



associação sindical
dos juizes portugueses

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO

2020/2024

PRONÚNCIA DA ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES

ASJP

OUTUBRO DE 2020

SENTIDO E OBJECTO DA PRONÚNCIA DA ASJP

O Governo colocou em consulta pública o documento *ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO // 2020-2024* (ENCC), que enuncia um conjunto de linhas programáticas para as políticas públicas em matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção e crimes conexos, a desenvolver nos próximos anos.

Trata-se de um programa político que se intercepta numa área significativa com a acção dos tribunais e que, por isso, suscita o interesse e oportunidade da pronúncia da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP). Uma pronúncia que visa, nesta fase, analisar aquelas medidas e as suas diversas hipóteses de concretização, especialmente aquelas que implicam alterações na legislação penal e processual penal, mas que não dispensa a análise mais pormenorizada que haverá oportunidade de fazer no decurso dos processos legislativos subsequentes.

O estabelecimento de um programa estratégico de combate à corrupção devia há muito ser um desígnio nacional que mobilizasse toda a sociedade num projecto comum para o reforço da qualidade da democracia e para a realização plena o Estado de direito. Infelizmente, por falta de vontade política das sucessivas lideranças do país, o combate à corrupção foi sempre uma prioridade no discurso mas nunca foi uma prioridade na acção, quando é certo agora que a responsabilidade de conceber, aprovar e aplicar um programa que cumpra essa finalidade não pode deixar de recair, em primeira linha, sobre a Assembleia da República e o Governo em funções. A dimensão e efeitos corrosivos do fenómeno da corrupção em Portugal, o histórico de insucesso das políticas de combate e o nível de descrença instalada na sociedade tornam claro que o problema não se pode resolver com mais proclamações solenes de intenções políticas, nem com a mera aprovação de novos instrumentos legais ou com multiplicação de novas entidades públicas disfuncionais. Sem uma adequada e decisiva atribuição de recursos financeiros, esta ENCC não passará de mais um paliativo para disfarçar momentaneamente a falta de vontade política e deixar tudo na mesma até à próxima estratégia.

O combate à corrupção não pode ser instrumentalizado como alavanca para um justicialismo penal que abdique do respeito pelos direitos humanos fundamentais e das garantias de defesa em processo penal, em nome de um sentido de eficácia da acção que facilite a utilização métodos imorais ou mesmo ilícitos e a obtenção de resultados contrários aos sentimentos de justiça. É na concretização desse equilíbrio entre a eficácia do combate à corrupção e o respeito pelos valores fundamentais que identificam o nosso sistema jurídico-político que devem ser concebidas quaisquer alterações legislativas e que se há-de jogar, no final da linha, no momento da reposição da norma violada, a administração da justiça por um tribunal independente dos outros poderes e imparcial em relação aos interesses em confronto.

A necessidade de soluções equilibradas e justas não impede, contudo, que se discuta, a propósito de cada instituto jurídico, de que modo deve fazer-se a aplicação prática do modelo de garantias, à luz dos princípios da Constituição e das Declarações internacionais de direitos humanos acolhidas na ordem jurídica interna. Uma reflexão com esse alcance, se levar a concluir que o insucesso do combate à corrupção se deve, em medida significativa, à rigidez do sistema legal de garantias, tanto nas normas substantivas como processuais, construído ao longo de décadas pelos órgãos políticos onde, em regra, se percebe como mais frequente a existência de comportamentos corruptivos, ao ponto de o ter desvirtuado para um sistema de impunidade, então será este o momento para abrir uma discussão sobre a adequação desse sistema e sobre a necessidade de mudanças mais profundas, embora dentro dos limites do respeito pelos valores da democracia e do Estado de direito.

É nesta linha de equilíbrio entre as tensões justicialistas impulsionadas pela percepção de ineficácia do sistema legal de combate à corrupção e a necessidade de salvaguardar, em qualquer circunstância, o núcleo essencial dos princípios enformadores do Estado de direito, que deve ser lido o contributo que a ASJP pretende trazer com o presente documento para a discussão sobre uma matéria tão essencial e urgente para a nossa democracia.

Resta dizer que uma discussão a fundo sobre a estratégia nacional de combate à corrupção dificilmente seria mais oportuna. Nos próximos anos, Portugal beneficiará de um fluxo muito considerável de fundos financeiros provenientes da União Europeia e, em consequência,

inevitavelmente, terá de enfrentar novas oportunidades de actos corruptivos. Seria imperdoável repetir erros do passado e deixar que os fundos comunitários fossem usados para benefício ilícito de uns poucos – talvez, até, dos mesmos – e não para desenvolver o país e melhorar a vida das pessoas. Porém, em paradoxo, a discussão dificilmente poderia ocorrer num momento de maior ambiguidade, quando, ao mesmo tempo que se anuncia uma estratégia de combate à corrupção, se desenvolvem acções políticas que sugerem propósitos opostos. Deixar instalar a suspeita que o Governo quer enterrar à nascença a estratégia de combate à corrupção que concebeu não dá confiança nem mobiliza a sociedade.

A pronúncia da ASJP desdobra-se em três capítulos. No primeiro, enunciam-se, em geral, muito sinteticamente, os principais aspectos positivos e pontos fracos da ENCC, tal como está desenhada no documento em consulta pública. No segundo, analisam-se mais ao detalhe as medidas programáticas que interceptam mais de perto a actividade dos tribunais, inseridas no 5º objectivo *«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 efectividade da punição»*. Por fim, no terceiro, abordam-se três propostas de reforço dos instrumentos legais e recursos organizativos, de extrema relevância para aumentar a eficácia no combate a corrupção, que não estão não incluídas na ENCC mas deveriam fazer parte de uma discussão mais alargada.

I. APRECIÇÃO GERAL DA ENCC

I.1. OS PONTOS DE PARTIDA POSITIVOS

1. A ENCC, pela primeira vez, dá um enquadramento sistémico à problemática da corrupção e da criminalidade, enfrentando-o de forma holística, abrangendo, verticalmente, os planos da prevenção, detecção e repressão, e, horizontalmente, as dimensões da intervenção administrativa e judicial, nos sectores público e privado e nas vertentes nacional e internacional, desde a educação nas escolas e da formação cívica na sociedade até aos mecanismos finais de reacção penal institucionalizada nos tribunais.

Este tratamento nacional, global e integrado, que surge no documento bem estruturado e em linha com a tomada de consciência internacional e com o trabalho de uniformização de respostas que vem sendo desenvolvido por instituições de que Portugal faz parte, dá um sinal positivo à sociedade e é muito responsabilizante para o Governo.

