistente a reclamar do arquivamento do inquérito para o superior hierárquico do MP (artigo 278.º), quer do direito à comprovação judicial da decisão de não deduzir acusação nos crimes públicos e semipúblico por parte do MP.

Com efeito, não se vê boa razão para a atribuição de natureza *alternativa*, e não *cumulativa ou sucessiva*, ao direito do assistente de reclamar hierarquicamente da decisão de arquivar o inquérito tomada pelo magistrado titular do inquérito e de requerer abertura de instrução naquelas mesmas situações. Alternatividade que é claramente expressa nos n.ºs 1 e 2 do artigo 278.º, quanto ao direito de reclamar, e decorre da articulação daquele preceito com o estabelecimento da *notificação do arquivamento como dies a quo* do prazo para requerer abertura de instrução acolhido no artigo 287.º, n.º 1, em interpretação acolhida no Acórdão para Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 3/2015, cuja constitucionalidade foi já *aceite* em decisões do TC sobre a questão<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> V. DÁ MESQUITA, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 138.

<sup>24</sup> No sentido do direito à tutela jurisdicional, por parte dos particulares *interessados*, através da sua constituição como assistente, pode ver-se o Ac. TC 24/88, de 20.01, proferido após a entrada em vigor do CPP/87, mas reportando-se a legislação anterior.

<sup>25</sup> «A Fase de Inquérito e a Evolução do Processo Penal», in *RPCC*, 2018, 28, 1, p. 27.

<sup>26</sup> V., por todos, o Ac. TC 713/2014, que cita no mesmo sentido os Acs. TC 501/2005 e 539/2005.

No entanto, ao requerer a intervenção do superior hierárquico do magistrado do MP que decidiu arquivar o inquérito, o assistente fá-lo ainda nas vestes de colaborador do MP ao abrigo do direito de reclamação contra o arquivamento do inquérito estabelecido no artigo 278.º, enquanto ao requerer a abertura de instrução age no âmbito dos seus *poderes de iniciativa no exercício da ação penal* a que se aludiu. Dois meios que devem estar sucessivamente disponíveis para o Assistente, como forma de dar maior efetividade ao seu direito à tutela jurisdicional, a jusante da decisão de arquivamento do inquérito tomada pelo MP, enquanto órgão único, sem que tenha de prescindir do controlo hierárquico intraorgânico do MP, no *final* do inquérito, expressamente reconhecido no mesmo artigo 278.º A bem da melhor prossecução dos interesses prosseguidos pelo assistente, sairia alargado o seu espaço de colaboração crítica com o MP no final do inquérito, assim como a responsabilidade funcional da hierarquia do MP pelo seu resultado e, em alguns casos, que o justificam, o alargamento do âmbito da decisão «final» do MP sujeita a controlo jurisdicional por iniciativa do assistente, sem prejuízo do desejável aprofundamento do princípio da acusação ao procurar-se a reapreciação da decisão inicial de arquivamento pelo MP, potenciando-se, assim, recurso ao controlo judicial em menor número de casos.

1 de abril de 2021

## Secção VI

# RECURSOS

41.

## Reformando o recurso em processo penal

Helena Morão

«are ideas or experience the final court of appeal?»

SUSAN NEIMAN

Sumário:

- I. Reforma da legitimidade para recorrer
- II. Reforma da recorribilidade
- III. Reforma do recurso em matéria de facto

**RESUMO:** O presente artigo tem por objectivo formular algumas propostas de alteração legislativa na área dos recursos em processo penal, tendo por referência questões de constitucionalidade e de conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Analisando a jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça, a jurisprudência constitucional e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, identificam-se pontos dilemáticos e sugerem-se soluções nos domínios da legitimidade para recorrer, da recorribilidade e do recurso em matéria de facto, procurando contribuir para a racionalidade do sistema recursório no seu conjunto\*.

### I. Reforma da legitimidade para recorrer

Do lado da legitimidade para recorrer do Ministério Público<sup>1</sup>, mantém relevância o problema de saber se o Ministério Público poderá recorrer de uma decisão que ele próprio promoveu, à luz da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 401.º do Código de Processo Penal.

Recordando os traços principais da discussão, segundo a Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 5/94, o Ministério Público teria «legitimidade e interesse para recorrer

---

Redigido de acordo com a antiga ortografia.

\* Agradeço os contributos cúmplices do Dr. Rui Batista e do Mestre David Silva Ramalho.

<sup>1</sup> Utiliza-se a expressão *legitimidade para recorrer*, sem diferenciar *legitimidade* de *interesse em agir*, por se considerar que legitimidade e interesse em agir não constituem pressupostos autónomos no âmbito dos recursos em matéria penal, mas a dimensão positiva e negativa do mesmo pressuposto processual, como se desenvolveu no nosso «Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal – Fundamento e legitimidade para recorrer», *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 5, 2017, pp. 18 e ss.

de quaisquer decisões mesmo que lhe sejam favoráveis e assim concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo»<sup>2</sup>, perspectiva fundada na competência constitucional do Ministério Público de defesa da legalidade democrática, nos termos do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição<sup>3</sup>.

Porém, esta linha jurisprudencial foi alterada pelo Acórdão do STJ n.º 2/2011, que, reexaminando a anterior, a substituiu pela orientação de que «o Ministério Público não tem interesse em agir para recorrer de decisões concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo»<sup>4</sup>, ponto de vista ancorado no princípio constitucional da lealdade processual (artigo 2.º da Constituição), que impediria o Ministério Público de frustrar as expectativas legitimamente criadas pelos sujeitos processuais que confiaram na sua actuação processual antecedente<sup>5</sup>.

Contudo, nenhuma das interpretações definidas nestas inclinações jurisprudenciais foi julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional<sup>6</sup>, e há que ter em conta, por um lado, que as tentativas de resolução de divergências sobre os casos na hierarquia do Ministério Público têm suscitado dúvidas sérias sob o prisma da autonomia interna dos seus magistrados<sup>7</sup>, e, por outro, que não é qualquer mudança de opinião que se pode ter como violadora da lealdade processual.

Efectivamente, a lealdade processual e o estatuto de objectividade do Ministério Público não o impedem de recorrer de qualquer decisão tomada a seu pedido ou concordante com a sua posição prévia, mas apenas de o fazer ao sabor de meras perspectivas pessoais de cada um dos seus magistrados e sem que qualquer modificação no desenrolar do processo o justifique objectivamente. Assim e a título ilustrativo, não há razão para não aceitar que o Ministério Público que pugne pela condenação no final do julgamento venha afinal a recorrer dela no sentido da absolvição, por entender que a leitura da prova feita nas alegações orais da defesa configura um melhor enquadramento do caso do que a que expôs antes; ou, inversamente, para não conceder que o Ministério Público possa interpor recurso após ter advogado a

<sup>2</sup> Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 5/94 (COSTA PEREIRA), disponível, tal como os demais acórdãos de tribunais judiciais citados, em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>3</sup> V. as declarações de voto de vencido dos Conselheiros JOSÉ SOUTO DE MOURA e ARMÉNIO SOTOMAYOR ao Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 2/2011, citado *infra*; e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português – Do procedimento (Marcha do processo)*, 3.º vol., Lisboa, 2014, p. 316.

<sup>4</sup> Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 2/2011 (SANTOS CABRAL).

<sup>5</sup> V. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Do princípio da “objectividade” ao princípio da “lealdade” do comportamento do Ministério Público no processo penal», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3860, ano 128.º, 1996, pp. 344 e ss.; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa, pp. 1052-1053.

<sup>6</sup> V., respectivamente, os Acórdãos do TC n.º 291/2002 (ARTUR MAURÍCIO) e n.º 361/2016 (JOÃO CURA MARIANO), disponível, tal como os demais acórdãos deste tribunal citados, em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

<sup>7</sup> V., por exemplo, [expresso.pt/sociedade/2019-11-23-Ministerio-Publico-do-Porto-proibe-procuradores-de-pedirem-absolucao-de-arguidos](http://expresso.pt/sociedade/2019-11-23-Ministerio-Publico-do-Porto-proibe-procuradores-de-pedirem-absolucao-de-arguidos); bem como o artigo de opinião de ANDRÉ LAMAS LEITE em [www.publico.pt/2019/11/23/sociedade/opiniao/desterro-loica-1894837](http://www.publico.pt/2019/11/23/sociedade/opiniao/desterro-loica-1894837); sem esquecer os polémicos Parecer n.º 33/2019 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República e Directiva n.º 4/2020 (*Exercício de poderes hierárquicos em processo penal – Procedimentos*) da Procuradora-Geral da República, disponíveis em [www.ministeriopublico.pt](http://www.ministeriopublico.pt).

absolvição, por força da ponderação de uma eventual declaração de voto de vencido ao acórdão absolutório<sup>8</sup>.

Já que o Tribunal Constitucional lhe reconhece essa margem de livre conformação, seria importante que o legislador adaptasse a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 401.º do Código de Processo Penal ao princípio constitucional da lealdade processual, delimitando os casos em que o Ministério Público pode ou não recorrer, tendo em consideração as suas promoções precedentes em conjugação com modificações processuais objectivas.

Do lado da legitimidade para recorrer do assistente, subsiste a questão da impugnabilidade da espécie e da medida da pena, quando «o Ministério Público o não tenha feito», nos termos da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 69.º e da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 401.º do Código de Processo Penal.

Como se sabe, o Supremo Tribunal de Justiça fixou jurisprudência no sentido de que o «assistente não tem legitimidade para recorrer desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir»<sup>9</sup>, interpretação esta que não foi julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 205/2001<sup>10</sup>. Todavia, uma breve consulta das bases de dados de jurisprudência permite concluir que esta linha de orientação levou a que uma tal legitimidade para recorrer fosse, na prática, quase sempre negada ao assistente.

Tendo em conta que, à luz do artigo 40.º do Código Penal, a aplicação de penas promove a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, não podendo a pena aplicada ultrapassar a medida da culpa, e não a tutela directa de um interesse do ofendido, e, não cabendo no âmbito do direito ao recurso do assistente a mera fiscalização da legalidade do exercício do poder punitivo do Estado, não se pode afirmar que uma decisão condenatória lhe seja, em regra, desfavorável.

Porém, deve admitir-se o recurso do assistente quando este entenda que a pena aplicada não é suficiente para garantir a sua própria segurança<sup>11</sup>, na medida em que a finalidade de prevenção especial positiva também se destina a evitar a reincidência, ou quando se suscite um problema de reparação material ou moral do mal do crime no domínio da aplicação da pena<sup>12</sup>.

Atendendo à sua fundamentação, parece ir agora ao encontro desta ideia o Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 2/2020, que propugna que o «assistente, ainda que desacompanhado do Ministério Público, pode recorrer para que a

<sup>8</sup> V. os nossos «O fundamento constitucional do poder funcional de recurso e a legitimidade para recorrer do Ministério Público em Processo Penal – A propósito do Acórdão n.º 361/2016 do Tribunal Constitucional», *Revista do Ministério Público*, n.º 147, 2016, pp. 184 e ss.; e «Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal», pp. 20 e ss.

<sup>9</sup> Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 8/99 (MOTA E COSTA). Concordantes, GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 317-318; e ANTÓNIO PEREIRA MADEIRA, comentário ao artigo 401.º, in António da Silva Henriques Gaspar *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, 2016, pp. 1215 e ss.

<sup>10</sup> Acórdão do TC n.º 205/2001 (TAVARES DA COSTA).

<sup>11</sup> Sustentando uma legitimidade mais ampla, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, «Assistente, recurso e espécie e medida da pena – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Dezembro de 2007», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2008, p. 165; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 222-225.

<sup>12</sup> V. o nosso «Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal», pp. 24 e ss.



suspensão da execução da pena de prisão em que o arguido foi condenado fique condicionada ao pagamento, dentro de certo prazo, da indemnização que lhe foi arbitrada»<sup>13</sup>.

Este é, pois, outro aspecto da legitimidade para recorrer que o legislador poderia esclarecer, aproveitando para acrescentar uma modificação paralela no n.º 1 do artigo 219.º do Código de Processo Penal, que habilitasse expressamente o exercício do poder de recorrer do assistente de decisões sobre medidas de coacção quando esteja em causa um perigo de continuação da actividade criminosa contra o ofendido<sup>14</sup>.

## II. Reforma da recorribilidade

Durante mais de uma década, o Tribunal Constitucional não viu qualquer inconstitucionalidade na alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, na parte em que impede o recurso para o STJ de primeiras condenações em segunda instância, considerando que as razões de ser do direito ao recurso seriam satisfeitas pela garantia do duplo grau de jurisdição<sup>15</sup>, tendo, porém, sido fortemente criticado pela literatura jusprocessual penal que se dedicou ao tema e que sustentou a autonomia de tal direito em relação a tal garantia, como oportunidade de defesa numa instância superior à que condena<sup>16</sup>.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 429/2016 – proferido, com seis votos de vencido, na sequência do Acórdão n.º 412/2015 do mesmo tribunal e que discordou da orientação uniforme até então – inverteu finalmente a jurisprudência sobre este ponto, no que diz respeito a condenações em pena de prisão efectiva, com argumentos que se assemelham, na substância, aos que tinham sido aduzidos

<sup>13</sup> Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 2/2020 (FRANCISCO MANUEL CAETANO), proferido com três votos de vencido, podendo ler-se na respectiva motivação: «Esse interesse existe no caso do acórdão recorrido, perante a pretensão autónoma dos assistentes (diversa de qualquer agravação da pena ou de alteração da qualificação jurídico-penal), relacionada com a reparação do prejuízo por eles sofridos com a prática do crime e cuja condição da suspensão não deixa de estar associada às finalidades preventivas da pena, de forma a melhor defender os interesses patrimoniais lesados.»

<sup>14</sup> Mais amplamente, mais uma vez, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 222-225 e 629; e MAFALDA MOURA MELIM, *O recurso da decisão que aplica medida de coacção: que tutela para o assistente? – Contributo para o estudo deste sujeito processual*, dissertação de mestrado científico em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, não publicada, 2017, pp. 82-83, 88 e 157.

<sup>15</sup> Acórdãos do TC n.ºs 49/2003 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA), 255/2005 (MARIA JOÃO ANTUNES), 487/2006 (MÁRIO TORRES), 682/2006 (BENJAMIM RODRIGUES), 424/2009 (VÍTOR GOMES), 353/2010 (MARIA LÚCIA AMARAL) e 163/2015 (CATARINA SARMENTO E CASTRO).

<sup>16</sup> FRANCISCO AGUILAR, «Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual», *O Direito*, n.º 2, 2006, pp. 303 e ss.; MIGUEL LEMOS, «O direito ao recurso da decisão condenatória enquanto direito constitucional e direito humano fundamental», in Manuel da Costa Andrade *et al.* (org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra, 2010, pp. 935 e ss.; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 1047-1048; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Por onde vai o Processo Penal Português: por estradas ou por veredas?», in *As Conferências do Centro de Estudos Judiciários*, Coimbra, 2014, pp. 80-81; BRUNA RIBEIRO DE SOUSA, «Da inconstitucionalidade da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal (na redacção da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro)», *Revista do Ministério Público*, n.º 138, 2014, pp. 135 e ss.

pela doutrina<sup>17</sup>. Subsequentemente e com quatro votos de vencido, o Acórdão do TC n.º 595/2018 declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade «da norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadoramente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena os arguidos em pena de prisão efectiva não superior a cinco anos, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, [...] por violação do artigo 32.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição»<sup>18</sup>.

O Tribunal Constitucional não estendeu, no entanto, a nova tendência jurisprudencial às hipóteses de condenação em pena não privativa da liberdade, em casos de aplicação de pena principal de multa<sup>19</sup> ou de suspensão da execução da pena<sup>20</sup>, nem às situações em que a Relação altera a sanção num sentido mais desfavorável para o arguido, *v.g.*, substituindo uma pena não privativa da liberdade pelo cumprimento efectivo de pena de prisão ou agravando a medida concreta da pena<sup>21</sup>.

É, contudo, discutível, que se possa entender como razoavelmente contida na margem de livre conformação legislativa da recorribilidade uma estruturação do acesso ao Supremo que, nestes casos de decisões díspares da primeira e segunda instâncias, não garante à defesa a faculdade de impugnar a condenação e, nas hipóteses de dupla conforme condenatória em pena de prisão superior a 8 anos, em que a margem de dúvida sobre a justiça da condenação se encontra razoavelmente superada, concede ao arguido um duplo grau de recurso [artigo 399.º e alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º, *a contrario*]<sup>22</sup>.

Acresce que o Tribunal Constitucional se tem decidido pela não inconstitucionalidade da irrecorribilidade de acórdãos condenatórios proferidos em recurso pela Relação, quando o fundamento dessa impugnação assente em nulidades ou vícios

<sup>17</sup> Acórdãos do TC n.ºs 412/2015 e 429/2016 (MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS).

<sup>18</sup> Acórdão do TC n.º 595/2018 (MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS).

<sup>19</sup> Acórdão do TC n.º 672/2017 (JOANA FERNANDES COSTA), que não julgou inconstitucional a mesma alínea e), interpretada no sentido de não ser «passível de recurso o acórdão da Relação que, perante absolvição ocorrida em 1.ª instância, condene o arguido em pena de multa alternativa, atentando, no âmbito do estabelecimento das consequências jurídicas do crime subjacente a tal condenação, apenas nos factos tidos por demonstrados na sentença absolutória»; jurisprudência reiterada no Acórdão do TC n.º 128/2018 (MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS), a respeito de arguidos pessoas colectivas. V. ainda os n.ºs 22 a 24 do Acórdão do TC n.º 595/2018.

<sup>20</sup> Acórdão do TC n.º 234/2020 (JOSÉ ANTÓNIO TELES PEREIRA).

<sup>21</sup> V. a Decisão Sumária n.º 37/2017 (GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO) e o Acórdão n.º 357/2017 (LINO RODRIGUES RIBEIRO) do TC, que não julgaram inconstitucional a alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º, na dimensão normativa da irrecorribilidade para o STJ da decisão da Relação que substitui pena não privativa da liberdade por pena de prisão efectiva não superior a 5 anos.

<sup>22</sup> V. o nosso «“Whenever yet was your appeal denied”? – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso», *Revista do Ministério Público*, n.º 158, 2019, pp. 37 e ss., onde trabalhamos um critério geral de recorribilidade de decisões de recurso conforme à Constituição; e agora o Acórdão do TC n.º 31/2020 (MARIANA CANOTILHO), que contrariou o sentido decisório do Acórdão n.º 672/2017, julgando inconstitucional «a norma resultante da conjugação dos artigos 432.º, n.º 1, alínea b), e 400.º, n.º 1, alínea e), [...] na interpretação segundo a qual não é admissível recurso, para o Supremo Tribunal de Justiça, de acórdãos proferidos em recurso, pelas Relações, que condenem os arguidos em pena de multa, ainda que as decisões recorridas da 1.ª instância sejam absolutórias»; e, na mesma linha, o Acórdão do TC n.º 102/2021 (MARIANA CANOTILHO), num caso de reversão de decisão absolutória parcial que agravou a pena suspensa aplicada.

do n.º 2 do artigo 410.º do próprio acórdão do tribunal *ad quem*<sup>23</sup>, apesar de assim se conferir à Relação a apreciação, em primeira e última instância, *i.e.*, sem possibilidade de reapreciação por tribunal superior, de questões que atingem direitos fundamentais.

Em nosso parecer e pelos motivos indicados, estes tópicos reclamam uma revisão legislativa. Por outro lado, na medida em que a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 400.º obsta a que o assistente recorra para o STJ de algumas primeiras absolvições em segunda instância e que, todavia, o obstáculo de desigualdade no acesso ao terceiro nível de jurisdição que originou a sua actual redacção está agora parcialmente ultrapassado<sup>24</sup>, em função desta recente evolução jurisprudencial quanto ao direito do arguido a aceder ao segundo grau de recurso, o legislador tem aqui uma oportunidade de reorganizar o sistema recursório de acordo com um princípio de dupla conforme em detrimento de uma lógica de maior merecimento penal.

### III. Reforma do recurso em matéria de facto

O Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 5 de Julho de 2011, caso *Moreira Ferreira c. Portugal*, considerou que a não audição da arguida recorrente – que tinha solicitado a renovação da prova sobre a sua imputabilidade diminuída, após a primeira instância se ter afastado, sem o justificar, das conclusões da perícia psiquiátrica –, pela Relação do Porto, a pretexto, designadamente, do seu não enquadramento no n.º 2 do artigo 410.º, colide com o direito a um processo justo e equitativo (artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos)<sup>25</sup>.

Por seu turno, o Acórdão do mesmo Tribunal de 26 de Junho de 2018, caso *Pereira Cruz e outros c. Portugal*, decidiu, por quatro votos contra três, que a recusa da Relação de Lisboa em aceitar nova prova em benefício do arguido, em recurso ordinário de apelação, o priva de idêntico direito, ofendendo o mesmo artigo 6.º, n.ºs 1 e 3, alínea *d*), da Convenção.

A concepção restritiva maioritária sobre a renovação da prova (artigo 430.º do Código de Processo Penal)<sup>26</sup>, que a rejeita seja em situações não previstas no n.º 2 do artigo 410.º seja quanto à admissão de nova prova em recurso, não se afigura, pois, coadunável com esta Convenção e, embora sejam concebíveis soluções doutrinárias ou jurisprudenciais superadoras desta incompatibilidade, há igualmente espaço para uma clarificação legislativa na direcção de que a renovação da prova não pode reduzir-se à sanção dos vícios de facto do n.º 2 do artigo 410.º, tendo de

<sup>23</sup> V. os Acórdãos do TC n.º 390/2004 (BENJAMIM RODRIGUES), n.º 659/2011 (JOÃO CURA MARIANO), e n.º 240/2014 (ANA GUERRA MARTINS).

<sup>24</sup> Referimo-nos à motivação do Acórdão do TC n.º 540/2012 (MARIA JOÃO ANTUNES), proferido após divergência entre os Acórdãos n.ºs 546/2011 (MARIA LÚCIA AMARAL) e 153/2012 (MARIA JOÃO ANTUNES), e que terá inspirado o legislador de 2013 (v. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, «Aspectos da Revisão de 2013 do CPP – Algumas notas e apreciações críticas», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2013, p. 238; e SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «As alterações em matéria de recursos, em especial a restrição de acesso à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça – Garantias de defesa em perigo?», in André Lamas Leite (org.), *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal – Uma reforma «cirúrgica»?», Coimbra, 2014, pp. 266 e ss.)*

<sup>25</sup> Acórdão do TEDH de 5 de Julho de 2011, caso *Moreira Ferreira c. Portugal*, disponível, tal como os demais acórdãos deste tribunal citados, em [hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int).

<sup>26</sup> V., acerca do tema, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 1170-1171 e 1180 e ss.

poder ser pedida, pelo menos, pela defesa, para avaliação de novos factos e material probatório com influência na condenação ou punição.

O desaproveitamento do instituto da renovação da prova pelos tribunais nacionais voltou a ser censurado pelo TEDH no Acórdão de 25 de Fevereiro de 2020, caso *Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portugal*, no rumo da sua jurisprudência anterior que acolheu o direito do arguido a estar presente e a intervir na audiência de recurso sobre matéria de facto e que defende que, em hipóteses de primeiras condenações em recurso, a garantia de *fair trial* impõe que o tribunal de recurso avalie directamente a prova pessoal, voltando a ouvir as testemunhas ou o arguido em audiência. No caso *Sá Fernandes c. Portugal*, o TEDH observa precisamente um desrespeito deste princípio numa reversão de absolvição em recurso sem renovação da prova, entendendo que a segunda instância não poderia ter invertido a absolvição, dando como provado um facto que não o havia sido em primeira instância (a consciência da ilicitude do arguido), sem ouvir as testemunhas e o arguido pessoalmente.

Se este Acórdão do TEDH nos merece plena concordância quanto à falta de apreciação directa dos elementos probatórios subjacentes à absolvição precedente, também se nos afigura que salta precipitadamente para a indispensabilidade da renovação da prova como requisito do *procès équitable* recursório, misturando, de um lado, a audição da defesa com a repetição de prova em audiência de recurso, e denotando, de outro, uma acepção estreita da imediação em recurso, tecnologicamente ultrapassada, que somente parece coadunável com uma apelação de matriz alemã e as conhecidas desvantagens de um segundo julgamento em segunda instância.

Se não somos da opinião de que o legislador nacional tenha de seguir os seus congéneres espanhol ou italiano<sup>27</sup>, e de abdicar do tipo de imediação, oralidade e contraditório proporcionado pelo modelo de revalorização das provas no recurso em matéria de facto português – apoiado na consulta das gravações do julgamento da primeira instância e no qual o arguido pode requerer a realização de audiência de recurso para debate de quaisquer pontos probatórios –, seria, no mínimo, recomendável que, por um lado, adoptasse a regra da documentação audiovisual, em detrimento do mero registo sonoro (n.º 1 do artigo 364.º), e, por outro, consagrasse expressamente a renovação oficiosa da prova, quando necessária<sup>28/29</sup>.

Além da questão da renovação da prova, nos casos de reversões de absolvições em segunda instância continua a pôr-se o problema de saber se o tribunal *ad quem*

<sup>27</sup> Enquanto, em 2015, o n.º 2 do artigo 792.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* proibiu condenações *ex novo* e agravações de condenações em recurso de apelação em caso de erro na apreciação da prova, que só pode conduzir à anulação da decisão recorrida e a um novo julgamento da causa; o novo n.º 3-bis do artigo 603.º de 2017 do *Codice di Procedura Penale* italiano determina a renovação da prova no tribunal de recurso nas situações de *appello* do *Pubblico Ministero* de decisões absolutórias por motivos atinentes à valoração de prova declarativa.

<sup>28</sup> Repare-se que o artigo 662.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Código de Processo Civil permite que a Relação ordene oficiosamente quer a renovação da produção da prova quer a produção de novos meios de prova em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada.

<sup>29</sup> Para aprofundamentos, v. os nossos «Sem apelo nem agravo – Sobre o direito ao recurso em matéria de facto em caso de primeira condenação em segunda instância», *Revista do Ministério Público*, n.º 159, 2019, pp. 155 e ss.; e «Pela renovação da renovação da prova», *Anatomia do Crime*, n.º 12, 2020, pp. 171 e ss.

deve escolher ele próprio a pena e determinar a sua medida ou reenviar o processo para primeira instância para reabertura da audiência com essa finalidade<sup>30</sup>.

A última opção desenvolveu-se como orientação jurisprudencial nas Relações enquanto meio de garantir os direitos de defesa e ao recurso do arguido quanto à pena aplicada<sup>31</sup>, na época em que o Tribunal Constitucional não reconhecia a inconstitucionalidade da irrecorribilidade de condenações em pena privativa da liberdade ditadas, primeiramente, em segunda instância, e para minimizar as consequências desta inclinação. O Supremo Tribunal de Justiça acabou, no entanto, por uniformizar jurisprudência no sentido inverso<sup>32</sup>. Por seu turno e como vimos, o Tribunal Constitucional repensou entretanto a sua jurisprudência e passou a reputar inconstitucional que não coubesse recurso para o Supremo de primeiras condenações em segunda instância em pena de prisão efectiva.

Uma tendência jurisprudencial posterior à uniformização de jurisprudência tem vindo a precisar que esta só pode incluir as situações em que a Relação dispõe de toda a factualidade necessária à decisão sobre a sanção e não também os casos em que os factos provados são insuficientes para esse efeito, devendo o processo, nesta última hipótese, ser remetido ao tribunal recorrido para selecção da espécie e da medida da pena e eventual produção da prova suplementar imprescindível a esse fim, ao abrigo dos artigos 369.º a 371.<sup>33</sup>

A articulação de todas estas posições jurisprudenciais é, pois, dilemática, na medida em que, se a solução do reenvio se destina a evitar que a Relação defina, em primeiro e último grau, a vertente probatória da questão de facto decisiva para a determinação da sanção, postergando quer o direito fundamental ao recurso do

<sup>30</sup> Pugnando pela primeira alternativa, JOAQUIM CORREIA GOMES, «As sentenças absolutórias, o recurso e o provimento condenatório na Relação – Um itinerário com alguns equívocos», *Revista do Ministério Público*, n.º 121, 2010, pp. 216 e ss.; e, pela segunda, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 1172. Não tem, assim, vingado a concepção de JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, «A estrutura dos recursos na proposta de revisão do CPP – Algumas considerações», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1998, pp. 271-272, e *O Caso Julgado Parcial – Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, 2002, pp. 102-107, 516-521, 584-591, 592-599, 612-613, 620 (nota 118), 621-623, 714-715, que vê o recurso do Ministério Público de decisão absolutória como recurso cassatório ou de anulação, que, a proceder, apenas pode dar lugar ao reenvio para novo julgamento e não a uma decisão de recurso substitutiva condenatória.

<sup>31</sup> V., por exemplo, a motivação do Acórdão da Relação de Évora de 2 de Julho de 2013 (ANA BARATA BRITO), processo n.º 738/12.0GBABF.E1.

<sup>32</sup> Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 4/2016 (ISABEL PAIS MARTINS): «Em julgamento de recurso interposto de decisão absolutória da 1.ª instância, se a relação concluir pela condenação do arguido deve proceder à determinação da espécie e medida da pena»; tirado com um voto de vencido do Conselheiro NUNO GOMES DA SILVA.

<sup>33</sup> V. o Acórdão da Relação de Évora de 5 de Julho de 2016 (MARIA LEONOR ESTEVES), processo n.º 145/13.7GAMCQ.E1, com o seguinte sumário: «I – O acórdão de fixação de jurisprudência n.º 4/2016 “não abrange os casos em que o tribunal de primeira instância não procedeu ao apuramento e fixação dos factos necessários à determinação da pena.”; II – Nesses precisos casos, os autos devem ser devolvidos à 1.ª instância para que desenvolva as diligências pertinentes com vista a apurar a factualidade relativa às condições de vida, comportamento e personalidade do arguido, a fim de lhe permitir a subsequente prolação de decisão condenatória»; e ANTÓNIO JOÃO LATAS, «O AFJ 4/2016 e a determinação da pena nos casos em que foi revogada a sentença absolutória proferida pelo tribunal recorrido, que não apurou e fixou factos relativos à vida pessoal e personalidade do arguido», 2016, pp. 1 e ss., disponível em <http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/AFJ%204-2016.pdf>.



arguido quer a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, não pode, contudo, prejudicar o direito da defesa a recorrer da condenação em si, isto é, quanto à «questão da culpabilidade», não obstante o duplo grau de jurisdição. Por outro lado, a jurisprudência actual do Tribunal Constitucional sobre recorribilidade de decisões condenatórias proferidas, pela primeira vez, em segunda instância pode ter como consequência o tratamento injustificadamente desigual de arguidos condenados directamente em penas de prisão efectiva pelo tribunal de recurso e indirectamente condenados em sanções idênticas pelo tribunal de reenvio, após condenação no tribunal de recurso, levando a que só os primeiros tenham oportunidade de impugnar a própria condenação.

A resolução do dilema passaria pela possibilidade expressa de recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça, para impugnação da decisão condenatória e, inerentemente, do reenvio para a decisão sobre a sanção. Apenas se o Supremo mantivesse a condenação haveria devolução dos autos à primeira instância cingida à questão da pena, podendo depois o arguido recorrer para a Relação da nova decisão do tribunal de reenvio.

Finalmente, há hipóteses em que o recurso de revista alargada no Supremo se mostra claramente insuficiente para garantir o direito fundamental ao recurso do arguido, como o caso das primeiras condenações em segunda instância, uma vez que não parece satisfatório, à luz do princípio da igualdade, que o arguido condenado pela primeira vez em segunda instância tenha um direito de defesa da condenação, em recurso, de conteúdo mais reduzido – nomeadamente quanto à impugnação do julgamento de facto – do que o daquele que o tenha sido no primeiro nível de jurisdição e recorra para a Relação<sup>34</sup>. O que significa que, para a reapreciação destas decisões condenatórias, o legislador deveria atribuir explicitamente ao Supremo alguns dos poderes de apelação das Relações em matéria de facto e a função de uma autêntica terceira instância penal<sup>35/36</sup>.

<sup>34</sup> V. as declarações de voto de vencido do Conselheiro PEDRO MACHETE aos Acórdãos do TC n.ºs 429/2016 e 595/2018.

<sup>35</sup> O acolhimento desta proposta dispensaria, em rigor, a necessidade de reenvio para decisão sobre a pena em hipóteses de reversões de absolvições em segunda instância e solucionaria ainda o problema da garantia do recurso pleno sobre matéria de facto quanto a decisões finais proferidas, em primeira instância, pelas Relações ou pelo próprio STJ [v. artigos 432.º, n.º 1, alínea a), 12.º, n.º 3, alínea a), e 11.º, n.º 3, alínea a), e n.º 4, alínea a); e ANTÓNIO PEREIRA MADEIRA, comentário ao artigo 434.º, in António da Silva Henriques Gaspar *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, 2016, p. 1428].

<sup>36</sup> V., mais detalhadamente, o nosso «Sem apelo nem agravo», pp. 159 e ss.



## Nótula para uma reforma do regime de recursos em processo penal

Manuel Simas Santos

### Sumário:

- I. Introdução
- II. Recursos em matéria de facto. Colegialidade dos Tribunais Superiores
- III. Tribunais Superiores e *sentencing*. A determinação da medida da pena. *Sentencing guidelines*
- IV. Recurso das decisões, referentes às provas e meios de prova, tomadas durante o inquérito. Regime de subida e efeito
- V. Instrução, recurso da decisão instrutória. Nulidades
- VI. Em conclusão

**RESUMO:** Garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão da corrupção, melhorando os tempos de resposta do sistema judicial e assegurando a adequação e efetividade da punição, passa também, face à erosão do princípio da oralidade dos recursos em matéria de facto, pela ultrapassagem do défice de colegialidade na composição dos Tribunais Superiores, em conferência e audiência, especialmente penalizador da apreciação desses recursos, com implicações constitucionais. Como deveria levar à admissibilidade de recurso das decisões sobre nulidades, questões prévias ou incidentais, tomadas na decisão instrutória, também aqui revertendo a intervenção efetuada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Deviam igualmente ser admitidos a subir imediatamente, em separado, e com efeito meramente devolutivo, os recursos das decisões que respeitem à validade das provas, tomadas no decurso do inquérito. A adequada determinação da medida da pena, e o seu reexame pelos Tribunais Superiores pressupõem a ponderação de análise crítica da legislação sobre as molduras penais, amplitude e limites mínimos, modos de agravação e atenuação, *v.g.* na lei dos crimes de responsabilidade, e critérios de determinação da pena, bem como de mecanismos que promovam a coerência na sua aplicação, amplificando a acção dos Tribunais Superiores, através da divulgação periódica de informação fiável.

### I. Introdução

Como sabemos, na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC), «considerando os principais riscos e os obstáculos mais fortes ao enfrentamento eficaz dos fenómenos corruptivos, identifica-se como prioridades», entre outras, (5) – garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão da corrupção que inclui: (i) melhorar os tempos de resposta do sistema judicial; (ii) assegurar a adequação e efetividade da punição; e (6) – produzir e divulgar periodicamente informação fiável sobre o fenómeno da corrupção.

Mas, se os recursos desempenham, ou devem desempenhar um papel importante na uniformidade e eficácia da aplicação daqueles mecanismos legais, não são isentos de dificuldades, cujo diagnóstico, embora sumário, importa, tendo também presente a melhoria da qualidade e dos tempos de resposta do sistema judicial. Deve ter-se,

no entanto, presente que interferem aqui outras variáveis que não dependem só dos tribunais, mas também da qualidade da legislação, prioridade que é igualmente identificada na ENCC, mas noutra vertente, mas que se postula também aqui, como se aflorará brevemente. Finalmente, a repercussão da intervenção dos Tribunais Superiores terá outra dimensão se for, sobre ela, produzida e divulgada informação fiável.

## II. Recursos em matéria de facto. Colegialidade dos Tribunais Superiores

Se a decisão judicial, por omissão ou erro, não realizou a justiça penal deve ser suscetível de correcção. E é essa a missão dos recursos, sendo estes exatamente expedientes destinados a emendar erros ou vícios das decisões judiciais através da intervenção de um outro tribunal hierarquicamente superior que os corrija. O acento tónico do recurso deve, assim, ser, no atual Código de Processo Penal, posto na ideia de remédio jurídico para defeitos das sentenças, que não o modo de tornar a decisão mais perfeita ou esmerada. Esse ponto fulcral do regime instaurado com o Código de Processo Penal de 1987 prende-se, pois, com a assunção dos recursos como remédios jurídicos, tendo o recorrente que indicar, na sua motivação de recurso, expressa e precisamente os vícios da decisão recorrida que quer ver reexaminados e corrigidos, sejam eles erros *in procedendo* ou *in judicando*, não bastando, assim, invocar em recurso uma pretensa injustiça da decisão recorrida, se não se estabelecer a relação com a violação do direito material, recusando a ideia de que eles são um meio de refinamento jurisprudencial<sup>1</sup>.

As consequências dessa assunção, no que se refere ao alcance do recurso em matéria de facto, relacionadas com as alterações legislativas que a versão original do Código sofreu, foi objeto da atenção do Dr. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS em intervenção recente<sup>2</sup>, para que se remete.

Há, no entanto, que sublinhar a continuada erosão do princípio da oralidade nos recursos, que fora tão celebrado no novo diploma, o não funcionamento do mecanismo da renovação da prova e a inversão da regra da realização da audiência no recurso em matéria de facto, passando a exceção, mudanças que desequilibraram o modelo inicial.

Nesse contexto, passou (quase)<sup>3</sup> sem a devida crítica a alteração introduzida, pela Lei n.º 49/2007, de 29 de Agosto, na composição, em recurso, na conferência e audiência, das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça.

Com essa Lei, o n.º 1 do artigo 419.º passou a dispor que, na conferência, intervêm o presidente da secção, o relator e um juiz-adjunto, quando anteriormente tinham intervenção dois juizes-adjuntos, e o n.º 2 que «a discussão é dirigida pelo

<sup>1</sup> CUNHA RODRIGUES, «Recursos», *Lugares do Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999; MANUEL SIMAS SANTOS, MANUEL LEAL-HENRIQUES, JOÃO SIMAS SANTOS, *Noções de Processo Penal*, 3.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2020, p. 564.

<sup>2</sup> «Recursos: impugnação da matéria de facto, vícios da decisão e *in dubio pro reo*», in Conferência no Supremo Tribunal de Justiça, 20 de Novembro de 2019 – *Direitos Fundamentais no Processo Penal*, disponível em vídeo em <https://www.stj.pt/?p=11595>.