Todavia, uma aposta focada na prevenção, sem bem que positiva, pois é aí, pela base, que as soluções podem ser mais duradoras, não pode descurar nem secundarizar a efectividade dos mecanismos repressivos. O factor mais dissuasor da corrupção, com virtualidades preventivas mais evidentes, é a rápida condenação dos autores desses crimes.

2. As medidas de combate à corrupção vigentes no nosso país não têm um sentido transversal a todo o sector público nem abarcam aspectos importantes do sector privado. As matérias são tratadas avulsamente, ao sabor das recomendações de instituições internacionais, em muitos casos sem sanções que tornem vinculativo o cumprimento das boas práticas da administração e governação. Prevê-se agora a aprovação de um diploma legal que agregue todas as medidas e que as torne vinculativas para as entidades públicas e privadas, através da imposição de sanções, nomeadamente contraordenacionais.

Por outro lado, aponta-se também no sentido da revisão da legislação dispersa relativa à repressão da corrupção e criminalidade conexa, visando facilitar o trabalho de pesquisa, interpretação e aplicação da lei. Muito embora se trate de um aspecto instrumental, a existência de um corpo de normas harmonioso, claro, acessível e estável é muito importante para a acção das instituições de investigação e dos tribunais e também das garantias de defesa dos arguidos.

I.II. OS PONTOS MAIS FRACOS

1. Um dos factores que mais tem dificultado o êxito de reformas estruturais é a falta de planeamento e avaliação dos resultados, que abre caminho para uma constante inversão das reformas, ao sabor das alterações de conjuntura política e de liderança do país.

A ENCC assume que não existe suficiente informação estatística que permita avaliar, fundamentadamente, não só a dimensão do fenómeno da corrupção, quer no plano da percepção quer do seu real impacto, como também o êxito das alterações legislativas que vão sendo aprovadas ao longo dos anos. Essa falta de conhecimento da realidade está na base de políticas incoerentes, que muitas vezes se anulam umas às outras e levam a desperdícios de recursos e ao aumento da frustração da sociedade pela falta de resultados, à descrença no sistema e à desmobilização no combate.

A ENCC não enuncia, reconhecendo, as fragilidades do que tem constituído a resposta das instituições que, no âmbito nacional, têm desenvolvido a sua actuação na matéria da corrupção, nomeadamente a intervenção das entidades políticas, administrativas e judiciais (no sentido lato), muitas delas já reconhecidas pelo relatórios internacionais, como é o caso da UE, do GRECO e da OCDE, entre outras. Veja-se, por exemplo, a Recomendação do Conselho relativa ao Programa Nacional de Reformas de Portugal para 2017 e que formula um parecer do Conselho sobre o Programa de Estabilidade de Portugal 2107¹, onde se refere que «Portugal está a fazer progressos no que respeita ao reforço da transparência e ao combate à

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0521&from=GA>

corrupção na administração pública, mas não se vislumbra uma estratégia global. O combate à corrupção parece ser agora uma prioridade real para os serviços do Ministério Público e foram instituídos procedimentos mais eficientes de gestão de processos e recursos. No entanto, não está comprovado que se traduzam em melhorias nas taxas finais de condenação para casos de corrupção de grande visibilidade e na aplicação de penas que se revelem mais dissuasoras. No que respeita à prevenção da corrupção, os planos estabelecidos em cada instituição pública têm sido, de um modo geral, centrados na forma. Não se adaptam completamente a cada organização, nem são complementados por uma monitorização adequada». Ou a reavaliação do GRECO, em Junho de 2019, onde se refere que «Portugal procedeu a melhoramentos «menores» no sentido de seguir as recomendações que tinham sido dadas como parcialmente cumpridas no relatório de conformidade efectuado sobre o 4º ciclo (em Dezembro de 2017); apenas uma recomendação das quinze foi concretizada de modo satisfatório»².

É pois essencial concentrar esforços, também, na criação de mecanismos de recolha e sistematização de informação estatística e qualitativa, que possa, por um lado, ajudar na planificação das reformas e, por outro, na avaliação dos seus impactos e planificação das acções subsequentes.

2. Igualmente relevante é o não reconhecimento do falhanço do modelo de intervenção estritamente legislativo que foi implementado em Portugal desde há muito, consubstanciado na síntese de que havendo um problema, legisla-se e o problema fica resolvido. Esse é um modelo de intervenção falhado, nomeadamente em matéria da corrupção, em que parece consensual o défice de efectividade das políticas adoptadas, nomeadamente na falta de eficácia do que é a aplicação prática das soluções legislativas. As estatísticas da justiça, os problemas e casos sistematicamente vindos a público envolvendo ilegalidades em vários domínios e as percepções públicas (que são relevantíssimas nesta matéria) demonstram exactamente essa ineficácia.

² <https://rm.coe.int/quatrieme-cycle-d-evaluation-prevention-de-la-corruption-des-parlement/1680779c4e>

Este modelo, de criar instrumentos com grande aparato mediático, que não têm depois qualquer seguimento não é exclusivo do Governo. Veja-se, por exemplo, o caso paradigmático do Ministério Público. Em 2017 foi elaborado e aprovado um programa» de acção, criado pela PGR, onde se defende uma estratégia estruturada em quatro grandes eixos: «*Organização, Prevenção, Repressão e Formação*». Decorridos quase cinco anos da sua aprovação e publicação, não há qualquer avaliação ou seguimento da evolução da estratégia e muito menos sobre os eventuais resultados conseguidos. Não são igualmente visíveis para o público (e sindicados) os resultados concretos da adopção da estratégia.

3. Um domínio onde o silêncio da ENCC é incompreensível, tem a ver com o problema da corrupção e o sistema político, máxime com toda a matéria relacionada com o financiamento dos partidos políticos e campanhas eleitorais. O relatório da OCDE (*Financing Democracy - Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*³), publicado no dia 4 de Fevereiro de 2016, é inequívoco em afirmar a fragilidade desta matéria e a necessidade de existirem quadros normativos e sancionatórios efectivos e eficazes que permitam concretizar uma política pública transparente no domínio do financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais. Sobre isto, nem uma palavra, nem uma medida em toda a ENCC. Isto sem referir, sequer, as fragilíssimas condições em que se encontra a Entidade Reguladora das Contas e todos os condicionalismos que a envolvem, nomeadamente ao nível da detecção de irregularidades e do seu posterior encaminhamento para outras entidades.