<sup>3</sup> Que me tenha apercebido, só vi abordada esta questão meu texto «Nótulas sobre a Revisão dos Recursos em Processo Penal», *Revista do Ministério Público*, n.º 108, dezembro de 2006, pp. 43 e ss. e em JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *op. cit.*

presidente, que, porém, só vota, para desempatar, quando não puder formar-se maioria com os votos do relator e do juiz-adjunto».

Ou seja, na discussão dirigida pelo presidente da secção só intervêm o relator e o juiz-adjunto, só tendo intervenção, para desempatar, o presidente quando e onde se mantiver o empate entre o relator e o juiz-adjunto.

Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X-02, que esteve na base daquela Lei, escreve-se, a propósito, «a conferência, por seu turno, passa a ter uma composição mais restrita, englobando apenas o presidente da secção, o relator e um vogal, competindo-lhe julgar o recurso quando a decisão do tribunal a quo não constituir decisão final e quando não houver sido requerida a realização de audiência (artigo 419.º). Só nos restantes casos o recurso é julgado em audiência. Com esta repartição de competências racionaliza-se o funcionamento dos tribunais superiores, promovendo-se uma maior intervenção dos juízes que os compõem a título singular».

Só que não se limitou a promover uma maior intervenção a título individual dos juízes que compõem os tribunais superiores, bem patente, aliás, nas competências que a esse título lhes outorgou. Antes retirou o carácter de tribunal coletivo à conferência dos tribunais superiores que passaram a simples tribunais plurais, por contraposição a tribunais singulares. Mas deixaram de ser tribunais coletivos que pressupõem a existência e a intervenção, de pleno, de três juízes. Basta lembrarmos que o primeiro número primo significativo do coletivo é três. E, na verdade, é bem diferente qualquer discussão entre dois ou três intervenientes, com um empobrecimento marcante no primeiro caso, quer na profundidade da discussão, quer, depois, na riqueza do discurso judiciário que nasce dessa discussão.

Com efeito, a atribuição de um valor especial ao julgamento, designadamente da matéria de facto, da apreciação da prova, ao tribunal coletivo em primeira instância, advém exatamente dessa sua composição (três juízes). Como o recurso (o direito constitucional ao recurso) está(ava) associado à composição dos tribunais superiores, como tribunais coletivos (com três juízes).

Tenho para mim que a redução da conferência nos Tribunais Superiores a dois juízes, com a possibilidade de intervenção do presidente da secção para desempatar se necessário, fere a norma do n.º 1 do artigo 32.º da Constituição que consagra o recurso como uma garantia de defesa, ao diminuir significativamente a efetividade desse direito, pela alteração da composição da conferência.

Mas também a intervenção do presidente da secção, desempatando em todas as conferências da secção a que preside, é mal sana, criando uma hierarquia entre juízes. No entanto, a Constituição estabelece no n.º 1 do artigo 215.º que «[o]s juízes dos tribunais judiciais formam um corpo único e regem-se por um só estatuto». Não consente, assim, a Constituição o estabelecimento pela lei ordinária de hierarquia entre os juízes, uma vez que consagra um único estatuto para todos eles e só estabeleça hierarquia entre tribunais<sup>4</sup>.

Do mesmo passo, conduz a uma indesejável, por antecipada e forçada, uniformização da jurisprudência na secção, através da imposição da intervenção forçosa do presidente da secção em todas as situações de empate, quando o Código de Processo Penal consagra um recurso extraordinário a tal destinado<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Artigos 209.º e 210.º da Constituição.

<sup>5</sup> Artigos 437.º a 448.º do CPP.

Esta situação reaparece, reforçada aliás, no quadro da audiência nas Relações e no Supremo Tribunal de Justiça.

No que se refere às Relações, dispõe o artigo 429.º, quanto à composição do tribunal em audiência, que nesta intervêm o presidente da secção, o relator e um juiz-adjunto (n.º 1), quando na redacção anterior tinham intervenção dois juízes-adjuntos. Aqui, na ausência de norma similar à do artigo 419.º, o presidente da secção intervém sempre e não só em situação de desempate, numa situação mais grave em que o presidente da secção tem intervenção em todas as audiências da secção transformando-se claramente, sem base constitucional, um *primus inter pares*, sem vantagens e com os inconvenientes referidos.

Quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, o quadro é idêntico passando igualmente o tribunal em audiência a ser constituído pelo presidente da secção, pelo relator e por um juiz-adjunto (artigo 435.º), por força da alteração operada pela Lei n.º 48/2007, quando na redacção anterior era constituído pelo presidente da secção, pelo relator e por três juízes-adjuntos. Só que, enquanto nas Relações se reduziu a composição da audiência de um juiz-adjunto, no Supremo Tribunal de Justiça reduziu-se de dois juízes-adjuntos!

O recurso em matéria de facto, inicialmente apreciado, por via de regra em audiência, por um tribunal coletivo, constituído por três juízes (ou quatro no Supremo Tribunal), passou apreciado por via de regra em conferência constituída por dois juízes (relator e um juiz-adjunto), ou seja, deixou de ser, em regra, apreciado por um tribunal coletivo pressuposto como matriz no nosso sistema constitucional de recurso.

Ao que acresce uma intervenção sistemática do presidente que merece as reservas já referidas. Como se referiu, o presidente que só dirigia a discussão e votava para desempatar, desempate cuja necessidade é mais difícil de configurar num tribunal de composição ímpar, continua a desempatar na conferência, mas num tribunal com composição par, onde é muito mais provável a ocorrência de empate e a passa a ter intervenção sempre em audiência.

O que pode conduzir a um afrouxamento do sentido da própria jurisprudência, que, pela composição e sucessivas formações dos coletivos dos tribunais superiores, postulava uma intervenção equilibrada de todos os juízes, sem supremacia de nenhum deles.

A intervenção em todos os processos do presidente da secção vai-lhe dar uma intervenção acrescida capaz de romper aquele equilíbrio e atribuir-lhe uma mal sana supremacia, empobrecendo e prejudicando o carácter coletivo de que se devem revestir as decisões dos Tribunais Superiores.

Seria desejável uma reflexão sobre estas questões em ordem a uma melhoria da qualidade da apreciação dos recursos em matéria de facto, desde logo na matéria melindrosa de que nos ocupamos.

### III. Tribunais Superiores e *sentencing*. A determinação da medida da pena. *Sentencing guidelines*

Noutra oportunidade, ao tratar o tema da medida da pena, a jurisprudência e os Tribunais Superiores<sup>6</sup>, referi a grande heterogeneidade das decisões proferidas pelos

<sup>6</sup> Ao abordar o tema «Pena, juiz, legislador e jurisprudência. Alguns problemas», no II Congresso JUSCRIM, da JUSGOV, Centro de Investigação da Universidade do Minho realizado em 9, 11 e

tribunais criminais, no que tange a aplicação das penas, variando de acordo com a mentalidade e a personalidade do juiz e, sobretudo, de acordo com a ideia que ele tem da finalidade e da eficácia da sentença<sup>7</sup>. Assim se violando, numa área crucial, os direitos dos arguidos, uma vez que são violados princípios jurídicos fundamentais, como o princípio da igualdade, da equidade do processo, mas também da segurança jurídica, ou seja, a possibilidade de todos saberem com relativa exatidão e antecipação as prováveis consequências de seus atos puníveis<sup>8</sup>.

Mas a determinação da pena é uma tarefa partilhada pelo julgador e pelo legislador, cabendo a este último estabelecer a moldura penal a aplicar pelo julgador em relação a cada crime, bem como os critérios a seguir por este na determinação da pena concreta entre os limites mínimo e máximo da moldura dada.

Ora, a melhoria da qualidade da legislação referida na ENCC não se deve ficar pelas dimensões aí referidas, mas abranger igualmente as molduras penais, os modos de agravação e atenuação e os critérios de determinação da medida da pena, por forma a incrementar, como é prioritário, uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão da corrupção, incluindo a adequação e efetividade da punição.

Ora, tem sido detetado um problema, comum a outros países europeus, que se prende com a qualidade do legislador penal<sup>9</sup>, que deve aqui ser enfrentado, dado que, nas sentidas dificuldades e insuficiências do legislador penal, tem-se situado a incapacidade ou relutância em revisitar os diplomas penais, designadamente o Código Penal, na reavaliação das soluções adotadas, à luz dos resultados alcançados, o que ocasiona dificuldades de monta no procedimento da determinação da pena, influenciado, desde logo, pela construção das molduras abstratas, dentro das quais a medida concreta da pena é definida, o seu número e a sua amplitude<sup>10</sup>,

---

14 de dezembro de 2020, subordinado ao tema *Pena + Humana, o sentido e a aplicação da pena*, em publicação na *Revista do Ministério Público*.

<sup>7</sup> Como refere NESTOR KOURAKIS, *Aplicação das Penas e Direitos Humanos*, estudo apresentado e discutido em 20 de novembro de 2006 no curso internacional de criminologia organizado em Atenas pela Sociedade Internacional de Criminologia, a Fundação Marangopoulos para os direitos do homem e a Sociedade Helénica de Criminologia.

<sup>8</sup> Aludi também à percepção de que o sistema de tímida *césure* existente no nosso sistema processual, designadamente nos artigos 369.º a 371.º do CPP, que destaca a questão da determinação da sanção aplicável da questão da determinação da culpabilidade do agente, se bem que ocasionalmente afirmada, como se pode ver no Acórdão do STJ de 18-12-2008, Proc. n.º 08P2816, que relatei, não se mostra suficientemente interiorizado e capaz de obstar às deficiências que visava colmatar.

<sup>9</sup> A que se referem, *v.g.*, GOMES CANOTILHO, «Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, Coimbra: BFDUC, 1984, pp. 827 e ss., e PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Crimes & Penas*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 67, NESTOR KOURAKIS, *loc. cit.*, e o meu texto «*Pena, juiz, legislador e jurisprudência. Alguns problemas*», já mencionado.

<sup>10</sup> Tomando como exemplo a Secção I – Da corrupção, do Capítulo IV Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas, do Título V Dos crimes contra o Estado, em que 6 crimes geram 11 molduras, com limites mínimos de 30 dias, 37 dias, 40 dias, 1 ano, 1 ano e 3 meses, 1 ano e 4 meses, cujas proximidades não são fáceis de compreender, como não é fácil de compreender as relações com os respetivos máximos, de excessiva amplitude, como seja de 1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses, uma pena de 1 a 5 anos de prisão quando se prevê uma pena de prisão de 40 dias a 6 anos e 8 meses ou multa de 13 a 800 dias, não se compreendendo que critério terá estado na base desta previsão de alternativa pela pena de multa numa pena mais grave.

o uso inadequado, a meu ver, dos limites mínimos<sup>11</sup>, os modelos de agravação e ainda a vaguidade e falta de hierarquização dos critérios de determinação da pena concreta<sup>12</sup>.

Mas estes elementos condicionam a determinação, a aplicação das penas, quer em primeira instância, quer em recurso, sabido que a jurisprudência dos Tribunais

| Moldura                                                        | Crime                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Prisão de 30 dias a 3 anos ou multa de 10 a 360 dias           | – Artigo 372.º, n.º 2 – Recebimento indevido de vantagem;<br>– Artigo 374.º, n.º 2 – Corrupção ativa                                                                                                                                                                                                   |
| Prisão de 30 dias a 5 anos ou multa de 10 a 600 dias           | – Artigo 372.º, n.º 1 – Recebimento indevido de vantagem                                                                                                                                                                                                                                               |
| 37 dias a 3 anos e 9 meses ou multa de 12 a 450 dias           | – Artigo 372.º, n.º 2/ Artigo 374.º-A, n.º 1 – Recebimento indevido de vantagem;<br>– Artigo 374.º, n.º 2/ Artigo 374.º-A, n.º 1 – Corrupção ativa                                                                                                                                                     |
| 37 dias a 6 anos e 3 meses ou multa de 12 a 750 dias           | – Artigo 372.º, n.º 1/ Artigo 374.º-A – Recebimento indevido de vantagem                                                                                                                                                                                                                               |
| Prisão de 40 dias a 4 anos ou multa de 13 a 480 dias           | – Artigo 372.º, n.º 2/ Artigo 374.º-A, n.º 2 – Recebimento indevido de vantagem<br>– Artigo 374.º, n.º 2/ Artigo 374.º-A, n.º 2 – Corrupção ativa<br>– Artigo 372.º, n.º 2/ Artigo 374.º-A, n.º 4 – Recebimento indevido de vantagem<br>– Artigo 374.º, n.º 2/ Artigo 374.º-A, n.º 4 – Corrupção ativa |
| Prisão de 40 dias a 6 anos e 8 meses ou multa de 13 a 800 dias | – Artigo 372.º, n.º 1/ Artigo 374.º-A, n.º 2 – Recebimento indevido de vantagem<br>– Artigo 372.º, n.º 1/ Artigo 374.º-A, n.º 4 – Recebimento indevido de vantagem                                                                                                                                     |
| Prisão de 1 a 5 anos                                           | – Artigo 373.º, n.º 2 – Corrupção passiva<br>– Artigo 374.º, n.º 1 – Corrupção ativa                                                                                                                                                                                                                   |
| Prisão de 1 a 8 anos                                           | – Artigo 373.º, n.º 1 – Corrupção passiva                                                                                                                                                                                                                                                              |
| De 1 ano e 3 meses a 6 anos e 3 meses                          | – Artigo 373.º, n.º 2/ Artigo 374.º-A, n.º 1 – Corrupção passiva<br>– Artigo 374.º, n.º 1/ Artigo 374.º-A, n.º 1 – Corrupção ativa                                                                                                                                                                     |
| De 1 ano e 3 meses a 10 anos                                   | – Artigo 373.º, n.º 1/ Artigo 374.º-A, n.º 1 – Corrupção passiva                                                                                                                                                                                                                                       |
| Prisão de 1 ano e 4 meses a 6 anos e 8 meses                   | – Artigo 373.º, n.º 2/ Artigo 374.º-A, n.º 2 – Corrupção passiva<br>– Artigo 374.º, n.º 1/ Artigo 374.º-A, n.º 2 – Corrupção ativa<br>– Artigo 373.º, n.º 2/ Artigo 374.º-A, n.º 4 – Corrupção passiva<br>– Artigo 374.º, n.º 1/ Artigo 374.º-A, n.º 4 – Corrupção ativa                               |
| Prisão de 1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses                  | – Artigo 373.º, n.º 1/ Artigo 374.º-A, n.º 2 – Corrupção passiva<br>– Artigo 373.º, n.º 1/ Artigo 374.º-A, n.º 4 – Corrupção passiva                                                                                                                                                                   |

<sup>11</sup> Importaria estabelecer, compreender e realçar o papel dos limites mínimos das molduras penais, das relações entre os limites, da harmonização a implementar depois, a bem de uma maior coerência na aplicação das penas, através de uma correcção das assimetrias e falta de proporcionalidade que se encontra nas molduras penais atualmente oferecidas ao julgador.

<sup>12</sup> No nosso caso, está-se perante fatores que são muito abertos, como se vê da enumeração do n.º 2 do artigo 71.º, de detalhe e especificação insuficiente; não auxilia particularmente o juiz, na tomada de decisão, o saber que a gravidade do facto e a personalidade do culpado devem ser atendidos, se esses critérios são citados de forma geral ou indefinida, sem qualquer *hierarquia*, *método* ou *técnica* que permita eliminar as contradições que contêm.



Superiores se reveste de grande importância na desejável promoção da coerência na aplicação das penas, reagindo contra as disparidades injustificadas das mesmas, ao promover a igualdade na aplicação da lei penal, a equidade, a proporcionalidade, a previsibilidade e a prevenção geral, visados também especialmente no domínio em que nos situamos.

Daí que a intervenção legislativa que se sugere<sup>13</sup>, e o desenvolvimento de estudos de *sentencing* e de mecanismos como *as penas habitualmente aplicadas*<sup>14</sup> ou as *sentencing guidelines*<sup>15</sup>, que, no entanto, não tem sido devidamente preenchido, o que é urgente que aconteça.

Só desta forma os recursos poderão garantir o cumprimento da tarefa que o sistema penal lhes atribui, também no domínio da ENCC, sendo certo que a prioridade de produzir e divulgar periodicamente informação fiável sobre o fenómeno da corrupção deve abranger a referente à adequação e efetividade da punição.

#### IV. Recurso das decisões, referentes às provas e meios de prova, tomadas durante o inquérito. Regime de subida e efeito

Sendo interposto recurso de decisões do juiz de instrução, tomadas durante o inquérito, referentes às provas e meios de prova, a prioridade «melhorar os tempos de resposta do sistema judicial» incluída na prioridade mais ampla de «garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão da corrupção» justificaria o repensar do regime e momento de subida de tais recursos, em ordem a obter o mais rapidamente possível uma decisão do Tribunal Superior, mais habilitado para se pronunciar sobre a questão controvertida, que se pode vir a mostrar crucial no destino do processo.

Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 406.º, sobem nos próprios autos os recursos interpostos de decisões que ponham termo à causa e os que com aqueles

<sup>13</sup> Que exige um estudo sério e aprofundado da atuação do legislador na sua função complementar de definição dos limites mínimos e máximos abstratos das penas, e da amplitude das molduras penais, nomeadamente no sentido de se saber em que medida acolhe os princípios constitucionais de justiça, da proporcionalidade, adequação e necessidade ou contribui para a disparidade e incoerência na aplicação das penas.

<sup>14</sup> No domínio do combate às disparidades injustificadas na aplicação das penas tem sido também recomendada a consideração às penas habitualmente aplicadas a cada crime pelos Tribunais, na sequência, aliás, do 8.º Colóquio Criminológico de 1987 do Conselho da Europa (cfr. MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, *Coerência na Aplicação da Penas*, Lisboa: Rei dos Livros, 2018), o que já foi objeto de estudos empíricos no que se refere aos «correios de droga» e à pena única em concurso de crimes, a partir da prática judiciária do Supremo Tribunal de Justiça, já publicados, com resultados promissores (cfr. JOÃO SIMAS SANTOS, «Moldura penal abstrata e medida concreta da pena: estudo empírico de prática judiciária, quanto aos correios de droga», TATIANA SEVERINO, «Pena única no concurso de crimes: um estudo em *sentencing*», em *Estudos em sentencing*, Maia: Edições ISMAI, 2018).

<sup>15</sup> As *sentencing guidelines*, como são utilizadas no ordenamento jurídico-penal inglês, pela sua potencialidade de introdução de maior rigor e racionalidade da decisão judicial de determinação da pena, podem revelar-se instrumentos jurídicos importantes na construção de um novo modelo integral, racional e coerente de medida da pena, estando neste momento envolvido o JUSCRIM, integrante do Centro de Investigação JUSGOV da Universidade do Minho no projeto JUSGUIDE, já apresentado, e que visa a criação, entre nós, de *sentencing guidelines* que podem dirigir-se ao universo dos crimes de corrupção.

deverem subir (n.º 1), e sobem em separado os recursos não referidos no número anterior que deverem subir imediatamente (n.º 2).

E, segundo o artigo 407.º, sobem imediatamente os recursos cuja retenção os tornaria absolutamente inúteis (n.º 1)<sup>16</sup> e também sobem imediatamente os recursos interpostos: (a) de decisões que ponham termo à causa; (b) de decisões posteriores às decisões que ponham termo à causa; (c) de decisões que apliquem ou mantenham medidas de coacção ou de garantia patrimonial, nos termos do CPP; (d) de decisões que condenem no pagamento de quaisquer importâncias, nos termos do CPP; (e) de despacho em que o juiz não reconhecer impedimento contra si deduzido; (f) de despacho que recusar ao Ministério Público legitimidade para a prossecução do processo; (g) de despacho que não admitir a constituição de assistente ou a intervenção de parte civil; (h) de despacho que indeferir o requerimento para a abertura de instrução; (i) da decisão instrutória, sem prejuízo do disposto no artigo 310.º; (j) de despacho que indeferir requerimento de submissão de arguido suspeito de anomalia mental à perícia respetiva; (k) de despacho proferido ao abrigo do disposto nos n.ºs 2, 3 e 5 do artigo 328.º-A (n.º 2).

Ora, em ordem a que a Relação competente se pudesse pronunciar sobre a questão suscitada em recurso e importante no contexto do processo em causa, clarificando, o mais rapidamente possível, problemas que contendem com a validade da prova recolhida, deveria ponderar-se a inclusão dos recursos das decisões que se referiram no n.º 2 do artigo 407.º, o que significaria que eles subiriam imediatamente e em separado, com efeito meramente devolutivo.

Esta solução iria, aliás, ao encontro das razões avançadas no texto do Acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 7/2004, já citado: «[a] subida imediata com efeito devolutivo anteciparia a decisão dos recursos interlocutórios sem atrasar a fase de julgamento, com a vantagem de, nos casos de recurso da decisão final do tribunal coletivo para o Supremo Tribunal de Justiça, a apreciação desses recursos caber então, como deve, às Relações».

## V. Instrução<sup>17</sup>, recurso da decisão instrutória. Nulidades

O artigo 310.º do CPP, na redação dada pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, dispunha:

<sup>16</sup> (1) – Para que se justifique a subida imediata dos recursos, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 407.º do CPP, é necessário que haja uma situação de absoluta inutilidade do recurso retido, isto é, que o recurso, mesmo que venha a ser provido, já não possa ter qualquer efeito útil na marcha do processo e que esta inutilidade seja causada pela sua retenção. (2) – Não está nesta situação o recurso interposto de despacho que desatendeu nulidade/irregularidade invocada pela arguida e relativa à ausência de especificação no mandado de busca do modo como a informação acerca do local buscado foi obtida pelos órgãos de polícia criminal e, ainda, a nulidade/irregularidade alegadamente resultante da apreensão de documentação de sociedades não residentes cujas designações não constam do despacho que ordenou a realização das buscas em arquivo bancário (Ac. TRL de 8-10-2009, CJ, T4, p. 138).

Os recursos cuja retenção os torna absolutamente inúteis são apenas aqueles cujo efeito não mais poderá ser obtido, ainda que revogada a decisão sob recurso. (Decisão do Vice-Presidente da Relação de Lisboa de 4/06/2015, proc. n.º 121/08.1TELSB.J.L1-9).

<sup>17</sup> Seja-me permitida aqui uma brevíssima nota marginal à matéria do capítulo e que se reporta à inexistência de uma referência clara na ENCC à forma como decorre, em geral, a instrução nos casos de corrupção, designadamente quanto à duração, não obstante ser de 4 meses o prazo

«1 – A decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público é irrecurável e determina a remessa imediata dos autos ao tribunal competente para o julgamento.

2 – É recorável o despacho que indeferir a arguição da nulidade cominada no artigo anterior.»

Tendo-se discutido se era recorável o mesmo despacho na parte relativa à apreciação de nulidades e outras questões prévias ou incidentais, o «Assento» do STJ n.º 6/2000, de 19.01.2000<sup>18</sup>, decidiu que: «a decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público é recorável na parte respeitante à matéria relativa às nulidades arguidas no decurso do inquérito ou da instrução e às demais questões prévias ou incidentais».

No entanto, na sequência dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 216/99 e 387/99 que julgaram não inconstitucionais as normas dos artigos 308.º, n.º 3, e 310.º, n.º 1, na interpretação segundo a qual eram irrecuráveis, à luz da redacção originária, as decisões sobre as questões prévias ou incidentais constantes do despacho de pronúncia, a Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, veio alterar o transcrito artigo 310.º, dispondo em sentido oposto.

Em resultado de tal alteração legislativa, passou o artigo 310.º a dispor o seguinte:

«1 – A decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, formulada nos termos do artigo 283.º ou do n.º 4 do artigo 285.º, é irrecurável, mesmo na parte em que apreciar nulidades e outras questões prévias ou incidentais, e determina a remessa imediata dos autos ao tribunal competente para o julgamento.

2 – O disposto no número anterior não prejudica a competência do tribunal de julgamento para excluir provas proibidas.

3 – É recorável o despacho que indeferir a arguição da nulidade cominada no artigo anterior.»

Daí que tenha sido considerado<sup>19</sup> *caduco* o mencionado «assento» e se se considerasse dever-se entender reflexamente *caduco* o Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 7/2004 do Supremo Tribunal de Justiça, de 21.10.2004<sup>20</sup>: «sobre imediatamente o recurso da parte da decisão instrutória respeitante às nulidades arguidas no decurso do inquérito ou da instrução e às demais questões prévias e incidentais, mesmo que o arguido seja pronunciado pelos factos constantes da acusação do Ministério Público», sem ter a nova solução legal, embora mais restritiva dos direitos de defesa, como comportando um sacrifício insuportável dos mesmos, com infracção do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição. Uma vez que a lei expressamente dispôs, no novo n.º 2, que o juiz de julgamento tem competência para «excluir» provas proibidas, ainda

---

máximo da sua duração (artigo 306.º) e haver neste momento casos pendentes que já ultrapassam 3 anos e meio. Veja-se, a propósito, o actualíssimo e oportuno artigo de ANTÓNIO BERNARDO COLAÇO, «A fase de instrução criminal em crise», *Revista do Ministério Público*, n.º 164, pp. 113-124.

<sup>18</sup> Publicado no DR, IS-A, de 7.03.2000.

<sup>19</sup> MAIA COSTA, *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 1026.

<sup>20</sup> Publicado no DR, IS-A, de 2.12.2004.

que elas tenham sido validadas na decisão instrutória. E que essa decisão não forma caso julgado sobre as questões relacionadas com a responsabilidade penal do arguido, questões essas que o juiz de julgamento deve sempre apreciar<sup>21</sup>.

Já PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>22</sup>, que acompanho, entende não ser esta a boa doutrina constitucional, dado que a «nova regra legal encurta de maneira inadmissível as garantias da defesa e, em particular o direito de recurso, quando o juiz de instrução indefira nulidades ou questões prévias ou incidentais que obstem ao conhecimento do mérito da causa, como, por exemplo, a excepção do caso julgado, a amnistia do crime ou a prescrição do procedimento criminal». Envolvendo a irrecorribilidade do despacho de pronúncia, a impossibilidade da decisão nele contida que indeferiu questões desta natureza ser impugnada, prejudica irremediavelmente a situação processual do arguido, não podendo este tornar a colocar a questão na fase de julgamento. «O exemplo do caso submetido ao acórdão do TC n.º 216/90 é significativo: o arguido viu indeferido o seu requerimento de nulidade das escutas telefónicas pelo despacho instrutório e, porque se tratava de uma pronúncia, ficou sem qualquer meio de reacção contra o dito indeferimento, que entretanto fez caso julgado formal. O art. 310.º, n.º 1, é inconstitucional, por violar o art. 32.º, n.º 1, da CRP, na medida em que prevê a irrecorribilidade do despacho de pronúncia pelos factos da acusação pública que indefira nulidades ou questões prévias ou incidentais que obstem ao conhecimento do mérito da causa.»<sup>23</sup>

O atual n.º 2, ao prescrever que, não obstante o teor do n.º 1, o tribunal de julgamento é competente excluir provas proibidas, não só não evita a falada inconstitucionalidade, como refere PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>24</sup>, como cria uma outra entorse. Dele resulta, com efeito, que se o juiz de instrução excluir uma prova proibida no despacho instrutório, o juiz de julgamento já não a pode «incluir» entre as provas válidas produzidas na audiência, pois a decisão do juiz de instrução fica abrangida pelo caso julgado formado sobre o despacho de pronúncia que confirma os factos da acusação pública e a questão já não pode ser colocada de novo na fase de julgamento<sup>25</sup>. Mas o mesmo não acontece, sem qualquer razão objetiva e racional, no caso contrário. Ou seja, se o juiz de instrução considerar válida uma prova e não a «excluir», o juiz do julgamento já pode rever essa decisão e «excluir» essa mesma prova, cuja validade tenha sido apreciada pelo juiz de instrução, por não ser essa decisão definitiva, com base no disposto no n.º 2 do artigo 310.º «Esta solução é refratária a toda a teoria do caso julgado formal e viola esta garantia constitucional (ver anotação aos arts. 277.º e 375.º e NOTA PRÉVIA ao art. 399.º). Em síntese, uma má solução quanto à irrecorribilidade do despacho instrutório que conhece de nulidades e questões

<sup>21</sup> Ver, neste sentido, NUNO BRANDÃO, «A nova face da instrução», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18.º, n.ºs 2-3, p. 239.

<sup>22</sup> *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 4.ª Ed., pp. 808-809.

<sup>23</sup> O que levaria à desaplicação da norma inconstitucional e à admissão do recurso a subir de imediato, em separado e com efeito meramente devolutivo [artigos 406.º, n.º 2, 407.º, n.ºs 1 e 2, alínea i), e 408.º, *a contrario*], no sentido da jurisprudência do acórdão uniformizador do STJ n.º 7/2004.

<sup>24</sup> *Loc. cit.*

<sup>25</sup> Assim, também o arguido pode ser irremediavelmente prejudicado pela decisão (irrecorrível) do juiz de instrução de exclusão de provas proibidas tomada no despacho instrutório de pronúncia.

prévias ou incidentais que conduziu em linha reta a uma solução extravagante de um dos problemas por ela criados.»

Mas, não só por esta ordem de considerações merece ser ponderada uma intervenção legislativa no artigo 310.º, no sentido da reversão da intervenção efetuada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

A problemática que vimos abordando não se limita às provas proibidas, incluindo outras nulidades e questões prévias ou incidentais, tanto ou mais relevantes, como sejam, *v.g.*, as decisões do juiz de instrução tomadas sobre, nomeadamente, a excepção do caso julgado, a amnistia do crime ou a prescrição do procedimento criminal, que respeitam à subsistência da pretensão punitiva do Estado, que não se compreende que não sejam recorríveis no caso de terem sido tomadas no despacho de pronúncia<sup>26</sup>. Segundo, porque também o arguido pode ser irremediavelmente prejudicado pela decisão (irrecorrível) do juiz de instrução de exclusão de provas proibidas tomada no despacho instrutório de pronúncia.

A exclusão de uma prova apresentada pela defesa, com fundamento em ser a mesma proibida, nos termos do artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, ficaria sem qualquer controlo do tribunal superior no que se restringiria de modo inadmissível as garantias de defesa, incluindo o direito de recurso, não obstante o disposto no n.º 2 do artigo 310.º

Dá notícia PINTO DE ALBUQUERQUE que<sup>27</sup>: «o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre esta questão nos Acs. n.º 387/2008, n.º 95/2009 e n.º 247/2009, concluindo que a decisão de pronúncia que incide sobre nulidades e questões prévias não forma caso julgado formal sobre elas. O argumento invocado é o que resulta do disposto no artigo 311.º, n.º 1<sup>28</sup>, por contraposição com o disposto nos artigos 338.º, n.º 1, e 368.º, n.º 1, que o juiz pode conhecer, aquando do recebimento da pronúncia, de nulidades e questões prévias “sem qualquer limitação”, concluindo-se por isso, que não se forma caso formal sobre elas. Esta argumentação é improcedente por duas ordens de razões. Primeiro: o argumento do Tribunal Constitucional leva em linha recta a conclusões práticas inadmissíveis. Se o juiz de julgamento pode, aquando do recebimento da acusação ou da pronúncia, conhecer “sem limitações” de nulidades e questões prévias, poderá então revogar todas as decisões transitadas em julgadas no processo até então! Mesmo aquelas que tenham transitado em julgado, por o despacho do juiz de instrução ter sido confirmado pelo Tribunal da Relação! Segundo: a conclusão do Tribunal Constitucional supõe que o CPP impõe uma tomada de decisões inúteis. A pergunta é simples: para que serve então a decisão do juiz de instrução que conhece de nulidades e questões prévias? Se ela não faz caso julgado formal, nem quando inclui nem quando exclui provas nulas, para que serve essa decisão? É patente a ilogicidade da solução legal que impõe ao juiz que tome uma decisão sobre nulidades e questões prévias ou incidentais que não tem qualquer

<sup>26</sup> Para além do Autor citado, também NUNO BRANDÃO, *loc. cit.*, conclui que a decisão sobre questões que podem contender com a afirmação da responsabilidade criminal, como a amnistia e a prescrição do procedimento criminal, não forma caso julgado formal, porque a decisão do juiz que se debruce sobre estas questões é irrecorrível «e como tal não pode assumir carácter definitivo».

<sup>27</sup> *Ob. cit.*, p. 809.

<sup>28</sup> Note-se, no entanto, que o artigo 311.º, n.º 1, permite a sindicância das nulidades e questões prévias e incidentais pelo juiz de julgamento, mesmo no caso de ter havido instrução, quando a nulidade ou questão prévia ou incidental (incluindo a proibição de prova) não tenha sido expressamente conhecida no despacho instrutório, sendo esta a *ratio legis*.

valor jurídico! A menos que se entenda que a instrução é um mero formalismo sem valor constitucional intrínseco, podendo o legislador prescindir dela de uma vez por todas»<sup>29</sup>.

## V. Em conclusão

Há um déficit de colegialidade na composição dos Tribunais Superiores, em conferência e audiência, especialmente penalizador da apreciação de recursos de facto, com implicações constitucionais, resultante das alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, cuja reversão importaria ponderar.

O mesmo devendo acontecer, a meu ver, em relação ao artigo 310.º do mesmo diploma, quanto à admissibilidade de recurso das decisões sobre nulidades, questões prévias ou incidentais, tomadas na decisão instrutória, também aqui revertendo a intervenção efetuada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

Devem ser admitidos a subir imediatamente, em separado, e com efeito meramente devolutivo, os recursos das decisões que respeitem à validade das provas, tomadas no decurso do inquérito.

A adequada determinação da medida da pena, e o seu reexame pelos Tribunais Superiores pressupõem a ponderação de análise crítica da legislação sobre as molduras penais, amplitude e limites mínimos, modos de agravação e atenuação, *v.g.*, na lei dos crimes de responsabilidade, e critérios de determinação da pena, bem como de mecanismos que promovam a coerência na sua aplicação, amplificando a acção dos Tribunais Superiores.

---

<sup>29</sup> Acrescentaria, ainda, que se trata aqui de *obter dictum*, a partir de direito ordinário, e não de argumentos de natureza constitucional que tenham valor reforçado perante os tribunais judiciais.





## **CAPÍTULO VII**

# **REFORMA DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO**



## O binómio DCIAP/TCIC

José António Barreiros

Sumário:

- I. Um tema com limites
- II. O TCIC enquanto tribunal privativo do DCIAP
- III. A geração da própria competência
- IV. A permanência como valor
- V. A lógica da adesão
- VI. Cultura dos megaprocessos
- VII. O TCIC na Estratégia Nacional Anticorrupção
- VIII. Preliminares da Grande Instância Criminal Económica

**RESUMO:** Encarados como um binómio, o DCIAP é tribunal de instrução privativo do TCIC. A experiência tornou questionáveis o modo como é alcançada e conservada a respectiva competência, a cultura dos megaprocessos, a osmose de perspectivas entre ambos visível nos momentos decisórios judiciais, a concentração em um mesmo juiz das competências para o inquérito e instrução, a permanência em funções, enfim a fulanização, enfim, tudo isto ser preparatório de uma Grande Instância Criminal Económica, em suma, uma justiça que de especializada arrisca tornar-se especial.

### I. Um tema com limites

Sei dos limites do tema, ao entrelaçar o DCIAP/TCIC como matéria de reflexão no quadro do combate à corrupção, e sei que poderia evitá-lo porque controverso e incómodo.

Logo o primeiro, a minha condição de advogado, interveniente com alguma frequência junto daquelas entidades e sujeito, desde logo, à dúvida quanto à isenção que colocarei no que for a minha posição.

Segundo, o risco de o que exprima como comentário ou sugestão relativamente a estes organismos ser tomado como apreciação pessoal sobre aqueles que neles actuam, uma avaliação *ad hominem*, censuratória ou laudatória, mas em qualquer caso, parcial.

Em terceiro lugar, porque o debate público sobre a matéria está actualmente condicionado.

Num universo em que tudo no mundo se tornou quantitativo, mensurável e em sistemático concurso de prevalências, estas entidades acabaram por surgir como seres superlativos relativamente às demais instituições com funções homólogas, pois que colocadas num *podium* valorativo de estrelato: tal resulta, seguramente, do tipo de processos que lhes estão confiados, mas tal decorre também em face das decisões que ali são proferidas, isto mesmo que todos os seus autores se mantivessem na zona penumbrosa inerente ao dever de reserva.

Mas não se trata só da super-hominização das personagens humanas que servem estes organismos, o DCIAP e o TCIC, mas também estarem fulanizadas as respectivas decisões, não em função da avaliação do mérito dos casos sujeitos ao inquérito ou à instrução que por ali corram, mas, dando expressão a uma visão concorrencial dos sujeitos, e a um ângulo maniqueísta de encarar o fruto do seu trabalho, por sistema, apto a gerar notícias e a entrarem no mercado do escândalo e da controvérsia pública.

Tudo isto decorre da prevalência, numa sociedade que se tornou a sociedade do espectáculo, do conceito de «processos mediáticos» como etiqueta sociocomunicacional relativamente aos casos que os meios de comunicação de massa escolhem como sendo aqueles que devem ter essa marca distintiva e onde as redes sociais se tornam câmara de amplificação.

Não sendo categoria jurídica, a noção de «processo mediático» tornou-se realidade processual, por se prestar a contaminar o modo como cada um dos intervenientes processuais passa a pressentir as suas funções, como se em permanente vigilância ante o olhar público, como se em necessidade de antecipar o que possa ser a perspectiva que sob o caso se forme no espaço mediático, e conformar-se com a expectativa sobre as decisões que venham a ser proferidas.

Facto é que o tema não pode ser configurado sem o enquadramento contextual quanto ao modo como estas entidades são sentidas e avaliadas, não só no espaço mediático, mas no próprio universo do sistema de justiça e seus actores, o que amiúde sucede no quadro de uma crescente «cavalgada populista», que é doença viral dos nossos dias inclusivamente no sector jurídico e precisamente no tema da corrupção.

Posto o contexto, entremos no tema, todo ele um complexo de zonas problemáticas, não sem esta nota: a dimensão assinalada a esta comunicação e a circunstância de trazer opinião minha procurada no que me convence sem comprometer outros afastaram a menção a referências que dariam ao autor nota de erudição e seguramente obnubilariam a imperfeição do escrito.

## II. O TCIC enquanto tribunal privativo do DCIAP

Não é viável encarar *de per si* o DCIAP (criado pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto) ou o TCIC (criado pela Lei 3/99, de 13 de Janeiro), tal é a simbiose que hoje os aglutina, não apenas a nível das respectivas competências, como no que refere ao modo indissociável da sua articulação.

Dessa simbiose decorre a circunstância de o TCIC se ter tornado o Tribunal privativo do DCIAP, pelo paralelismo essencial de competências de ambas as entidades, e, por outro lado, daí resulta um peculiar sistema de aquisição e manutenção da competência do TCIC, a partir da iniciativa que o DCIAP entenda tomar nesse sentido, logo na fase de inquérito.

Vendo a competência legal do DCIAP, nota-se que a mesma decorre da justaposição de critérios materiais abstractos (o catálogo de crimes previsto no n.º 1 do artigo 58.º da Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto), territoriais («desde que este [crime] ocorra em comarcas pertencentes a diversas procuradorias-gerais regionais» ou «dispersão territorial», n.ºs 2 e 3 da citada lei), mas também de razões específicas, estas resultantes de despacho do Procurador-Geral da República (n.º 3) que atribua àquele Departamento Central competência para assegurar a investigação de processos que,

pelas regras comuns de competência, estariam a cargo de outros serviços do Ministério Público.

Em termos mais rigorosos, trata-se de uma competência diferenciada, consoante seja para «coordenar a direcção da investigação» (n.º 1), «dirigir o inquérito e exercer a acção penal» (n.º 2), ou para as «acções de prevenção» (n.º 3).

Note-se que, do ponto de vista do próprio DCIAP, a competência que a lei lhe atribui não é tida por conveniente, como decorre do relatório deste organismo respeitante a 2017:

«Importa saber se alguns dos crimes elencados nas alíneas do art. 47.º n.º 1 devem ser objeto de eliminação (*v.g.*, insolvência dolosa) ou aditada a competência para a investigação de outros (*v.g.*, tráfico de pessoas, tráfico internacional de armas, crimes conexos ao de corrupção, crimes de mercado). Por outro lado, seria de ponderar se, em relação a certos crimes (*v.g.*, organização terrorista e terrorismo ou “tráfico de pessoas”) e independentemente da “dispersão territorial” [cf. art. 47.º, n.º 3, al. *a*)], deveria ou não ser estabelecida, sempre, a competência do DCIAP para a direcção do inquérito.»

Ante a competência atribuída ao TCIC, face ao estatuído nos artigos 116.º e 120.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei 62/2013, de 26 de agosto), verifica-se haver, efectivamente, um tendencial paralelismo com a do DCIAP.

Em rigor, não se trata de paralelismo perfeito, porquanto há zonas de atribuição de competência ao DCIAP (por exemplo os crimes de mercado de valores mobiliários), que não encontram expressão no catálogo dos que integram a competência do TCIC.

A somar a este paralelismo imperfeito, verifica-se que, ante o desenho legal, há uma área de competência natural do TCIC, até por contraposição à dos demais órgãos judiciais instrutórios, os juízos de instrução criminal.

A competência atribuída ao TCIC é a exteriorização de «casos especiais de competência», como decorre da epígrafe do citado artigo 120.º, sendo que o mesmo preceito dispõe quanto o que seja a competência dos juízos de instrução criminal (n.ºs 2 a 5).

A competência material do TCIC decorre da verificação cumulativa de critérios determinantes de competência territorial («actividade criminosa ocorrer em comarcas pertencentes a diferentes tribunais da Relação», n.º 1 do artigo 120.º, em contraponto com o n.º 2 do mesmo preceito) e de competência material (o catálogo de crimes enunciados no mencionado n.º 1).

Sendo este o modelo legal, verificam-se, porém, algumas particularidades que ditam os temas controversos que têm estado presentes quanto a este tópico.

Por um lado, a competência do DCIAP verifica-se, numa das suas vertentes, ante «infracções económico financeiras» (conceito aberto e assim apto a ser interpretado extensivamente), enquanto sejam «cometidas de forma organizada, nomeadamente com recurso à tecnologia informática» [alínea *k*] do n.º 1 do artigo 58.º do Estatuto do



Ministério Público] ou revistam «dimensão internacional ou transnacional» [alínea l)], o que é transposto para o TCIC [nas alíneas j) e k) do n.º 1 do artigo 120.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário], pelo que desta forma é facultada uma margem de discricionariedade na aquisição de competência por ambas as entidades.

Conceito aberto aquele, em minha opinião, que não pode ser preenchido pela ponderação do catálogo de crimes que se acha tipificado na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, pois não existe nesta um enunciado tipificado de crimes que, com exclusão de outros, integrem a aludida noção, antes a mesma prevê crimes que nada têm que ver com tal universo criminal.

Por outro, vinha sendo consentida ao TCIC a assunção de competência por aceitação, quando aquele tribunal, requerido pelo DCIAP para a prática de um acto jurisdicional específico, ao ter aceitado a competência material para intervir nesse acto em fase de inquérito, ficaria investido com competência para a fase de instrução que viesse a ocorrer.

Aceitação que, a não ser então questionada, geraria caso julgado formal (assim o entendeu o Acórdão da Relação de Coimbra, proferido a 28.01.2015, publicado na DGSJ).

Ou seja, no fundo, uma situação de manutenção de competência ou, como veremos adiante, de suposta prorrogação de competência.

E isso sucederia, quer em face da competência que o DCIAP tem por via de critérios abstractos previstos na lei, quer em resultado da competência adquirida por lhe ser atribuída por despacho do Procurador-Geral da República.

E mais: essa manutenção de competência verificava-se mesmo quando, terminado o inquérito, o tipo de ilícito que determinara a competência do TCIC não tivesse sido acolhido na acusação, posta em crise pela fase de instrução, ou tivesse desaparecido com a acusação o requisito da dispersão territorial que, como se viu, é condição de formação da competência do DCIAP e do TCIC.

Tema polémico, acabaria por ser decidido, em sede de uniformização de jurisprudência, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2017 (*Diário da República*, I, de 17.03.2017), segundo o qual (e em face dos preceitos então vigentes) determinou que:

«Competindo ao Tribunal Central de Instrução Criminal proceder a actos jurisdicionais no inquérito instaurado no Departamento Central de Investigação Criminal para investigação de crimes elencados no artigo 47.º, n.º 1, da Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro (Estatuto do Ministério Público), por força do artigo 80.º, n.º 1, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, essa competência não se mantém para proceder à fase de instrução no caso de, na acusação ali deduzida ou no requerimento de abertura de instrução, não serem imputados ao arguido qualquer um daqueles crimes ou não se verificar qualquer dispersão territorial da actividade criminosa.»

E daí que ganhe sentido o estatuído, por exemplo, e de modo concludente, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido já a 11 de dezembro de 2018, de cujo sumário, publicado na DGSJ consta:

«1 – A competência do DCIAP para a investigação de certo(s) crime(s) não determina a competência do TCIC.

[...].

3 – A prática de um acto jurisdicional na fase de inquérito não fixa a competência do JIC.»

Claro que o entendimento firmado em sede de uniformização de jurisprudência foi alcançado no quadro de uma controvérsia, que se evidencia nos votos de vencido firmados nesse acórdão uniformizador, votos que vieram em socorro da tese da manutenção de competência com fundamentos que, reconduzindo-se a estes argumentos, justificam uma nota de comentário:

-> a existência de uma regra constitucional de proibição de desaforamento, prevista no artigo 32.º, n.º 9, da Lei Fundamental, vedaria a perda de competência, sob pena de lesão ao princípio do juiz natural;

Trata-se, se me é permitido, de argumento que dá como demonstrado aquilo que se encontra para demonstração, porquanto o que está em causa é saber precisamente se a competência assumida para o acto judicial no inquérito se fixa em termos de se propagar para a fase seguinte, a da instrução.

Penso, aliás, não poder apodar-se de «juiz precário», «juiz à la carte», o que, intervindo em sede de acto jurisdicional de inquérito, não tenha, por isso, competência necessariamente adquirida para a fase de instrução, como o fez, em termos deprimentes, um dos votos de vencido, porquanto, do que se trata é evitar a consolidação da competência obtida numa fase do processo, perpetuando-a na fase seguinte.

-> os desenvolvimentos do inquérito confluírem no sentido da competência já fixada;

É argumento relativo, ante a eventualidade de ocorrer situação inversa à referida; além disso, como seu efeito, teríamos a «consolidação» de competência do TCIC determinada em resultado do que fosse gerado para a sua legitimação e *a posteriori*.

-> tratar-se de competência paralela, vistos os enunciados legais onde estão tarifadas as do DCIAP e as do TCIC;

O argumento prova menos do que teria de provar, porquanto, como vimos, trata-se de um paralelismo imperfeito e não de competências convergentes, menos ainda de uma, a do TCIC, que decorra necessariamente de outra, a do DCIAP.

-> haver lógica num princípio de competência unitária, que não permita manipulações arbitrárias como alegadamente seria a da perda de competência;

Ora a manipulação arbitrária pode ocorrer, sim, quando do ponto de contacto inicial do DCIAP e do TCIC, se venha a ganhar assim uma consolidada competência deste tribunal em relação ao demais faseamento até ao julgamento.

-» tratar-se, afinal, de mera prorrogação de competência, com as consequências legais;

Assim considerar, é esquecer que os casos em que tal é possível decorrem de conexão processual e estão tipificados de modo exaustivo no artigo 31.º do CPP.

Ora o tema, se já convoca questões de fundo quanto ao modo como foi configurado – estar em causa a competência do TCIC «por arrastamento» – ganha especial acuidade quando, neste Tribunal, vamos encontrar, a exercer, após a acusação, não um possível outro juiz, por via de distribuição de processos, mas, afinal, o mesmo juiz que interveio no inquérito; mais, quando não existe cláusula geral de impedimento que vede que esse juiz, que se comprometeu em actos jurisdicionais de inquérito, venha a intervir na instrução que tiver lugar.

Eis o que veremos a seguir.

### III. A geração da própria competência

O assunto não ficaria, porém, completo, sem que fosse chamada a capítulo a circunstância de a própria competência do DCIAP poder ser formada assim este adquira para os autos qualquer elemento indiciário do qual decorra a necessária dispersão territorial, o que prenuncia uma forma artificial de a gerar.

Para usar as esclarecedoras palavras de MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS (numa entrevista concedida em 2010), juíza que serviu no TCIC: «é fácil defender que um crime ocorreu em dois distritos para que seja decidido no TCIC».

E também não pode deixar de se convocar, com tema de reflexão neste domínio, que o próprio conceito, ambíguo, e assim inexacto, de «actividade criminosa», que integra o núcleo definatório da competência quer do DCIAP (artigo 58.º, n.º 3, citado) quer do TCIC (artigo 120.º, n.ºs 1 e 2, citado), permite agregar, de modo discricionário, os elementos factuais e probatórios necessários para que essa competência se forme e nisso encontre legitimação.

Vistos estes factores passíveis de integrar a formação da competência, está em causa uma lógica de «captação» para a formação da competência material e funcional, abrindo a porta ao arbitrário para tolerar o conveniente.

A este modo de se gerar competência e de a fazer perdurar, que assim se torna adquirida a partir de um primeiro acto praticado no inquérito, para se propagar à fase seguinte do processo anterior ao julgamento, soma-se a possível unipessoalidade do juiz de instrução, pois poderá ser o mesmo quem fique incumbido, em acumulação, dos actos jurisdicionais do inquérito e também da instrução, a ocorrer esta fase facultativa.

E assim, num só lance, obtém-se, não só extensão de competência do TCIC, mas a possibilidade de ser o mesmo juiz aquele que intervirá nas duas fases do processo, a orientada à averiguação pré-acusatória e a seguinte, que foi pensada pelo legislador para que houvesse um controlo judicial da decisão do Ministério Público em acusar ou ter arquivado o processo.

Fase que, diga-se, se encontra em declínio, análogo ao daquele em se encontrava a instrução contraditória do Código de Processo Penal de 1929 quando o de 1987 foi aprovado, a ponto de haver uma crescente opinião no sentido da sua eliminação, o que terá de ser precedido, creio, da revisão constitucional, concretamente no que se refere ao artigo 32.º, n.º 4, mas, mesmo assim, é o momento constitucional apto a evitar julgamentos inúteis, estigmatizantes e que redundem em absolvição.

Ora segundo este modelo, o juiz de instrução a quem tenham estado cometidos, no TCIC, os actos jurisdicionais do inquérito, e a quem seja atribuída, posteriormente, a direcção da instrução, em termos práticos, julgará nesta segunda fase os actos que praticou na primeira.

E tratando-se de os julgar quando da decisão instrutória, julga-os sem recurso.

A estruturação actual da fase de instrução esvazia-a de controlo por via de recurso, tanto no que se refere aos actos de instrução (artigo 291.º), como no que respeita à decisão instrutória que seja conforme à acusação do Ministério Público (artigo 310.º), e tudo por efeito da Lei n.º 48/2002, de 29 de agosto, que assim reforçou os poderes do Ministério Público, gerando ao juiz de instrução a oportunidade de poder «blindar» a sua decisão com a irrecorribilidade, desde que a acomode ao que o Ministério Público havia determinado ao delimitar aquele objecto como sendo o do processo.

Um tal modo de conceber a competência funcional no TCIC gera, como seu efeito, que, mesmo que seja aumentado o número de juízes que nele servem, tal possibilidade de acumulação de funções e, afinal, de poderes, nas duas fases do processo, será possível, sem que exista impedimento.

Como consequência desta admissibilidade, resulta que tal indesejável acumulação de funções nas duas fases processuais é permitida, mesmo que se trate de um juiz que no inquérito tenha efectuado o interrogatório de arguido e lhe haja aplicado medidas de coacção, determinado e avaliado escutas telefónicas, ou autorizado e tenha presidido a buscas domiciliárias ou bancárias ou a ainda escritórios de advogados, ou seja, juiz que se tenha envolvido em actos processuais que, por um lado, supõem uma aquisição cognitiva da indicição probatória, com a concomitante formação de uma convicção sobre a mesma, e, por outro, implicam a validação da qualificação jurídica dos factos sobre os quais essa convicção se forme.

O sistema é, a meu ver, indefensável, e, sem que seja viável desenvolver aqui o argumento, é minha posição que os artigos 43.º, 308.º, n.ºs 1 e 3, 310.º, n.º 1, e 120.º, n.º 3, todos do CPP, quando prevêem que possa ter competência para intervir como juiz de instrução, na fase de instrução, quem praticou actos jurisdicionais de inquérito cuja invalidade haja sido suscitada pelo arguido para ser conhecida nesta fase, actos seus que assim julgará na decisão instrutória e sem admissibilidade de recurso, violam os artigos 32.º, n.º 1 (direito de defesa e de recurso), n.º 9 (juiz natural), 203.º (independência dos juízes) e 209.º, n.º 4 (tribunais especiais), todos da Constituição da República.

E, no entanto, creio ser possível um modelo alternativo pelo qual, havendo pluralidade de juízes no TCIC, ocorra distribuição de processos que, tendo por ali transitado na fase de inquérito, conheçam agora a fase de instrução, de modo que

não se verifique a intervenção do juiz que já teve intervenção prévia no mesmo: deste modo, a sindicabilidade do que houver ocorrido no inquérito será efectuada por um outro magistrado e não por aquele outro cujos actos podem estar, entretanto, em causa.

#### IV. A permanência como valor

Como se tudo isto já não fosse controverso, soma-se ao sistema o conceito que tem presidido à gestão judiciária, o da possibilidade de assegurar permanência no exercício de funções por parte dos magistrados judiciais que servem o TCIC.

Ida a era do sexénio, como proibição de perpetuação do juiz em certo território, o critério passou a ter liberdade de existência.

Efectivamente, nada obsta a que o TCIC tenha um quadro alargado de juizes, titulares ou auxiliares, em função do volume de processos que lhe incumba processar e de modo a garantir aquela separação que referi.

Mas a tendência tem sido a da admissível singularização do tribunal, quer pela permanência no mesmo em longos períodos com um só juiz, quer, como sucedeu recentemente, pela concentração no mesmo da totalidade dos processos pendentes em acumulação com os que lhe fossem, entretanto, distribuídos.

Isso ficou claro, ante uma deliberação do Conselho Superior da Magistratura, proferida este ano, pela qual se esvaziou o TCIC de juizes que ali serviam e, por outro, ficando o mesmo reduzido a um quadro de dois, e estando um deles em dedicação exclusiva, se atribuiu a outro, em excesso, a totalidade dos demais processos pendentes, bem como aqueles, que, entretanto, foram feitos chegar a tal tribunal.

Esta peculiar concepção em prol da concentração de poderes tem, na perspectiva dos seus defensores, vantagens que, a meu ver, merecem contraponto, nomeadamente:

-» primeira, a noção de que da permanência no cargo decorre capitalização de conhecimentos, oriundos do acumular de informações obtidas pela intervenção em sucessivos processos, nomeadamente naqueles que surgem de desdobramentos de um mesmo núcleo de factos, de um certo elenco comum de pessoas, ou uma certa tipologia tida por idêntica de situações, tratando-se tudo, afinal, de vasos comunicantes que só haveria vantagem em confiar a um mesmo juiz;

Tema é saber se a este acumular de memória não se soma a formação de um pré-juízo, fruto, precisamente, de se considerarem semelhanças onde outros achariam diferenciações, e isso gerar ilações probatórias que possam ser ilusórias e perniciosas nos seus efeitos.

-» segunda, a de que haverá que assegurar, face ao tipo de criminalidade que está em causa, que a mesma seja enfrentada por entidades especializadas, não só ao nível da investigação policial, como também da acusação pública e – eis o ponto – do Tribunal de Instrução Criminal, em termos de concitar profissionais com específica formação não só jurídica – nestas novas fronteiras do crime – como inclusivamente técnica – porquanto referente aos domínios da vida na

qual ela marca presença, em vários azimutes, desde o sector empresarial, ao bancário, deste ao financeiro, incluindo o fiscal, o do mercado de capitais, etc.

Ora a especialização pode ser critério de selecção dos magistrados que sejam providos em tal tribunal, não tem de ser argumento pelo qual, estando adquirida pelos já providos, impeça o acesso a outros que ainda não a tenham por fruto da experiência.

Tudo visto, é-me permitido pôr em dúvida as razões pelas quais o TCIC haja de ser mantido de acordo com o modelo actual, quer no que respeita (i) ao modo como obtém e conserva a sua competência material, (ii) ao quadro de juízes de que está provido e (iii) à admissibilidade de competência funcional cumulativa de um mesmo juiz nas fases de inquérito e instrução.

Pronunciando-se, muito recentemente, sobre o modelo vigente, a Associação Sindical dos Juízes Portugueses (que em 1988 propugnara a criação do TCIC na sequência da entronização do DCIAP), não teve dúvida em afirmar que um tribunal com apenas dois juízes:

«[...] potencia a excessiva exposição, que condiciona a ação e intervenção dos sujeitos processuais e das autoridades de investigação criminal, e a própria ação do tribunal, e afeta a credibilidade e confiança pública na justiça».

Mais, segundo aquela associação:

«[...] o quadro do TCIC comporta o risco de bipolarização e cristalização da jurisprudência que introduzem elementos de previsibilidade da decisão».

E mais ainda, de acordo com a citada fonte:

«[...] não é necessário e pode não ser saudável para o sistema concentrar tanta informação sensível e reservada sobre pessoas e instituições do país num número demasiado reduzido de juízes».

A juntar a isto – e são argumentos poderosos, até pela origem de onde promanam – há que ponderar uma das disfunções desta acumulação de poderes quando adicionada àquela simbiose funcional: ocorrerem decisões judiciais cuja fundamentação se verifica por adesão às promoções do Ministério Público.

## V. A lógica da adesão

Tal poderá ser a decorrência de várias circunstâncias, uma inerente ao excesso de processos a cargo, o que impede uma mais desenvolvida explicitação do conteúdo do analisado, mas pode suceder por uma cultura de arrimo à avaliação efectuada pelo titular da acusação pública, tudo suportado por uma lógica de suposta economia e não evidenciada celeridade processual; em qualquer caso estaremos ante o indesejável.

Paradigmático desta ocorrência, o Acórdão proferido a 24 de Novembro de 2020 pelo Tribunal da Relação de Lisboa e que se encontra na DGSJ, ante uma decisão do TCIC:



«Sobre a fundamentação por remissão para promoção do Ministério Público já se pronunciaram os tribunais por diversas vezes, considerando o Tribunal Constitucional, por exemplo, que a circunstância de a fundamentação da decisão que coloca um arguido em prisão preventiva, proferida por um juiz, remeter para anterior promoção do Ministério Público, não permite, só por si, retirar a conclusão de que ela não traduz uma opção livre, autónoma e independente do seu subscritor, uma vez que o quadro em que é feita a remissão pode revelar que a decisão tomada não deixou de ser o resultado duma ponderação própria.

«Porém, se um despacho assim fundamentado, em matéria de indiscutível relevância para a ora recorrente, se limita a remeter para promoção escassamente fundamentada, não revela que tal remissão haja correspondido ao exercício de uma ponderação própria e autónoma efectuada pelo juiz, exigência de um processo equitativo, pois a adesão acrítica à posição do Ministério Público deixa sem resposta as razões que foram aduzidas pela ora recorrente, pelo que por falta de fundamentação desse despacho, o mesmo está ferido de irregularidade.»

E, em contraponto, num sentido já compreensivo para o questionado tipo de fundamentação, veja-se este outro Acórdão, da mesma Relação, proferido a 14 de outubro de 2020:

«Pese embora seja inegável que todos os despachos judiciais (com exceção dos de mero expediente) têm de apresentar uma fundamentação, o grau e intensidade desses fundamentos tem de ter em consideração um equilíbrio entre a sua necessidade no contexto da economia e celeridade processual e o respeito pelas garantias de defesa.

Ora, os doutos despachos definitivamente integram tais requisitos, pois está em causa apenas a reposição de uma situação anterior definitivamente consolidada (que se prolongou por mais de dois anos com a concordância expressa e a participação ativa dos arguidos), encontram-se descritas nos mesmos as razões que alicerçaram a decisão final e estão suportados num recurso do Ministério Público e num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, transitado em julgado, cujos fundamentos, por economia de meios e porque em nada acrescentavam aos direitos de defesa dos arguidos, não tinham de ser reproduzidos nesses despachos por outras palavras, conforme se tem maioritariamente entendido jurisprudencialmente.

Uma vez mais, os arguidos requerentes confundem o número de páginas e a extensão de um despacho com o acerto do mesmo.»

## VI. Cultura dos megaprocessos

Para isto contribui a cultura dos «megaprocessos», que se tornou característica do DCIAP e se projecta no TCIC, a configuração do objecto dos processos como abrangendo realidades da vida relativamente às quais o denominador comum – subjectivo ou objectivo – é passível de dúvida e de apensação de processos preexistentes, para além da atribuição de competência relativamente a processos que estejam a correr

termos, em fase de inquérito, sob a alçada dos serviços do Ministério Público nas comarcas.

Ante processos com esta envergadura, aptos a uma lógica de efeitos do tipo dos «*show trials*», a análise minuciosa da indicição, que se supõe requisito essencial de um acto jurisdicional, torna-se inviável nos casos em que se coloquem razões de urgência; e, na fase de instrução, mesmo descontando a natureza da mesma, salvo havendo dedicação exclusiva, é seguro que não tem oportunidade de se materializar.

## VII. O TCIC na Estratégia Nacional Anticorrupção

Em suma, como consta do documento oficial em que se consubstancia a Estratégia Nacional Anticorrupção [2021-2024], relevando a articulação mega processos / TCIC:

«O Tribunal Central de Instrução Criminal é, por excelência, aquele em que se concentram uma boa parte dos designados “megaprocessos”.

A sua atual configuração, com dois juízes, é indutora de um menor grau de aleatoriedade na distribuição de processos e geradora de uma perceção pública de personalização nos métodos e nas decisões, o que é contrário à imagem de objetividade da justiça. Essa perceção é agravada pela circunstância de os processos que ali correm terem um grau de mediatização acrescido, pela gravidade dos factos, por a sua prática envolver uma atuação criminosa com extensão a territórios diferentes, no plano nacional ou pelo seu carácter transnacional e, amiúde, pelo posicionamento social e/ou institucional dos seus agentes.

Importa, por isso, identificar uma solução que, respeitando a diferenciação do tribunal e a sua competência nacional, permita ultrapassar os constrangimentos identificados.

O aumento do número de magistrados afetos à realização das missões do Tribunal Central de Instrução Criminal é a solução consensualmente apontada.

Impõe-se, pois, reponderar a composição do Tribunal.»

## VIII. Preliminares da Grande Instância Criminal Económica

Termino.

Vinha-se pressentindo a evolução, creio que estamos em vias de a ter em breve como tema da agenda legislativa, esta eventualidade: a realidade DCIAP/TCIC, serem, afinal, dois dos pilares convergentes de uma edificação jurídica que terá, como travejamento final, uma grande instância privativa de julgamento.

E não se trata de uma qualquer grande instância, mas, demonstrando-se claramente ao que se vem, sim, de uma grande instância económica, no que isso significa exclusiva para o julgamento dos crimes de colarinho branco, os quais passarão a ter órgão especializado para a sua investigação (o DCIAP), um tribunal privativo para a respectiva instrução (o TCIC) e – remate do sistema – um tribunal específico para o julgamento, dita Grande Instância.

Se este cumular de entidades, tidas por especializadas, não poderá gerar, como seu efeito, uma justiça «especial», para fora do permitido pela Constituição, eis o tema.

Na prática, ao retirar-se aos tribunais comuns, os de instrução, primeiro, os de julgamento depois, a competência material para a criminalidade económico-financeira para se gerar um modelo de concentração em unidades de elite, servidas por um núcleo, restrito e predeterminado, de juizes, estar-se-á a criar não só um excesso de poder num núcleo restrito de entidades jurisdicionais, como a abrir a possibilidade de uma jurisprudência de sentido prefigurado.

Ora a História ensina que, toda a vez que se caminhou, na formação das instituições, do geral para o particular, de comum para o especial, foi sempre para que, por este modo, triunfasse uma lógica autoritária, um modelo de sobrecarga punitiva.

Enfim, uma ironia:

Cinco dias depois da implantação da República, um Decreto de 10 de outubro de 1910, que revogou «todos os diplomas, e nomeadamente o Decreto de 28 de Agosto de 1893, a Lei de 3 de Abril de 1896, o Decreto de 20 de Janeiro de 1898 e o Decreto de 19 de Dezembro de 1902, que instituíram e deram competência e atribuições ao chamado “Juízo de Instrução Criminal”, o que fica extinto para sempre».

Fê-lo porque o considerou um tribunal especial criado para fins privativos de perseguição política.

Estamos hoje ante um outro tempo histórico e um outro perfil de Tribunal.

Não creio que haja motivo para acompanhar a noção que se começa a disseminar, da necessária extinção do Tribunal Central de Instrução Criminal se houver uma reformulação dos termos da sua competência material e funcional para que, enfim, o mesmo possa desempenhas as suas atribuições, nisso incluído o tema da corrupção.

É este o meu contributo para a discussão.

## O DIAP Regional em busca de um Juízo de Instrução

### João Rato

Sumário:

- I. Introdução
  - 1. Generalidades
  - 2. A evolução legislativa
- II. O problema atual
- III. Proposta de solução
- IV. Conclusões

**RESUMO:** A Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024, identifica sete prioridades, sendo a 5.<sup>a</sup> vocacionada para uma maior eficácia e melhoria do tempo de resposta do sistema judicial. Das onze iniciativas nela contempladas, nenhuma versa sobre a organização judiciária vigente. Impõe-se, por isso, acrescentar-lhe uma iniciativa de alteração dessa organização, em vista da sua harmonização com o NEMP, em particular no que respeita à distribuição interna da competência do MP para a direção dos inquéritos e o exercício da ação penal, e a competência territorial e material do TCIC e dos juízos de instrução criminal da sede dos tribunais da Relação. Essa iniciativa, além de urgente, perfila-se absolutamente indispensável para o sucesso da ENAC.

## I. Introdução

### 1. Generalidades

Dando execução ao respetivo programa, o XXII Governo da República Portuguesa aprovou, em reunião do Conselho de Ministros de 18.3.2021, «A Estratégia Nacional Anticorrupção // 2020-2024» (ENAC), após submissão a consulta pública do documento originalmente aprovado em reunião do Conselho de Ministros de 3.9.2020, sob a denominação de «Estratégia Nacional de Combate à Corrupção // 2020-2024», aguardando-se agora as correspondentes iniciativas legislativas do Governo.

Entre as sete prioridades identificadas no documento original<sup>1</sup> para reduzir o fenómeno da corrupção em Portugal, consta a de «garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão da corrupção, melhorar o tempo de resposta do sistema judicial e assegurar a adequação e efetividade da punição», assim mesmo reproduzida no sumário executivo da ENAC.

---

<sup>1</sup> As quais, tanto quanto resulta do comunicado oficial emitido no dia 18.3.2021, consultado no sítio <https://www.portugal.gov.pt>, e da leitura apressada feita do documento final, não sofreram alterações estruturais, pese embora a incorporação de alguns dos contributos resultantes da consulta pública, mas sem interferência direta no objeto deste trabalho.

Poderia pensar-se que, incluída nessa prioridade, em particular nos segmentos relativos à eficácia e ao tempo de resposta do sistema judicial, fosse equacionada alguma iniciativa de alteração da Lei da Organização do Sistema Judiciário<sup>2</sup> e do respetivo Regulamento<sup>3</sup>, de modo a compatibilizar a orgânica judiciária ao novo Estatuto do Ministério Público<sup>4</sup>.

Porém, ao longo do texto da ENAC não se detetam referências explícitas a esses segmentos, salvo se assim se considerar a alusão constante do respetivo sumário executivo ao facto de ser ter dotado o Ministério Público (MP) «[n]o plano organizativo-operacional, [...] de unidades vocacionadas para a direção da investigação deste tipo de criminalidade (Departamento Central de Investigação e Ação Penal e secções especializadas de Departamentos de Investigação e Ação Penal) [...]».

E a assunção, no texto introdutório da referida prioridade, de que, no domínio da repressão, compreensivelmente secundarizada face à prevenção, as principais iniciativas nela identificadas, num total de onze, «[...] têm por escopo melhorar a qualidade da legislação no plano repressivo, facilitando o esclarecimento do crime e a realização de justiça em prazo razoável e reduzindo os espaços de impunidade».

Mesmo nessa leitura condescendente e apesar de naquelas 11 iniciativas se encontrarem esparsas referências à fase da instrução no processo penal, nomeadamente quanto à suspensão provisória nos processos por crimes de corrupção, à necessidade de evitar ou agilizar a tramitação dos megaprocessos, mediante o agendamento consensualizado do debate instrutório, de melhorar e atualizar os métodos de investigação em ambiente digital, com salvaguarda das exigências constitucionais de proteção dos direitos individuais, que podem ter-se como menções implícitas ao juiz de instrução criminal, em lugar algum se alude ou admite a necessidade de ajustamentos ou harmonização da atual organização judiciária com o NEMP, vigente desde 1 de janeiro de 2020, e que, a par do Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP), veio instituir os Departamentos Regionais de Investigação e Ação Penal (DIAPReg).

Essa omissão constitui, no entanto, uma lacuna cuja integração se perfila decisiva para o sucesso do almejado combate à corrupção, sob pena de inevitável entorpecimento da investigação das tipologias criminais abrangidas nesse fenómeno e consequente frustração da pretendida eficácia, agilização e celeridade da resposta do sistema judicial ao mesmo.

É o que, de seguida, tentará demonstrar-se.

## 2. A evolução legislativa

**2.1.** Como se reconhece no texto da ENAC, pese embora todas as iniciativas legislativas e operativas encetadas e desenvolvidas, de há vários anos a esta parte, pelas instâncias formais e informais de controlo, o sentimento geral que prevalece na comunidade nacional e internacional é o de que elas não têm conseguido eliminar

<sup>2</sup> Doravante, LOSJ, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26.8, com sucessivas alterações, a última das quais introduzida pela Lei n.º 107/2019, de 9.9

<sup>3</sup> Doravante, ROFTJ, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27.3, também ele sujeito a sucessivas alterações, a última das quais introduzida pelo Decreto-Lei n.º 38/2019, de 18.3, e retificado pela Declaração n.º 22/2019, de 17.05.

<sup>4</sup> Doravante, NEMP, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27.8.

ou sequer atenuar a corrupção e que o fenómeno, *lato sensu*, está enraizado em todos os domínios da organização e funcionamento das instituições políticas, económicas e sociais da Nação, o que, naturalmente, gera uma crescente descrença sobre a própria democracia e o funcionamento das suas instituições políticas, económicas e sociais, que importa contrariar, e evidencia a pertinência e oportunidade da ENAC.

Apesar da persistência dessa percepção comunitária e das muitas dificuldades e contrariedades na ação, a verdade é que de tais iniciativas têm resultado algumas melhorias na investigação, acusação e punição dos infratores, independentemente da sua natureza singular ou coletiva e condição social e económica, como demonstram os vários casos de acusação e condenação, ainda que sempre escassos aos olhos dos que alinham com a percepção dominante.

A este propósito e a título meramente exemplificativo, veja-se o que muito recentemente, na sequência da divulgação de relatório do Conselho de Prevenção da Corrupção, se disse sobre os índices de arquivamento dos inquéritos abertos neste domínio, que se sobrepunham avassaladoramente aos de acusação, para logo se concluir pelo insucesso da investigação dos crimes de corrupção, desprezando olímpicamente o facto de esses índices serem ainda mais desequilibrados nos restantes domínios de criminalidade<sup>5</sup>.

A esse esforço coletivo encetado e desenvolvido em Portugal, não podia o MP ficar indiferente, considerando as atribuições constitucionais e legais de que está incumbido na execução da política criminal definida pelos competentes órgãos de soberania e enquanto titular da ação penal e defensor da legalidade democrática.

Daí que, como se destaca na ENAC, entre outras iniciativas organizativas e operacionais nela enunciadas, na década de 90 do século xx, a respetiva Lei Orgânica tenha sido alterada e republicada como Estatuto<sup>6</sup>, de modo a dotá-lo, entre o mais, de uma estrutura central, de âmbito nacional, e de outras de âmbito territorial mais circunscrito, especialmente vocacionadas para a prevenção, coordenação e exercício da ação penal neste tipo de criminalidade e outros de maior complexidade e danosidade social.

Efetivamente, o AEMP, nos artigos 46.º e 47.º, definiu e estabeleceu a composição e as competências do Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP), conferindo-lhe funções de prevenção, coordenação e assunção da direção do inquérito e o exercício da ação penal relativamente a um catálogo de crimes, constante das várias alíneas do n.º 1 do seu artigo 47.º, entre os quais, os de branqueamento, de corrupção, peculato, participação económica em negócio e, em geral, de toda criminalidade económico-financeira, conquanto a atividade criminosa ocorresse em comarcas pertencentes a diferentes distritos judiciais [n.º 3, alínea a)] ou, precedendo despacho do Procurador-Geral da República, quando, relativamente a crimes de manifesta gravidade, a especial complexidade ou dispersão territorial da atividade criminosa justificassem a direção concentrada da investigação [n.º 3, alínea b)].

<sup>5</sup> Efetivamente, tomando em consideração a realidade do DIAPReg do Porto, especialmente vocacionado para os inquéritos por crimes de corrupção, a taxa de acusações face aos inquéritos findos foi, em 2020, de 15%, ao passo que no DIAP da comarca do Porto essa taxa se situou próximo dos 10% face aos inquéritos onde se obtiveram indícios da prática de crimes, sendo, portanto, menor por referência à totalidade dos findos.

<sup>6</sup> Cfr. Lei n.º 60/98, de 21.8, que aprovou o Estatuto do Ministério Público, alterando e republicando a Lei Orgânica n.º 47/86, de 13.10, doravante AEMP.



Por seu turno, nos artigos 55.º a 59.º, estabeleceu a existência de uma procuradoria-geral distrital na sede de cada distrito judicial, definindo a respetiva estrutura, competências, composição e poderes do procurador-geral distrital e restantes magistrados do MP colocados em cada uma.

E nos artigos 70.º a 73.º consagrou a existência de um departamento de investigação e ação penal (DIAP) na comarca sede de cada distrito judicial, admitiu a criação de DIAP noutras comarcas com elevado volume processual de inquéritos e estabeleceu as respetivas estruturas e competências.

Quanto à competência, aos DIAP de comarca sede de distrito judicial, nos termos do artigo 73.º, n.º 1, cabia dirigir o inquérito e exercer a ação penal por crimes cometidos na área da comarca [alínea *a*)], relativamente aos crimes indicados no n.º 1 do artigo 47.º, quando a atividade criminosa ocorresse em comarcas pertencentes a diferentes círculos do mesmo distrito judicial [alínea *b*)]]<sup>7</sup> e, precedendo despacho do procurador-geral distrital, quando, relativamente a crimes de manifesta gravidade, a complexidade ou dispersão territorial da atividade criminosa justificassem a direção concentrada da investigação [alínea *c*)].

Desta breve resenha normativa ressalta a preocupação de adaptação da organização e funcionamento do MP à organização judiciária que já então se anunciava e que, com algumas alterações e experiências intercorrentes, se manteve até setembro de 2014.

Referimo-nos à Lei n.º 3/99, de 13.1, que aprovou a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ) e ao respetivo diploma regulamentar, Decreto-Lei n.º 186-A/99, de 31.5 (RLOFTJ), cuja vigência se iniciou em 1.6.1999.

Ainda assim, considerando o desfasamento temporal na entrada em vigor dos dois diplomas, a Lei n.º 60/98, de 27.8, que aprovou o AEMP, acautelou as medidas transitórias de organização judiciária que se impunham em função da criação e início de funcionamento do DCIAP e dos DIAP das comarcas sede de distrito judicial, nomeadamente quanto aos tribunais competentes para a prática dos atos jurisdicionais em inquérito e direção e decisão da fase facultativa da instrução.

Para tanto, no seu artigo 3.º, n.º 1, deferiu essa competência ao Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, sem prejuízo do disposto no Código de Processo Penal (CPP) quanto a atos urgentes, nos processos por crimes previstos no artigo 47.º, n.º 3, da Lei n.º 47/86, de 15.10, na redação introduzida pelo seu artigo 1.º, ou seja, quanto aos inquéritos cuja direção fosse assumida pelo DCIAP.

No n.º 2 do mesmo artigo deferiu igual competência aos Tribunais de Instrução Criminal de Lisboa e Porto quanto aos processos referidos no artigo 73.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), da Lei n.º 47/86, de 15.10, na redação que o seu artigo 1.º lhe introduzira, é dizer, quanto aos inquéritos cuja direção fosse assumida pelos DIAP dessas duas comarcas e sedes dos respetivos distritos judiciais, cujo objeto extravasasse o território dessas comarcas.

<sup>7</sup> A Lei n.º 52/2008, de 28.8, consagrando uma nova orgânica judiciária em substituição da estabelecida na Lei n.º 3/99, de 13.1, mas que apenas vigorou experimentalmente nalgumas das comarcas por ela criadas, introduziu alterações no AEMP cuja efetividade fora daquelas comarcas piloto foi controversa e controvertida. Uma delas incidiu sobre esta alínea, retirando-lhe a menção aos círculos judiciais, em coerência com a extinção dos mesmos que nela se preconizava.