No que respeita aos partidos políticos, a única nota da ENCC é esta: «*Importa, ainda, promover uma publicação mais eficiente das contas dos partidos político*». O sublinhado não é do texto original, mas serve para evidenciar que, para o Governo, o problema das contas dos partidos não pode ser só a publicação; tem de ser o controlo, a fiscalização e o sancionamento. Como se fosse seguro que não existem problemas de corrupção associados ao financiamento dos partidos políticos e este não fosse apontado como o maior cancro de corrupção no país, como se as pessoas e entidades que financiam não o fizessem na expectativa de receber favores

³ <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264249455-en.pdf?expires=1602256380&id=id&accname=guest&checksum=C5EE940A87555355E2B3C342DDBF453D>

mais tarde e como se os financiados não soubessem isso e não se sentissem moralmente obrigados a retribuir o favor com o benefício de acesso facilitado aos bens públicos. Aliás, para prova dessa ligação entre o exercício do poder e os benefícios económicos dos partidos políticos, basta ver o que aparentemente acontece às contas dos partidos quando deixam de estar no “arco da governação”⁴.

A Lei de Financiamento dos Partidos, após um primeiro veto do Presidente da República, em que se fundamentava que a *«transparência é muito boa para a democracia»*, acabou por ser aprovada em Janeiro de 2018, com pequenas alterações (relativas ao IVA e angariações de fundos) em relação ao texto vetado, vindo a ser promulgada. A entrada em vigor desta lei terá permitido 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 partidários⁵.

Uma estratégia de combate à corrupção que não olhe de frente, com coragem, para o problema da promiscuidade entre o exercício do poder e o financiamento de partidos (de todos) e das campanhas eleitorais (de todas), está amputada de um aspecto fundamental e não pode ser levada a sério.

4. Outra omissão incompreensível prende-se com a questão das autarquias. Os poucos números credíveis sobre acusações e condenações que ocorreram no passado, no âmbito do conjunto de crimes que envolvem o conceito amplo de corrupção, referem-se numa percentagem importante aos titulares dos poderes autárquicos. Também são conhecidas acções de natureza administrativa envolvendo perda de mandatos autárquicos, por via de ilegalidades cometidas no exercício das funções. Nesta matéria, o Tribunal de Contas 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, vão em sentido oposto alterações legislativas que têm ocorrido no

⁴ <https://www.dn.pt/politica/ps-sem-dinheiro-para-rendas-agua-ou-luz-4518536.html>

⁵ <https://observador.pt/2019/12/15/lei-permitiu-a-partidos-escaparem-a-multas-de-centenas-de-milhares-de-euros/>

domínio autárquico, nomeadamente na exclusão do controlo prévia 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. Não existe na ENCC qualquer referência a uma medida concreta, especificamente orientada para uma realidade onde os riscos são, notoriamente, elevados, como é o caso das autarquias.

Apesar da ENCC se referir muitas vezes às inspecções gerais, considerando-as, aparentemente, relevantes para combater a corrupção – embora, curiosamente, desvalorizando o seu papel na repressão, como que querendo reconduzi-las apenas à prevenção – é omissa quanto à inspecção das autarquias locais. Desde que a Inspeção Geral da Administração Local (IGAL) foi extinta e fundida com a Inspeção Geral de Finanças (IGF), em 2011, tudo o que era controlo interno sobre o sector das autarquias locais foi relegado para um plano secundário.

Seria muito importante reactivar a IGAL, para actuar, com muita proximidade, primeiro na área dos licenciamentos para a construção civil, depois na área dos “esquemas” de alteração dos Planos Directores Municipais (PDM) e, actualmente, na área da contratação pública. A prática governativa, nesta matéria, não é clara nem geradora de confiança. Basta ver o que acontece actualmente com o projecto legislativo que está em discussão na Assembleia da República (Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.^a), de alteração precisamente do Código dos Contratos Públicos, visto ser consensual que várias alterações aí previstas vão contribuir, e muito, para aumentar os riscos de corrupção e criminalidade conexas, nomeadamente ao nível do poder local.

5. Anota-se ainda, como aspecto negativo, no que se refere à prevenção de riscos de corrupção no sector público, que a ENCC se foca quase exclusivamente nas administrações do Estado, das regiões autónomas e das autárquicas, nos seus diversos patamares. É para aí que se prevê a aprovação de planos de prevenção de riscos e de códigos de ética ou de conduta, o

estabelecimento de canais de denúncia e a nomeação de responsáveis pelo cumprimento dos planos.

Mas, pergunta-se: onde estão as medidas específicas para prevenir e detectar actos corruptivos nos níveis superiores da direcção política dos órgãos do Estado: Presidência da República, Assembleia da República, Governo, entidades reguladoras e institutos públicos? A ENCC parece partir do princípio que a problemática da corrupção e da criminalidade associada se centra nos níveis inferiores e intermédios da administração das entidades públicas, esquecendo as suspeitas – muitas delas já objecto de processamento judicial – que impendem sobre primeiros-ministros, ministros, secretários de Estado, deputados e outros altos dirigentes políticos. De pouco ou nada adianta combater a corrupção a partir da base, nos níveis da administração subordinada, se o problema não for atacado a partir do topo, onde se podem praticar os actos corruptivos mais lesivos sob a forma de decisões políticas ou até legislativas.

É quase nula a referência à necessidade do sistema financeiro se integrar num modelo holístico como o que é proposto na ENCC. Recordem-se, como aliás é público, os gravíssimos problemas ocorridos nos últimos anos envolvendo as fragilidades do sistema financeiro, as suas cumplicidades com o sistema político e com a facilitação da circulação de dinheiro entre países e instituições identificados como “corruptos”. Recordem-se igualmente as fragilidades do sistema regulador, nesta área. Também a opacidade que o sistema continua a evidenciar no domínio do *revolving doors*, que permitem a circulação entre entidades financeiras, empresariais e de regulação, e entre estas e o Governo, e o papel que tais entidades e pessoas desempenham ou desempenharam nos sistemas político e económico. Todos estes problemas, para além de assumirem uma natureza específica relevantíssima, não devem ser diluídos no âmbito de medidas que envolvem a administração pública na sua generalidade. Nesta matéria não podem existir sectores excluídos.

O registo da “pegada legislativa”, previsto na ENCC, e os projectos legislativos pendentes que visam regular a actividade de *lobby*, são manifestamente insuficientes como modelo adequado

e suficiente para a prevenção e detecção da corrupção naqueles níveis de decisão política referidos.

6. No que respeita a uma proposta Agência para a Prevenção da Corrupção (APC) ainda que o modelo, mesmo que sinteticamente enunciado, possa ser interessante (e até necessário) importa, na sua concretização legislativa, resolver alguns problemas omitidos. Desde logo a sua inserção no âmbito constitucional. Um órgão transversal aos poderes legislativo, executivo e judicial? Um órgão de natureza administrativa? Sob a dependência a Assembleia da República? Do Governo? E se deste, na dependência do Ministério da Justiça? Ou, na estrutura do Governo, com um âmbito mais transversal, legitimando uma maior responsabilidade a todas as áreas do Governo? Um órgão que complementa ou substitui outros já existentes, como o Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), a Entidade das Contas e Financiamentos Políticos (ECFP) e a Entidade para a Transparência (EpT)?