E no n.º 3 deferiu essas mesmas funções ao 1.º juízo criminal das comarcas sede dos distritos judiciais de Coimbra e Évora relativamente aos inquéritos da mesma natureza, cuja direção fosse assumida pelos respetivos DIAP.

Regime que, naturalmente, cessou com o início de vigência da referida LOFTJ e respetivo Regulamento, em 1.6.1999, uma vez que nestes diplomas se consagraram, como se impunha, as normas atinentes às competências nele transitoriamente definidas.

Esta nova orgânica judiciária, de resto, veio também dar cobertura ao AEMP quanto à sua organização territorial baseada nas circunscrições nela pressupostas de distrito e círculo judicial e comarca.

Com efeito, no seu artigo 15.º, como já antes acontecia, manteve-se a divisão judiciária do território nacional assente naquelas três circunscrições, cujas áreas territoriais concretas foram definidas nos mapas anexos, com indexação das comarcas aos círculos e destes aos distritos judiciais, sendo mantidos os quatro distritos judiciais vindos da anterior orgânica judiciária, de Lisboa, Porto, Coimbra e Évora, onde estavam instalados os correspondentes tribunais da Relação e as procuradorias-gerais distritais, ainda que, concomitantemente, tivessem sido criados os Tribunais das Relações de Faro e Guimarães<sup>8</sup>, mas integrados, respetivamente, nos distritos judiciais de Évora e Porto.

Por outro lado, no que à competência jurisdicional para a prática de atos dessa natureza no inquérito e direção e decisão da fase facultativa da instrução concerne, consagrou-se um regime sucedâneo e com as necessárias adaptações daquele transitório definido no artigo 3.º da Lei n.º 60/98, de 27.8, mas garantindo a harmonia do sistema mediante a adoção de soluções coerentes e compatíveis com a organização e funcionamento do MP consagradas no AEMP.

Assim, nos artigos 78.º, alínea a), 79.º e 80.º, estabeleceu-se a possibilidade de criação de tribunais e juízos de competência especializada, entre os quais os de instrução criminal, e definiu-se a sua competência geral e em casos especiais, respetivamente.

Por força dessas normas, competia aos tribunais de instrução criminal proceder à instrução criminal, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito, conferindo aos respetivos juízes, quando o interesse ou urgência da investigação o justificasse, o poder de intervirem, em processos que lhes estivessem afetos, fora da sua área territorial de competência.

As quais, em acréscimo, deferiram a um tribunal central de instrução criminal essa competência quanto aos crimes enunciados no n.º 1 do artigo 47.º da Lei n.º 60/98, de 27.8, quando a atividade criminosa ocorresse em comarcas pertencentes a diferentes distritos judiciais.

E, relativamente aos mesmos crimes, aos tribunais de instrução criminal da sede dos distritos judiciais, quando a atividade criminosa ocorresse em comarcas pertencentes a diferentes círculos judiciais.

<sup>8</sup> Cfr. artigos 15.º, n.º 3, 21.º, n.º 2, 47.º e 48.º da LOFTJ e 41.º do RLOFTJ: o Tribunal da Relação de Faro nunca foi instalado e o de Guimarães foi instalado apenas em 2 de abril de 2002, na sequência da publicação do Decreto-Lei n.º 339/2001, de 27.12, abrangendo na sua área de jurisdição os círculos judiciais de Guimarães, Barcelos, Braga e Viana do Castelo, assim se mantendo até à reforma judiciária introduzida pela LOSJ, que *infra* se analisará.

Prevendo ainda a criação de tribunais de instrução criminal nas comarcas em que o movimento processual justificasse e fossem criados DIAP, com competência circunscrita à área da comarca ou comarcas abrangidas.

Posteriormente, o artigo 80.º da LOFTJ foi alterado pela Lei n.º 105/2003, de 10.12, no sentido de o adequar à integração da justiça militar na ordem judiciária comum, atribuindo a competência a que se referia o n.º 1 do artigo 79.º, quanto aos crimes estritamente militares, às secções de instrução criminal militar dos Tribunais de Instrução Criminal de Lisboa e do Porto, com jurisdição nas áreas indicadas no Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15.11º, sem prejuízo da competência do juiz de instrução da área onde os atos jurisdicionais, de carácter urgente, relativos ao inquérito, devessem ser realizados.

Poderá pensar-se injustificada e porventura longa esta referência às alterações determinadas pela publicação e início de vigência do Código de Justiça Militar (CJM), mas ao longo do texto se alcançará a sua razão de ser, mais ainda se, como resulta das disposições combinadas dos seus artigos 110.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), 112.º, n.º 1, e 125.º, tivermos em conta que aí se estabeleceu e estabelece a competência para o exercício das funções de juiz de instrução criminal relativamente aos crimes estritamente militares às correspondentes secções ou juízos de instrução criminal de Lisboa e do Porto, com áreas territoriais alargadas aos distritos judiciais de Lisboa e Évora e do Porto e Coimbra, respetivamente, sem prejuízo, como referido, da competência dos juízes de instrução locais em caso de urgência.

E que a competência para dirigir o inquérito criminal foi e é atribuída ao MP em funções junto do tribunal de instrução criminal territorialmente competente, é dizer, os procuradores da República colocados nos DIAP das comarcas de Lisboa e do Porto, a quem, por via indireta, se atribuiu e atribui também, neste domínio de criminalidade, competência territorial alargada a dois distritos judiciais, solução que a LOSJ, com as adaptações necessárias, manteve e consolidou, como adiante se verá.

Às opções consagradas na LOFTJ correspondeu a regulamentação constante do RLOFTJ, em particular e no que aqui releva, nos artigos 1.º, 2.º, 41.º, 43.º e mapas anexos, sendo de salientar a criação do Tribunal Central de Instrução Criminal (TCIC) e dos Tribunais de Instrução Criminal de Coimbra e Évora.

E foi assim que, até setembro de 2014, aquando da entrada em vigor da LOSJ e do respetivo RLOSJ, quase sem acidentes de percurso, tudo fluiu com relativa harmonia e sincronia entre as pertinentes normas de organização judiciária e as do AEMP. Não se suscitavam dúvidas quanto à identificação dos órgãos jurisdicionais – tribunais, juízos e secções – competentes para a prática dos atos dessa natureza nos inquéritos abertos e pendentes em cada um dos DIAP – locais, distritais e central – e para a direção e decisão da fase facultativa da instrução que eventualmente se seguisse ao respetivo encerramento.

Harmonia e sincronia não abaladas pela posterior jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC), que julgou inconstitucional a norma extraída da aplicação conjugada dos artigos 22.º, n.º 1, 23.º e 80.º, n.º 1, da LOFTJ, na redação dada pela Lei n.º 46/2011, de 24.6, interpretados no sentido de caber ao TCIC a competência para a direção da instrução e decisão sobre a pronúncia subsequente ao encerramento dos inquéritos que tivessem corrido no DCIAP, ainda que neles não fosse deduzida

<sup>9</sup> A entrada em vigor do Código de Justiça Militar ocorreu apenas em 14.9.2004.

acusação por qualquer dos crimes do catálogo do artigo 47.º, n.º 1, do AEMP, nem se verificasse qualquer dispersão territorial da atividade<sup>10</sup>.

Tão pouco, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de Fixação de Jurisprudência n.º 2/2017, segundo o qual, «[c]ompetindo ao Tribunal Central de Instrução Criminal proceder a actos jurisdicionais no inquérito instaurado no Departamento Central de Investigação Criminal para investigação de crimes elencados no artigo 47.º, n.º 1, da Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro (Estatuto do Ministério Público), por força do artigo 80.º, n.º 1, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, essa competência não se mantém para proceder à fase de instrução no caso de, na acusação ali deduzida ou no requerimento de abertura de instrução, não serem imputados ao arguido qualquer um daqueles crimes ou não se verificar qualquer dispersão territorial da actividade criminosas»<sup>11</sup>.

**2.2.** Efetivamente, inspirada e motivada pela experiência ensaiada pela Lei n.º 52/2008, em quatro comarcas piloto, a LOSJ assumiu, senão uma total rutura com o passado, uma clara mudança de paradigma na organização judiciária do país, fundado nos princípios da concentração, especialização, articulação e cooperação entre os diferentes agentes da justiça, abandonando a tradicional divisão judiciária do território nacional, assente, como se disse, em três circunscrições territoriais que, *quais matrioscas*, se encaixavam e acolhiam reciprocamente, concebendo-a em função de uma única circunscrição de base, a comarca, a que corresponde um único tribunal judicial, dentro do qual procedeu à repartição de competências entre as suas diversas secções de instâncias centrais e locais, primeiro, e de juízos, depois, sem prejuízo dos tribunais de competência alargada, de 2.ª instância e dos Supremos, cuja competência territorial é delimitada em função de grupos ou da totalidade das 23 comarcas criadas e instaladas.

Nessa lógica, aliás, se inscreveu também, na sua versão original, o desaparecimento das procuradorias-gerais distritais, recuperadas, porém, na alteração introduzida pela Lei n.º 40-A/2016, de 22.12, que atribuiu novamente a representação do MP nos Tribunais da Relação ao procurador-geral distrital, apesar do desaparecimento dos distritos judiciais e da ausência de correspondência desta nomenclatura com a referida base territorial considerada e mantida na divisão judiciária do país.

Além dessa profunda mudança, a reforma da organização judiciária não abrangeu o estatuto do MP, mantendo-se em vigor o AEMP sem qualquer adaptação a essa nova realidade judiciária, até janeiro de 2020, quando entrou em vigor o NEMP.

É o que ressalta claramente das duas versões do seu artigo 10.º, que regula a representação do MP nos diversos tribunais e instâncias.

Por seu turno, os artigos 32.º e 43.º definiram a competência territorial dos tribunais e juízos de competência especializada, de acordo como os seus anexos e os do RLOSJ, de onde decorre que na área de competência dos Tribunais da Relação de Guimarães e do Porto estão abrangidas, respetivamente, as comarcas: Braga, Bragança, Viana do Castelo e Vila Real e de Aveiro, Porto e Porto Este, acrescendo à do segundo o Tribunal de Execução das Penas do Porto, enquanto tribunal de competência territorial alargada sediado na comarca do Porto.

<sup>10</sup> Cfr. Acórdão n.º 41/2016, publicado no DR, n.º 42/2016, Série II, de 1.3.2016.

<sup>11</sup> Publicado no DR, n.º 54/2017, Série I, de 16.3.2017.

Assim se cindindo, pois, a unidade orgânica e administrativa do antigo Distrito Judicial do Porto, polarizada na respetiva sede e por referência ao Tribunal da Relação do Porto, junto do qual funcionava também e continuou a funcionar até à entrada em vigor do NEMP a procuradoria-geral distrital, não obstante a criação, e instalação, do Tribunal da Relação de Guimarães, reconfigurado após a reforma judiciária em análise.

E, embora admitindo a criação de tribunais de 1.<sup>a</sup> instância de competência territorial alargada, estabeleceu como princípio que a competência territorial dos tribunais judiciais de 1.<sup>a</sup> instância e dos seus juízos se circunscreve à área da respetiva comarca.

Nos artigos 33.º e 34.º definiram-se os tribunais de 1.<sup>a</sup> instância e consagrou-se a divisão do território nacional em 23 comarcas, cada uma com um desses tribunais, com sede, designação e competência territorial reguladas no RLOSJ e seus anexos.

Quanto à extensão e limites da competência e à fixação desta regulada nos seus artigos 37.º a 39.º, sem alterações de relevo face ao regime da LOFTJ, importa apenas salientar que, apesar da evidente alteração legislativa, se afigura dever manter-se substancialmente válida a jurisprudência constitucional e do STJ antes citada a propósito da competência do TCIC na fase de instrução, por referência aos inquéritos dirigidos pelo DCIAP, de resto produzida já em plena vigência da LOSJ, sem que, por isso, tenha sido considerado prejudicado o objeto dos recursos que a determinaram.

No artigo 40.º, por sua vez, regulou-se a repartição da competência em razão da matéria dos tribunais judiciais, deferindo à lei o estabelecimento das causas que competem aos juízos de competência especializada e aos tribunais de competência territorial alargada, inscrevendo como tais os juízos de instrução criminal e o TCIC, conforme resulta dos artigos 79.º a 83.º, em especial dos artigos 81.º, n.º 3, alínea f), e 83.º, n.º 3, alínea e), respetivamente.

A competência material e territorial do TCIC é concretizada nas disposições conjugadas os artigos 116.º, 119.º, n.º 1, e 120.º, n.º 1, e a dos juízos de instrução criminal nas disposições conjugadas dos artigos 119.º e 120.º, n.ºs 2 a 5, em conjugação com os artigos 65.º e 93.º do RLOSJ e seus mapas anexos, dos quais decorre que:

- a) ao TCIC cabe proceder à instrução criminal, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito, quando a atividade criminosa ocorrer em comarcas pertencentes a diferentes tribunais da Relação, quanto aos crimes do catálogo definido no n.º 1 do artigo 120.º, absolutamente coincidente com aquele constante do artigo 47.º, n.º 1, do AEMP, e parcialmente coincidente o do artigo 58.º, n.º 1, do NEMP, em todos se inserindo, entre outros de relevante danosidade social e económica, os de branqueamento de capitais, corrupção, peculato e participação económica em negócio;
- b) aos juízos de instrução criminal da sede dos tribunais da Relação cabe proceder à instrução criminal, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas aos inquéritos pelos crimes contidos no catálogo do mesmo artigo 120.º, n.º 1, quando a atividade criminosa ocorrer em comarcas diferentes dentro da área de competência do mesmo tribunal da Relação.

Tudo, como antes acontecia, sem prejuízo da atribuição aos juízos de instrução criminal de Lisboa e Porto da competência para a prática dos atos jurisdicionais em inquéritos por crimes estritamente militares e a direção e decisão da correspondente



fase de instrução e aos DIAP dessas duas comarcas da competência para a direção e decisão desses inquéritos, outrossim da competência reconhecida aos juízes de instrução criminal de outras comarcas em casos de manifesta urgência

A competência assim definida, quer para o TCIC, quer para os juízes de instrução criminal da sede dos tribunais da Relação, acarretou patentes incompatibilidades com a organização e funcionamento do MP, tal como estatuídos no AEMP, aquele que estava em vigor à data do início de vigência da LOSJ e assim se manteve, como dito até ao dia 1.1.2020, quando entrou em vigor o NEMP, incompatibilidades que sobrelevam no *interface* entre o DCIAP e os DIAP da sede dos tribunais da Relação, à época denominados DIAP Distritais.

As quais não se mostram passíveis de superação por recurso ao disposto nos 152.º da LOSJ, que prevê a criação e localização dos DIAP, e 94.º do RLOSJ, que criou o DIAP da comarca do Porto, com sede no Porto, deferindo-lhe a competência para a tramitação de todos os inquéritos da comarca e remetendo a respetiva organização para os termos definidos pelo estatuto do Ministério Público.

Pois bem, quando se esperava que o processo legislativo que culminou com a aprovação do NEMP atentasse nesses problemas e os resolvesse ou, concomitantemente com a sua aprovação, fossem introduzidas nesse sentido algumas alterações à LOSJ, nenhuma dessas hipóteses ocorreu.

Ao contrário, com o início de vigência do NEMP e a manutenção da LOSJ sem alterações, as incompatibilidades acentuaram-se e tornaram-se mais visíveis, abrindo caminho aos incidentes de incompetência territorial do próprio MP e, em particular do juízo de instrução criminal do Porto.

Na verdade, o NEMP, também ele, de certo modo, imbuído de espírito reformador e com soluções fraturantes e nem sempre consensuais sobre a organização e funcionamento do MP, não contribuiu para solucionar aqueles problemas, erigindo-se algumas das suas opções orgânicas como fatores do respetivo agravamento.

Desde logo e quanto à definição e competências do DCIAP, consagradas nos artigos 57.º e 58.º do NEMP, mantendo embora a sua vocação de órgão central de coordenação e de direção da investigação e de prevenção da criminalidade violenta, económico-financeira, altamente organizada ou de especial complexidade, conferiu-lhe competência para a direção do inquérito e o exercício da ação penal relativamente aos crimes do catálogo indicados no n.º 1 do artigo 58.º

Só que, além de acrescentar crimes ao catálogo, relativamente ao do artigo 47.º do AEMP, subordinou-a à especial relevância decorrente da manifesta gravidade ou da especial complexidade do crime, devido ao número de arguidos ou de ofendidos, ao seu carácter altamente organizado ou às especiais dificuldades da investigação, desde que este ocorra em comarcas pertencentes a diferentes procuradorias-gerais regionais (n.º 2 do artigo 58.º).

Reconhecendo-lhe ainda, precedendo despacho do Procurador-Geral da República, competência para dirigir o inquérito e exercer a ação penal quando, relativamente a crimes de manifesta gravidade, a especial complexidade ou dispersão territorial da atividade criminosa justificarem a direção concentrada da investigação (n.º 3 do artigo 58.º).

Em suma, aumentou o leque dos crimes do catálogo, mantendo nele os de corrupção e afins, acrescentou requisitos e critérios para a sua aferição e arvorou as procuradorias-gerais regionais como referente territorial da dispersão justificativa



da sua intervenção, mantendo a competência de atribuição casuística do Procurador-Geral da República, em termos semelhantes aos do artigo 47.º, n.º 3, do AEMP.

No que respeita às procuradorias-gerais regionais, que, com nomenclatura atualizada em função da extinção dos distritos judiciais operada pela LOSJ, substituíram as anteriores procuradorias-gerais distritais, o artigo 65.º instituiu quatro, com sede em Coimbra, Évora, Lisboa e Porto e com a área territorial definida no anexo I do Estatuto, ou seja, correspondente à dos tribunais da Relação sedeados em cada uma dessas cidades, exceto a do Porto, a qual coincide com a área de jurisdição dos Tribunais da Relação do Porto, com três comarcas, e de Guimarães, com quatro comarcas, conforme *supra* referido.

E quanto aos DIAPReg, cuja criação constitui uma inovação face ao AEMP, por não serem funcional e organicamente sobreponíveis aos DIAP sedeados nas sedes dos distritos judiciais previstos nesse Estatuto, muito embora também pudessem ter competência territorial de âmbito distrital, o artigo 70.º, n.º 1, considera-os sedeados nas comarcas sede das procuradorias-gerais regionais e defere-lhes a competência para a direção do inquérito e o exercício da ação penal em matéria de criminalidade violenta, económico-financeira, altamente organizada ou de especial complexidade.

Competência concretizada no artigo 71.º, n.º 1, segundo o qual lhes cabe: dirigir o inquérito e exercer a ação penal relativamente aos crimes indicados no n.º 1 do artigo 58.º, quando a atividade criminosa ocorrer em comarcas que integram a área da procuradoria-geral regional, no que se pode designar por *competência natural* [alínea a)] e, precedendo despacho do procurador-geral regional, quando, relativamente a crimes de manifesta gravidade, a complexidade ou dispersão territorial da atividade criminosa justificarem a direção concentrada da investigação, no que pode entender-se como *competência deferida* [alínea b)].

O número 2 do mesmo artigo confere ainda ao procurador-geral regional a faculdade de retirar a *competência natural* ao DIAPReg e atribuí-la ao DIAP de comarca territorialmente competente, previstos no artigo 85.º, relativamente a crimes indicados na alínea a) do n.º 1, nomeadamente em casos de menor complexidade e gravidade<sup>12</sup>.

É, assim, patente que as incompatibilidades acima referidas entre as competências estabelecidas na LOSJ e o RLOSJ para o TCIC e para os juízos de instrução criminal sedeados na comarca sede dos Tribunais da Relação se acentuaram com o NEMP, de forma mais palpável no que ao DIAPReg do Porto concerne, vista a sua competência territorial coincidente com a da procuradoria-geral regional do Porto, abrangendo, por conseguinte, a área de jurisdição dos Tribunais da Relação de Guimarães e do Porto, enquanto aos juízos de instrução criminal das sedes destes dois tribunais apenas é atribuída competência territorial coincidente com a destes.

<sup>12</sup> No que respeita ao DIAPReg do Porto, as regras definidas nas normas legais citadas estão enquadradas e esclarecidas pela Ordem de Serviço n.º 2-PGrP/2020, de 9.1, que, numa interpretação restritiva das mesmas, definindo os critérios requeridos para atribuição ao departamento da competência para a direção dos inquéritos e os procedimentos a observar nas respetivas propostas e transmissão dos inquéritos, pelos seus titulares originários e respetiva hierarquia, nos casos de *competência deferida*.

## II. O problema atual

Como antes se assinalou, dos regimes instituídos pela LOSJ e pelo RLOSJ, primeiro, e pelo NEMP, depois, resultaram divergências e incompatibilidades insuperáveis, mesmo que não fiquemos reféns de uma sua interpretação literal e puramente normativista, potencialmente geradoras de fortes perturbações na normal e fluida tramitação dos inquéritos dirigidos pelo DCIAP e pelos DIAPReg e antigos DIAP distritais, com particular impacto na área de jurisdição da procuradoria-geral regional do Porto e sua antecessora procuradoria-geral distrital, outrossim nos seus DIAPReg e distrital.

Entre essas incompatibilidades ou mesmo verdadeiras lacunas, sobressaem:

- a) A ausência de qualquer referência à *competência deferida* de tais departamentos é dizer, aos inquéritos para cuja direção e exercício da ação penal a competência lhes seja ou fosse atribuída pelo Procurador-Geral da República e pelo procurador-geral regional/distrital, nos termos dos citados artigos 47.º, n.º 3, alínea c), e 73.º, n.º 1, alínea b), do AEMP, e dos artigos 58.º, n.º 3, e 71.º, n.º 1, alínea b), do NEMP, respetivamente.

O que, numa interpretação meramente literal, desconsiderando precisamente as regras estatutárias do MP e da própria LOSJ que legitimam aquelas instâncias hierárquicas a deferir a competência para a investigação criminal e direção do correspondente inquérito a qualquer desses departamentos, desde que verificados e justificados os pressupostos legalmente enunciados, independentemente do local da prática dos factos e sem que, com isso, se belisque a regra geral constante do artigo 264.º, n.º 1, do CPP, poderá levar a interpretações absurdas e excludentes da competência do TCIC e dos juízos de instrução criminal da sede das procuradorias-gerais regionais/distritais para neles intervirem.

Interpretações que, vingando, podem acarretar e já têm acarretado sérias consequências ao nível da validade dos atos jurisdicionais eventualmente praticados pelos juízes desses órgãos jurisdicionais e a transmissão dos inquéritos para os tribunais e juízos assim considerados competentes, por aplicação conjugada de tais normas de organização judiciária e das constantes dos artigos 32.º e 33.º do CPP.

Não sendo, aliás, seguro que esses incidentes não se verifiquem mesmo no caso da competência assim deferida ou assumida pelos ditos departamentos se fundar nas pertinentes regras de conexão processual estabelecidas nos artigos 24.º e ss. do mesmo CPP, ou na incerteza sobre o lugar do cometimento dos factos e o inquérito tiver tido início em qualquer deles, uma vez que essa ressalva parece não merecer total consenso entre os operadores judiciais, como demonstra caso recentemente ocorrido e ainda pendente no DIAPReg/distrital do Porto<sup>13</sup>.

- b) O desfasamento entre a área de competência territorial dos DIAPReg/distritais, sedeados nas comarcas sede das procuradorias-gerais regionais/distritais

<sup>13</sup> Vide, acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9.10.2019, inédito, proferido em recurso interposto de decisão do juízo de instrução criminal do Porto, no inquérito n.º 17519/15.1T9PRT, dirigido pelo DIAPReg/distrital do Porto.

e a dos juízos de instrução criminal da sede dos Tribunais da Relação, quando naquela exista mais do que um Tribunal da Relação, como é o caso da procuradoria-geral regional/distrital do Porto e do respetivo DIAPReg/distrital, em cuja área estão sedeados os Tribunais das Relações de Guimarães e do Porto, cuja área de jurisdição acima se discriminou e que, conjuntamente, coincide com a daquela procuradoria-geral e seu DIAPReg/distrital.

Desfasamento que, mais uma vez e levado à letra, em inquéritos cujo objeto incluía factos praticados em comarcas abrangidas na área de jurisdição daqueles dois tribunais da Relação, por exemplo, na do Porto e na de Braga, poderá ter e já teve sérias implicações sobre a validade dos atos praticados pelo juízo de instrução criminal do Porto, em inquéritos dirigidos pelo DIAPReg/distrital do Porto, e determinantes da sua transmissão para o tribunal considerado competente, no caso concreto referido, o TCIC, mas que noutros pode ser o juízo de instrução criminal de Guimarães, da comarca de Braga, com todas as dificuldades operacionais daí decorrentes e o efetivo entorpecimento da investigação e da normal tramitação processual, na medida em que, apesar dos meios telemáticos hoje disponíveis, o inquérito passará a estar em permanente viagem entre o Porto, onde se localizam a entidade judiciária que o dirige e com muita probabilidade também o órgão de polícia criminal em quem se delegou a investigação, e Lisboa, onde está sediado o TCIC, ou Guimarães, onde se localiza o juízo de instrução criminal da sede do correspondente Tribunal da Relação, e onde têm assento os respetivos juízes.

- c) Não coincidência entre os crimes do catálogo do artigo 120.º, n.º 1, da LOSJ, que correspondia ao previsto no artigo 47.º, n.º 1, do AEMP, e aquele agora consagrado no artigo 58.º, n.º 1, do NEMP, o que, à semelhança do que se disse na alínea anterior, pode redundar no permanente ou frequente movimento físico e eletrónico do inquérito entre a sede dos DIAPReg/distritais e mesmo do DCIAP e o juízo de instrução criminal territorialmente competente para a prática dos atos jurisdicionais que nele devam ter lugar, uma vez que, aí, esse juízo pode ser qualquer um dos instalados na área de jurisdição desses departamentos ou mesmo no país, em função do local onde os factos criminosos sob investigação tenham sido cometidos.

### III. Proposta de solução

Os problemas enunciados requerem reflexão e urgente solução, sob pena de permanente incerteza sobre o juízo de instrução criminal territorialmente competente para a prática dos atos jurisdicionais em inquéritos dirigidos pelo DCIAP e pelos DIAPReg, entre os quais se incluem aqueles destinados à investigação dos crimes de corrupção e afins. Investigação que, em função de tal incerteza, potencialmente geradora das referidas invalidades e transmissão dos inquéritos para outro juízo de instrução criminal, ficará irremediavelmente entorpecida e sobremaneira dificultada em termos operacionais.

Ora, essa solução parece estar à vista de todos e encontra arrimo na própria LOSJ e em lugares paralelos do nosso ordenamento jurídico.

Passará necessariamente pela alteração dos artigos 81.º, 83.º, 116.º, 119.º e 120.º da LOSJ, no sentido de fazer coincidir a competência material do TCIC e dos juízos

de instrução criminal da sede dos Tribunais da Relação com a do DCIAP e dos DIAPReg, atualizando o catálogo do artigo 120.º, n.º 1, da LOSJ de modo a fazê-lo coincidir com o do artigo 58.º, n.º 1, do NEMP, e incluir nessa competência também os inquéritos cuja direção seja deferida a tais departamentos pelo Procurador-Geral da República e pelos procuradores-gerais regionais, respetivamente.

Essa alteração deverá ainda contemplar a atribuição aos juízos de instrução criminal da sede dos Tribunais da Relação de Coimbra, Évora, Lisboa e Porto da competência para a prática dos atos jurisdicionais nos inquéritos dirigidos pelos DIAPReg, independentemente do número de tribunais da Relação existentes ou que venham a ser criados na área territorial abrangida na competência de cada uma das procuradorias-gerais regionais sedeadas junto daqueles quatro tribunais.

Em suma, essa alteração legislativa deve, tanto quanto possível, assegurar a necessária harmonização entre a LOSJ e respetivo regulamento e o NEMP, à semelhança do que se verificava entre a LOFTJ e seu regulamento e o AEMP.

E, se por um lado podemos dar como certo que dessa harmonização não resultará qualquer violação do princípio do juiz natural, nem, tão-pouco, menosprezo pela jurisprudência constitucional e do STJ antes citada quanto à definição do juízo de instrução criminal competente para direção da fase facultativa da instrução e a decisão sobre a pronúncia nos inquéritos dirigidos pelos referidos departamentos do MP, por outro, temos como seguro que o sistema constitucional e legal vigente dá plena cobertura a essa iniciativa.

Com efeito, não se trata da criação de qualquer tribunal especial para julgamento de certas categorias de crimes, escapando, assim, à proibição do artigo 209.º, n.º 3, da CRP, mas antes da atribuição de competência especializada a determinados juízos, no caso, os de instrução criminal sedeados em determinadas circunscrições, para a prática de atos jurisdicionais nos inquéritos que corram sob a direção de determinados departamentos do MP, previstos no respetivo Estatuto, o que igualmente colhe arrimo no artigo 211.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, e, bem assim, nas pertinentes e citadas normas da LOSJ e do RLOSJ, em particular, dos seus artigos 32.º, 43.º, 81.º e 83.º, e 65.º e 93.º, respetivamente.

Note-se que no artigo 83.º, n.º 5, da LOSJ se prevê expressamente «[q]uando as necessidades de especialização, volume, complexidade processual e natureza do serviço o justifiquem podem ser criados por lei outros tribunais com competência territorial alargada», assim se admitindo a possibilidade de, pelo menos quanto ao juízo de instrução criminal do Porto, se atribuir essa competência alargada às áreas territoriais abrangidas pelos Tribunais da Relação de Guimarães e do Porto, quanto aos inquéritos dirigidos pelo DIAPReg do Porto.

Quanto à viabilidade desta solução, vale a pena convocar o lugar paralelo antes referido da competência exclusiva desse mesmo juízo de instrução criminal para a prática dos atos jurisdicionais nos inquéritos por crimes estritamente militares cometidos na área territorial dos Tribunais da Relação de Coimbra, Guimarães e Porto, sendo-lhe igual e legalmente deferida a competência para a direção da fase facultativa da instrução que neles ocorra e para a decisão sobre a pronúncia, inquéritos que, por outro lado, correm sob a direção dos magistrados do DIAP da comarca do Porto, conforme previsto no artigo 120.º, n.º 4, da LOSJ, em conjugação com os artigos 110.º, n.º 1, alíneas a) e b), 112.º, n.º 1, e 125.º do CJM.

Se assim é para os inquéritos por crimes estritamente militares, não pode deixar de o poder ser para os inquéritos dirigidos pelo DIAPReg do Porto, sob pena de

paradoxal antinomia entre regimes atributivos de competência territorial e material ao referido juízo e aos DIAP da comarca do Porto e ao DIAPReg do Porto, num evidente e absurdo atropelo à autonomia organizacional do MP, a definir no respetivo Estatuto, de resto expressamente referida no artigo 94.º do RLOSJ, por referência ao artigo 152.º da LOSJ.

#### IV. Conclusões

É tempo de concluir, reafirmando o que se antecipou na introdução.

Considerando os objetivos e prioridades nela definidas, a ENAC constitui uma oportunidade soberana para providenciar pelas alterações legislativas tendentes à harmonização entre a organização judiciária vigente e o NEMP, nos termos expostos.

Se incluir essa iniciativa na 5.ª prioridade nela identificada, não apenas lhe dará substância, pelo menos nos segmentos da eficácia e tempo de resposta do sistema judicial, como lhe garantirá maior sucesso no pretendido combate ao fenómeno corruptivo.

Trata-se de uma iniciativa aparentemente menor e até de pormenor, que alguns dirão passível de superação por recurso às regras de interpretação, mas para os operacionais do sistema judiciário, e para os próprios cidadãos, ela trará seguramente acrescida segurança na respetiva atuação processual ao longo da investigação criminal, com forte e positivo impacto na fluidez e simplificação da tramitação dos inquéritos e, por arrastamento, no sucesso da investigação dos crimes de corrupção e afins.

Porto, 1 de abril de 2021

# A Reforma da Organização Interna do Ministério Público e o Processo Penal

Manuel da Costa Andrade  
Paulo Pinto de Albuquerque

Sumário do Parecer:

- I. O contexto da Diretiva
  - 1. A autonomia interna e a hierarquia na CRP
  - 2. A autonomia interna e a hierarquia no CPP
  - 3. A autonomia interna e a hierarquia no EMP e na legislação extravagante
  - 4. A autonomia interna e a hierarquia no direito europeu e no direito penal internacional
  - 5. O estado da questão na doutrina portuguesa
  - 6. O estado da questão na jurisprudência portuguesa
- II. A análise da Diretiva 4/2020
  - 1. A ordem do hierarca
  - 2. Direitos e deveres do Magistrado destinatário da ordem
  - 3. O dossiê e o acesso de terceiros ao dossiê
  - 4. Impedimentos
  - 5. Comunicações
  - 6. Avocação
- III. Conclusões
- Bibliografia

**RESUMO:** O presente texto corresponde a um parecer dado pelos Autores, a pedido do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, sobre a seguinte questão: A Diretiva 4/2020 da PGR é compatível com a Constituição da República e a lei, na medida em que prevê e regula o poder do hierarca de dar uma ordem concreta destinada a produzir efeitos num determinado processo penal?

## I. O contexto da Diretiva

### 1. A autonomia interna e a hierarquia na CRP

1. O CPP visou implementar um novo paradigma processual penal em Portugal. O novo paradigma perspectiva a eficiência do sistema como condição básica de um exercício da força pública constitucionalmente limitado e proporcional. Uma perseguição criminal ineficiente nos meios de investigação que utiliza e no tempo que dura é desproporcional. Deste modo, a «funcionalidade do sistema de direito penal» (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*) ganha uma imprescindível dimensão constitucional e converte-se em um dos critérios orientadores da reforma penal. Com o propósito de promover a adequação da estrutura do processo a esta obrigação constitucional, o legislador atribuiu a direção de todo o processo preparatório ao Ministério Público, consagrou a competência móvel do tribunal e a quebra do



princípio estrito da legalidade na prossecução da ação pública e introduziu a possibilidade do alargamento do objeto do processo com base no acordo das partes. Ao invés, a preferência pela criação de espaços de consenso no tratamento da pequena criminalidade, manifestada claramente nos regimes da suspensão provisória do processo com injunções e no processo de «ordem penal», relevava já de um programa político ainda mais ambicioso de «desjudiciarização» ou de «diversão judicial» (*judicial diversion*) e não apenas da funcionalização acrescida do sistema. A perseguição penal pelo Estado de Direito democrático obedece também a um conceito material de igualdade, com direta repercussão no estatuto dos sujeitos processuais. Esta característica distintiva do novo paradigma exige a participação ao mesmo nível da acusação e da defesa na resolução do conflito e a proteção da privacidade, do bom nome, da presunção de inocência do arguido antes da declaração de culpa por um tribunal. Com o intuito de promover estes objetivos o legislador estabeleceu uma fase autónoma para recolha da prova relevante para a condenação e a determinação da sanção, além da já referida quebra do princípio estrito da legalidade, e incrementou significativamente a observância do princípio da imediação.

2. Outra das linhas de água deste paradigma, alinhado com as exigências do processo penal acusatório do Estado de Direito democrático, é a fidelidade às exigências da transparência, corolário duma justiça exercida não só «em nome do povo», mas também *coram populum*. Precisamente o povo que é, em última instância, o destinatário último das suas decisões. É um *topos* que ganha particular relevo face aos problemas com que a consulta diretamente nos confronta. Por ser evidente que, sem transparência, não é pensável nem *due process of law*, menos ainda um *fair trial*. Sem transparência, sobrarão apenas as sombras e o terror da alegoria de Kafka.

3. Um processo alinhado pelas exigências e valores da transparência e da verdade, não comporta atos ou fases processuais ocultas e apócrifas. Menos ainda tolera que os «atos» ocultos acabem por se projetar sobre o processo, conformando a sua estrutura e decidindo o seu curso, sem que a defesa possa tentar contrariá-los e infirmá-los. No processo penal acusatório, o mesmo Estado, representado pela acusação, é chamado a honrar a sua celebrada «superioridade ética» (Jellinek) e a travar o combate processual num ambiente de igualdade de armas e de rosto descoberto perante a defesa. *Brevitatis causa*, a acusação não pode emboscar-se e esconder a mão, desferindo golpes contra os quais ninguém pode defender-se, já porque nem sabe de onde vêm nem como são. Como era apanágio do processo inquisitório, um modelo a que a nossa Constituição e as nossas leis processuais quisessem fechar definitivamente as portas.

4. É bom de ver que a direção do inquérito pelo MP assumiu uma importância nuclear no novo paradigma processual penal, o que redundou na dignificação do MP como sujeito processual. A centralidade do inquérito foi reforçada com a verdadeira *revolutio* do processo penal português operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, e designadamente com a consagração da regra da publicidade do inquérito<sup>1</sup>. A Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, acentuou esta tendência ao dispor que as declarações do arguido prestadas nas fases anteriores ao julgamento podem nele

<sup>1</sup> Ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 86.º e a literatura nela citada e, em particular, a crítica sistémica e de política criminal de FIGUEIREDO DIAS, 2008, HENRIQUES GASPAS, 2008, e COSTA ANDRADE, 2009.

ser lidas quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 141.<sup>o2</sup> Mais recentemente, esta tendência foi exacerbada pelo acórdão de fixação de jurisprudência do STJ 8/2017, que determinou que as declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.<sup>o</sup> do CPP, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.<sup>o</sup> e 356.<sup>o</sup>, n.º 2, alínea a), do mesmo Código.

5. As consequências destas sucessivas alterações legislativas e jurisprudenciais do paradigma inicial do CPP deixam-se facilmente antever. Todas elas concorrem, de um modo ou de outro, para uma antecipação crescente da litigiosidade para a fase inicial do processo, uma menorização evidente da fase de instrução e, enfim, a tentação de deslocação dos atos mais importantes de direção do inquérito para dossiês administrativos estranhos ao mesmo.

6. Um dos pilares do novo paradigma processual penal assentava na autonomia externa do MP, quando exercesse as suas competências no processo penal e, sobretudo, na fase de investigação do crime<sup>3</sup>. É importante lembrar as opiniões consentâneas de José Luís Nunes (PS) e Barbosa de Melo (PPD) na assembleia constituinte, bem como de Almeida Santos (PS) e Assunção Esteves (PSD) na revisão constitucional de 1989<sup>4</sup>. Os dois partidos mais representativos da assembleia constituinte e da assembleia com poderes constituintes que aprovou a revisão constitucional de 1989 tinham uma visão clara sobre a autonomia externa do MP.

7. Na assembleia constituinte, os Deputados dos dois maiores partidos manifestaram-se neste sentido:

- José Luís Nunes (PS): «Nós temos muitas dúvidas que o Ministério Público seja um órgão autónomo, que funcione junto dos tribunais. [...] É evidente que a Comissão de Redacção, quando diz que é um órgão autónomo, não quis certamente, pôr em causa o carácter da magistratura hierarquizada.»
- Barbosa de Melo (PPD): «O Partido Popular Democrático considera que esta disposição que está em discussão, a disposição apresentada pela Comissão, toca, duas ideias que parecem, na verdade, fundamentais, na correcta estruturação do Ministério Público. Por um lado, **o princípio da autonomia, que nós entendemos no sentido de conferir ao cargo constituído pelo Ministério Público uma independência perante os poderes políticos**. Independência essa que é, aliás, assegurada depois numa disposição no artigo 22.<sup>o</sup>, em que se declara, que o Ministério Público dependerá da Procuradoria-Geral da República. **Parece importante, na verdade, que a perseguição dos crimes ou a luta contra a criminalidade não dependa necessariamente das opções políticas**

<sup>2</sup> Para um balanço crítico da reforma de 2013, ver PAULO SOUSA MENDES, 2014, 48 e 49.

<sup>3</sup> Como diz CUNHA RODRIGUES, «[é] útil esclarecer que a questão da autonomia do Ministério Público esteve, desde a origem, associada a uma certa concepção sobre o processo penal.» (CUNHA RODRIGUES, 2005, 59).

<sup>4</sup> Sobre a importância da discussão da assembleia constituinte para o futuro do MP, ver CUNHA RODRIGUES, 2005, 52 e 53.

**concretas feitas pelo Governo em cada momento.** Que isto deve resultar da legalidade em geral e, da consciência do corpo de magistrados ou de agentes do Ministério Público, que procurarão pôr em prática essa legalidade. Por outro lado, o texto da Comissão aponta para uma ideia que nos parece também importante. E é a ideia de se dizer que o Ministério Público só tem sentido, só funciona, só actua na órbita dos tribunais. Quer dizer, o Ministério Público não se pode arvorar num qualquer órgão que proceda à gestão de outras tarefas do Estado que nada tenham a ver com o Poder Judicial, nomeadamente não pode encabeçar, não pode dirigir nenhuma, polícia que não seja a polícia criminal. [...] Entende o Partido Popular Democrático agora, e suponho que o entenderá depois também que o Ministério Público deve ser estruturado por forma que a intervenção dos juizes não esteja dependente da pressão indirecta que durante muitos anos, durante muitas décadas neste país, se fez através do Ministério da Justiça e sobre e por intermédio dos agentes do Ministério Público.»

- José Luís Nunes (PS): «Nós entendemos que o Ministério Público ou os delegados do Ministério Público não são necessariamente, ou melhor, não são de forma nenhuma simples funcionários públicos. Eles são, efectivamente, magistrados. Depois entendemos que o melhor dos méritos que certamente cabe a toda a Comissão, que dentro deste ponto é omitir, ou não confundir, a função de delegado do Ministério Público com a qualificação do agente. Quer dizer, pode perfeitamente acontecer que haja delegados do Ministério Público que sejam juizes de direito. [...] Sendo o Ministério Público necessariamente, ou muitas vezes, o advogado do Estado, **pode acontecer que em determinado processo de acusação o Estado entenda que a acusação deve ser conferida não àquele delegado do Ministério Público em concreto que exerce as funções normais, mas a um outro que lhe dá melhores garantias de competência, de estabilidade, etc.** É preciso dizer-se que este método ou este princípio é praticamente comum em relação a todas as legislações. [...] Ora, parece-me que nós deveríamos ter uma posição muito clara contra a transferência e, digamos, certas regalias dos magistrados do Ministério Público, deixando evidentemente em aberto, porque está prevista na lei, **a possibilidade de o procurador-geral da República ou o Estado ou o Ministério da Justiça – a lei dirá como é – vir no processo tal dizer que a acusação deve ser feita não por um delegado titular, mas por um delegado do círculo ou por um delegado limítrofe ou por outro delegado qualquer, porque está, efectivamente, em melhores condições para o fazer.** [...] Ora, dá-nos ideia que desta forma nos aproximamos daquele ponto de vista que há pouco defendi, que foi o da manutenção do delegado do Ministério Público, da magistratura do Ministério Público, como magistratura hierárquica e responsável, mas em que essa hierarquia e essa responsabilidade estejam necessariamente vinculadas à norma geral e abstracta, previamente definida, que é, efectivamente, a lei.»
- Barbosa de Melo (PPD): «[...] **A parte final desta proposta, onde se estabelece que os agentes do Ministério Público não poderão ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos, não tem a ver muito com a posição de cada agente do Ministério Público em relação aos processos em que intervém. Do que se trata aqui, e em rigor, é de garantir a independência pessoal do agente do Ministério Público. Saber que ele goza de um estatuto que não depende**

**do arbítrio de ninguém.** A sua permanência nessa qualidade de funcionário público, que é o agente do Ministério Público, que as transferências não podem ser feitas por arbítrio de ninguém, nem ele pode perder a condição de agente por disposições, por boas ou más digestões de quem o dirige.»

- José Luís Nunes (PS): **«Gostava de dizer o seguinte: Em primeiro lugar, que a interpretação que o Sr. Deputado Barbosa de Melo dá das nossas palavras é exactamente aquela que nós queremos dar.»**<sup>5</sup>

8. Na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, em 1988, o Deputado Almeida Santos (PS) rejeitou um reforço da autonomia interna do MP, salientando a distinção entre a magistratura judicial e do Ministério Público, tendo obtido o acordo da Deputada Assunção Esteves (PSD):

- José Magalhães (PCP): «No n.º 2 proclamamos a autonomia do Ministério Público. Parece-nos fundamental que haja uma transposição desse princípio hoje constante do n.º 1 do artigo 2.º da Lei Orgânica do Ministério Público, Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro [...]»
- Almeida Santos (PS): «Quanto ao n.º 2, não sou, como se calcula, contra porque fui eu que defini no novo estatuto orgânico do Ministério Público o seu actual grau de autonomia. Antes, estava na dependência da tutela do Ministério da Justiça. **Mas alguma diferenciação tem de haver entre os magistrados judiciais e os do Ministério Público. É essa uma das razões por que as magistraturas são separadas. Enquanto os juízes dos tribunais judiciais são irresponsáveis e não subordinados hierarquicamente, os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis e hierarquicamente subordinados. Não pode deixar de ser assim, sob pena de criarmos mais problemas do que os que resolvemos. O Ministério Público deve ter um grau de autonomia compatível com o exercício eficaz das suas funções, mas não nos esqueçamos que ele representa o Estado nos tribunais e, portanto, é justo que algum cordão umbilical, por mais ténue, fique a ligar o representante e o representado.** O que agora se propõe é a total autonomia em relação aos órgãos do poder central, regional e local e exclusiva vinculação a critérios de legalidade e objectividade. Isto está na lei; salvo erro, isso é uma formulação que já vem da lei orgânica do Ministério Público de que fui responsável. Isso não impede que nesse mesmo estatuto se diga que eles são magistrados responsáveis e hierarquicamente subordinados. Gozam, no entanto, das garantias de inamovibilidade, etc... Mas sempre com uma ponte a ligar o representante ao representado.»
- Assunção Esteves (PSD): **«Não queria alongar-me muito, porquanto todas as observações feitas pelo Sr. Deputado Almeida Santos são consideradas, da nossa parte, extremamente pertinentes e, portanto, subscrevo-as desde já.»**
- Almeida Santos (PS): «Por outro lado, queria dizer o seguinte: esta querela entre o grau de autonomia do Ministério Público é uma querela que se instalou a partir do momento da lei em vigor, da autoria do governo em que eu fui ministro da justiça. Dentro desse mesmo governo, o grau de autonomia do Ministério Público então consagrado encontrou resistências, as mais vivas, da

<sup>5</sup> DAR, Série I, n.º 100, 7 de janeiro de 1976, pp. 3241 ss. (com negrito nosso).

parte, até, de antigos ministros da justiça. Nessa altura, encontrei-me exactamente na posição de V. Exa., a defender o grau de autonomia do Ministério Público, consagrado na minha proposta de lei, contra aqueles que queriam uma maior vinculação aos órgãos de soberania – que, normalmente, seria o ministro da justiça. Penso que o equilíbrio que se encontrou e a maneira como as coisas têm corrido, desde então, prova que a dosagem está certa. **Tenho dúvidas sobre se o reforço da autonomia, sobretudo se consagrado nos termos que aqui se propõem, não viria a transformar o Ministério Público numa magistratura semelhante à magistratura judicial, o que a descaracterizava como representante dos interesses do Estado e seu representante na acção penal. [...] Assim, não podemos consagrar aqui uma autonomia em pé de igualdade com a dos magistrados judiciais.»**<sup>6</sup>

9. No plenário, o mesmo Deputado Almeida Santos (PS), reconhecendo que não foi possível encontrar um consenso sobre a noção constitucional de autonomia, concluiu: «Por outro lado, o artigo 224.º consagra a autonomia, nos termos da lei, do Ministério Público, que, como se sabe, hoje só gozava de estatuto próprio. Já se entendia que o Ministério Público gozava de um certo grau de autonomia. **Não foi possível chegarmos a acordo sobre a definição dessa autonomia na Constituição. Remete-se para a lei, mas fica constitucionalmente consagrada a afirmação de que se trata de um órgão autónomo.** A Procuradoria-Geral da República também deixa de ser uma entidade vaga e indefinida como hoje é. Hoje dizia-se só «goza de estatuto próprio». Agora passa-se a dizer que a lei determina as regras da composição e competência da Procuradoria-Geral da República, que ela compreende um Conselho Superior de Ministério Público, que hoje só existe previsto na lei ordinária, e que este inclui membros eleitos pela Assembleia da República, o que é um reforço da garantia da sua autonomia, e membros de entre si eleitos pelos magistrados do Ministério Público.»<sup>7</sup>

10. Em face dos trabalhos parlamentares, parece evidente que o conceito de autonomia foi consagrado enquanto proibição de heterodeterminação pelo poder político, ou seja, na sua vertente externa, mas não enquanto garantia da «posição de cada agente do Ministério Público em relação aos processos em que intervém», como se de «uma autonomia em pé de igualdade com a dos magistrados judiciais» se tratasse<sup>8</sup>. Portanto, a consagração de uma autonomia interna do MP que reconhecesse a cada Magistrado do MP titular do inquérito uma autonomia técnica absoluta contrariaria o propósito do legislador constituinte, num duplo sentido. Por um lado, ela implicaria uma atomização do poder funcional do MP e, por conseguinte, uma desconcentração radical do poder processual que o legislador constituinte

<sup>6</sup> DAR, II Série n.º 49-RC, 22 de outubro de 1988, pp. 1545 ss. (Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, com negrito nosso).

<sup>7</sup> DAR, Série I, n.º 85, 23 de maio de 1989, p. 4135 (plenário, com negrito nosso). Mais tarde, Almeida Santos escreveu o seguinte: «Onde fomos determinados, para podermos ser coerentes, foi ao estabelecermos que o Ministério Público gozava de autonomia, em relação aos demais órgãos do poder, central, regional e local. A Constituição não o dizia expressamente, mas viria mais tarde a reconhecer-nos razão.» (Almeida Santos, 1998, 11)

<sup>8</sup> Sobre este conceito de autonomia, ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 48.º e os textos nele citados. Como reconhece também LUÍS FÁBRICA, 2019, 153 e 154, este foi o entendimento adotado pelo acórdão do TC 305/2011. Voltaremos a este assunto adiante.



manifestamente não quis. Por outro, ela implicaria correspondentemente uma maior intervenção do juiz de instrução na fase de inquérito, sobretudo em relação a decisões interlocutórias do Magistrado do MP titular do inquérito com efeitos diretos nos direitos e interesses dos sujeitos e interessados processuais e de terceiros<sup>9</sup>, o que criaria um risco sistémico para o já assinalado equilíbrio de poder entre o MP e o juiz de instrução inerente ao princípio do acusatório, tal como ele ficou plasmado no artigo 32.º, n.º 5, da CRP, e no artigo 2.º (4) da lei de autorização legislativa, que esteve na base do CPP<sup>10</sup>.

11. Por isso, é tecnicamente incorreto considerar o inquérito como um mero processo administrativo especial, conduzido diante dos serviços da Administração Pública, para daí retirar a conclusão de que não há incompatibilidade entre a relação jurídica de subordinação hierárquica entre o hierarca e o Magistrado titular do inquérito e a relação jurídica processual penal<sup>11</sup>. Com efeito, não há qualquer incompatibilidade entre aquelas relações, não porque o inquérito seja um mero processo administrativo especial, mas antes porque o inquérito é uma fase do processo penal conduzida por uma autoridade judiciária, constitucionalmente organizada como uma Magistratura hierarquizada. Aliás, mesmo nas formas especiais de processo, em que não há inquérito (processo sumário) ou pode não haver inquérito (processo abreviado e processo sumaríssimo), toda a atuação do MP prévia à intervenção do tribunal é já parte integrante do processo penal, obedecendo às suas finalidades constitucionais (artigo 32.º da CRP), que não se confundem com os princípios constitucionais a que obedece a Administração Pública (artigo 266.º da CRP)<sup>12</sup>.

12. Posto em modo apodíctico, a autonomia técnica absoluta do Magistrado titular do inquérito poria em causa a principal conquista do 25 de Abril no processo penal, isto é, a consagração do princípio do acusatório em sentido material e não apenas formal, e, por arrastamento, a própria dignificação do MP como sujeito processual no processo penal alcançada com o novo CPP<sup>13</sup>. Por isso, Rodrigues Maximiano proclamava, no já longínquo dia de 15 de maio de 1982, no primeiro congresso do Ministério Público, que «[o] estatuto constitucional do MP consagra-o como autónomo do Executivo, independente e paralelo em relação à magistratura judicial. [...] O novo MP constitucionalmente consagrado tem na autonomia a maior conquista democrática no âmbito judiciário [...]»<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> A Lei n.º 43/86, de 26 de dezembro, no seu artigo 2.º (45) já previa a «Existência de um inquérito preliminar, a cargo do Ministério Público, coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal, com a finalidade de investigar a notícia do crime e de proceder às determinações inerentes à decisão de acusação ou não acusação, definindo-se, nestes termos, ser o inquérito bastante para a introdução do feito em juízo; tornando-se necessária a prática de actos que directamente se prendam com os direitos fundamentais das pessoas, tais actos deverão ser presididos, praticados ou autorizados pelo juiz, o qual terá para o efeito na sua disponibilidade os órgãos de polícia judiciária».

<sup>10</sup> A Lei n.º 43/86, de 26 de setembro, no seu artigo 2.º (4) previa o «estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com o princípio da investigação judicial».

<sup>11</sup> Como conclui, com razão, LUIS FÁBRICA, 2019, 89.

<sup>12</sup> Ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 262.º

<sup>13</sup> Veremos adiante que esta leitura da vontade dos constituintes é partilhada pelo TC.

<sup>14</sup> RODRIGUES MAXIMIANO, 1984, 109 e 110, e com maior profundidade, 2008, 178 a 189 (em umas alegações de recurso para o STJ de 28 de novembro de 1989).



## 2. A autonomia interna e a hierarquia no CPP

13. O CPP prevê alguns casos de intervenção hierárquica: a decisão sobre impedimentos, recusas e escusas dos magistrados do Ministério Público (artigo 54.º do CPP), a decisão sobre reclamações relativas à remuneração de intérprete ou de perito que tenha participado em atos da sua competência (artigos 92.º, n.º 8, e 162.º, n.º 3, do CPP, respetivamente), a decisão sobre pedidos de aceleração processual de processos sob a sua direção (artigos 108.º e 109.º do CPP), a decisão sobre conflitos de competência (artigo 266.º, n.º 3, do CPP), a decisão do superior hierárquico avocar o inquérito (artigo 276.º, n.º 7, do CPP), a decisão do PGR determinar, *ex officio* ou a requerimento, a aceleração processual (artigo 276.º, n.º 8, do CPP), a decisão de determinar que seja formulada acusação ou que as investigações prossigam, com indicação das diligências a efetuar e do prazo para o seu adimplemento (artigo 278.º do CPP) e, finalmente, a decisão das reclamações do despacho que deferir ou recusar a reabertura do inquérito com base em novos elementos de prova, que invalidem os fundamentos invocados no despacho de arquivamento (artigo 279.º do CPP).

14. Em relação a estas decisões do hierarca, não há direito de desobediência [artigo 110, n.º 6, al. *a*), do EMP] e não há um segundo grau de reclamação das decisões proferidas pelo magistrado do MP coordenador [art. 75.º, n.º 1, al. *g*), do EMP] para o Procurador-Geral Regional [art. 58.º, n.º 1, al. *f*), do EMP].

15. Na perspetiva do CC da PGR, comungada pela Diretiva da PGR, estas decisões constituem um *numerus clausus* de casos de exercício do poder de supervisão (modificação ou revogação do ato sindicado), regulando mais relações de terceiros com o MP do que relações do titular do inquérito com a hierarquia do MP<sup>15</sup>. Contudo, o CC tem estas competências em pouca conta, porque «para além de serem provocadas e não oficiosas, em nada contribuem para a execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, para o completo exercício da ação penal orientada pelo princípio da legalidade e para a defesa da legalidade democrática... revelam uma estrutura reativa e incapaz, sequer, de impor uniformidade de procedimentos e de entendimentos»<sup>16</sup>. Ou seja, estas competências são a expressão de uma «hierarquia raquítica, sem grandes poderes processuais, [...], uma hierarquia passiva e desprovida de mecanismos processuais efetivos», no dizer do CC<sup>17</sup>. A estes poderes menores acresce, ainda na perspetiva do CC, um poder de supervisão fora do CPP sobre a decisão de não abrir inquérito, contra o disposto no artigo 262.º, n.º 2, do CPP. Como não há inquérito também não funciona aquela limitação legal (isto é, o *numerus clausus*) do poder de supervisão, nada impedindo o superior hierárquico de revogar tal decisão<sup>18</sup>.

16. Na verdade, o CPP prevê uma intervenção controladora e conformadora muito significativa do hierarca no inquérito, podendo até ser resolutive de conflitos com privados (por exemplo, artigos 54.º, n.º 2, 92.º, n.º 8, e 162.º, n.º 3, do CPP), mas

<sup>15</sup> Parecer do CC 33/19, pontos 2.1 e 3.1. Opondo-se a este entendimento, LUÍS FÁBRICA, 2019, 88, pelo menos no que toca ao artigo 278.º do CPP, que considera tratar-se de uma manifestação do poder de direção e não do poder de supervisão.

<sup>16</sup> Parecer do CC 33/19, ponto 3.3.

<sup>17</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>18</sup> Parecer do CC 13/99, ponto 3.5.

é omissa na regulamentação dos incidentes de reclamação hierárquica em que o hierarca é chamado a exercer o seu poder. Não há regras gerais para estes incidentes sobre a delimitação do objeto da reclamação, a legitimidade do reclamante, o prazo da reclamação, o efeito da interposição da reclamação na decisão reclamada e no processo, o âmbito do poder de sindicância da decisão reclamada pelo hierarca e o efeito de caso julgado sobre a questão decidenda<sup>19</sup>. É a justiça a olho, cada hierarca faz como lhe aprouver, porque o legislador se demitiu da sua função. Nem mesmo a competência do tribunal para conhecer da nulidade dos atos processuais do hierarca realizados durante e no inquérito é indiscutível<sup>20</sup>. A penúria normativa não permite tirar quaisquer conclusões seguras relativas à natureza de *numerus clausus* ou *apertus* dos casos de intervenção hierárquica previstos no CPP. Só uma leitura do CPP à luz da Constituição pode auxiliar o intérprete, enquanto o legislador não assumir a sua responsabilidade e suprir a lacuna da lei vigente<sup>21</sup>.

17. Em rigor, a discussão sobre os incidentes de reclamação hierárquica previstos no CPP enquanto manifestações do poder de supervisão não contende com o tema *sub judice* do reconhecimento do poder diretivo do hierarca de dar ordens concretas ao titular do inquérito, pois não há que confundir o poder de dar ordens e o poder de supervisão. Mais: não cabe argumentar que, se o legislador sentiu necessidade de expressamente consagrar normas esparsas relativas a incidentes concretos de reclamação hierárquica foi porque, se o não fizesse, ela não seria admissível, pela mesma razão que a regra da recorribilidade geral das decisões judiciais não obsta à existência de normas esparsas no CPP que preveem a recorribilidade de certos despachos judiciais (ver por exemplo, artigo 219.º). No CPP, não há um direito irrestrito ao recurso de todos os despachos judiciais que afetem os interesses e direitos dos sujeitos e interessados processuais, pois, nas palavras do acórdão do TC 31/87, admite-se que a faculdade de recorrer possa «ser restringida em certas fases do processo e que, relativamente a certos actos do juiz, possa mesmo não existir». O mesmo vale, até por maioria de razão, para a reclamação hierárquica dos atos do Magistrado do MP titular do inquérito.

18. Já em 1995, o então Procurador-Geral-Adjunto Eduardo Maia Costa se queixava, com razão, de que «[a] lei é omissa quanto às formalidades a que deve obedecer o exercício dos poderes directivos»<sup>22</sup>. A sua voz não estava isolada. O então Procurador-Geral-Adjunto António Cluny insistia na mesma tecla: «é exactamente neste campo que se impõe uma clarificação objetiva das possibilidades de intervenção hierárquica no âmbito ou visando actuações processuais concretas [...]»<sup>23</sup>. Passados 25 anos, a situação não mudou. O CPP continua a ser omissa e a omissão não foi suprida pela nova redação do EMP, como se verá em seguida.

<sup>19</sup> Já assim, PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação 6 a 11 do artigo 48.º

<sup>20</sup> Ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação 13 ao artigo 54.º e anotação 5 ao artigo 118.º

<sup>21</sup> Ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 48.º

<sup>22</sup> MAIA COSTA, 1995, 155.

<sup>23</sup> ANTÓNIO CLUNY, 1997, 106.

### 3. A autonomia interna e a hierarquia no EMP e na legislação extravagante

19. A Lei 68/2019, de 27 de agosto, acrescentou um novo n.º 4 no artigo 97.º, estipulando que «[a] intervenção hierárquica em processo de natureza criminal é regulada pela lei processual penal», e no artigo 100.º um novo n.º 2 estipulando que «[a] intervenção processual do superior hierárquico efetua-se nos termos do presente Estatuto e da lei de processo». Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 147/XII ficou expresso que «[a] intervenção agora proposta visa primordialmente fortalecer os parâmetros constitucionais que caracterizam a magistratura do Ministério Público, nomeadamente a sua autonomia, interna e externa». Qual o sentido deste fortalecimento? Por outro lado, afirma-se que «[c]larifica-se a estrutura hierárquica do Ministério Público, que constitui um dos traços essenciais do desenho constitucional desta magistratura». Mas qual o sentido desta clarificação? Os elementos literal e sistemático de interpretação pouco auxiliam o intérprete, dada a deficiente técnica legislativa adotada.

20. A autonomia interna tem no EMP duas decantações específicas: a vinculação dos Magistrados MP a critérios de legalidade e objetividade e a sua exclusiva sujeição às diretivas, ordens e instruções previstas na lei, com salvaguarda da sua consciência jurídica. É apenas o sentido da segunda decantação que está em causa no presente parecer.

21. O EMP não define diretivas, instruções e ordens, embora reserve as primeiras ao PGR e ao CSMP<sup>24</sup>. O artigo 14.º indica taxativamente os Magistrados do MP que detêm «poderes de direção, hierarquia e, nos termos da lei, intervenção processual». Nenhum argumento se pode retirar da distinção entre poderes de direção e intervenção processual, dado o carácter manifestamente inepto da redação do artigo<sup>25</sup>. Estranhamente, os conceitos de direção e hierarquia são separados como se esta não incluísse aquela. Mais: a «intervenção processual» é um conceito autónomo em face dos conceitos de direção e hierarquia, parecendo que aquela intervenção pode ter lugar à margem dos poderes de direção e fora do âmbito da relação hierárquica. A necessidade de lei habilitadora apenas para efeitos da «intervenção processual» deixa a direção e a hierarquia desamparadas, como se fossem livres da lei. Por fim, a disposição inclui na lista o Vice-Procurador-Geral da República, não obstante este não ter quaisquer competências próprias, antes apenas aquelas que o PGR nele delegar.

22. A inépcia do legislador não se fica por aqui. O artigo 97.º refere-se ao poder de «intervenção hierárquica», os artigos 14.º, n.º 1, e 100.º, n.º 2, ao poder de «intervenção processual» do superior hierárquico e os artigos 14.º, n.º 2, e 67.º, n.º 6, aos «poderes de hierarquia processual», sem justificação para tal distinção linguística e categorial. Aliás, o EMP utiliza indistintamente a terminologia «hierarquia» (artigos 14.º, n.º 1, e 97.º, n.º 3), «hierarquia processual» (artigos 14.º, n.º 2, e 67.º, n.º 6) e «via

<sup>24</sup> Foi a Diretiva da PGR 5/2014, como se verá adiante, que ensaiou pela primeira vez esta definição.

<sup>25</sup> A propósito desta disposição veja-se LUÍS FÁBRICA, 2019, 84 e 87, que não poupa o legislador, referindo-se a um «panorama terminológico e conceptual já complexo e sobrecarregado», um «novelo de conceitos», que suscita «interrogações diversas», chegando mesmo a afirmar que parte da norma «é algo enganadora». Também o parecer do CC 33/19, ponto 3.1, se refere à «imprecisão linguística» desta disposição.

hierárquica» [artigos 100.º, n.º 6, al.<sup>a</sup> a), 120.º, n.º 9]. Neste contexto de caos linguístico e conceptual, é temerário retirar qualquer argumento da expressão «intervir hierarquicamente nos inquéritos, nos termos previstos no Código de Processo Penal» quando se define a competência do PGR [artigo 19.º, n.º 2, alínea g)], do Diretor do DCIAP [artigo 59.º, n.º 1, alínea c)], do Procurador-Geral Regional [artigo 58.º, n.º 1, alínea f)], do Diretor do DIAP regional [artigo 72.º, alínea b)], do Magistrado do MP Coordenador de comarca [artigo 75.º, n.º 1, alínea g)] e do Diretor do DIAP [artigo 87.º, alínea b)]. Inexplicavelmente, o mesmo legislador define a competência dos dirigentes de secção de DIAP, tendo por referência as «decisões previstas nas leis de processo» [artigo 83.º, n.º 3, alínea c)]. Nenhum critério objetivo justifica esta distinção linguística, o que revela o nível de cuidado técnico do legislador na redação do EMP. E o intérprete não deve pretender que a lei é clara quando lhe é conveniente e é insolúvel quando lhe é inconveniente. Se a lei não é clara, seja por inabilidade involuntária do legislador seja pela sua falta de vontade política de optar por um modelo hierárquico transparente ou por um modelo autonómico radical, o intérprete deve proceder com todo o cuidado na utilização de argumentos literais ou sistemáticos.

23. A interpretação menos arriscada deste conjunto de disposições será, com toda a álea que a imprecisão terminológica do legislador e a sua periclitante arquitetura de conceitos básicos implicam, a de que as menções à intervenção hierárquica nos inquéritos, nos termos previstos no CPP, se reportam apenas e tão-só ao exercício dos poderes do hierarca de sindicância de decisões prévias tomadas pelo titular do inquérito nos termos do CPP, tais como as dos artigos 92.º, n.º 8, 162.º, n.º 3, 278.º e 279.º Estas disposições não são pertinentes para a discussão sobre o poder do hierarca dar ordens genéricas para uma categoria mais ou menos ampla de processos como também não o são para a discussão paralela sobre o poder do hierarca dar ordens concretas destinadas a ter efeitos num processo determinado, como faculdades intrínsecas e inerentes ao seu poder diretivo, ou no dizer de Figueiredo Dias, como competência que «decorre da própria natureza das funções de superior hierárquico por ele exercidas»<sup>26</sup>.

24. É certo que o novo n.º 5 do artigo 97.º dispõe que «[...] as decisões finais proferidas pelos magistrados do Ministério Público em procedimentos de natureza não criminal podem ser objeto de reapreciação pelo imediato superior hierárquico». Mas nenhum argumento se pode retirar desta disposição atenta a diversa filosofia a que obedece a intervenção do MP como autoridade judiciária no processo penal, em que o MP é o titular de uma fase do próprio processo e cujas decisões interlocutórias têm ou podem ter efeito direto nos direitos e interesses dos privados, sem qualquer equivalente com a posição tida pelo MP nos processos civil, laboral, administrativo e outros.

25. É também certo que o EMP introduziu regras sobre a reafetação do magistrado (artigo 77.º), a afetação de processos (artigo 78) e as substituições (artigo 81.º), mas os artigos 76.º a 81.º estão sistematicamente enquadrados no local errado, pois tais normas respeitam a todo o Ministério Público e não apenas às procuradorias da República de comarca. A existência destas normas em nada prejudica o poder do

<sup>26</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1973, 175. No seu manual, o Autor era ainda mais explícito: «Quanto ao poder de direcção concreto interno não pode suscitar – nem tem suscitado – qualquer objecção de princípio.» (1974, 378).

hierarca dar ordens concretas ao titular de um determinado processo, não podendo alegar-se que este poder torná-las-ia despidiendas. Se esta alegação fosse procedente, provaria demais, pois implicaria a exclusão de quaisquer ordens concretas do hierarca, incluindo ordens sobre a organização e a operacionalidade dos serviços ou sobre a coordenação entre inquéritos distintos. Pelo contrário, o argumento da existência destas normas sobre reafetação do magistrado, afetação de processos e substituições pode ser revertido, isto é, a existência destas normas pode ser invocada por maioria de razão em favor do mencionado poder diretivo do hierarca, pois quem pode o mais (avocar o processo ou redistribuí-lo) pode, *rectius*, deve ter o poder para o menos (dar uma ordem concreta sobre o modo de condução do processo), sendo dificilmente compreensível, se não mesmo absurdo, o conceito de hierarquia inerente a uma conceção que não permitisse o menos mas permitisse o mais ao hierarca.

26. De igual modo, a tipificação legal dos casos de avocação e dos seus fundamentos (artigo 276.º, n.º 8, do CPP e artigos 92.º, n.ºs 1 e 2, e 100.º, n.º 5, do EMP) não é inútil, em face do dito poder diretivo do hierarca, pois ela serve de válvula de escape para evitar o «primado dos inexperientes»<sup>27</sup>, isto é, ela é imprescindível para garantir que o hierarca possa fazer valer o seu ponto de vista sobre o do inferior hierárquico que recusa a ordem. Não pode, pois, pretender-se que no MP existe um controle difuso e definitivo da conformidade ao Direito dos comandos recebidos pelo Magistrado titular do inquérito<sup>28</sup>. É que o hierarca pode sempre avocar o processo ou substituir o seu titular, em caso de recusa da ordem, e esta é uma garantia fundamental da hierarquia ao serviço dos princípios da legalidade e da objetividade. A experiência mostra infelizmente que os desvios à legalidade e à objetividade também podem provir de uma atuação desnorteada do Magistrado titular do inquérito. Independentemente dos casos de responsabilidade disciplinar por recusa injustificada da ordem, o titular do inquérito nunca tem, nem deve ter, o controle definitivo da legalidade. Em rigor, nem o hierarca tem esse controle definitivo, pois ele compete aos tribunais, como última instância para dizer o Direito e, portanto, para determinar que uma ordem foi ilegal<sup>29</sup>, como o foi o ato realizado com base nela.

27. Por fim, o reconhecimento do mencionado poder diretivo do hierarca não torna inútil o regime da aceleração processual. É sabido que a competência para dela conhecer pertence em exclusivo ao PGR e ele não tem o poder de determinar a prática de quaisquer atos pelo Magistrado titular do inquérito. Mas a aceleração processual tramitada diante do PGR não prejudica em nada os poderes do imediato

<sup>27</sup> A expressão é de HÖRST HUND, *apud* MEDEIROS E MOUTINHO, 2009, 33.

<sup>28</sup> LUÍS FÁBRICA, 2019, 93, mas contra HENRIQUES GASPAS, cuja solução em favor da prevalência da hierarquia em caso de desobediência do Magistrado titular do inquérito vai muito para além do poder do hierarca de avocação e de substituição, como veremos adiante em detalhe.

<sup>29</sup> Por exemplo, é ilegal a ordem estranha à estrutura piramidal do MP, como a que seja dada por um procurador-geral regional de um distrito judicial diferente do procurador da república destinatário da mesma. O exemplo é dado em PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação 5 ao artigo 48.º, e repetido por PAULO DÁ MESQUITA, no *Comentário Judiciário*, anotação 7 ao artigo 53.º Como é ilegal a ordem do hierarca para que o titular do inquérito não pondere uma prova favorável ao arguido na sua decisão sobre se deve acusar. O exemplo é dado por FIGUEIREDO DIAS, 1974, 370, 379 e 380.



superior hierárquico do titular do inquérito, como a aceleração processual tramitada diante do CSM não prejudica os poderes da Relação sobre a decisão do juiz de primeira instância. Nas palavras de Cunha Rodrigues, «o apelo ao último grau da hierarquia (em paralelismo com o Conselho Superior da Magistratura) parece ter tido por objectivo dotar o mecanismo de aceleração de uma via célere e dotada de eficácia executória»<sup>30</sup>. Este e apenas este terá sido o objetivo do dito mecanismo.

28. Mais: tal como o poder de ordenar oficiosamente ou a requerimento a aceleração processual não torna o PGR corresponsável por todos os inquéritos que correm no país, também o poder diretivo do hierarca dar ordens concretas num processo determinado não converte o hierarca, incluindo o PGR no caso em que é hierarca, em corresponsável por todos e quaisquer processos concretos, muito menos direta e pessoalmente responsável por todas as decisões proferidas em todos os processos conduzidos pelos seus inferiores hierárquicos, pelo menos por omissão, por não as ter impedido ou revogado<sup>31</sup>.

29. O EMP prevê outros exemplos de poderes diretivos do hierarca com efeitos na condução do inquérito: a criação de equipas conjuntas de investigação [artigos 59.º, n.º 1, al. j), 70.º, n.º 5, 72.º, al. e), 83.º, n.º 4, 85.º, n.º 7 e 90.º, n.º 3, do EMP], a nomeação para coadjuvar ou substituir outro magistrado (artigo 92.º do EMP), a reafecção de magistrados e de processos [artigos 76.º, n.º 2, als. a) e b), 77.º e 78.º, do EMP], o deferimento de competência ao DCIAP (artigo 58.º, n.º 3, do EMP), aos DIAP regionais [artigo 71.º, n.º 1, al. b), do EMP] ou ao DIAP de comarca (artigo 71.º, n.º 2, do EMP). Acrescem ainda os poderes diretivos resultantes de outra legislação, como sejam o deferimento da investigação a órgão de polícia criminal (artigo 8.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto) ou a autorização para a realização de investigação patrimonial e financeira pelo Gabinete de Recuperação de Ativos (artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho). Tudo concorrendo, portanto, para um amplo campo de exercício do poder diretivo do hierarca e, consequentemente, de conformação da relação jurídica processual penal pelo hierarca fora dos estritos cânones do CPP.

30. Pode, pois, concluir-se que o EMP não obsta a que o hierarca profira ordens concretas, escritas e fundamentadas, que se destinem a produzir efeitos num determinado processo, com base no seu poder diretivo. Na vida prática, esse poder diretivo concreto é, aliás, indispensável, por exemplo, na coordenação entre inquéritos distintos com objetos que se relacionem ou em que haja que realizar atos processuais (v.g., meios de obtenção de prova, como buscas) que interessem a vários inquéritos. A este entendimento das coisas não se opõem as obrigações internacionais do Estado português, como se verá já em seguida.

#### **4. A autonomia interna e a hierarquia no direito europeu e no direito penal internacional**

31. A questão *sub judice* neste parecer já mereceu a atenção dos tribunais internacionais. O TJUE inicialmente decidiu que o artigo 8.º, n.º 1, alínea c), da

<sup>30</sup> CUNHA RODRIGUES, 1995, 24.

<sup>31</sup> Sem prejuízo da responsabilidade do PGR na gestão dos inquéritos diante da lei de política criminal e em reação a inusitados surtos de criminalidade ver Francisca VAN DUNEM, 2014, 108 e 109.



decisão-quadro sobre o mandado de detenção europeu deve ser interpretado no sentido de que uma homologação por parte do MP húngaro de um mandado de detenção nacional, previamente emitido, para efeitos de um processo penal, por um serviço de polícia, constitui uma «decisão judiciária», na aceção da referida disposição<sup>32</sup>. Contudo, posteriormente, rejeitou o carácter de autoridade judiciária ao MP alemão quando ele deve obediência a ordens concretas do poder político no processo onde é emitido o mandado de detenção europeu e em relação a este<sup>33</sup>, mas não quando obedece a ordens genéricas do poder político e a ordens concretas da hierarquia.

32. Por seu turno, o TEDH considera que os magistrados do MP não podem ser considerados como juiz ou «outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais», para os efeitos do disposto no artigo 5.º, n.º 3, da CEDH, quando esses magistrados estejam subordinados ao procurador-geral e este por sua vez exerce as funções de Ministro da Justiça (como sucede na Polónia) ou está subordinado ao Ministro da Justiça (como na Roménia)<sup>34</sup>. No caso francês, o TEDH chegou à mesma conclusão, porquanto os Magistrados do Ministério Público, embora pertençam à *ordre judiciaire*, têm um regime distinto dos juízes e, designadamente, não são independentes, encontrando-se sob o poder hierárquico do *garde des sceaux* (Ministro da Justiça)<sup>35</sup>.

33. Ainda no seio do Conselho da Europa, a Opinião 13/2018 do Conselho Consultivo dos Procuradores Europeus aceita instruções genéricas e ordens concretas provenientes do superior hierárquico. Quanto às primeiras, admitiu-as desde que sejam *recommandations générales ou de lignes directrices/ directives sur l'application de la loi pour assurer la cohérence du droit et de la jurisprudence ou des priorités en matière de poursuites*. Quanto às segundas, admitiu-as com algum cuidado : *Si un procureur reçoit de sa hiérarchie des instructions individuelles qui semblent illégales ou non conformes au code de déontologie professionnelle, il ne devrait pas être contraint de s'y conformer et devrait avoir la possibilité de présenter ses raisons à sa hiérarchie*.

34. É, pois, seguro concluir que nem o direito da União Europeia nem o direito do Conselho da Europa, incluindo a CEDH, garantem a autonomia interna do MP<sup>36</sup>, pelo que o modelo de intervenções decisórias concretas por hierarcas no inquérito não é incompatível com a qualificação de autoridade judiciária do Magistrado titular do inquérito, não sendo por isso suscetível de se repercutir no não preenchimento pelo MP português dos requisitos sobre esse conceito desenvolvidos pela jurisprudência do TJUE para efeitos do exercício de poderes reservados a autoridades judiciais no auxílio mútuo para a investigação criminal entre Estados-membros da União. Esta conclusão é particularmente válida no contexto da Magistratura do MP portuguesa cuja pirâmide é encimada pelo PGR, que não deve obediência ao Ministro da Justiça nem a qualquer outro representante do poder político.