Repare-se que a APC terá como missão *«garantir a efectividade das políticas de prevenção da corrupção»*, que é exactamente aquela que já hoje é desenvolvida pelo CPC. Será que os recursos que a criação de uma nova entidade exigirá não poderiam ser atribuídos ao CPC, com mais eficácia? Tanto mais que o CPC funciona junto do Tribunal de Contas, que é uma entidade independente.

A interrogação que fica é saber que sentido tem criar novos organismos, quando os existentes nunca foram dotados dos meios necessários para cumprirem as suas missões?

Veja-se o exemplo da ECFP, que, nos termos da sua própria deliberação de 20 de Setembro de 2018, está em situação crítica, sem recursos humanos adequados e suficientes e se viu obrigada a concentrar a sua actividade em determinados anos, com risco de prescrição de eventuais procedimentos contraordenacionais em relação às contas de outros anos⁶. Ou o exemplo da EdT, criada na lei, em 2019, mas que só 2021 deverá avançar pois as verbas

⁶ http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/file/deliberacao_texto_integral.pdf?src=1&mid=4601&bid=3582

previstas no Orçamento de Estado de 2020 foram insuficientes para a instalar e pôr a funcionar⁷.

7. A ENCC refere-se ao «*reforço da eficácia da actuação do Tribunal de Contas*» e à revisão da sua lei orgânica. Mas, pergunta-se, como compreender, então, as intervenções legislativas intencionalmente desenhadas para limitar a intervenção do Tribunal de Contas (TdC)?

Por exemplo, nas autarquias, o TdC viu reduzidos os seus poderes de controlo de legalidade e financeiro, com sucessivos diplomas legais que as isentam, ou do dever de submissão a visto prévio de determinados actos e contratos, ou da aplicação de legislação mais restritiva, até com efeitos retroactivos, tudo isto envolvendo, note-se, a contratação pública, precisamente onde são maiores os riscos de corrupção.

A título de exemplo veja-se o artigo 402º da Lei nº 2/2020, que aprovou o Orçamento de Estado para 2020, acrescentado duas alíneas (atuais alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 47º da LOPTC), passando a isentar de fiscalização prévia:

«g) 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.

h) Os contratos-programa, acordos e/ou contratos de delegação de competências, e respectivos actos de execução, celebrados entre autarquias locais, bem como entre uma autarquia local e uma entidade do sector empresarial local, por via dos quais sejam transferidas competências, constituído mandato para a sua prossecução ou assumido o compromisso de execução de determinadas actividades ou tarefas.»

Por sua vez, através do DL 170/2019, foi alterado, entre outros, o regime jurídico das parcerias público-privadas (PPP), constante do DL 111/2012, não só introduzindo uma “norma interpretativa” no sentido de que o regime das PPP não se aplica «*nomeadamente aos*

⁷ <https://www.tsf.pt/portugal/politica/entidade-da-transparencia-so-avanca-em-2021-e-custa-mais-646-mil-euros-11682957.html>

municípios e às regiões autónomas, bem como às entidades por estes criadas», estabelecendo que tal natureza interpretativa produz efeitos «desde a entrada em vigor do DL 11/2012», ou seja, mais de sete anos antes, e, ainda, que as alterações daquele DL 179/2019 se aplicavam a «todos os processos de parcerias, ainda que já tenham sido celebrados os respectivos contratos» – cf. artigos 4.º e 7º, nºs 1 e 6 do citado DL 179/2019.

A redução dos poderes de intervenção do TdC operou-se, também, pela actualização do valor limiar do visto prévio de 350 000,00 € para 750 000,00 €, com as alterações introduzidas ao Orçamento de Estado de 2020, nomeadamente através do artigo 7.º da Lei 27-A/2020, que alterou o artigo 48º da LOPTC.

Uma nota, ainda, para apontar que a medida prevista para o TdC, de *«alargar a esfera de competência do Tribunal, de molde a abranger, designadamente, entidades cuja actividade seja maioritariamente financiada por dinheiros públicos, ou que estejam sujeitas ao controlo de gestão pública»*, deve ser um equívoco, visto que já está consagrada no artigo 2.º, nºs 2, al. a) e 3, da LOPTC.

8. A ENCC é pouco ambiciosa e imaginativa na concepção de novas medidas de simplificação processual.

Há um conjunto de aspectos, que a prática evidencia serem causas frequentes de delonga processual excessiva e muitas vezes artificial, sem verdadeira correspondência com o exercício das garantias de defesa, que deveriam ser discutidos agora. Eles não têm a ver exclusivamente com a problemática do combate à corrupção, mas são relevantes para a mesma, visto que nesta área abundam os processos complexos em que se fazem sentir mais intensamente os efeitos nefastos dos atrasos.

A ASJP propôs em 2012 diversas medidas de simplificação e agilização processual, para a fase do inquérito, da instrução, do julgamento e do recurso, que nunca foram devidamente consideradas pelos órgãos com competência legislativa⁸. Ali se lançaram pistas, por exemplo, para a alteração das regras das perícias, para a possibilidade de prolação de sentenças

⁸ Mudar a Justiça Penal – linhas de reforma do processo penal português, Almedina, 2012.

abreviadas, para a modificação do regime dos recursos, nomeadamente no que respeita ao efeito suspensivo no caso de recurso para o Tribunal Constitucional, e para a fase de instrução.

Considera-se que essas propostas podiam e deviam ser revisitadas nesta fase.

II. APRECIÇÃO DAS MEDIDAS COM IMPACTO NA LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Nesta parte a pronúncia da ASJP circunscreve-se às alterações ao Código Penal (CP), Código de Processo Penal (CPP) e legislação extravagante, que estão pressupostas nos parágrafos do 5º objectivo da ENCC.

A análise será dividida em quatro partes: i) alterações ao CP, ii) alterações ao CPP, iii) alterações à legislação extravagante, iv) direito premial e acordos sobre a pena (este tópico envolve alterações ao CP, CPP e legislação extravagante mas entendeu-se autonomizá-lo dada a sua importância).

II.1. ALTERAÇÕES AO CÓDIGO PENAL

1. Prescrição [art. 118.º do CP]:

Razão de ser na ENCC:

«Em matéria de prescrição do procedimento criminal, verifica-se 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 activa) e no artigo 299.º do Código Penal, quando a finalidade ou actividade da associação criminosa seja dirigida à prática de um ou mais crimes relativamente aos quais se prevê excepcionalmente um prazo de 15 anos. Importará ainda reflectir sobre a inclusão do artigo 11.º (prevaricação) da Lei n.º 34/87 entre aqueles crimes.» (p. 51 ENCC).