<sup>32</sup> TJEU, C-453/16.

<sup>33</sup> TJEU, C-508/18.

<sup>34</sup> *Niedbala c. Polónia*, n.º 27915/95, 4 julho 2000, §§ 48-57, e *Pantea c. Roménia*, n.º 33343/96, 3 junho 2003, §§ 232-238.

<sup>35</sup> *Moulin c. França*, n.º 37104/06, 23 novembro 2010, §§ 53-62.

<sup>36</sup> Esta é, aliás, a situação na maioria dos países da União Europeia, como conclui PETER TAK, no estudo de direito comparado realizado em dois volumes (2005, I vol., 4 e 5).

35. Se a autonomia do MP é, pois, entendida em sentido restritivo pela jurisprudência europeia, há, contudo, um limite que ela não pode ultrapassar. Seja qual for a organização interna do MP, ela não pode servir como um véu opaco no processo penal. No direito europeu dos direitos humanos, é imperativo o respeito pela obrigação de *full disclosure* das peças processuais e extraprocessuais, à luz do disposto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, desde que uma de três condições esteja reunida: se a peça foi tida em conta para efeitos da acusação, se continha elementos que permitiriam exonerar ou atenuar a responsabilidade dos suspeitos, ou se se referisse à admissibilidade, validade, credibilidade ou completude da prova já adquirida ou a adquirir<sup>37</sup>. A obrigação de *disclosure* inclui dossiês e documentos administrativos, como relatórios da polícia, mesmo que o Magistrado do MP considere que o documento não é «relevante para o resultado do processo criminal» (*relevant for the outcome of the criminal case*)<sup>38</sup>. Aliás, este princípio é aplicável a qualquer documento extraprocessual proveniente de terceiros à relação processual, como por exemplo, testemunhas<sup>39</sup>.

36. A obrigação de *disclosure* de quaisquer dossiês, livros, documentos, fotos ou objetos tangíveis que o MP tenha na sua posse ou controlo e que possam ser relevantes para a preparação da defesa, quer venham a ser usados como prova quer não venham a sê-lo, é também a regra no direito internacional penal, como resulta do Estatuto de Roma<sup>40</sup>, das Regras sobre Processo e Prova do Tribunal<sup>41</sup> e da própria prática do TPI<sup>42</sup>.

## 5. O estado da questão na doutrina portuguesa

37. Embora dividida, a doutrina portuguesa maioritária tem um ponto de vista claro sobre o escopo da autonomia do MP e, em particular, sobre o poder do hierarca dar uma ordem concreta ao titular do inquérito superior destinada a produzir efeitos num determinado processo penal.

38. No Portugal democrático, o então Procurador-Geral-Adjunto Henriques Gaspar foi o primeiro Autor a construir um pensamento estruturado sobre esta questão. O Autor expôs o seu pensamento em três textos cristalinos, de 1992<sup>43</sup>, 1994<sup>44</sup> e 1995<sup>45</sup>. Tudo era claro para o Autor no tocante ao escopo do poder diretivo:

<sup>37</sup> TEDH, *Matanovic c. Croácia*, n.º 2742/12, § 161, 4 de abril de 2017.

<sup>38</sup> TEDH, *Kuopila c. Finlândia*, n.º 27752/95, § 37, 27 de abril de 2000.

<sup>39</sup> TEDH, *M.S. c. Finlândia*, n.º 46601/99, § 34, 22 de março de 2005.

<sup>40</sup> Artigos 61.º, n.º 1, al. b), 64.º, n.º 3, al. c), e 67.º, n.º 2.

<sup>41</sup> Regra 77.

<sup>42</sup> Por exemplo, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC Case No. 01/04-01/06, Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable, Pre-Trial Chamber I, 15 May 2006, e *Prosecutor v. Bemba Gombo*, ICC Case No. 01/05-01/08-55, Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties, Pre-Trial Chamber III, 31 July 2008.

<sup>43</sup> «Impugnação das decisões do Ministério Público no inquérito», in *RMP*, ano 13, n.º 49, pp. 71 a 83.

<sup>44</sup> «Ministério Público, hierarquia e processo penal», in *RMP-cadernos*, n.º 6, 1994, pp. 79 a 91.

<sup>45</sup> «Especialização da investigação e competência extraterritorial: autonomia e limites de intervenção hierárquica», in *RMP*, ano 16, n.º 62, pp. 47 a 55.

«[c]omo princípio, o poder de direcção, tanto geral como concreto, pode ser exercido relativamente ao processo penal, não suscitando quaisquer objecções. Na verdade, fiscalizar e dirigir, dar aos agentes subordinados directivas, ordens e instruções, permite estabelecer certas orientações gerais de actuação ou quanto à interpretação da lei, mas comporta, também, a possibilidade orientações para a prática de actos com um certo conteúdo.»<sup>46</sup>

39. Quanto ao elenco dos atos processuais não expressamente previstos no CPP que poderiam ser objeto de ordem do hierarca, Henriques Gaspar entrou em detalhe: «determinações sobre o melhor modo de conduzir e realizar o inquérito, sobre as diligências a efectuar, sobre as medidas cautelares a decidir ou a requerer, sobre a posição a defender na audiência, ou quanto à decisão de recorrer e posição a tomar no recurso, podem constituir instruções para o bom desempenho das funções, que integram o conteúdo do poder de direcção»<sup>47</sup>.

40. Simultaneamente, o Autor recusava a existência de um poder de reclamação hierárquica pelos sujeitos ou interessados processuais no tocante ao «exercício da discricionariedade técnica – como o melhor modo de conduzir o inquérito, a escolha e administração da prova, a determinação do momento de recolha, a execução e a determinação à execução dos actos necessários», em que a visão do titular do inquérito seria «naturalmente insindicável»<sup>48</sup>. Ainda recentemente, Henriques Gaspar admitiu a coordenação prévia dos magistrados «no âmbito interno da organização» para efeitos da definição da posição do titular do processo em relação à utilização do artigo 16.º, n.º 3, mas não a reclamação hierárquica fundada no uso indevido deste artigo pelo titular do processo<sup>49</sup>.

41. Em síntese, para Henriques Gaspar a hierarquia do MP participa dos elementos integrantes do poder diretivo, isto é, «dar directivas, ordens, instruções necessárias ao bom desempenho das funções», o que «permite orientações para a prática de actos com certo conteúdo, ou para certa interpretação da lei»<sup>50</sup>. É certo que o hierarca não dispõe do poder disciplinar, nem do poder de supervisão, no sentido de modificação ou revogação, fora dos casos previstos no CPP, dos atos processuais do titular do inquérito<sup>51</sup>. Mas os poderes diretivos do hierarca não se limitam a dar ordens concretas para a prática de atos processuais com um certo conteúdo, podendo ordenar a revogação, a modificação ou a substituição de um ato processual concreto pelo titular do inquérito. Nas palavras do Autor: «É certo que, dentro de certos limites, o próprio autor do acto pode modificá-lo. E pode modificá-lo no respeito a uma ordem ou instrução recebida. Mais deve modificá-lo ou substituí-lo, salvo invocação dos motivos excepcionais previstos na lei.» No entender do Autor, esta ordem para revogação ou substituição de um ato processual seria um «correlato do poder de direcção». Se o titular do inquérito não modificasse ou substituisse o ato, em desobediência à ordem para tal, sobraria o poder de avocação,

<sup>46</sup> HENRIQUES GASPAR, 1994, 86.

<sup>47</sup> HENRIQUES GASPAR, 1994, 89.

<sup>48</sup> *Idem*, 1992, 78, e de novo 1994, 81.

<sup>49</sup> *Idem*, 2014, 78.

<sup>50</sup> *Idem*, 1992, 78, e de novo, 1994, 81.

<sup>51</sup> *Idem*, 1992, 78, e de novo, 1994, 81.

ainda segundo Henriques Gaspar<sup>52</sup>. Assim se compreende que em 1995 o Autor identificasse o princípio da autonomia do MP como uma autonomia «perante os outros órgãos do Estado e perante a magistratura judicial», e só perante estes, mas não perante a hierarquia<sup>53</sup>.

42. À tese de Henriques Gaspar aderiram o próprio Procurador-Geral da República Cunha Rodrigues e o Procurador-Geral-Adjunto António Cluny.

43. Cunha Rodrigues pronunciou-se no sentido de que não haveria que distinguir o tratamento a dar às instruções genéricas e às ordens concretas na hierarquia do MP: «não há razões para distinguir, nos poderes directivos, os que se traduzem por instruções genéricas e os que se concretizam em instruções específicas. Nem por outro lado, os que se exercem preventivamente ou *a posteriori*»<sup>54</sup>. Por isso, o Autor concluiu que «[o]s poderes directivos, correspondendo *lato sensu* a intervenções de carácter técnico e processual, encontram-se distribuídos por escalões e funcionam segundo uma estrutura monocrática cujo vértice é o Procurador-Geral da República, não distinguindo a lei entre poderes directivos genéricos e específicos nem entre instruções ou ordens de natureza preventiva e *a posteriori*»<sup>55</sup>. Com efeito, a hierarquia do MP tem poderes directivos concretos no processo penal, porque «vejo aquele princípio [da inamovibilidade] como uma garantia de estabilidade nas funções e não no processo. É esta, porventura, a diferença entre estabilidade e inamovibilidade. A estabilidade tem de compatibilizar-se com a hierarquia, princípio com a mesma dignidade constitucional. E a hierarquia envolve, onde houver competências concorrentes, as faculdades de avocação, substituição e devolução»<sup>56</sup>. Contudo, o Autor logo ressaltava que «[u]ma boa compreensão da hierarquia reclama, no entanto, a sua utilização a título meramente excepcional e com a maior transparência»<sup>57</sup>.

44. António Cluny não se coibiu mesmo de fazer uma dura crítica da prática vigente, pois «[s]e, no processo, a visibilidade da intervenção do magistrado titular

<sup>52</sup> *Idem*, 1992, 81 e 82, e de novo 1994, 90. Sublinhando este ponto crucial do pensamento de HENRIQUES GASPAR, ver INÊS CARVALHO, 2011, 99 («Tem-se em conta especialmente o poder de supervisão no sentido da faculdade de revogação ou modificação de actos praticados no processo, fora do espaço processual e do exercício de competências previstas na lei de processo. Exclui-se aquela manifestação do poder de supervisão, expressa ao mesmo tempo como competência processual, oficiosa ou a pedido de interessado com legitimidade, prevista no art. 278.º do CPP»). Não é, por isso, correta a descrição da posição de HENRIQUES GASPAR feita pelo CC no seu parecer 33/19, ponto 3.1, quando se cita HENRIQUES GASPAR dizendo que «no que se refere ao poder de supervisão, quanto à revogação de atos, não parece, porém, que a unidade do processo o admita autonomamente, isto é, fora das [...] competências processualmente conformadas». É que HENRIQUES GASPAR não se fica por aqui, diz mais, e o que diz é muito importante e é omitido no parecer. HENRIQUES GASPAR diz, sem hesitações nem tergiversações, que o hierarca pode dar uma ordem ao titular do inquérito para este revogar ou substituir o ato que praticou, e isto é um «mero correlato do poder de direcção». Dito de outro modo, este poder de ordenar a revogação ou substituição do ato praticado é inerente ou conatural ao poder diretivo.

<sup>53</sup> *Idem*, 1995, 49.

<sup>54</sup> CUNHA RODRIGUES, 1995, 21.

<sup>55</sup> *Idem, ibidem*, 25. Por isso, CUNHA RODRIGUES (2005, 63) identificava a autonomia do MP com a libertação daquela Magistratura dos «poderes directivos do Ministro da Justiça em matéria penal».

<sup>56</sup> *Idem, ibidem*, 30, e de novo 1999a: 115 e 116.

<sup>57</sup> *Idem, ibidem*.

está garantida pela exposição e fundamentação dos despachos, a intervenção hierárquica fora dos casos anteriormente referidos e legalmente tipificados no Código de Processo Penal, está absolutamente escamoteada, designadamente em toda a significativa área de discricionariedade efectiva de que goza o Ministério Público [...]. Por isso, concluía, «a intervenção hierárquica concreta ou se legitima demonstrando-se ou corre o risco de deslegitimar o próprio exercício funcional do Ministério Público»<sup>58</sup>.

45. Vozes autorizadas da Academia juntaram-se aos Magistrados do MP já mencionados. A compreensão da autonomia como «não submissão da instituição do Ministério Público a instruções do Executivo (à chamada “justiça do Gabinete”) relativamente à investigação, à promoção, à condução ou à conclusão de um qualquer processo penal concreto» foi também perfilhada por Figueiredo Dias<sup>59</sup>. O Autor manifestou-se explícita e veementemente em favor da «uniformização de procedimentos e decisões», para o que era necessário um «reforço da hierarquização do controlo e do exercício dos poderes de direcção, e o exercício efectivo dos poderes legais de substituição funcional dos magistrados que não estejam a responder adequadamente às exigências democráticas de eficiência e de prestação de contas à comunidade que pesam sobre o seu serviço»<sup>60</sup>.

46. Também Rui Medeiros e José Moutinho não hesitaram em criticar a tese da total independência dos Magistrados do MP que conduziria ao «primado dos inexperientes» e à «pulverização de orientações, com o inerente perigo do subjetivismo»<sup>61</sup>. Citando Cavaleiro Ferreira, admitiam que «[é] possível, assim determinar que entre várias interpretações legais, ou diversas possibilidades de apreciação da matéria de facto, seja seguida uma delas. [...] As “questões técnico-táticas de investigação” estão naturalmente incluídas»<sup>62</sup>. Dito de outro modo, o hierarca pode dar ordens concretas ao titular do inquérito que relevem da pura oportunidade técnico-táctica. No entanto, os Autores faziam notar, como também dizia Cavaleiro de Ferreira,

<sup>58</sup> ANTÓNIO CLUNY, 1997, 107.

<sup>59</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2007, 192. ANTÓNIO BARREIROS, 1983, 163, afirmava que «a nossa Constituição consagra sem reservas – essa reivindicação de dupla autonomia do Ministério Público, relativamente ao poder judiciário e ao executivo». GUILHERME DA FONSECA, 1987, 71, sustentava que «[a] completa autonomia do Ministério Público no duplo aspecto da independência face ao poder e à magistratura judicial, junto da qual serve, é a sua própria alma», defendendo que nem mesmo a representação dos «interesses privados do Estado» deveria competir ao MP (1984, 18 e 19). Também assim, mais recentemente, RUI PEREIRA, 2004b, 73: a imparcialidade do MP «é garantida, constitucionalmente, pela autonomia do Ministério Público: autonomia perante a magistratura judicial, por um lado, e, por outro, autonomia perante o Governo.»

<sup>60</sup> Idem, *ibidem*, 202, e já em 1973, 172, manifestando-se a favor da resolução dos diferendos dentro da magistratura do MP. Também ANTÓNIO BARREIROS, 1997, 118, não tinha dúvidas: «Estes afloramentos pontuais explícitos da hierarquia no processo penal [i.e., no CPP] não excluem que ela não possa funcionar em todo o processo, através de ordens que as estruturas superiores dêem aos seus subordinados, ou através de circulares que sejam emitidas, fixando doutrina obrigatória, a ser acatada por toda a estrutura.» A favor de «intervensões mais activas» no inquérito por parte da hierarquia, inclusive por meio de uma ampla advocação oficiosa, pronunciou-se também recentemente TIAGO MILHEIRO, *Comentário Judiciário*, anotação 14 ao artigo 109.º

<sup>61</sup> RUI MEDEIROS e JOSÉ MOUTINHO, 2009, 33.

<sup>62</sup> JOSÉ MOUTINHO manteve esta opinião numa conferência organizada na UCP a 4 de fevereiro de 2021, mesmo diante da nova redação do EMP.



que seria «ilegal a ordem e, por isso, não obrigatória que consistisse em impor uma apreciação determinada dos factos, sem prévio conhecimento destes, ou antes de conhecido o resultado das respectivas provas, ou que determinasse independentemente do conhecimento legal e de facto, uma acusação ou abstenção de acusação em casos concretos». Ou seja, certas ordens do hierarca que se destinam a produzir efeitos no processo determinado só podem ser dadas se ele tiver o prévio conhecimento do mesmo, das provas nele juntas. A isto aduziam ainda aqueles Autores as seguintes garantias: «quanto a ordens individuais e concretas (e, portanto, relativas a um processo determinado), o exercício do poder de direcção terá de ficar necessariamente documentado, o que equivale a dizer que aquelas ordens terão de ser devidamente fundamentadas e juntas ao processo a que se referem e onde estão destinadas a produzir o efeito vinculativo»<sup>63</sup>.

47. Já diante do novo EMP, esta mesma visão das coisas foi reiterada por Euclides Simões, que se pronunciou nestes termos: «ao aludir expressamente, no n.º 4 do artigo 97.º, aos poderes de intervenção hierárquica nos inquéritos, nos termos previstos no CPP, o legislador mais não quis do que clarificar uma dúvida que se arrastava desde, pelo menos, a implantação da orgânica judiciária instituída pela Lei 62/2013, quanto a saber quem detinha, entre os vários hierarcas existentes, competência para protagonizar as intervenções hierárquicas previstas nos artigos 278.º e 279.º Não mais do que isso, isto é, a esse restrito campo se quis limitar tal previsão normativa, o que se deduz também do facto de se prever paralela e autonomamente a atribuição de competências a esses mesmos hierarcas para, por exemplo, decidirem conflitos internos de competência. Por outras palavras: a interpretação conjugada dos artigos 97.º, n.ºs 3 e 4, e 100.º, n.ºs 1 e 2, permite concluir que não quis confinar-se a esses três específicos momentos processuais, previstos nos artigos 278.º, 279.º e 266.º, n.º 3, do CPP, bem como aos que também prescrevem os artigos 54.º, n.º 2, 92.º, n.º 8, 162.º, n.º 3, e 276.º, n.ºs 6 e 7, a intervenção hierárquica em matéria penal. [...] A inovação legislativa contida nas normas em apreço teve, pois, claro intuito esclarecedor e não limitativo do que são os poderes de direcção inerentes ao conceito de hierarquia. [...] Há que convir que, limitados àqueles dois, irrisórios seriam os poderes hierárquicos no Ministério Público, ficando assim por cumprir o desígnio do artigo 219.º, n.º 4, da Constituição».

48. Por isso, o Autor concluiu que «[o] novo Estatuto do Ministério Público, que entrará em vigor a 1 de Janeiro de 2020, permanecerá fiel ao modelo traçado no artigo 219.º, n.ºs 2 e 4, da Constituição, assente nos princípios da autonomia, da hierarquia e da responsabilidade, se dos artigos 97.º e 100.º se fizer a leitura congruente com tais exigências que vimos de propugnar, ou seja, se se considerar legítima a emissão de directivas, ordens e instruções para qualquer fase do processo penal, sejam actos decisórios finais ou actos interlocutórios da competência do Ministério Público». E foi até mais longe: o hierarca pode «emitir ordens e instruções em inquérito, seja a propósito de actos decisórios ou de apreciação final, seja a propósito de actos

<sup>63</sup> De igual modo, em comentário ao parecer de RUI MEDEIROS e JOSÉ MOUTINHO, LABORINHO LÚCIO admitia que a hierarquia tem um «duplo sentido, um de mera direcção e coordenação, sem ligação ao processo, e emergindo da área da gestão funcional, outro de organização da própria investigação criminal e do exercício da acção penal, com implicação directa e material nestes e nas decisões a proferir no processo» (LABORINHO LÚCIO, 2009, 17).



processuais de outra natureza, designadamente os atinentes, na sábia taxinomia de A. Henriques Gaspar, “à gestão e administração do processo”, “à condução do processo”, e mesmo a “decisões relevando de alguma discricionariedade técnica”».

49. Aos argumentos já mencionados por Henriques Gaspar, Cunha Rodrigues, Maia Costa, António Cluny, Figueiredo Dias, Rui Medeiros, José Moutinho, Laborinho Lúcio, José António Barreiros e Euclides Simões, acrescem vários outros que a doutrina tem adiantado a propósito da admissibilidade da reclamação hierárquica de atos processuais concretos do Magistrado titular do inquérito não prevista no CPP, tais como a decisão de determinação *in concretum* da competência do tribunal singular<sup>64</sup>, a decisão de aplicação do segredo do inquérito<sup>65</sup>, a decisão de indeferimento de acesso do órgão de comunicação social<sup>66</sup>, a decisão sobre o pedido de consulta de auto e obtenção de certidão por outras pessoas<sup>67</sup>, a decisão sobre conexão processual<sup>68</sup>, a decisão sobre apensação de processos<sup>69</sup>, a decisão sobre separação de processos<sup>70</sup>, a decisão de não suspensão provisória do processo<sup>71</sup>, a decisão que ordene ou recuse a realização de perícia<sup>72</sup> e a decisão de não admitir ou afastar um consultor técnico<sup>73</sup>. Por fim, note-se que o próprio CC já admitiu a «reclamação hierárquica imprópria» dirigida contra um ato judicial que limitava a consulta do processo pelo MP<sup>74</sup>, abrindo a porta a meios de impugnação não expressamente previstos na letra do CPP.

50. A este entendimento limitativo da autonomia interna do MP, opuseram-se, por ordem cronológica, Paulo Dá Mesquita, Rui Cardoso e o Luís Sousa da Fábrica.

51. Na sua tese de mestrado, Dá Mesquita rejeitou a possibilidade de comandos concretos do hierarca não previstos expressamente no CPP nestes termos: «Também nesta vertente entende-se que estão vedados comandos supra-ordenadores não previstos expressamente na lei e vinculativos para o magistrado titular do inquérito.»<sup>75</sup>

<sup>64</sup> CARMO DIAS, *Comentário Judiciário*, anotações 25 a 31 ao artigo 16.º, e Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Comentário*, anotação 3 ao artigo 16.º, todos aderindo expressamente à posição defendida em PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação ao artigo 16.º

<sup>65</sup> Idem, *ibidem*, anotação 52 ao artigo 86.º

<sup>66</sup> Idem, *ibidem*, anotação 63 ao artigo 88.º

<sup>67</sup> SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, 1999, 491, e 2008, 91.

<sup>68</sup> ANTÓNIO GAMA, *Comentário Judiciário*, anotação 33 ao artigo 24.º, admite reclamação hierárquica com base nas normas do EMP, como também PAULO DÁ MESQUITA, 2003, 287, por interpretação extensiva do artigo 266.º, n.º 3, do CPP.

<sup>69</sup> ANTÓNIO GAMA, *Comentário Judiciário*, anotação 5 ao artigo 29.º, e Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Comentário*, anotação 2 ao artigo 29.º

<sup>70</sup> Idem, *ibidem*, anotação 45 ao artigo 30.º

<sup>71</sup> MAIA COSTA, *CPP Comentado*, anotação 15 ao artigo 281.º, aderindo à posição por mim defendida no *Comentário*.

<sup>72</sup> CARMO DIAS, *Comentário Judiciário*, anotação 21 ao artigo 154.º

<sup>73</sup> Idem, *ibidem*, anotação 18 ao artigo 155.º

<sup>74</sup> Parecer do CC 143/1988. Tratava-se de um provimento que determinava que os processos criminais correndo trâmites de acordo com o CPP não poderão ser consultados fora da secretaria sem requerimento prévio para o efeito, impondo, assim, ao MP a consulta desses processos no espaço reservado a Secretaria Judicial ou condicionando-o a despacho judicial para consulta fora dela.

<sup>75</sup> PAULO DÁ MESQUITA, 2003, 302.

Nenhuma exceção se admite. A posição é sustentada num argumento de natureza funcional: o poder processual é «desconcentrado»<sup>76</sup>, não constituindo a hierarquia, por conseguinte, uma fonte de poder processual. Ao invés, o poder diretivo genérico é tolerado, nomeadamente no tocante a «diretivas que produzem efeitos em actos decisórios do inquérito», sempre ressalvando que «[a] responsabilidade do magistrado que dirige o inquérito, contudo, persiste na autónoma valoração dos elementos não regulados na Directiva (desde logo na dimensão cognitiva do facto inerente ao acto judiciário) e da própria directiva, pois se a mesma for ilegal existe um dever de recusa do respetivo cumprimento»<sup>77</sup>.

52. Mais recentemente, o Autor já não é tão assertivo quanto ao poder de dar ordens concretas não previstas no CPP, sustentando que «[q]uanto ao comando não previsto na lei do processo, o magistrado que intervém no processo tem de avaliar se em termos procedimentais se configura como admissível [...]»<sup>78</sup>, e, portanto, concedendo que haverá comandos concretos não previstos no CPP que são proceduralmente admissíveis, mas não esclarecendo quais são esses casos.

53. Já no tocante ao poder do hierarca de revogação de atos do titular do inquérito, o Autor limita a autoridade do hierarca aos casos de exercício de poderes dispositivos de competência, ou seja, avocação ou reafetação do processo a outro magistrado<sup>79</sup>. A conclusão a que Dá Mesquita chega neste âmbito é muito limitativa do poder revogatório do hierarca: «[a] função resolutiva-repressiva da hierarquia funcional do MP circunscreve-se a atos expressamente enunciados na lei, em particular o ato final (o ato de encerramento do inquérito, ou, posteriormente a este, o ato decisório sobre a respetiva reabertura)»<sup>80</sup>. Aliás, o Autor exprime-se mesmo contra a posição de Henriques Gaspar quando diz que «os atos interlocutórios, teleologicamente vinculados à obrigatoriedade de uma decisão final do inquérito, não podem ser objecto de supraordenação por via de ordens concretas que se imponham contra o juízo do procurador titular do processo»<sup>81</sup>.

54. Na senda de Dá Mesquita, também Rui Cardoso limita o poder diretivo a estes objetivos: «[n]enhum problema ou limitação há quanto às de carácter genérico (directivas e instruções), necessariamente prévias. Mesmo as ordens, como imposições vinculativas aos agentes de uma acção ou abstenção concreta, só deverão sofrer as referidas limitações se se traduzirem em actos processuais; se respeitarem à organização e operacionalidade dos respectivos serviços, p. ex., nenhuma restrição se lhes impõe. O mesmo até quanto à coordenação entre inquéritos distintos, não

<sup>76</sup> Idem, *ibidem*. Mas moderando de algum modo a sua posição em 2010, 287 e 350, onde se refere à necessidade de a «mecanismos racionais de desconcentração (o que obsta à importação acrítica do modelo difuso da organização judicial)» e se insiste em que «os membros do Ministério Público [...] não podem intervir no processo penal como se fossem átomos desligados institucionalmente, em que cada um opera como simples e singular *amicus curiae*».

<sup>77</sup> Idem, *ibidem*, 305.

<sup>78</sup> Idem, *Comentário Judiciário*, anotação 7 ao artigo 53.º e já antes 2010, 275 e 276.

<sup>79</sup> Idem, *ibidem*, anotação 10 ao artigo 53, embora cite em abono HENRIQUES GASPARGAR, cuja opinião, como já vimos, é distinta.

<sup>80</sup> Idem, *ibidem*, anotação 11 ao artigo 53.º

<sup>81</sup> Idem, *ibidem*, anotação 13 ao artigo 53.º Já antes, 2010, 274 e 283, só admitindo a substituição do magistrado como única resposta possível do hierarca à recusa de obedecer do subalterno.

só no planeamento da execução dos correspondentes actos processuais (*v.g.*, meios de obtenção de prova, como buscas), como na delimitação dos respectivos objectos processuais».

55. Já no tocante a ordens concretas com repercussão num processo determinado, o Autor reitera as posições de Dá Mesquita, invocando um argumento *a contrario*: «[s]e em algumas delas [intervenções hierárquicas] o legislador prevê certas condições ou limitações da intervenção (*v.g.*, legitimidade, prazos, possibilidades de decisão – artigos 109.º, 276.º, n.º 7, 278.º e 279.º, n.º 2, todos do CPP), noutras apenas prevê a possibilidade ou necessidade da intervenção hierárquica, oficiosa ou a requerimento (*v.g.*, artigos 54.º, n.º 2, 92.º, n.º 8, 162.º, n.º 3, 266.º, n.º 3, do mesmo Código). Se a intervenção hierárquica não sofresse qualquer limitação imposta pelo CPP, antes fosse sempre admissível, estas últimas seriam totalmente desnecessárias. Verdadeiras previsões inúteis. Ora, parece-nos precisamente o contrário: se o legislador sentiu necessidade de expressamente as consagrar foi porque, se o não fizesse, elas não seriam admissíveis». Aduz-se ainda um argumento *ad absurdum*: admitindo-se a posição criticada, «todos os magistrados passariam a ser meros executantes da vontade do PGR, que poderia proferir ordens para todos e quaisquer processos concretos e que assim ficaria directa e pessoalmente responsável por todas as decisões proferidas em todos os processos (pelo menos por omissão, por não as ter impedido ou revogado)»<sup>82</sup>.

56. Recentemente, Luís Fábrica aderiu a esta posição. Criticando o entendimento do TC expresso no acórdão n.º 305/2011<sup>83</sup>, Luís Fábrica sustenta a existência de uma titularidade difusa da ação penal<sup>84</sup> e, consequentemente, não admite qualquer separação estanque e artificial entre autonomia externa e institucional do Ministério Público e autonomia interna e funcional dos seus Magistrados<sup>85</sup>, reconhecendo em termos que não podiam ser mais claros que a autonomia prevalece sobre hierarquia: «é a hierarquia que tem de respeitar a autonomia»<sup>86</sup>. Assim sendo, o Autor conclui que os Magistrados do MP «estão submetidos, no quadro dos processos concretos de que sejam titulares, apenas aos poderes hierárquicos previstos na lei processual correspondente no caso dos processos criminais (arts. 14.º, n.º 2, e 97.º, n.º 4), ou aos poderes hierárquicos previstos no EMP e na lei processual correspondente, no caso dos restantes processos (arts. 14.º, n.º 2 e 100.º, n.º 2)»<sup>87</sup>. Por isso, em oposição frontal ao parecer do CC 33/19, sustenta que «[n]enhuma outra intervenção do hierarca é admissível num concreto processo» além daquelas expressamente previstas no CPP e no EMP<sup>88</sup>. Em síntese, «[a] afirmação constitucional e legal da existência de hierarquia no Ministério Público não é base suficiente para atribuir a qualquer dos

<sup>82</sup> O argumento foi repetido por ADRIANO CUNHA, 2020, 283. Contudo, o Autor também entendia que se impunha uma revisão urgente do CPP para obstar ao perigo identificado por ANTÓNIO CLUNY, isto é, «toda a gestão do inquérito fica sem possibilidade de sindicância até à decisão de acusar, ou não, com todos os inconvenientes que daí podem advir para a posição do Ministério Público no exercício dos seus poderes para com a realização da justiça».

<sup>83</sup> LUIS FÁBRICA, 2019, 156 e 157.

<sup>84</sup> Idem, *ibidem*, 159.

<sup>85</sup> Idem, *ibidem*, 57.

<sup>86</sup> Idem, *ibidem*, 76.

<sup>87</sup> Idem, *ibidem*, 85.

<sup>88</sup> Assim, expressamente, idem, *ibidem*, 100, nota 81.

seus órgãos uma competência genérica para dirigir ordens e instruções sobre quaisquer matérias funcionais a quaisquer órgãos que ocupem uma posição subalterna na mesma linha hierárquica»<sup>89</sup>.

## 6. O estado da questão na jurisprudência portuguesa

57. A CRP prevê os conceitos constitucionais de «ato do processo» (artigo 32.º, n.º 3), «ato instrutório» (artigo 32.º, n.º 4) e «ato processual» (artigo 32.º, n.º 6, todos da CRP) no processo penal, que se mostram incompatíveis com uma categoria de atos processuais em sentido impróprio que se destinam a produzir efeitos num determinado processo, mas que sejam subtraídos ao conhecimento do tribunal. Com efeito, no entendimento do TC, a CRP vedou expressamente a existência de pré-inquéritos ou inquéritos paralelos, fora do âmbito de controlo do juiz de instrução<sup>90</sup>. Como escreveu Gomes Canotilho, «no foro criminal é sempre inadmissível qualquer procedimento administrativo prévio»<sup>91</sup>. E nas palavras eloquentes de Figueiredo Dias, o CPP veda a existência de «fases pré ou extraprocessuais», que «bem mostra a experiência recente com o inquérito dito “policial” ou “preliminar”, sob a alegação de constituírem coisa “privada” relativamente ao processo, ou representam um gasto inútil de tempo e de esforços, ou se tornam particularmente vulneráveis a abusos resultantes de simples “mudanças” (ou “burlas”) de etiquetas»<sup>92</sup>.

58. O legislador constituinte consagrou um domínio efetivo e não apenas virtual do inquérito pelo MP. Por isso, o acórdão do TC 334/94, procedeu a uma interpretação conforme à CRP do artigo 3.º, n.º 2, do decreto 146/VI da Assembleia da República, no sentido de legitimar as ações de prevenção da PJ, mas com a obrigatoriedade da comunicação imediata da notícia do crime ao MP no decurso destas ações, de modo a garantir o seu domínio do inquérito. Mais tarde, a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, alargou o âmbito das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Contudo, «[c]omo condição de validade, a acção tem de ser previamente autorizada pelo Ministério Público e obrigatoriamente comunicada ao juiz, no caso de inquérito, ou expressamente autorizada pelo juiz de instrução se acção for para ter lugar no âmbito da prevenção criminal»<sup>93</sup>. De igual modo, o acórdão do TC 578/98, julgou não inconstitucional o artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.1, quando interpretado no sentido de que, no âmbito da prevenção criminal, não há necessidade da existência prévia de um inquérito a decorrer para efeitos da atuação do agente infiltrado, num quadro legal em que o funcionário que assim atua tem que elaborar relato dos factos, que é junto ao processo no prazo máximo de 24 horas. O domínio do MP inclui a liberdade para praticar os atos que entender no inquérito

<sup>89</sup> *Idem, ibidem*, 86.

<sup>90</sup> Acórdãos do TC 7/87 e 23/90. Para uma crítica destes processos administrativos prévios, por vezes chamados de processos de averiguações, que correspondiam a verdadeiros inquéritos, em fraude à CRP, RUI PEREIRA, 2004a, 125.

<sup>91</sup> GOMES CANOTILHO, 1997, 585.

<sup>92</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1989, 7, e de novo, 2008, 374. Ou ainda nas palavras de SOUTO MOURA, «o Código de 87 é claro na ideia de que o inquérito é uma fase do processo. E o processo é um encadeado de fases que devem ser, todas elas, jurisdicionalizadas. [...] que se pretendeu rejeitar inequivocamente qualquer projecto de adminitrativização da justiça.» (SOUTO MOURA, 2009: 75)

<sup>93</sup> HENRIQUES GASPAR, 2004, 44.

e não realizar diligências de prova inúteis, como escutas telefónicas relativas a factos do passado e diligências para identificação do condutor de um veículo referenciado em termos amplos nos autos [acórdão do TC 395/2004, sobre os artigos 120.º, n.º 1, al. d), 17.º, 262.º e 263.º do CPP]. Este domínio do inquérito pelo MP convive com uma reserva do juiz.

59. O TC admite uma reserva do juiz relativamente aos atos processuais que afetem direitos fundamentais, por exemplo no tocante a buscas domiciliárias e à suspensão provisória do processo (acórdão do TC 7/87), mas ela não é absoluta, não incluindo certos atos processuais fundamentais, como o da determinação concreta da competência do tribunal (acórdão do TC 393/89) ou da colocação do preso em regime aberto (acórdão do TC 427/2009).

60. Os termos da relação entre o MP e o juiz no decurso do inquérito estão dependentes do entendimento que se tenha da autonomia do MP e da independência judicial. O TC já foi chamado a condensar a noção de autonomia do MP, o que fez à luz da discussão pretérita tida na assembleia constituinte<sup>94</sup>. No seu acórdão 305/2011, o plenário do TC decidiu, por unanimidade, não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 60.º, n.º 1, 122.º, n.º 1 e 4, 123.º, 123.º-A, 125.º, n.º 3, e 127.º, n.º 1, do EMP, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, e alterado pelas Leis n.º 2/90, de 20 de janeiro, 23/92, de 20 de agosto, 33-A/96, de 26 de agosto, 60/98, de 27 de agosto, 42/2005, de 29 de agosto, e 67/2007, de 31 de dezembro, na redação conferida pelo artigo 164.º da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto, e da norma do artigo 90.º da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto.

61. Nos seus fundamentos, o acórdão do TC sustenta, sem quaisquer ambiguidades, que a autonomia interna do MP não é garantida pela CRP, mas apenas a sua autonomia externa, pelo que a CRP não deseja, nem permite, uma atomização do MP a coberto da autonomia técnica do Magistrado titular do inquérito. Por um lado, a unidade do MP é garante do princípio da igualdade no exercício da ação penal, pelo que os Magistrados do MP «não podem ser deixados no interior da estrutura em que operam “tão sozinhos com a lei” como os juízes». Dito de outro modo, a CRP não consagrou uma titularidade difusa da ação penal. Por outro lado, a autonomia interna do MP não pode ser derivada da independência judicial, porque esta não constitui um parâmetro suficientemente preciso e denso que exija a autonomia interna ou pessoal dos magistrados do MP. A independência judicial não implica um determinado conteúdo para a autonomia do MP, mas apenas a vinculação do MP à legalidade e objetividade e uma organização interna de modo a

<sup>94</sup> Com efeito, o TC cita mesmo os trabalhos de 1988: «De facto, da discussão realizada no âmbito da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (cfr. Acta n.º 47, *Diário da Assembleia da República* de 22 de Outubro de 1988, II Série, Número 49-RC, pp. 1545 e ss.), resulta ter sido propósito do legislador constituinte o de transpor para a Constituição o princípio que constava da lei ordinária, consagrando-se por essa via na lei fundamental a “autonomia orgânica e funcional” do Ministério Público “face ao poder executivo” ou, mais amplamente, em relação aos órgãos do poder central, regional e local, bem como a sua exclusiva vinculação a critérios de legalidade e objectividade, o que nada tem a ver com a autonomia funcional, interna, de cada um dos seus agentes no interior da estrutura hierarquizada em que desenvolve a sua actuação.» Como resulta da intervenção do Deputado António Santos no plenário, o legislador constituinte quis transpor para a Constituição o princípio da autonomia, mas sem que tenha sido consensualizada uma posição sobre o conteúdo desse princípio.



não comprometer a realização imparcial do direito, mas não um determinado modo de designação dos magistrados. Em suma, o TC reconheceu uma estabilidade do Magistrado do MP na função, mas não uma estabilidade no processo: **«a regra da inamovibilidade, ao invés do que sucede no âmbito dos magistrados judiciais, não se destina a garantir a estabilidade da relação entre um concreto magistrado e um certo processo pela via do asseguramento da estabilidade da relação daquele magistrado com o cargo em relação ao qual o processo se insere»** (negrito nosso). Por conseguinte, o TC rechaçou explicitamente a tese segundo a qual valeria para o MP, à semelhança do que se passa com os magistrados judiciais, uma exigência de predeterminação normativa não apenas da competência do órgão, mas ainda da própria distribuição dos processos, não podendo, por isso, falar-se numa «competência quasi-natural» do MP<sup>95</sup>.