Reflexão da ASJP:

A existência de prazos de prescrição tem por base razões probatórias, motivos de prevenção e objectivos de segurança jurídica. A alínea a) do n.º 1 do art. 118.º do CP estabelece o prazo mais longo de 15 anos, em função de um critério quantitativo (pena máxima superior a 10 anos de prisão) ou de um critério qualitativo, relativo à tipologia da criminalidade. Nestes casos, é a gravidade do crime, dada a sua maior danosidade, que justifica o alongamento do prazo.

A incoerência apontada no ENCC é correcta. O princípio da legalidade impõe que se enumerem os crimes em que, não se verificando o critério quantitativo, por razões de política criminal, se entenda justificar-se o prazo de prescrição de 15 anos. Na verdade, considerando a similitude da criminalidade, não se justifica a distinção presente na lei actual, pelo que se considera positiva esta alteração.

A inclusão do crime de prevaricação está no domínio das opções de política criminal e da liberdade legislativa, muito embora se aceite que a similitude dos bens jurídicos protegidos e do sentido social do ilícito justificam esta opção. Porém, a incluir-se o crime do art. 11.º da Lei 34/87, deverá, coerentemente, reflectir-se sobre a inclusão de outros crimes de prevaricação previstos na lei, nomeadamente no CP.

2. Conceito de funcionário [art. 386.º do CP]

Razão de ser na ENCC:

«Considerando a evolução verificada ao nível do sector público empresarial, da justiça militar e do conceito de titular de alto cargo público, importa rever o disposto no artigo 386.º do Código Penal, respeitante ao conceito de funcionário, para melhor cumprimento das exigências postas pelo princípio da legalidade criminal. O conceito de funcionário constante do artigo 386.º tem vindo a ser alterado desde 1995 (2001, 2007, 2010 e 2015). Continua, porém, a justificar-se uma revisão do conceito, como vem assinalando a doutrina e a jurisprudência. Recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a matéria por via do Acórdão n.º 3/2020.» (p. 51 ENCC).

Reflexão da ASJP:

O conceito de funcionário vertido no art. 386.º do CP desempenha um papel fulcral na delimitação dos tipos legais, por força do princípio da legalidade. Como nota a ENCC, recentemente o ac. STJ 3/2020 pronunciou-se sobre a matéria, excluindo as IPSS. Assim, neste momento, a expansão do conceito de funcionário, ou uma melhor concretização do mesmo, é uma questão de opção política, que se considera plenamente justificada no âmbito do reforço dos mecanismos de combate à corrupção.

Em termos jurídicos, essa intervenção legislativa actualizadora tem que ser feita, já que, conforme decorre do acórdão de fixação de jurisprudência referido, não se incluem no conceito legal de funcionário situações que não tenham previsão expressa na letra do art. 386.º do CP. Deve alertar-se, no entanto, para o cuidado de não inserir na letra da lei casos em que, porventura, a jurisprudência, de forma estabilizada e pacífica, já considere subsumíveis à previsão do art. 386.º do CP, sob pena de se produzir um efeito contrário, ou seja, de essa alteração ser vista como elemento interpretativo no sentido de tais casos não se incluírem antes no conceito de funcionário e de, por força da aplicação da lei penal mais favorável, isso poder implicar o arquivamento de processos que, se não fosse a alteração, seriam puníveis de acordo com a posição da jurisprudência.

3) Pessoas colectivas. Programas de cumprimento normativo. Escolha e medida da pena (arts. 70.º e ss do CP). Penas aplicáveis (arts. 90.º-A e ss do CP). Causas de exclusão da ilicitude/culpa (arts. 31.º e ss. do CP).

Razão de ser na ENCC:

«Importa dar relevância positiva à adopção ou ao aperfeiçoamento de programas de cumprimento normativo ao nível da responsabilidade penal e contraordenacional das pessoas colectivas e entidades equiparadas (p. 45). A adopção ou aperfeiçoamento dos programas de cumprimento normativo incentiva-se por via da sua repercussão positiva na responsabilização penal, administrativa ou contraordenacional das pessoas colectivas 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 assente na responsabilização penal e contraordenacional das pessoas colectivas e entidades equiparadas. Com ganhos também do ponto de vista da prevenção, detecção e repressão de comportamentos ilícitos por parte das pessoas individuais, nomeadamente por via da possibilidade de denúncia no canal da empresa, e consequente investigação interna, e do seu contributo para a responsabilização penal ou contraordenacional da pessoa individual.» (p. 45 ENCC). «Sem rever o disposto no artigo 11.º do Código Penal, justificam-se, nomeadamente, alterações que atribuam relevância substantiva aos programas de cumprimento normativo ao nível da determinação da pena em sentido amplo (determinação da pena aplicável, determinação da medida concreta e escolha da pena), revendo-se o âmbito das penas principais, acessórias e de substituição aplicáveis às pessoas colectivas e entidades equiparadas.» (p. 46 ENCC). «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). Este entendimento é já o da doutrina portuguesa, que, na falta de normas expressas, sugere os artigos 70.º, 71.º e 72.º do Código Penal para acolherem a relevância de tais programas na determinação da pena da pessoa colectiva e entidade equiparada. Relativamente à pena principal de multa, deve ser dada relevância à adopção do programa de cumprimento normativo por parte da pessoa colectiva condenada anteriormente à prática do crime, ou depois desta prática e até à audiência de julgamento. A injunção judiciária, prevista no artigo 90.º-G, deve passar a ser uma pena principal, com uma formulação mais próxima da realidade dos programas de cumprimento normativo, à semelhança do artigo 131-39-2 do Código Penal francês, introduzido em 2016. A pena de substituição de vigilância judiciária, prevista no artigo 90.º-E, deve servir o objectivo de fiscalizar o cumprimento efectivo de um programa de cumprimento normativo. Pode equacionar-se a passagem desta pena a pena principal.».

Reflexão da ASJP:

Os programas de cumprimento das pessoas colectivas ou equiparadas, se existirem regras claras e sobretudo mecanismos que imponham efectivamente o seu cumprimento, podem ser factores importantes de prevenção da prática de crimes e, no caso de ocorrer o crime, de apuramento da pessoa individual que infringiu as regras internas, potenciando a descoberta dos seus autores. No âmbito da luta contra a corrupção, para que tais programas tenham utilidade, terão que cumprir requisitos que os tornem efectivos. Não basta, no “papel”, uma empresa afirmar que tem um “programa de cumprimento”, se o mesmo não passar de mais um formulário de “burocracia empresarial”. Por outro lado, não podem ser utilizados como mecanismos de afastamento automático da responsabilidade de quem gere ou administra a empresa, transferindo essa responsabilidade para as pessoas que têm a seu cargo elaborar, executar e cumprir os programas de cumprimento. Isto para dizer, num primeiro tópico, que, a incluir-se o programa de cumprimento como causa de exclusão ou atenuação ou como critério de densificação da pena, é importante concretizar normativamente o conceito. Os factos pertinentes passarão a ser, ainda mais, objecto de prova, pelo que importa conferir previsibilidade na aferição dos respectivos pressupostos.

Num segundo tópico, deverá ressaltar-se que já hoje, à luz da legislação em vigor, os programas de cumprimento poderão ter relevo, quer ao nível da ilicitude, da culpa e da escolha e medida da pena, quer da utilização de mecanismos de diversão, como seja a suspensão provisória do processo. A normativização terá como vantagem densificar, em letra de lei, uma nova realidade, conferir-lhe mais previsibilidade, utilidade e efectividade no processo penal. Trata-se, aliás, também, como se nota no ENCC, de acompanhar um movimento que vem ocorrendo em muitos outros sistemas jurídicos.

Em suma, com as cautelas necessárias, que se prendem com a densificação dos requisitos para despoletar a isenção da pena, a exclusão da ilicitude e o afastamento da culpa ou a aplicação de mecanismos de diversão, e com a ressalva de que, podendo ter efeitos positivos na sociedade (a nível da isenção da responsabilidade, atenuação de pena, aplicação de penas mais brandas, utilização de mecanismos de diversão), não implica, automaticamente, a exclusão da responsabilidade criminal de quem gere ou administra de facto ou de direito, ou

de quem tinha posição de liderança, considera-se que as alterações preconizadas podem ser positivas.

No que respeita às alterações respeitantes às penas, ao contrário do que parece pressuposto na ENCC, os efeitos positivos da melhoria ou implementação de programas de cumprimento, até ao julgamento, não devem restringir-se às penas de multa. Servirão também para a escolha e dosimetria de quaisquer outras penas.

No sentido de acompanhar uma efectiva mudança de cultura, incentivando a aprovação e efectividade dos programas de cumprimento e com isso contribuindo para evitar comportamentos de risco e a prática de crimes no seio das empresas, e para aumentar a probabilidade de detectar os autores do crime e, assim, servindo, num plano mais lato, a luta contra a corrupção, também é coerente que a implementação ou melhoria dos programas de cumprimento seja um factor a ponderar na equação da escolha da pena, nomeadamente, quando tal é suficiente para assegurar os fins de prevenção. Sob este prisma, também se afigura positiva a solução preconizada na ENCC.

Propõe-se a ampliação das penas principais susceptíveis de serem aplicadas às pessoas colectivas e a transformação da injunção judiciária, prevista no artigo 90.º-G e da pena acessória de vigilância judiciária do art. 90.º-E do CP em penas principais. O objectivo é permitir a implementação e fiscalização da execução de um programa de cumprimento. A considerar-se que o programa de cumprimento é crucial e bastante para que se satisfaçam as necessidades preventivas, será coerente moldar as penas para, no futuro, se acautelar que a pessoa colectiva em causa adopte o programa que evitará, ou atenuará, o risco de reincidência.

Na pureza dos princípios não parece que seja necessário manter a autonomia das duas penas. Ou seja, poderá bastar a pena de injunção judiciária, aparecendo a vigilância judiciária como uma das suas modalidades possíveis – uma situação semelhante à suspensão da pena com regime de prova. Em suma, a pena de injunção judiciária poderia ser simples ou acompanhada de vigilância judiciária, porque existe uma relação de complementaridade no conteúdo das

mesmas, além de que a vigilância judiciária pressupõe que exista uma injunção do tribunal (ainda que implícita).

Também será coerente ajustar o normativo de tais penas ao programa de cumprimento, que é erigido como uma das formas de combate à corrupção e criminalidade conexa. Mas não se deverá descurar que esta sanção poderá ser aplicada a outras realidades que não impliquem um programa de cumprimento, pelo que o normativo das penas deve manter a amplitude bastante para as abarcar. Ou seja, devem ajustar-se as penas aos programas de cumprimento, mas sem excluir outras esferas de actuação.

Já a transição de penas acessórias para principais pode ser contraproducente. Note-se que a coerção para o cumprimento da pena acessória resulta do facto de, havendo incumprimento, a pessoa colectiva poder incorrer no crime do art. 353.º, do CP. Esse factor de coerção não existirá na pena principal. Nestas situações, a consequência do incumprimento no momento da execução de pena será apenas o respectivo averbamento no registo criminal.

Nesta harmonização será preferível equacionar a manutenção como pena acessória. Excepto se, associada à pena principal, surgir uma sanção, como seja, por exemplo, a prestação de uma caução, que será quebrada em caso de incumprimento. Ou, pretendendo-se elevar a pena ao grau de principal, estatuir que as penas de injunção e vigilância judiciária serão penas substitutivas da pena de multa (ou dissolução). Aí estará presente o factor de coerção necessário à implementação do programa de cumprimento. Incumprindo a pena substitutiva a pessoas colectivas terá que pagar a pena de multa (ou ser dissolvida). Logra-se assim um equilíbrio.

Duas notas mais a este propósito. Apesar da reforma de 2007 ter contemplado um regime de penas específico para as pessoas colectivas, com uma panóplia diversificada, o mesmo é quase letra morta. A pena de multa continua a ser a sanção aplicada maioritariamente. Isso não se explica apenas pela ausência de normas processuais relativas à execução, pelas incoerências com a legislação extravagante ou pela pouca receptividade dos tribunais. É que, na verdade, a maioria das pessoas colectivas que vão a julgamento estão em situação de insolvência, ou pré-insolvência, em vias de extinção. E daí que a opção pela multa seja o mais natural, embora, na

verdade, praticamente sem efeito, dado que nesses casos já se está, por regra, perante massas insolventes de valor diminuto. A maior aplicabilidade de outras penas ocorrerá quando a investigação e acusação tiverem por objecto pessoas colectivas em boa saúde financeira, em que as penas de multa, dissolução, caução, injunção, vigilância, proibição de celebrar contratos, de receber subsídios, de publicitação de decisões, poderão ter o pendor preventivo pretendido. Só nesses casos a pena terá virtualidade de alterar o comportamento da pessoa colectiva e, assim, funcionar como factor de prevenção.

Outra causa da reduzida expressão das penas de injunção ou vigilância judiciária é a ausência de uma assistência qualificada dos tribunais que diligencie pela fiscalização. Não basta a lei mencionar a designação de um representante, ou fiscalizador, quando se sabe que na prática não existem estruturas suficientes que facilitem a aplicação destes mecanismos legais. O Estado deverá criar equipas próprias de “reinserção societária”, com conhecimentos específicos, incumbidas do acompanhamento da execução das penas, à semelhança do que sucede para as penas impostas a pessoas singulares.