62. Na lógica dos Juízes do Palácio Ratton, o hierarca tem o poder de avocar o processo ou substituir o seu titular, precisamente porque ele é o garante do exercício coletivo da ação penal pelo MP, num quadro em que os Magistrados do MP não dispõem de autonomia interna e, por isso, devem obediência às instruções genéricas e às ordens concretas dos seus superiores hierárquicos.

63. Em linha reta deste entendimento do parâmetro constitucional, há que concluir que a CRP impõe que todas as ordens do hierarca destinadas a produzir efeitos num determinado processo sejam integralmente inseridas no processo a que se destinam, com identificação do seu autor. As ordens do hierarca que se destinam a um processo determinado que não sejam nele inseridas são tidas como inexistentes e, portanto, não se lhes deve obediência (*quod non est in actu non est in mundo*). Como reclamava Eduardo Maia Costa, «[a] lei processual penal deve prever que, no caso de a ordem se referir a uma dada causa criminal, ela deve constar do respetivo processo, para a ela terem acesso todos os sujeitos processuais»<sup>96</sup>. Também António Cluny pugnava, no já longínquo ano de 1995, por que fosse assumida «explicitamente, isto é, processualmente, toda e qualquer intervenção hierárquica», incluindo as intervenções «visando actuações processuais concretas»<sup>97</sup>. Ambos faziam coro com o clamor de Cunha Rodrigues pela intervenção da hierarquia com «a maior transparência»<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Contra LUIS FÁBRICA, 2019, 25.

<sup>96</sup> MAIA COSTA, 1995, 156. Na prática, desde o início da aplicação do CPP, vingou a opinião de que as decisões do hierarca destinadas a produzir efeito num determinado inquérito que não estavam previstas no CPP eram tomadas e mantidas à margem do inquérito (ALBERTO OLIVEIRA, 1990, 83). É justo lembrar que o autor também acrescentava que no caso de decisões do MP que afetassem interesses de outros intervenientes processuais dignos de proteção deveria admitir-se recurso a decisão judicial (ALBERTO OLIVEIRA, 1990, 93).

<sup>97</sup> ANTÓNIO CLUNY, 1995, 106 e 110. O Autor não deixava dúvidas de que era seguida uma prática invisível e oculta de exercício do poder diretivo com repercussões concretas nos inquéritos com a qual não concordava: «Importa, assim, assumir e clarificar uma prática, tornando-a visível e transparente, quando se trata de intervir directa e concretamente num processo.»

<sup>98</sup> Idem, *ibidem*. Por isso, CUNHA RODRIGUES, 2005, 63, identificava a autonomia do MP com a libertação daquela Magistratura dos «poderes directivos do Ministro da Justiça em matéria penal». Também assim RUI PEREIRA, 2004b, 73: a imparcialidade do MP «é garantida, constitucionalmente, pela autonomia do Ministério Público: autonomia perante a magistratura judicial, por um lado, e, por outro, autonomia perante o Governo». Já ANTÓNIO BARREIROS, 1983, 163, afirmava que



64. O princípio de que a intervenção, toda a intervenção do hierarca, em inquérito seja «visível» e, portanto, «transparente», como reclamavam ontem Cunha Rodrigues, Maia Costa e António Cluny e continuam a reclamar hoje Dá Mesquita, Mouraz Lopes, Rui Medeiros e José Moutinho, deve ter consequências práticas<sup>99</sup>. Sendo assim, o hierarca não pode dar ordens encobertas, veladas, subentendidas, tácitas ou implícitas ao titular do inquérito, anomalias que em qualquer caso só seriam possíveis à revelia da Constituição e da lei.

65. Depois de inseridas no processo, as ordens do hierarca não se distinguem dos demais despachos dos Magistrados do MP, nomeadamente no que respeita ao regime de segredo a que estão sujeitas. As ordens do hierarca destinadas a um processo determinado e nele inseridas obedecem ao mesmíssimo regime de segredo interno e externo previsto no CPP que se encontrar em vigor no momento da sua inserção no processo e ao regime de segredo que vier a vigorar daí para diante no dito processo.

66. Por idêntica razão, aplicam-se ao hierarca que der ordens concretas destinadas a um processo determinado as regras previstas no artigo 54.º do CPP. Dada a ordem concreta destinada a um processo determinado, o hierarca fica implicado na condução do processo tanto quanto o seu titular, ficando sujeito ao mesmíssimo regime de impedimentos, recusas e escusas que vale para o Magistrado titular do inquérito. Portanto, os impedimentos, recusas e escusas do hierarca devem ser conhecidos e decididos pelo superior hierárquico do mesmo.

67. Este entendimento constitucional da autonomia interna é partilhado pelo STJ e pelas Relações. O STJ já teve oportunidade de se pronunciar sobre a autonomia interna do MP, no acórdão uniformizador de jurisprudência 2/2011. Este acórdão fixou a seguinte jurisprudência: «[e]m face das disposições conjugadas dos artigos 48.º a 53.º e 401.º do Código de Processo Penal, o Ministério Público não tem interesse em agir para recorrer de decisões concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo». Destarte, este acórdão revogou o acórdão n.º 5/94, do pleno do STJ, que tinha fixado a seguinte jurisprudência: «[e]m face das disposições conjugadas dos artigos 48.º a 52.º e 401.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal e atentas a origem, a natureza e a estrutura, bem como o enquadramento constitucional e legal do Ministério Público, tem este legitimidade e interesse para recorrer de quaisquer decisões mesmo que lhe sejam favoráveis e assim concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo»<sup>100</sup>.

---

«a nossa Constituição consagra sem reservas essa reivindicação de dupla autonomia do Ministério Público, relativamente ao poder judiciário e ao executivo».

<sup>99</sup> Notável é a insistência justíssima de PAULO DÁ MESQUITA neste ponto. Ver *Comentário Judiciário*, anotação 7 ao artigo 53, e já antes, 2010, 278, e 2003, 97 a 101. Em conclusão também claríssima, MOURAZ LOPES, 2020: «A definição dos sujeitos processuais, das suas competências, dos meios de obtenção de prova e, sobretudo, a clara separação de funções, o conhecimento prévio das mesmas e o quadro de controlos mútuos estabelecido, não permite hoje a existência de “fases ocultas” ou procedimentos paralelos, nomeadamente nas fases preliminares do processo, máxime na investigação.» Com acerto, RUI CARDOSO, 2014, 74, fala de um «especial dever de transparência» dos superiores hierárquicos.

<sup>100</sup> Justamente criticado por DÁ MESQUITA, 2010, 288, antes de ter sido revogado.

68. Na motivação do acórdão 2/2011, o STJ sustentou que «[p]or outro lado, importa considerar que o vínculo existente entre exigência de legalidade, e objectividade, da actuação do Ministério Público e a natureza monocrática, una e indivisível desta magistratura, obriga a considerar a posição de cada representante do Ministério Público em processo penal – feita na sede e nos termos legais e no exercício de competência própria – como a posição definitiva (e, enquanto tal, sem alternativa) do Ministério Público. Efectivamente, numa magistratura hierárquica, dotada daquelas características, **impõe-se que a divergência de posições seja resolvida no interior da organização com recurso aos mecanismos próprios, entre os quais a disciplina hierárquica**, e não numa inadmissível, e equívoca, dissonância de opiniões voltada para o exterior que, traduzindo a falta de coerência, contribuem para minar a credibilidade institucional. **As dissonâncias e conflitos eventualmente subsistentes no interior da magistratura só devem ser ultrapassadas através dos meios que a organização hierárquica propicia e entre os quais se inscrevem possibilidades legais expressas** como as contidas nos artigos 276.º, n.º 4, e 278.º do Código de Processo Penal» (nosso negrito)<sup>101</sup>.

69. Fica, pois, claro que, para o STJ, a «disciplina hierárquica» é um dos mecanismos próprios para resolver no interior da organização do MP a divergência de posições sobre o modo como o MP se deve conduzir no processo penal e as «possibilidades legais expressas» no CPP são apenas alguns dos meios que a organização hierárquica propicia («entre os quais»).

70. Acresce ainda que as Relações têm, numa pletera de situações, admitido o poder do superior conhecer de reclamação hierárquica relativa a decisão do titular do inquérito, para além das previsões expressas do CPP. Assim, o TRE concluiu que «[d]urante o inquérito é da competência exclusiva do Ministério Público fazer cessar, ou não, a conexão e ordenar a separação de processos, não estando essa decisão sujeita a homologação ou concordância do JIC. **Em consequência, e fora dos casos taxativamente previstos na lei, dos despachos do Ministério Público apenas poderá haver reclamação ou recurso hierárquicos, de harmonia com os princípios constitucionalmente consagrados para os atos de natureza administrativa e de acordo com as regras internas estabelecidas no estatuto do próprio Ministério Público**» (nosso negrito)<sup>102</sup>.

71. Noutro caso, o TRL afirmou que «[n]ão compete ao JIC determinar ao MP que remeta ao seu superior hierárquico para apreciação o pedido de reclamação hierárquica de despacho de arquivamento em inquérito que pelo MP tenha sido considerado intempestivo. **O ato de reconhecer a invalidade de um despacho do MP que não aprecia a intervenção hierárquica com base num argumento de extemporaneidade não é um acto de controle necessariamente jurisdicional cabível nas**

<sup>101</sup> Sublinhando a importância crucial desta passagem do acórdão do STJ para o entendimento da hierarquia do MP ver ADRIANO CUNHA, 2020, 286, que afirma claramente que o acórdão «obriga a que a hierarquia possa impor hierarquicamente essa posição institucional, sob pena de, na sequência deste acórdão de uniformização de jurisprudência, seja o subordinado a comprometer para todo o futuro processual a posição do Ministério Público, isto é, sob pena de afinal as decisões que ficam a valer serem as tomadas pelas 1.ªs instâncias da hierarquia do Ministério Público, o que é paradoxal».

<sup>102</sup> Acórdão TRE de 14.8.2019, processo 1488/18.9T9FAR-E.E1.

**funções do JIC mas apenas nas funções do superior hierárquico do MP para o qual o interessado legítimo deve dirigir primeiramente a sua reclamação face àquela posição de extemporaneidade da reclamação» (nosso negrito)<sup>103</sup>.**

72. Por sua vez, o TRP sustentou que «[a]pós a dedução da acusação e antes da remessa dos autos ao tribunal de julgamento, compete ao MP decidir do pedido de confiança dos autos para consulta fora da secretaria. Do indeferimento de tal pedido cabe reclamação hierárquica. Haverá que entender que, sendo o Ministério Público uma magistratura hierarquicamente subordinada, caberá junto do magistrado de grau superior ao que proferiu a decisão, apreciar e decidir sob reclamação a legalidade e conformidade da mesma, cabendo nas competências dos Procuradores da República (superior hierárquico da signatária do despacho de indeferimento) por força do artigo 63.º da Lei acima mencionada “orientar e fiscalizar o exercício das funções do Ministério Público [...] emitir ordens e instruções”, **não tendo sentido, face à lei geral orientadora da estrutura do Ministério Público, restringir a capacidade de reclamação sobre a legalidade da actuação dos magistrados do MP, aos casos específicos expressamente previstos na lei processual penal, especialmente quando, se configurar ao reclamante estar em causa os seus direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos» (nosso negrito)<sup>104</sup>.**

73. O TRC decidiu também que «[e]mbora o Código de Processo Penal não contemple expressamente o que se vem denominando de arquivamento liminar de queixa/denúncia, tem o Ministério Público o dever de assim proceder nas situações em que lhe são participados factos que não constituem crime. Implicitamente tal encontra assento no artigo 262.º, n.º 2 daquele compêndio legislativo. Tendo sido declarada aberta instrução sem ter sido realizado inquérito, verifica-se o vício, de nulidade insanável, previsto no artigo 119.º, alínea b), do CPP, consubstanciado na falta de promoção do processo pelo Ministério Público, que abarca também as realidades em que o processo pura e simplesmente não existe, porque o detentor da acção penal assim decidiu. Por força desta nulidade, é inválido tudo o que for processado após o despacho no sentido do arquivamento e da não realização de inquérito, devendo os autos retornar aos Serviços do Ministério Público, para aí continuarem arquivados. No caso referenciado, o denunciante pode reagir contra o arquivamento, não através de requerimento para abertura da instrução, mas suscitando intervenção hierárquica. **Ainda que o artigo 278.º do CPP não contemple a situação em causa, essa possibilidade sempre decorre do poder de emitir ordens e instruções que está cometida ao superior hierárquico nos artigos 61.º e 63.º, alíneas a) e b), do Estatuto do Ministério Público» (nosso negrito)<sup>105</sup>.**

74. O TRP determinou de igual modo que “[n]o âmbito do instituto processual do arquivamento em caso de dispensa da pena, do art. 280.º do CPP, o juiz de instrução não profere decisão. **Como não cabe recurso dos despachos proferidos pelo M. Público, a única possibilidade de fiscalização ao dispor do assistente, caso entenda que não se verificam em concreto os pressupostos e requisitos materiais que determinaram o arquivamento do inquérito com dispensa de pena,**

<sup>103</sup> Acórdão do TRL, de 20.6.2017, processo 907/14.8JFLSB.L1-5.

<sup>104</sup> Acórdão do TRP, de 16.12.2015, processo 13938/13.6TDPRT.P1.

<sup>105</sup> Acórdão do TRC, de 6.11.2013, processo 310/12.4T3AND-A.C1.

**é a reclamação hierárquica»** (nosso negrito)<sup>106</sup>. O TRP sentenciou ainda que **«[o] despacho do Ministério Público que, no inquérito, declare extinto o procedimento criminal, por prescrição, pode apenas ser sindicado no âmbito da intervenção hierárquica, ao nível seguinte da hierarquia do MP**. A estrutura e a dinâmica da fase da instrução não são compatíveis com um exercício de verificação da legalidade de um despacho que declare extinto o procedimento criminal» (nosso negrito)<sup>107</sup>.

75. Por fim, o TRP esclareceu que **«[n]ão é recorável o despacho do Ministério Público proferido em inquérito desenvolvido no âmbito da sua competência e em que foi determinada a apreensão de um veículo automóvel. É que os recursos respeitam apenas às decisões judiciais nos termos do artigo 399 do Código de Processo Penal, sendo os despachos do Ministério Público passíveis somente de reclamação hierárquica»** (nosso negrito)<sup>108</sup>.

76. Em síntese, as Relações de Coimbra, Évora, Lisboa e Porto já se pronunciaram claramente no sentido do reconhecimento do direito de reclamação hierárquica dos sujeitos e interessados processuais de decisões proferidas pelo Magistrado titular do inquérito fora dos casos expressamente previstos no CPP, com base no poder diretivo do hierarca previsto no EMP, em consonância com o conceito constitucional de autonomia do MP fixado pelo TC.

## II. Análise da Diretiva 4/2020

### 1. A ordem do hierarca

77. Aparentemente, a Diretiva 4/2020 regula a intervenção hierárquica em todo o processo penal («Exercício de poderes hierárquicos em processo penal»), referindo-se mesmo a «decisões finais [do Ministério Público] proferidas nas fases subsequentes do processo»<sup>109</sup>. Contudo, não regula a intervenção hierárquica nos termos do CPP, apenas se pronunciando sobre as ordens «que não constituam atos processuais em sentido próprio» (ponto I-2). Para esse efeito, a Diretiva funda-se na doutrina dos pareceres do CC 33/2019 e 9/2020, que menciona e acolhe expressamente na sua motivação. Para ser mais preciso, a Diretiva visa apenas regular o exercício do poder de dar ordens que não constituam atos processuais em sentido próprio que emanem do imediato superior hierárquico do titular do inquérito.

<sup>106</sup> Acórdão do TRP de 19.6.2013, processo 765/11.4GDVFR.P1.

<sup>107</sup> Acórdão do TRP, de 23.1.2013, processo 1007/08.5TAMAI.P1.

<sup>108</sup> Acórdão do TRP, de 24.2.1993, processo 9330004.

<sup>109</sup> É enigmática a expressão decisões finais do MP na fase posterior ao encerramento do inquérito. Como diz o Acórdão do STJ 2/2011, «No domínio do processo penal, a intervenção do Ministério Público é multifacetada, em função das diferentes fases do processo penal. Na fase do inquérito, de que é o *dominus* (artigo 263.º do CPP), actua como autoridade judiciária; exerce poderes de decisão e de conformação processual, vinculado, como sempre, aliás, a critérios de legalidade e objectividade (artigo 2.º do EMP), dos quais decorre, naturalmente, o dever de imparcialidade e de objectividade. Nas fases posteriores, da competência do juiz, não tem poderes decisórios; tem, como é costume dizer-se, a posição de parte, enquanto se tomar o conceito num sentido puramente formal, já que o Ministério Público nunca prossegue no processo penal interesses particulares.»

78. A Diretiva não responde, nem visa responder, ao problema da desigualdade na aplicação do direito por via de instruções genéricas, mas apenas ao problema da admissibilidade de ordens concretas do hierarca destinadas a produzir efeito «num determinado processo»<sup>110</sup>. Assim, não releva a crítica de que a pulverização no seio do MP não é afastada pela Diretiva, porque a intervenção de um número elevado de hierarcas em nada obsta aos riscos de desigualdade na aplicação do direito, saldando-se apenas na substituição de um critério pessoal por outro critério pessoal. Não pode criticar-se a Diretiva por ela não responder a um problema que não foi o seu objeto. Como também não pode criticar-se a Diretiva, doutra banda, por ela transformar os magistrados do MP numa *longa manus* do PGR. É que ela só prevê a intervenção do hierarca, isto é, do imediato superior hierárquico do titular do inquérito<sup>111</sup>. Se nem aquela crítica, nem esta são procedentes, deve acrescentar-se que ainda menos procedentes são quando feitas conjuntamente, pois são claramente contraditórias.

79. Embora se intitule como «Exercício de poderes hierárquicos em processo penal», a Diretiva 4/2020 não regula o poder de supervisão do hierarca, incluindo o poder de modificar e revogar atos processuais do Magistrado titular do inquérito que afetem direta ou indiretamente direitos dos sujeitos e intervenientes processuais e de terceiros, quer oficiosamente quer por meio de reclamação hierárquica interposta pelo interessado. A Diretiva não prevê um direito generalizado de impugnar hierarquicamente os atos do Magistrado titular do inquérito. Não obstante a polémica existente na doutrina e a multiplicação de casos na jurisprudência de reconhecimento do poder de supervisão do hierarca e do correspondente direito de reclamação hierárquica dos sujeitos e intervenientes processuais, a Diretiva é muda sobre o assunto. Sobre este assunto, o CC também evitou pronunciar-se, dizendo de forma algo enigmática que, «sem prejuízo das proibições e nulidades de prova, o arguido não pode reclamar para o superior hierárquico, impugnando a bondade do despacho que decretar a realização de uma busca (art. 174.º do CPP)»<sup>112</sup>, o que parece admitir que o despacho possa ser impugnado hierarquicamente no caso de violar as regras de proibições e nulidades de prova<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Vide as referências ao desentendimento entre o diretor do DCIAP e os titulares de um certo inquérito sobre a ordem daquele no sentido de que estes não realizassem um determinado ato processual que motivou a publicação da Diretiva, segundo a própria PGR na audiência na AR, no dia 19 de janeiro de 2021. Ver <https://canal.parlamento.pt/?cid=5058&title=audicao-da-procuradora-geral-da-republica>.

<sup>111</sup> Num «esclarecimento» da PGR de 7 de fevereiro de 2020, já se afirmava que a emissão das ordens dirigidas a um determinado processo concreto se esgotava «no interior da relação de subordinação» «entre magistrado e o seu superior imediato» e, portanto, limitava-se a letra da doutrina tornada obrigatória pela diretiva 1/2020. A Diretiva 4/2020 consagrou o limite do «esclarecimento».

<sup>112</sup> Parecer do CC 33/19, ponto 3.1.

<sup>113</sup> Aliás, a posição do CC incorre em vício grave, pois considera que as normas do EMP, máxime o seu artigo 97.º, n.º 4, «legitimam e restringem a intervenção processual (excecional) da hierarquia, mas não impedem outras intervenções extraprocessuais» (ponto 3.1). Se assim fosse, a alegada excecionalidade da intervenção hierárquica querida pela lei seria frustrada, em clara fraude à lei, pela livre intervenção extraprocessual. Também não se compreende o aviso subliminar ao legislador que o CC faz, referindo que «a regulação exclusiva de todos os poderes / deveres decorrentes da subordinação hierárquica no Código de processo penal, incluindo o



80. O núcleo doutrinário fundamental dos pareceres 33/19 e 9/2020, a que aderiu *in toto* a diretiva 4/2020, consiste no reconhecimento de dois planos distintos de exercício do poder de direção: exercício de atos processuais em sentido próprio, nos termos do CPP, que não podem ser objeto de recusa [artigo 100.º, n.º 6, al. a) do EMP], e exercício de atos processuais em sentido impróprio, fundados nos poderes de direção (ordens e instruções). O parecer 33/19 identifica exemplos desta segunda categoria, citando os poderes referidos por Henriques Gaspar<sup>114</sup>, a que acrescenta o poder referido por Cavaleiro Ferreira de «determinar que entre várias interpretações legais, ou diversas possibilidades de apreciação da matéria de facto, seja seguida uma delas»<sup>115</sup>, para além do poder de «emissão de uma instrução genérica, impondo a apreciação hierárquica, segundo critérios de legalidade e de objetividade, de determinado tipo de acusações em ordem à correção de eventuais deficiências técnicas antes da sua incorporação no processo ou impondo que a posição assumida pelo Ministério Público em sede de audiência de discussão e julgamento seja, de acordo com aqueles critérios, previamente concertada com a hierarquia ou que, entre as várias opções disponíveis, determine que seja seguida uma determinada conceção jurídica»<sup>116</sup>. No parecer seguinte, o CC é ainda mais claro, referindo-se à «definição de uma priorização» no inquérito e, pondo o dedo na ferida, à «determinação da realização ou não realização de concretas diligências».

81. A PGR afastou-se da sua Antecessora neste tocante. O conceito de ordem da Diretiva 4/2020 é novo. Com efeito, a Diretiva 5/2014 estipulava sobre «A delimitação e âmbito de aplicação dos instrumentos hierárquicos do Ministério Público. As Diretivas, as Instruções e as Ordens». A ordem era definida assim: «[c]ontém imposições vinculativas aos agentes de uma ação ou abstenção concreta, em razão e em função de um determinado objeto, de e para a organização e operacionalidade dos respetivos serviços». O conceito de ordem na Diretiva 5/2014 estava, portanto, centrado na prossecução de interesses relativos à organização e operacionalidade dos serviços, e apenas a estes. A Diretiva 4/2020 afasta-se deste conceito, ao aderir aos fundamentos do parecer do CC 9/2020, que admite ordens sobre a «determinação da realização ou não realização de concretas diligências»<sup>117</sup>. A Diretiva 4/2020

---

poder de direção, apesar da centralidade normativa que ele deve ter, misturaria, aliás, matéria adjetivas com questões internas [...] que só ao Ministério público dizem respeito e que não faz sentido regular neste diploma». A obsessão por manter, a todo o custo, fora do CPP a regulação do poder diretivo não bate certo com o reconhecimento da sua «centralidade normativa».

<sup>114</sup> Parecer do CC 33/19, ponto 3.2: «determinações sobre o melhor modo de conduzir e realizar o inquérito, sobre as diligências a efectuar, sobre as medidas cautelares a decidir ou a requerer, sobre a posição a defender na audiência, ou quanto à decisão de recorrer e posição a tomar no recurso, podem constituir instruções para o bom desempenho das funções, que integram o conteúdo do poder de direção».

<sup>115</sup> Parecer do CC 33/19, ponto 3.2.

<sup>116</sup> Parecer do CC 33/19, ponto 3.5.

<sup>117</sup> A PGR autora da Diretiva 5/2014 manifestou-se claramente contrária ao âmbito do conceito de ordem na Diretiva 4/2020, por duas vezes, em duas conferências organizadas na Universidade Católica, nos dias 9 de dezembro de 2020 e 4 de fevereiro de 2021. Na primeira ocasião, a antiga PGR disse literalmente o seguinte: «O Estatuto do Ministério Público estabelece que as relações hierárquicas, nos processos penais, se efetuam nos termos do Código de Processo Penal. E não me parece que essa formulação permita que o superior hierárquico intervenha para dizer o que o procurador titular deve ou não fazer num processo concreto» (<https://observador>).



é, pois, inovadora, tendo revogado tacitamente o conceito mais restritivo de ordem da Diretiva 5/2014. A Diretiva 4/2020 sacrifica, pois, um elemento fundamental da organização burocrática interna do MP (a ordem e o seu conteúdo e fins) na ara do subjetivismo hermenêutico da PGR.

82. É inconcebível num Estado de Direito que o conceito fundamental de ordem, que informa e conforma a hierarquia do MP, possa variar consoante a pessoa que ocupa o cargo de PGR. Esta não é matéria que esteja na disposição deste ou daquele PGR, em face da reserva relativa da competência da AR prevista no artigo 165.º, n.º 1, al. p), da CRP<sup>118</sup> e do princípio da legalidade democrática, que deve vincular toda a atividade do MP (artigo 219.º da CRP e artigo 2.º do EMP). Esta não é, portanto, matéria da disponibilidade da autora da Diretiva 4/2020, nem da autora da Diretiva 5/2014, que têm sobre a estrutura hierárquica do MP e a sua repercussão no processo penal visões radicalmente distintas. Trata-se de matéria da disponibilidade do legislador ordinário, que deveria dar conteúdo ao conceito fundamental de ordem previsto no artigo 3.º do EMP.

## 2. Direitos e deveres do Magistrado destinatário da ordem

83. A Diretiva 4/2020 e os pareceres do CC 33/19 e 9/2020 concordam no seguinte: as ordens do hierarca que são atos processuais em sentido impróprio, fundados no poder de direção, devem ser escritas e fundamentadas e podem, em certas circunstâncias, ser mantidas em segredo. No mais, discordam.

84. Desde logo, a Diretiva 4/2020 discorda dos dois pareceres do CC na questão central da definição dos direitos e deveres do Magistrado destinatário da ordem.

85. Os pareceres do CC previam que o Magistrado destinatário da ordem pode fazer menção à existência da ordem (conclusão 6.ª do parecer 9/2020), mas a ordem propriamente dita não deve constar do processo (conclusão 3.ª do parecer 9/2020, e conclusão 10.ª do parecer 33/19). Na lógica dos pareceres, o conhecimento da ordem não interessa aos sujeitos e intervenientes processuais («é uma questão interna do

---

pt/2020/12/09/joana-marques-vidal-considera-que-Diretiva-da-pgr-nao-tem-o-minimo-apoio-da-lei/). Não há, contudo, unanimidade sobre o conceito de ordem na hierarquia do MP na doutrina portuguesa. Por exemplo, EUCLIDES SIMÕES inclui nele a ordem dirigida à prática de atos concretos: «O poder de direcção é a competência que o superior tem de dar ordens e de expedir instruções para impor aos seus subordinados a prática dos actos necessários ao bom funcionamento do serviço ou à mais conveniente interpretação da lei» (2019: 14). São pontos de vista radicalmente diferentes do que deve ser a estrutura hierárquica do MP e a sua repercussão no processo penal e, em particular, na direção do inquérito. Atenta a natureza da matéria em causa, é ao legislador que compete resolver o diferendo.

<sup>118</sup> Assim também, LUÍS FÁBRICA, 2019, 124, incluindo no âmbito da reserva legislativa «os critérios de repartição de competências materiais entre os seus órgãos [do MP] (incluindo, no caso de competência comum, os procedimentos de concretização das normas legais)», bem como ADRIANO CUNHA, 2020, 279, que sustenta que «cabe exclusivamente ao legislador fixar os correspondentes critérios, as opções e os conteúdos decisórios, limitando-se a regulamentação administrativa à especificação, num nível estritamente executivo e secundário, das determinações de sentido previamente estabelecidas na lei».

Ministério Público, sem qualquer relevo para outros sujeitos processuais», ponto 3.1 do parecer 33/19). Ou seja, o CC manteve-se coerente nos dois pareceres dados<sup>119</sup>.

86. Contudo, surpreendentemente, o mesmo não sucedeu com a PGR. A Diretiva 1/2020 aderiu ao parecer 33/19, mas a PGR reviu a sua posição alguns meses depois na Diretiva 4/2020, que se afasta do parecer 9/2020.

87. A Diretiva 4/2020 é perentória em relação ao registo da ordem pelo seu destinatário: ele deve fazer menção da existência da ordem na fundamentação da decisão que a incorpora, ou seja, no caso de acatamento da ordem. Quanto à identificação do conteúdo da ordem e da identidade do hierarca na decisão que incorpora a ordem, a Diretiva atribui ao Magistrado destinatário da ordem o poder-dever de ponderar os termos dessa identificação de acordo com «os critérios estabelecidos para o acesso por sujeitos processuais» (ponto I.6). Portanto, o Magistrado pode reduzir drasticamente a identificação do conteúdo da ordem e no limite excluir mesmo essa identificação em consonância com as exigências da dita ponderação. Como pode para além disso vedar o acesso ao seu conteúdo por parte dos sujeitos ou intervenientes processuais. Será concretamente assim quando entender que essa identificação possa prejudicar os interesses da investigação ou ofender direitos fundamentais de outros sujeitos e intervenientes processuais (ponto III.1). Neste caso, tudo se passará nas costas dos sujeitos processuais, incluindo do tribunal.

88. Mais grave ainda, a Diretiva 4/2020 prevê que o Magistrado destinatário da ordem deve rejeitar ordens ilegais no dossiê<sup>120</sup>, mas não é clara sobre se nesse caso ele deve também fazer menção da ordem e da sua recusa nos autos. Com efeito, o ponto I.6 da Diretiva só se refere a «cumprir», pelo que não dispõe para o caso de o Magistrado destinatário não cumprir a ordem, por a ter recusado. Acresce que o ponto I.7 é uma norma de competência, pelo que não releva para decidir se e quando é que a ordem não cumprida (por ter sido recusada) deve/pode ser registada nos autos.

89. A pouca clareza do texto não é o seu pior pecado. A Diretiva 4/2020 é incompatível com os conceitos constitucionais de «ato do processo» (artigo 32.º, n.º 3), «ato instrutório» (artigo 32.º, n.º 4) e «ato processual» (artigo 32.º, n.º 6, todos da CRP), na medida em que reconhece uma categoria de atos processuais em sentido impróprio que se destinam a produzir efeitos num determinado processo, mas que não são inseridos no dito processo nem conhecidos pelo tribunal. Como se viu anteriormente, a propósito da jurisprudência do TC, a CRP vedou expressamente a existência de pré-inquéritos ou inquéritos paralelos, fora do âmbito de controlo do juiz de instrução. Pois é precisamente isso que a PGR e o CC da PGR querem entronizar, promovendo a emissão de uma ordem pelo hierarca dirigida a um caso concreto,

<sup>119</sup> A coerência entre os dois pareceres do CC não é total. É que o parecer 9/2020 também admite que «sempre se poderá impor [...], a menção obrigatória do cumprimento de uma ordem hierárquica» no processo (ponto IV.1), embora não diga quem pode impor este «mecanismo de segurança adicional», quando e em que condições.

<sup>120</sup> Contra, expressamente, PAULO DA MESQUITA, *Comentário Judiciário*, anotação 7 ao artigo 53: «a ordem ou instrução concreta relativa a atos decisórios no âmbito do inquérito tem de ser formulada nos autos com a respectiva motivação, pelo que a recusa também tem de ser expressa no próprio processo», e já antes, 2003, 99. Também manifestando-se explicitamente contra, RUI MEDEIROS e JOSÉ MOUTINHO, 2009, 41.

ordem essa que «pode ser até anterior ao início da própria investigação ou posterior à mesma»<sup>121</sup>. Não restam dúvidas sobre o que se pretendeu com a Diretiva. Durante a sua audição na AR, no dia 19 de janeiro de 2021<sup>122</sup>, a PGR voltou a exprimir a sua fidelidade à filosofia do CC, definindo ato processual em sentido próprio como o ato «que como tal é caracterizado na lei processual penal [...] é o artigo 262 do CPP que refere do que é que se fala quando se refere a existência de atos processuais, são os atos que estão justamente nesse artigo enunciados, caracterizados como tal», e ato processual em sentido impróprio como «algo que no fundo tem depois reflexo na prática do ato processual, que se reflete na sua prática, mas que não o é, porque é algo que se contém no interior da relação de subordinação hierárquica».

90. Esta lógica de um processo penal fora do processo penal reflete uma visão autocrática do MP, que, nas palavras do próprio CC, «não tem que justificar a sua posição, ou seja, o processo interno que, numa magistratura “una e indivisível” foi necessário para assumir uma determinada solução processual»<sup>123</sup>. Esta visão do MP está nos antípodas do que a CRP quer desta Magistratura, intrinsecamente comprometida com a «legalidade democrática» (artigo 219.º, n.º 1, da CRP) e, portanto, com uma responsabilidade institucional e pessoal de prestar contas à sociedade<sup>124</sup>. Aliás, constitui paradoxo insolúvel invocar-se o princípio da legalidade processual, como faz o CC<sup>125</sup>, para justificar que se mantenham à margem do processo penal e do tribunal as ordens concretas do hierarca que se destinam a produzir efeitos num

<sup>121</sup> Parecer do CC 33/19, ponto 4.1.

<sup>122</sup> <https://canal.parlamento.pt/?cid=5058&title=audicao-da-procuradora-geral-da-republica>.

<sup>123</sup> Parecer do CC 33/19, ponto 4.1. Como afirma com inteira razão DÁ MESQUITA, «[j]á a eventual tentativa de contenção de danos através da criação de um mecanismo sem suporte legal “de acesso ao registo escrito” é incoerente com a diretiva que já tinha estabelecido a irrelevância para terceiros do que se passava no interior das paredes do MP em matéria de ordens dirigidas a inquéritos concretos e apresenta-se, ainda, incompatível com o labor para justificar ordens concretas extraprocessuais e não sujeitas a qualquer regime legal para o respetivo controlo, dizendo-se na fundamentação da diretiva que, apesar da direção ser um poder legal próprio do MP, esse órgão “não tem que justificar a sua posição, ou seja o processo interno que, numa magistratura ‘una e indivisível’, foi necessário para assumir uma determinada solução processual”, no que se revela a cultura sobre os poderes do Estado defendida no parecer e acolhida na diretiva que tornou a respetiva doutrina obrigatória para o MP» (DÁ MESQUITA, 2020b).

<sup>124</sup> Veja-se o soberbo texto de FIGUEIREDO DIAS, «Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil», que logo à entrada postula que «os princípios da autonomia do Ministério Público e o seu dever de prestar contas à comunidade constituem decorrências autênticas do princípio democrático» (FIGUEIREDO DIAS, 2007, 192). Também assim, JOANA MARQUES VIDAL, 2006, 91: «Mas tão importante como a definição das orientações procedimentais, é a transparência de que se devem revestir e a respetiva divulgação. [...] Ao nível externo, uma ampla divulgação, constituiria um dos elementos que permitiria uma verdadeira assunção da chamada “responsabilidade comunitária”, que muitos exigem à magistratura do Ministério Público, ou seja, a necessidade de prestar contas à comunidade pelas suas prestações funcionais e pelos resultados da execução das funções que lhe caibam por força da lei.» Também o XI Congresso do Ministério Público concluiu, de forma enfática, que «[a]pesar de a sua acção se pautar pelo respeito da legalidade e por critérios de objectividade, o Ministério Público não pode deixar de prestar contas à sociedade» (conclusão 32, Sindicato, 2008, p. 216).

<sup>125</sup> Parecer do CC 33/19, ponto 4.1: «O Código não prevê, em lado algum, a junção aos autos dos atos de carácter administrativo prévio, praticados pelo superior hierárquico, no âmbito da relação de subordinação, violando, por isso, a sua junção também a legalidade processual: art. 2.º do Código de Processo Penal.»

determinado inquérito. A processualização do inquérito preliminar como verdadeira fase do processo visou justamente trazer para a esfera da legalidade a investigação feita às ocultas e livre das regras processuais. É insustentável num Estado de Direito que a legalidade processual seja agora invocada como arma de arremesso contra a processualização das ordens concretas do hierarca. O apelo à transparência de Cunha Rodrigues, Maia Costa, António Cluny, Dá Mesquita, Mouraz Lopes, Rui Medeiros e José Moutinho não serviu de nada. As obrigações decorrentes do direito europeu dos direitos humanos e do direito penal internacional relativas à *disclosure* antes, durante e após a investigação formal foram negligenciadas e, por sobre tudo isto, foi ignorada a voz unânime dos juízes do Palácio Ratton no sentido da interdição constitucional de pré e para-processos penais, com atos com reflexo no processo penal subtraídos ao tribunal.

91. Quanto se disse seria suficiente para concluir pela desconformidade da Diretiva com a principiologia constitucional constitutiva do MP português e as obrigações internacionais do Estado português. Mas há mais: é surpreendente que quer os pareceres do CC quer as Diretivas da PGR tenham obnubilado a discussão tida a este propósito no próprio CC. A discussão em torno da dicotomia de atos processuais em sentido próprio e em sentido impróprio não é nova. No famoso parecer do CC 23/94<sup>126</sup>, os atos processuais eram assim definidos: «[a]cto processual pode caracterizar-se como toda a acção, comportamento ou actuação praticada no processo, ou em vista do processo; os actos processuais constituem a dinâmica processual enquanto unidade perspectivada pelo fim de realização do direito e objectivo de efectivação da justiça».