4) Pena acessória de proibição do exercício de função (art. 66.º do CP).

Razão de ser na ENCC:

«A adequação e efectividade da punição dos crimes de corrupção implica que o regime da proibição do exercício de função, previsto no artigo 66.º do Código Penal, 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, por um período entre 2 e 10 anos, aplicada ao gerente ou administrador de sociedade comercial condenado por crime de oferta indevida de vantagens ou de corrupção.» (p. 55 ENCC).

Reflexão da ASJP:

Trata-se de matéria de política criminal e que se coaduna com a intenção de combate à criminalidade económico-financeira. Pretende-se um aumento do limite máximo do período de proibição do exercício de função e que o art. 66.º do CP também seja aplicado “ao gerente

ou administrador de sociedade comercial condenado por crime de oferta indevida de vantagens ou de corrupção.”

A proibição do exercício da gerência ou administração já existe, por exemplo, no direito das insolvências. Por princípio, a insolvência de uma empresa é um indício forte de inaptidão do gerente ou administrador para o exercício dessas funções. Assim, a proibição do exercício da função de gerência ou administração poderá desempenhar um importante papel preventivo, como o demonstra o facto de em muitos casos as mesmas pessoas singulares serem responsáveis pela insolvência de várias empresas ao longo dos anos. Porém, para ter pleno alcance, a proibição terá de impedir igualmente a gerência ou administração de *facto* e não apenas de *direito*. Isto porque, o que sucede é que o condenado pode contornar a proibição com recurso a um gerente fictício (“homem palha”) ou ocupando uma posição na sociedade que aparentemente é subalterna, quando, de facto, é de liderança. A coerção para o cumprimento dessa proibição advirá do art. 353.º, do CP.

5) Penas acessórias aplicáveis a titulares de cargos políticos (art. 66.º do CP).

Razão de ser na ENCC:

“O Código Penal prevê a possibilidade de aplicação de uma pena acessória juntamente com a pena principal ou de substituição relativamente aos crimes de corrupção e análogos praticados por titulares de cargos públicos, funcionários públicos e agentes administrativos. No entanto, essa possibilidade não está prevista para os titulares de cargos políticos, os quais estão abrangidos por legislação especial. Em nome da eficácia preventiva geral e especial o titular de cargo político passa 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.» (p. 56 ENCC).

Reflexão da ASJP:

A opção é coerente com o intuito de intensificar o combate à corrupção, visto saber-se que esta criminalidade pode surgir associada ao exercício de cargos políticos. É, aliás, incompreensível que, existindo conexão entre o cargo político e o crime praticado no decurso

e em razão do seu exercício, o agente do crime possa continuar a exercer cargos semelhantes, electivos ou não electivos, com desprezo pelo valor da prevenção geral. O período de tempo da proibição deverá sopesar equilibradamente o direito ao exercício de actividade política e o interesse comunitário de combater a criminalidade de índole corruptiva. Considera-se, além do mais, que a proibição não deverá ficar-se pela incapacitação do agente do crime para ser eleito ou nomeado, mas, consequentemente, deverá incluir também a possibilidade de se manter em funções.

Do mesmo passo, deve ser alterada a medida de coacção do art. 199.º do CPP, para que a mesma possa ser aplicável aos casos em que se pretende consagrar a pena acessória a cargos políticos, já que a actual redacção não permite essa aplicabilidade, como decorre do ac. TC 41/2000.

II.II. ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

1) Adaptação do CPP às especificidades das pessoas colectivas ou entidades equiparadas:

Razão de ser na ENCC:

«Além destas alterações, importa considerar outras que dêem relevância processual aos programas de cumprimento normativo. Para assim poder ser, há que colmatar, porém, uma lacuna há muito identificada pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas – a previsão de normas de natureza processual penal específicas quando o arguido seja uma pessoa colectiva ou entidade equiparada, à semelhança do que sucede nos ordenamentos jurídicos que responsabilizam penal, contraordenacional ou administrativamente os entes colectivos (por exemplo, no francês, espanhol, chileno, argentino, alemão e italiano). A doutrina e a jurisprudência portuguesas têm identificado tal necessidade, nomeadamente, quanto à constituição de arguida, à representação da arguida pessoa colectiva ou equiparada no processo penal, às medidas de coacção 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. Atenta a experiência de direito comparado, a relevância processual penal dos programas de cumprimento normativo concretiza-se, nomeadamente, nas medidas de coacção aplicáveis à pessoa colectiva ou entidade equiparada, por se poderem repercutir positivamente nas exigências processuais de natureza cautelar que as justificam, e em soluções processuais consensuais do tipo da suspensão provisória do processo (por exemplo, suspensão provisória do processo com a injunção de a pessoa colectiva adoptar um programa de cumprimento normativo ou de o melhorar). Pode ainda concretizar-se no aproveitamento da prova produzida em investigações internas, para tanto devendo a lei processual prever expressamente as condições em que essa prova pode ser valorada em processo penal ou contra-ordenacional» (pp. 46 e 47 ENCC).

Reflexão da ASJP:

A reforma de 2007 que expandiu a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas e consagrou um sistema punitivo autónomo (como já o fazia diversa legislação extravagante), deveria, concomitantemente, ter sido acompanhada das devidas adaptações no processo penal. Não significa, necessariamente, que existam lacunas em todos os pontos apontados na ENCC. Se por via do art. 12.º n.º 2 CRP for possível constatar que a norma processual não colide com a natureza da pessoa colectiva, uma interpretação actualista poderá afastar a existência de lacuna. Por exemplo, para quem vislumbre a possibilidade de, actualmente, aplicar medidas de coacção às pessoas colectivas, para além do TIR, só o pode fazer interpretando a norma no sentido de nela subsumir as pessoas colectivas. Se a conclusão for a existência de lacuna, estará vedada a aplicabilidade da medida de coacção, por mais gravosa para a pessoa colectiva.

Não é claro, contudo, se o intuito é uma revisão geral do processo penal, de modo a adaptar, ou introduzir, todas as normas processuais penais que permitam um ajustamento à natureza das pessoas colectivas ou entidades equiparadas (revisão maximalista), ou uma intervenção

cirúrgica com “relevância processual penal dos programas de cumprimento normativo” como se menciona na ENCC (revisão minimalista).