92. Com base nesta conceção ampla de ato processual<sup>127</sup>, o CC acrescentava que «nos actos processuais os seus efeitos jurídicos incidem sobre a relação jurídica processual. Mas, incidindo sobre a relação jurídica processual, podem não ser praticados no processo; basta que produzam efeitos processuais, embora possam ser, em si mesmos, exteriores ao processo. O que releva é a natureza do fim, isto é, da finalidade com que sejam praticados, que os efeitos no processo denunciam». Destes atos processuais ou extraprocessuais destinados a produzir efeitos no processo distinguem-se, no dizer do CC, «todos aqueles – ou todas aquelas situações – que, com reflexos embora no processo, ou que sejam susceptíveis de vir – também – a produzir efeitos no processo, sejam praticados, *ab origine*, com diversa finalidade. Neste limite, tem-se particularmente em vista tudo quanto ocorra antes ou à margem da relação jurídica processual; isto é, actos anteriores ou contemporâneos da relação processual. Visto que o critério essencial para determinar a natureza processual ou não de determinados actos é o da respectiva finalidade – da sua influência directa no processo ou o seu destino a fins processuais – imediatamente se concluirá que uma série de actos, cuja prática a lei prevê que ocorra anteriormente à constituição

<sup>126</sup> Parecer do CC 23/94, e notando a importância deste parecer, Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, Comentários, anotação 3 ao artigo 85.º, e SIMAS SANTOS, e LEAL-HENRIQUE, 2008, 561.

<sup>127</sup> Partilhada pela doutrina, ver PAULO ALBUQUERQUE, *Comentário*, anotação aos artigos 241.º, 249.º e 262.º e as referências doutrinárias nele inseridas, bem como GERMANO MARQUES DA SILVA, 2011, 32 e 33: «todos os actos que se integram nessa sequência processual são actos processuais, mas não só. São ainda actos processuais aqueles que não se integrando na sequência processual, produzem efeitos processuais, embora sejam, em si mesmos, exteriores ao processo».

da relação processual, sejam formal e materialmente actos processuais, quer pela competência para a sua prática, quer pelo conteúdo, quer pelas finalidades».

93. Portanto, a dicotomia entre atos processuais em sentido próprio e em sentido impróprio, tal como ela foi formulada pelos pareceres do CC e adotada pela Diretiva 4/2020, desrespeita o próprio conceito de ato processual, firmado no parecer do CC 23/94. É que as ordens concretas do hierarca que se destinam a ter efeitos num determinado processo são, de acordo com os próprios critérios do CC, atos processuais e, por conseguinte, são atos submetidos ao regime de segredo/publicidade vigente no processo a que se destinam. Apliquemos um a um os três critérios do parecer 23/94. *Primo*, as ditas ordens são atos processuais «pela competência para a sua prática», uma vez que elas promanam de Magistrado do MP com competência estatutária e processual para intervir no processo, o hierarca. *Secondo*, são-no «pelo seu conteúdo», uma vez que as ordens concretas têm por objeto conformar a própria dinâmica processual de acordo com o ponto de vista do hierarca. *Terzo*, são-no ainda pelas suas «finalidades», uma vez que as ordens concretas do hierarca visam condicionar o titular do inquérito no exercício da sua função de direção do mesmo, pelo que os seus fins esgotam-se no processo a que se destinam e não visam quaisquer outros.

94. Como atos administrativos que não são atos processuais em sentido próprio, o CC identificava, no dito parecer 23/94, certas averiguações e controlos: «[a]s averiguações e controlos são efectuados no âmbito de uma competência própria, que nada tem a ver, sequer mediamente, com a produção de quaisquer efeitos processuais; destinam-se a apurar as condições e o modo de funcionamento dos serviços e, eventualmente, a detectar irregularidades nesse funcionamento ou na actuação dos funcionários, para serem relatadas às autoridades hierarquicamente competentes». Não pode pretender-se a esta luz que as ordens concretas do hierarca que se destinam a produzir efeitos num processo determinado, como prevê a Diretiva, possam ser equiparadas àquelas averiguações ou controlos. Não pode alegar-se que aquelas ordens concretas do hierarca nada têm a ver, «sequer mediamente», com a produção de quaisquer efeitos processuais. É, por isso, inadmissível que o CC e a PGR tenham ignorado a lição do parecer do CC 23/94, assinado pela mão muito douta de Henriques Gaspar<sup>128</sup>.

95. Posto de modo categórico, a criação de uma categoria de atos extraprocessuais que se destinam a produzir efeitos no processo, mas ficam submetidos a um regime jurídico fixado em Diretiva da PGR e distinto do regime jurídico dos atos processuais do CPP e que podem ser mantidos à margem do tribunal, é uma perversão grave da noção de ato processual do próprio Conselho Consultivo, que frustra as garantias constitucionais inerentes ao processo penal, incluindo as relativas à processualização do inquérito e à sua sujeição à tutela judicial (artigo 32.º, n.º 1, 4 e 5, da CRP). Com total acerto, conclui Dá Mesquita que a Diretiva 4/2020 é um «[r]egulamento procuratório que, embora nunca se refira especificamente a juízes e tribunais, parece privar estes do «dossiê» das decisões secretas, pois se o “dossiê” não integra o processo não

<sup>128</sup> Note-se, aliás, que se trata de doutrina consolidada do CC, uma vez que o parecer 23/94, se inspira no parecer 137/76, in *BMJ*, 273, 56, cuja doutrina foi também, em substância, reiterada nos pareceres 15/95 (sobre atos extraprocessuais de varejo e exame do órgão de polícia fiscal aduaneira, que trata como atos de pura prevenção criminal) e 64/2006 (sobre atos extraprocessuais policiais de identificação de pessoas).



seguirá para o controlo direto que os tribunais independentes exercem sobre os autos do inquérito quando estes transitam para incidentes e fases judiciais»<sup>129</sup>.

### 3. O dossiê e o acesso de terceiros ao dossiê

96. A Diretiva 4/2020 prevê a instauração de um dossiê de preparação e a sua tramitação em três níveis hierárquicos: ao nível do titular do processo destinatário das ordens, ao nível do hierarca («imediato superior hierárquico», ponto I.1) que dá as ordens e ao nível do «imediato superior hierárquico do magistrado que as emanou» (ponto I.5).

97. O conteúdo do dossiê não é regulado. Parece que contém, pelo menos, ordens e instruções que se destinem a produzir efeitos num determinado processo (ponto I-2), declarações de recusa destas ordens ou instruções (ponto II-1.1), informações do titular do processo sobre acesso às ordens e instruções, «outros elementos que habilitem à decisão» sobre o acesso (ponto III-4-b), a decisão sobre o acesso, a reapreciação hierárquica<sup>130</sup> e as comunicações feitas nos termos do ponto V-2. A ser assim, o dossiê é um verdadeiro para-inquérito, que pode até incluir elementos de prova, sem qualquer cobertura legal, não sendo invocável o disposto no artigo 11.º, n.º 1 e 2, do EMP, para o efeito, que obviamente não pode ser convertido em fonte de poderes legislativos derivados do PGR.

98. Durante a sua audição na AR, no dia 19 de janeiro de 2021<sup>131</sup>, a PGR afirmou que o dossiê «contém um conjunto de coisas [...] para mais tarde recordar», não se percebendo que coisas são essas. Certo é que, nas palavras da PGR, «quando há afinação de critério, ainda que eventualmente no primeiro momento houvesse alguma dúvida ou divergência entre um e outro, superior hierárquico e inferior hierárquico, se essa concertação surge, não há obviamente uma verdadeira e própria ordem [...], não há necessidade de ser emitida a ordem, que pressupõe naturalmente a existência de divergência». Portanto, nas próprias palavras da PGR, continua a poder haver «afinação» de critérios entre superior e inferior hierárquico fora do processo e nas costas dos sujeitos processuais. As ordens mais ou menos encapotadas têm aqui terreno fértil<sup>132</sup>.

99. O parecer do CC 9/2020 não previa um regime de acesso ao dossiê, pela razão simples de que omitia qualquer menção à existência de um dossiê. Apenas se propunha um regime de acesso à concreta ordem dada pelo hierarca. Contudo, a questão do acesso ao dossiê foi claramente colocada pela PGR nas perguntas dirigidas ao CC no parecer 9/2020, mas não foi respondida nas conclusões do parecer. Na motivação do parecer 9/2020, o CC admitia que «a hierarquia seja instada a apresentar os documentos burocráticos relativos a uma intervenção hierárquica», considerando que

<sup>129</sup> PAULO DÁ MESQUITA, 2020b.

<sup>130</sup> Não é claro se a reapreciação hierárquica da recusa do acesso (ponto III.5) deve ser incorporada no dossiê do hierarca (ponto I.2) ou num outro dossiê que deve ser aberto pelo imediato superior hierárquico do magistrado que deu as ordens (ponto I.5).

<sup>131</sup> <https://canal.parlamento.pt/?cid=5058&title=audicao-da-procuradora-geral-da-republica>.

<sup>132</sup> Com o risco de uma «hierarquia obscura, fomentando a desconfiança no funcionamento do Ministério Público pelos cidadãos, afectados por decisões que nunca conheceriam, de pessoas cujos impedimentos nunca poderiam suscitar», como bem nota RUI CARDOSO (2019, 29).



eles não estão cobertos por qualquer segredo. Mas simultaneamente queria evitar a todo custo «a revelação de razões internas que podem prejudicar o devido exercício da pretensão punitiva estadual» (ponto IV.1), no pressuposto, confessado, mas inconfessável, de que «o conhecimento de uma divergência interna do Ministério Público pode fragilizar a sua posição processual (o mero conhecimento da situação pode, na dúvida, contribuir para uma absolvição injustificada) ou fornecer pretextos de defesa suplementares». E inconfessável porque tem implícito este pensamento: «[a] imposição de tudo revelar gera, sobretudo nas fases preliminares do processo, uma desigualdade com as outras “partes” protegidas pelo sigilo profissional [...]». Como se o MP português não fosse autoridade judiciária, mas fosse uma mera parte processual. Como se o MP português não dirigisse o inquérito investido de um poder soberano do Estado de administrar justiça na fase preliminar e mais delicada do processo penal. Como se o MP tivesse que esconder o modo como trabalha para fazer justiça. Como se os portugueses, todos os portugueses, e não apenas os suspeitos de crimes, não tivessem o direito de saber como é que o MP chega às conclusões que verte para o processo. Só aceitando estes pressupostos inconfessáveis, se pode concluir, sem pestanejar, que «enquanto a investigação decorrer [...] nada poderá ser revelado pelo subordinado»<sup>133</sup>.

100. E não serve de consolo sustentar que depois de terminado o processo tudo poderá ser revelado, mesmo aquilo que não esteja consignado no mesmo, como diz o CC<sup>134</sup>. Expulsar a publicidade das ordens do hierarca para fora do processo penal, depois do trânsito em julgado, é bem a última coisa que um MP de uma democracia pode desejar. De que serve a publicidade se a culpa já estiver definitivamente fixada com base em condutas impróprias da hierarquia, com ou sem o beneplácito do titular do inquérito?

101. Acresce que o CC ignora que os sujeitos processuais não têm poderes divinatórios para descobrir e reclamar o acesso a «tudo aquilo que não esteja consignado no processo»<sup>135</sup>, como ignora também, e sobretudo, os estragos irreversíveis para a aquisição da prova que podem resultar de erros cometidos na fase do inquérito<sup>136</sup>, sobretudo no contexto de uma direção «desprocessualizada» do inquérito.

102. A Diretiva 4/2020 não regula o acesso ao dossiê, mas apenas o acesso às ordens. O ponto III cria um regime de segredo para as ordens, mas não para o dossiê. Ou seja, a Diretiva da Ilustra PGR não responde à questão que ela própria colocou ao CC, logo indicadas no cabeçalho do pedido de parecer 9/2020.

103. A Diretiva 4/2020 só regula o acesso às ordens que tenham produzido efeito no processo a que se destinavam («no processo onde a mesma produziu efeitos», diz o ponto III.1). Não se prevê, portanto, o acesso às ordens que não produziram

<sup>133</sup> Parecer do CC 9/2020, ponto IV.4.

<sup>134</sup> Parecer do CC 9/2020, ponto IV.4: «Já depois de terminado o processo tudo poderá ser revelado. Mesmo aquilo que não esteja consignado no mesmo.»

<sup>135</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>136</sup> Como já sublinhou EUCLIDES SIMÕES, 2010, 38, falando do inquérito nestes termos: «Aí se traça, por vezes irremediavelmente, o destino dos processos. [...] Eventual nulidade de prova, com o correlativo “efeito à distância”, poderá constituir, num futuro próximo ou longínquo, a derrocada de todo o edifício, com enormes perdas de tempo e dinheiro e, sobretudo, com sensíveis agravamentos do sentimento geral de impunidade.»

efeito, por terem sido recusadas pelo titular do inquérito. O ponto não é de somenos importância, pois as ordens recusadas podem ser muitíssimo relevantes para apurar da imparcialidade com que o inquérito foi dirigido e do contexto de maior ou menor pressão que envolveu o Magistrado titular do inquérito.

104. O regime de segredo das ordens previsto na Diretiva 4/2020 é distinto do regime de segredo de justiça do CPP. Desde logo, o segredo da ordem pode ser decretado mesmo quando o inquérito não se encontre sujeito a segredo de justiça. O ponto II.1, al. b), estipula «em particular nas situações em que o inquérito se encontre sujeito a segredo de justiça», o que permite a ilação de que o segredo da ordem também pode ser decretado quando o inquérito não se encontre em segredo de justiça. Acresce que na Diretiva o princípio é o do segredo da ordem do hierarca e a exceção a publicidade, ao contrário do que sucede no CPP desde 2007, em que o inverso é verdade, vigorando a publicidade como regra no inquérito e o segredo como exceção. Não prevê a Diretiva qualquer distinção entre o regime de segredo interno e externo da ordem, ao contrário do que estatui o CPP no tocante ao segredo interno e externo do inquérito. Por fim, com razão Dá Mesquita aduz que se desrespeita «um regime legal que estabelece o segredo de justiça como única forma de ocultação de decisões dirigidas ao processo penal, sendo a sujeição a segredo do inquérito sempre controlada em última instância por juízes e não por membros do MP. E mesmo o segredo de justiça compreende uma limitação de acesso apenas temporária, pois a partir de determinado momento todos os atos decisórios estarão obrigatoriamente disponíveis a todos os que consultem o processo, nomeadamente, quando os autos transitem para fases judiciais»<sup>137</sup>.

105. Na verdade, a ser aplicada a Diretiva 4/2020, raramente os sujeitos e interessados processuais conhecerão o que quer que seja das ordens hierárquicas que não são atos processuais em sentido próprio e menos ainda do dossiê que as acompanha. Não estamos longe dos modos de atuar sombrios que foram muito justamente causticados por Maia Costa e António Cluny. *Old habits die hard...*

106. Segundo a Diretiva 4/2020, o pedido de acesso é decidido pelo hierarca que deu a ordem, mas o parecer do CC 9/2020 (conclusão 5.<sup>a</sup>) propõe que a decisão sobre a divulgação da ordem deva ser tomada pelo titular do processo. A Diretiva prevê a reapreciação hierárquica da recusa de acesso, sem que o parecer 9/2020 a preveja. Não há qualquer justificação na Diretiva para esta disparidade de opções de política criminal. Nem ela foi dada na audição da PGR na AR, tendo esta sustentado apenas que este seria um «mecanismo absolutamente residual», que consagra a prática que vem sendo seguida<sup>138</sup>, embora também tenha acrescentado que não tinha conhecimento de nenhuma ordem na sua experiência como Magistrada que tramitou inquéritos.

107. Em síntese, a Diretiva padece dos seguintes vícios no que tange ao dossiê e ao acesso ao mesmo por sujeitos e intervenientes processuais: 1. Não regula o conteúdo do dossiê, 2. Veda o acesso ao dossiê por sujeitos e intervenientes processuais, e 3. Omite o acesso por estes às ordens recusadas.

<sup>137</sup> Paulo Dá Mesquita (2020b).

<sup>138</sup> Também o parecer do CC 9/2020 (ponto IV.1) refere que os casos de ordens concretas do hierarca dirigidas ao titular do inquérito são «pouco significativas na práxis processual quotidiana».

108. Estas deficiências são exponencialmente agravadas pela circunstância de tudo isto ter sido decretado e estipulado nas costas da Assembleia da República, que tem reserva relativa em matéria de processo penal [artigo 165.º, n.º 1, al. c), da CRP]. Viola esta reserva a criação de um regime de segredo distinto do estabelecido pelo CPP para as ordens concretas do hierarca sobre o modo de condução do inquérito pelo Magistrado do MP seu titular. Se a reserva de ato legislativo vale para matéria de competência de unidades da polícia, que não pode ser decidida por portaria,<sup>139</sup> por maioria de razão, valerá para a competência de órgãos do MP, incluindo a competência do hierarca para decidir sobre o segredo relativo a atos com relevância para (ou que se refletem no) o processo penal. Admitir uma disciplina inovatória por parte da Diretiva significaria que a competência dos magistrados do MP – e reversamente os direitos de participação dos sujeitos processuais e particularmente do direito de defesa do arguido – em processo penal poderia ser comprimida ou alargada por via administrativa.

#### 4. Impedimentos

109. A Diretiva 4/2020 prevê que o hierarca que deu ordem que não constitua ato processual em sentido próprio e que tenha sido «determinante para a conformação do resultado final do inquérito» pondere a declaração do seu impedimento ou pedido de escusa, nos termos estabelecidos no CPP (ponto IV). «Ponderar» é o verbo utilizado. Ao invés, o CC conclui perentoriamente que o hierarca «deverá» declarar-se impedido «nos casos em que as suas próprias imposições hierárquicas forem determinantes para a conformação do resultado final, colocando em causa a objetividade» (conclusão 16.<sup>a</sup> do parecer 9/2020). Não vem justificada na introdução da Diretiva a diferença de pontos de vista.

110. Com esta disposição, a PGR procurou resolver o problema colocado por Paulo Dá Mesquita: «se a única entidade com poder resolutivo-repressivo tivesse o poder de pré-conformação do acto estar-se-ia perante um poder incontrolado e insindicável que cumularia os dois poderes burocrático-funcionais: conformador e controlador da decisão»<sup>140</sup>.

111. Na verdade, o argumento de Dá Mesquita prova demais, pois à luz do artigo 278.º do CPP o hierarca já cumula um poder controlador e conformador. É que a lei vigente já permite que o hierarca que controla o «produto final do inquérito» ordene «as diligências a efectuar» quando não estiver satisfeito com aquele produto. Mais: sendo realizadas as diligências ordenadas e concluindo o titular do inquérito de novo pelo arquivamento, o (mesmo) hierarca pode impor de novo a sua

<sup>139</sup> Acórdão do TC 304/2008, sobre os artigos 22.º, n.º 2, e 29.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 204/X.

<sup>140</sup> PAULO DÁ MESQUITA, 2003, 299, e de novo, 2010, 284. O argumento é repetido recentemente com uma nova formulação (2020a): «A circunstância de o mesmo agente que pode proibir fora do processo o procurador do inquérito de desenvolver determinadas diligências investigatórias cumular a competência exclusiva para apreciar o direito das vítimas e da generalidade dos cidadãos relativamente a alguns crimes (que atingem interesses coletivos como o de corrupção) provocarem a reapreciação da omissão de atos de investigação ocultamente imposta pelo aludido hierarca esvazia um elemento nuclear do equilíbrio do regime legal (quem controla é, afinal, quem decidiu).»

vontade, indicando novas diligências ou até ordenando a dedução da acusação. Isto é, o perigo que Dá Mesquita quer esconjurar (de um hierarca «que cumularia os dois poderes burocrático-funcionais: conformador e controlador da decisão») já resulta da própria lei positiva. No CPP vigente, o hierarca já «pode determinar de forma decisiva o sentido do despacho final».

112. Também não vale arremessar contra a Diretiva a crítica de que, podendo as ordens que conduziram à decisão de arquivamento provir de qualquer membro da superior hierarquia funcional (incluindo até do PGR) e sendo o imediato superior hierárquico do autor do despacho de arquivamento a controlar esta decisão, poderia ocorrer a situação paradoxal de um superior hierárquico ver as suas ordens controladas por um inferior hierárquico. A razão é simples: a Diretiva apenas prevê o direito do imediato superior hierárquico dar ordens ao titular do inquérito, isto é, a mesma pessoa que é incumbida pelo CPP de controlar a decisão de arquivamento.

113. Contudo, a Diretiva não sobrevive a outra crítica, de natureza mais substantiva. Ela é omissa no caso de o hierarca não se declarar impedido e, designadamente, ela não prevê a intervenção do Magistrado hierarquicamente superior ao hierarca, ao contrário do que sucede no artigo 54.º, n.º 2, do CPP. Como não prevê a possibilidade de dedução de pedido de recusa do hierarca<sup>141</sup>. Deste modo, a Diretiva restringe gravemente as possibilidades de defesa dos sujeitos processuais. Acresce que não faz qualquer sentido que a imparcialidade do hierarca autor da ordem seja menos controlável do que a do titular do inquérito que a ela obedece.

114. Por fim, subsiste um outro problema que vai mais fundo. Os regimes de impedimentos dos Magistrados do MP estão fixados nos artigos 109.º e 116.º do EMP e artigo 54.º do CPP. Esta é matéria fundamental da reserva de lei [artigo 165.º, n.º 1, al. c), da CRP]. Compreende-se, por isso, que o Deputado José Magalhães, na audição do Presidente do SMMP, a 3 de fevereiro de 2021<sup>142</sup>, tivesse considerado que os impedimentos dos Magistrados do MP só podem ser fixados pela AR. Note-se que, já antes, o Deputado António Filipe tinha formulado idênticas reservas, a 19 de janeiro de 2021, aquando da audição da PGR<sup>143</sup>. Por isso, a Diretiva 4/2020 viola, também por este motivo, a reserva relativa da competência da AR.

## 5. Comunicações

115. As comunicações à hierarquia prevista no ponto V da Diretiva 4/2020 podem ser feitas *ex ante* («tenham») e *ex post facto* («venham a ter»). Elas visam permitir ao hierarca acompanhar algumas categorias de processos mais sensíveis. Trata-se, esta sim, de matéria de natureza administrativa e organizativa, de que a PGR pode dispor. Não há aqui qualquer novidade. A Circular n.º 6/02 de 2002-03-11, «Artigo 270.º do Código de Processo Penal. Delegação de competência. Actividade processual do

<sup>141</sup> O direito de recusar um membro do MP é um direito fundamental da defesa e dos outros sujeitos processuais, designadamente do assistente (assim, PAULO DÁ MESQUITA, 2003, 240, e Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, Comentários, anotação 2 ao artigo 54.º).

<sup>142</sup> <https://canal.parlamento.pt/?cid=5098&title=audicao-do-presidente-do-sindicato-dos-magistrados-do-ministerio-publico>.

<sup>143</sup> <https://canal.parlamento.pt/?cid=5058&title=audicao-da-procuradora-geral-da-republica>.

Ministério Público», já previa no seu ponto V-4: «Os Magistrados comunicarão ao seu superior hierárquico imediato, nos termos a definir pelos Procuradores Gerais Distritais, os despachos de arquivamento proferidos nos termos dos n.º 1 e 2 do artigo 277.º do Código de Processo Penal, relativamente a processos por crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos, salvo se forem contra desconhecidos, ou tratando-se de casos que tenham tido, ou se preveja que venham a ter importante impacto público» e no seu ponto VI-2 «Os Magistrados comunicarão ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal a instauração dos processos de inquérito relativos a crimes previstos no n.º 1, do artigo 47.º do Estatuto, no prazo de 5 dias após a instauração dos processos, fazendo-se menção desse facto no processo».

## 6. Avocação

116. Após recusa de uma ordem pelo titular do processo, o hierarca pode avocar ou substituir o magistrado (artigo 100.º, n.º 5, do EMP). Além desta previsão, só o artigo 276.º, n.º 8, do CPP prevê semelhante poder. Portanto, a avocação não está prevista para «específicas tipologias criminais», nem para satisfazer «exigências de intervenção uniforme», nem para casos de «excecional complexidade e gravidade dos crimes e das suas consequências», nem para casos de «particular sensibilidade que revistam em razão da relevância dos interesses envolvidos, da qualidade dos sujeitos e intervenientes processuais [...] e da especial vulnerabilidade das vítimas».

117. Contudo, a Diretiva alarga o âmbito da avocação de processos penais, introduzindo novos critérios de avocação no ponto VI.2, conjugado com o ponto V.1. Embora remeta para as regras estabelecidas no EMP, na verdade, a Diretiva vai além delas, penetrando na área de reserva de lei [artigo 165.º, n.º 1, al. c), da CRP]. Uma Diretiva da PGR não pode substituir-se ao legislador, criando critérios novos de avocação de processos criminais, que os Procuradores-Gerais Regionais devem ponderar no exercício dos seus poderes diretivos genéricos. Também por esta razão, a Diretiva 4/2020 não pode ser tida como compatível com a reserva relativa da AR.

## III. Conclusões

118. Nem a CRP, nem o CPP nem o EMP obstam a que o hierarca profira ordens concretas, escritas e fundamentadas, que se destinem a produzir efeitos num determinado processo penal, fora do âmbito dos casos de intervenção hierárquica previstos no CPP.

119. A CRP impõe que todas as ordens do hierarca destinadas a produzir efeitos num determinado processo penal sejam integralmente inseridas no processo a que se destinam, com identificação do seu autor. As ordens do hierarca que se destinam a um processo penal determinado que não sejam nele inseridas são tidas como inexistentes e, portanto, não se lhes deve obediência.

120. O hierarca não pode dar ordens encobertas, veladas, subentendidas, tácitas ou implícitas ao titular do inquérito, anomalias que em qualquer caso só seriam possíveis à revelia da Constituição e da lei.

121. As ordens do hierarca destinadas a um processo penal determinado e nele inseridas obedecem ao mesmíssimo regime de segredo interno e externo previsto no

CPP que se encontrar em vigor no momento da sua inserção no processo e ao regime de segredo que vier a vigorar daí para diante no dito processo.

122. Aplicam-se ao hierarca que der ordens concretas destinadas a um processo penal determinado as regras previstas no artigo 54.º do CPP. Portanto, os impedimentos, recusas e escusas do hierarca são conhecidos e decididos pelo superior hierárquico do mesmo.

123. Não obstante o seu sumário, a Diretiva 4/2020 não trata do exercício de poderes hierárquicos em processo penal, mas apenas do poder do hierarca dar ordens concretas que se destinam a produzir efeitos num determinado processo penal e dos procedimentos atinentes ao exercício desse poder, fora dos casos expressamente previstos na lei. Ela não trata, designadamente, do poder do hierarca dar instruções genéricas, nem do poder de dar ordens concretas nos casos expressamente previstos na lei, nem do poder de conhecer da reclamação hierárquica de atos do Magistrado titular do inquérito que afetem os sujeitos e interessados processuais e outros terceiros.

124. A Diretiva 4/2020 revoga tacitamente o conceito restritivo de ordem da Diretiva 5/2014, definindo administrativamente e inovadoramente a organização burocrática do MP e a competência quer do Magistrado titular do inquérito quer do hierarca. Deste modo, ela invade a reserva relativa da AR [artigo 165.º, n.º 1, al. p), da CRP].

125. A Diretiva 4/2020 segue os pressupostos jurídicos dos pareceres do CC 33/19 e 9/2020, mas não o regime jurídico neles proposto. Ela comunga nos três pressupostos do CC: o hierarca tem competência para dar ordens concretas, escritas e fundamentadas destinadas a produzir efeitos num determinado processo, estas ordens são atos processuais em sentido impróprio e estes atos podem, em certas circunstâncias, ser mantidos em segredo e inacessíveis ao tribunal e aos restantes sujeitos processuais e participantes processuais.

126. A Diretiva 4/2020 é incompatível com o conceito constitucional de «ato do processo» (artigo 32.º, n.ºs 3, 4 e 6, da CRP), quando reconhece uma categoria de atos processuais em sentido impróprio que se destinam a produzir efeitos num determinado processo penal, mas que podem não ser inseridos no dito processo nem conhecidos pelo tribunal, criando deste modo um para-processo fora da legalidade processual.

127. A Diretiva 4/2020 viola a reserva relativa da AR em matéria de processo penal [artigo 165.º, n.º 1, al. c), da CRP], designadamente quando define impedimentos de Magistrados do Ministério Público e o faz em termos mais restritivos do que o CPP.

128. De igual modo, viola a reserva de lei quando prevê um regime de segredo, também distinto do estabelecido pelo CPP, de ordens concretas do hierarca destinadas a produzir efeito num determinado processo penal.

129. E viola ainda a reserva de lei quando estabelece novos critérios de avocação de processo penal.



130. Por força do princípio da legalidade processual e da reserva de lei, o poder do hierarca dar uma ordem concreta destinada a produzir efeitos num determinado processo penal deve ser definido e conformado pela lei. O mesmo valendo para o regime geral dos incidentes de reclamação hierárquica e os regimes específicos dos concretos incidentes em que essa reclamação hierárquica seja admitida.

## Bibliografia

### Albuquerque, Paulo

2003: *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina.

2011: *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora (citado como *Comentário*).

### Almeida, Maria Cândida de

2001: «O Ministério Público. Contributo para uma nova cidadania», in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 41 a 70.

### Andrade, Manuel da Costa

2009: «Bruscamente no Verão Passado», *a Reforma do Código de Processo Penal, Observações Críticas sobre uma Lei que Podia e Devia ter sido Diferente*, Coimbra, Coimbra Editora.

### Barreiros, José António

1983: «Programa para um estatuto do Ministério Público», in *ROA*, ano 43, pp. 157 a 178.

1997: *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, volume II, Oliveira de Azeméis, Edição do Autor.

### Canotilho, Gomes

1997: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina.

### Cardoso, Rui

2013: «Nova Organização Judiciária – desafios e perspectivas para o Ministério Público», in *RMP*, ano 34, n.º 137, pp. 47 a 86.

2019: «Intervenção hierárquica no processo penal no novo Estatuto do Ministério Público – primeiras notas para a revisitação da questão», in *RMP*, ano 40, n.º 159, pp. 23 a 42.

### Carmo, Rui

1995: «A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal», in *Revista do CEJ*, III-IV, pp. 103 a 124.

### Carvalho, Inês

2011: *Em defesa da legalidade democrática – o estatuto constitucional do Ministério Público português*, SMMP.

### Cluny, António

1997: *Pensar o Ministério Público hoje*, Lisboa, Edições Cosmos.

### Costa, Eduardo Maia

1995: «O modelo português do Ministério Público: autonomia e centralismo», in *RMP*, ano 16, n.º 63, pp. 151 a 157.

### Cunha, Adriano

2020: «Autonomia no Ministério Público», in *RMP* n.º 161, pp. 277 a 287.

### Dias, João Paulo, e outros

2008: «O Ministério Público em Portugal», in João Paulo Dias e Rodrigo Azevedo (coords.), *O papel do Ministério Público, Estudo comparado dos países latino-americanos*, Coimbra, Almedina, pp. 27 a 69.

**Dias, Jorge Figueiredo**

- 1973: «O dever de obediência hierárquica e a posição do Ministério Público no Processo Penal», in *RLJ*, ano 106, n.º 3500, pp. 171 a 176.
- 1974: *Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, Coimbra, Coimbra Editora.
- 1989: «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de processo penal», in *AA.VV., Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, pp. 1 a 34.
- 2005: «Autonomia e responsabilidade comunitária do Ministério Público: um equilíbrio difícil», in *25 anos do Estatuto do Ministério Público*, Procuradoria-Geral da República, pp. 71 a 85.
- 2007: «Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil», in *RPCC*, ano 17, pp. 191 a 206.
- 2008: «Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português», in *RPCC*, ano 18, pp. 367 a 389.
- 2009: «O processo penal português – Problemas e perspectivas», in *AA.VV., Que futuro para o direito processual penal ? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 805 a 819.

**Fábrica, Luís Sousa da**

- 2008: Intervenção, *Congresso XI do Ministério Público*, Lisboa, SMMP, pp. 101 a 108.
- 2019: *Autonomia e Hierarquia no Estatuto do Ministério Público*, Lisboa, SMMP.

**Felgueira, Luís António**

- 2005: «O Ministério Público e a autonomia», in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano 6, n.º 11, pp. 347 a 353.

**Filipe, António**

- 2008: Intervenção, *Congresso XI do Ministério Público*, Lisboa, SMMP, pp. 109 a 115.

**Fonseca, Guilherme da**

- 1984: «Reflexão breve sobre o MP e o Poder Político», in *O Ministério Público numa sociedade democrática*, SMMP, Livros Horizonte, pp. 14 a 20.
- 1987: «O Ministério Público e a Constituição», in *RMP*, n.º 31, pp. 67 a 96.

**Gama, António, e outros**

- 2019: *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, tomos I e II, Coimbra, Almedina (citado como *Comentário Judiciário*).

**Gaspar, António Henriques**

- 1992: «Impugnação das decisões do Ministério Público no inquérito», in *RMP*, ano 13, n.º 49, pp. 71 a 83.
- 1994: «Ministério Público, hierarquia e processo penal», in *RMP-cadernos*, n.º 6, 1994, pp. 79 a 91.
- 1995: «Especialização da investigação e competência extraterritorial: autonomia e limites de intervenção hierárquica», in *RMP*, ano 16, n.º 62, pp. 47 a 55.
- 2004: «As acções encobertas e o processo penal, Questões sobre a prova e o processo equitativo», in *CEJ, Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra, Almedina, pp. 43 a 53.
- 2008: «Processo penal: reforma ou revisão, As rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade», in *RPCC*, ano 18, pp. 347 a 366.

**Gaspar, António Henriques, e outros**

- 2016: *Código de Processo Penal Comentado*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina (citado como *CPP Comentado*)

**Junior, Arthur Pinto de Lemos**

2003: «O papel do Ministério Público dentro do processo penal, à vista dos princípios constitucionais», in *Revista do Ministério Público*, ano 24, n.º 93, pp. 7 a 46.

**Lopes, José Mouraz**

2020: «A diretiva da PGR e o Código de Processo Penal: o tempo do direito!», in *Público*, 24 de novembro de 2020.

**Lúcio, Laborinho**

2009: «O Estatuto do Ministério Público e a Reforma do Mapa Judiciário», in *RMP*, ano 30, n.º 117, pp. 5 a 25.

**Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto**

2009: *Código de Processo Penal. Comentário e Notas Práticas*, Coimbra, Coimbra Editora (citado como Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, Comentário).

**Marçalo, Ana Paula**

2011: *Estatuto do Ministério Público anotado*, Coimbra, Coimbra Editora.

**Maximiano, António Rodrigues**

1984: «A Lei Orgânica do Ministério Público (análise e experiência). Perspectivas e divulgação social do Ministério Público», *O Ministério Público numa sociedade democrática*, SMMP, Livros Horizonte, pp. 109 a 124.

2008: «Ministério Público e Processo Penal», in Artur Maurício e Rodrigues Maximiano, *Dois fundadores do Ministério Público Democrático (textos escolhidos)*, SMMP, pp. 157 a 215.

**Medeiros, Rui, e José Moutinho**

2009: *O Novo Mapa Judiciário perante o Estatuto Constitucional do Ministério Público*, Lisboa, SMMP.

**Meirim, José**

1992: «Recusa de cumprimento de Diretivas. Ordens e instruções com fundamento em grave violação da consciência jurídica», in *RMP*, ano 13, n.º 51, pp. 51 a 61.

**Mendes, Paulo Sousa**

2014: *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina.

**Mesquita, Paulo Dá**

2003: *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra, Coimbra Editora.

2006: «Política criminal e reforma do Ministério Público», in *RMP*, ano 27, n.º 108, pp. 77 a 96 (de novo, com «pequena revisão», in *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 403 a 424).

2010: *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora.

2017: «Estatuto do Ministério Público: raízes, programas, desenvolvimentos, sedimentações e desvios normativos», in AA.VV., *40 anos de políticas de justiça em Portugal*, Coimbra, Almedina.

2018: «Prazos da acção penal e procedimento para acusar», in *Julgar* 34, pp. 165 a 188.

2020a: «Uma diretiva da PGR que põe em causa checks and balances», in *Observador* de 16 de fevereiro de 2020.

2020b: «A criação pela PGR de um regime fora da lei», in *Observador* de 23 de novembro de 2020.

**Moura, José Souto**

2009: «A investigação e suas exigências no inquérito», in AA.VV., *Que futuro para o direito processual penal ? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 73 a 86.

**Oliveira, Alberto Andrade de**

1990: «Impugnação dos despachos do Ministério Público em inquérito», in *RMP* ano 11, n.º 43, pp. 81 a 93.

**Pereira, Rui**

2004a: «O domínio do inquérito pelo Ministério Público», in Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, pp. 119 a 132.

2004b: «Ministério Público: hierarquia e autonomia, Ministério Público, Instrumento do executivo ou órgão do poder judicial?», in IV Congresso do Ministério Público, *Cadernos da RMP*, n.º 6.

**Ribeiro, Vinício**

2011: *Código de Processo Penal. Notas e comentários*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

**Rodrigues, José Cunha**

1995: «Sobre o modelo de hierarquia na organização do Ministério Público», in *RMP*, ano 16, n.º 62, pp. 11 a 31.

1999a: *Em nome do povo*, Coimbra, Coimbra Editora.

1999b: *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora.

2005: «Ministério Público: os passos de uma autonomia», in AA.VV., *25 anos do estatuto do Ministério Público*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 45 a 69.

**Salreu, Pedro**

2004: «The Prosecution Service in Portugal», in Peter Tak (ed.), *Tasks and Powers of the Prosecution Service in the EU Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, volume I, pp. 385 a 404.

**Santos, António Almeida**

1998: «O Ministério Público num Estado de Direito Democrático», in *RMP*, n.º 74, pp. 9 a 24.

**Santos, Manuel Simas, e Manuel Leal-Henriques**

1999: *Código de Processo Penal Anotado*, I volume (arts. 1.º a 240 .º), 2.ª edição, Lisboa, Rei dos Livros.

**Silva, Germano Marques da**

2011: *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.ª edição revista e atualizada, Lisboa, Verbo.

**Simões, Euclides**

2010: «A direcção do inquérito: uma assunção full time?», in AA.VV., *III Congresso de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, pp. 33 a 44.

2019: «Poderes da hierarquia do Ministério Público em matéria penal à luz do novo Estatuto», in *RMP*, ano 40, n.º 159, pp. 9 a 22.

**Sindicato dos Magistrados do Ministério Público**

2008: *Conclusões, Congresso XI do Ministério Público*, Lisboa, SMMP, pp. 211 a 216.

**Tak, Peter (org)**

2005: *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers.

**Van Dunem, Francisca**

2014: «Orientações de política criminal e responsabilidade política do PGR», in AA.VV., *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra, Almedina, pp. 95 a 114.

**Vidal, Joana Marques**

2006: «Boa governança: o papel da hierarquia na orientação da organização do Ministério Público», in *Procuradores europeus em diálogo: 8.ª Conferência Eurojustice*, Lisboa, Coimbra Editora, pp. 87 a 91.