Uma reforma de todo processo penal das pessoas colectivas é de enorme extensão e pode não se compatibilizar com uma intervenção mais focada no combate à corrupção. Não quer dizer que não tenha que ser feita. Apenas se alerta que, pela sua dimensão, mexe com inúmeras normas processuais penais. Não só as mencionadas na ENCC, mas muitas outras: constituição de defensor, buscas, recusa em depor, reconstituições, acareações, exames, escutas, presença no debate instrutório e audiência de julgamento, presença de representante nessas diligências, prestar declarações iniciais e finais, perguntas para identificação do arguido e objecto das declarações, confissão, aproveitamento de declarações anteriores em audiência de julgamento, possibilidade de aplicação de processo sumário, conhecimento superveniente (aqui ligação com o art. 77.º n.º 2, do Código Penal, que não está previsto para as pessoas colectivas), sistema de execuções de penas (quer das principais – multa ou dissolução – quer das acessórias; por exemplo, o art. 490.º - substituição por trabalho a favor da comunidade não se adequa às pessoas colectivas). Uma reforma com tal alcance é de uma magnitude que pode não se compatibilizar com os prazos definidos para aprovar a legislação específica de combate à corrupção.

Em todo o caso, deverá atender-se aos domínios processuais penais em que já existe jurisprudência estabilizada, de modo a não fazer ressurgir problemas já eliminados por anos de discussão, mantendo o enredo normativo. Caso se introduza uma norma (para que “cosmeticamente” inclua a pessoa colectiva ou entidade equiparada), deverá ressaltar-se que não se trata de norma nova, mas sim da consagração de interpretação de norma anterior, sob pena de destruição de efeitos anteriormente produzidos, ao abrigo do art. 5.º CPP, por se entender que agrava a situação do arguido. Ou seja, pelo menos nos casos em que a jurisprudência está estabilizada, esta deverá servir de guião orientador para a necessidade de intervenção. Por exemplo, neste momento, é pacífico que a busca na sede de pessoa colectiva é uma busca não domiciliária, que as declarações de arguido pessoa colectiva podem ser feitas por administrador, gerente, ou pessoa nomeada para o efeito e que a sociedade arguida tem

direito ao silêncio (coisa distinta prende-se com o âmbito do *nemo tenetur*, especialmente a disponibilização de prova documental, o que também tem sido apreciado em diversos arestos jurisprudenciais).

Já noutras situações, apenas com a intervenção legislativa será possível suprir lacunas: nomeadamente, a aplicação das regras de conexão, da representação em audiência; ou superar dúvidas interpretativas: por exemplo, a aplicação do art. 134.º do CPP a administradores que não são representantes e medidas de coacção (as apenas compatíveis com a natureza da pessoa colectiva ou entidade equiparada, entenda-se, excluindo, sem dúvida, a apresentação periódica, a obrigação de permanência na habitação ou a prisão preventiva não o são).

Não obstante tudo o referido, aparentemente, pretende-se fazer alteração apenas nas normas com “relevância processual penal” no que concerne aos programas de cumprimento normativo. A ENCC concretiza: a) “medidas de coacção aplicáveis à pessoa colectiva ou entidade equiparada, por se poderem repercutir positivamente nas exigências processuais de natureza cautelar que as justificam”; b) “soluções processuais consensuais do tipo da suspensão provisória do processo (por exemplo, suspensão provisória do processo com a injunção de a pessoa colectiva adoptar um programa de cumprimento normativo ou de o melhorar)”. C) “aproveitamento da prova produzida em investigações internas, para tanto devendo a lei processual prever expressamente as condições em que essa prova pode ser valorada em processo penal ou contraordenacional”.

Cingindo-se a análise a estas, com este âmbito, muito sinteticamente, apontam-se alguns tópicos.

Em relação às medidas de coacção está em causa, no caso de pessoas colectivas ou entidades equiparadas, a suspensão de actividade (art. 199.º CPP) e a proibição e imposição de condutas (art. 200.º CPP). Da panóplia existente, são estas as compatíveis com a natureza da pessoa colectiva. Contudo, não é de afastar o entendimento que as mesmas já são passíveis de aplicação a pessoas colectivas, sendo, assim, já possível suspender a actividade de uma sociedade indiciada por criminalidade atinente à corrupção (verificados os demais

requisitos), ao abrigo do art. 199.º, ou impor o cumprimento ou melhoria de programas de cumprimento, nos termos do art. 200.º CPP. A menção expressa neste artigo terá o condão de alertar e incentivar o uso desta imposição de conduta (melhoria ou implemento de programas de cumprimento), ao mesmo passo que será uma demonstração do legislador no sentido de que tal norma abarca as pessoas colectivas.

Se a opção for alterar as normas para que expressamente conste a sua aplicabilidade à pessoa colectiva, tal poderá dar a entender (se o legislador não ressaltar o contrário) que actualmente não é possível incluir as pessoas colectivas no âmbito de tais normas, podendo convocar, em casos pendentes, o art. 5.º do CPP e, com isso, resultar na extinção de medidas de coacção (do art. 199.º e 200.º, do CPP) a pessoas colectivas, o que será contraproducente com o intuito legislativo.

Em suma, entende-se como positivo tornar claro que tais medidas de coacção são aplicáveis a pessoas colectivas, nomeadamente estabelecendo como imposição de conduta a implementação, ou melhoria, dos programas de cumprimentos (art. 200.º CPP), ou que seja suspensa a actividade de pessoa colectiva cautelarmente (art. 199.º CPP), mas com as ressalvas referidas.

No que se reporta a alterações nas soluções de consenso para implementação e melhoria de programas de cumprimento, entende-se que a norma da suspensão provisória já abrange essa possibilidade. No entanto, a tipificação da injunção poderá dissipar dúvidas de aplicação e conter subjacente uma mensagem de incentivo à sua utilização. Aliás, a injunção pode ser usada em outras soluções de consenso, como, por exemplo, no processo sumaríssimo, ou nos casos em que seja possível a dispensa de pena, se a melhoria ou implementação do programa de cumprimento vier a ser estabelecida como condição para a mesma (que até pode ser “operativo” na fase de julgamento por força do art. 74.º, n.º 2, do CP, mas pressupõe a adaptação desta norma).

Por fim, erigindo os programas de cumprimento como um pilar de luta contra a corrupção, a ENCC alude ao «*aproveitamento da prova produzida em investigações internas, para tanto*

devendo a lei processual prever expressamente as condições em que essa prova pode ser valorada em processo penal ou contra-ordenacional».

De modo a evitar a discussão que inevitavelmente surgirá a propósito da proibição de prova, é positivo tornar claros na lei os requisitos para a valoração. Deste modo, também se estimula o controlo interno das pessoas colectivas e as suas diligências para apurar a identidade do agente do crime, ou seja, da pessoa que infringiu as regras do programa de cumprimento.

No entanto, estamos no domínio da prova, em que qualquer alteração numa norma pode provocar efeitos em cascata noutras normas. Isto para dizer que a referida valoração se insere na temática mais ampla da obtenção de prova por particulares, sobre a qual existem diversas decisões jurisprudenciais. Assim, especiais cautelas terão de ser observadas de modo a manter o equilíbrio e coerência do sistema.

A terminar, apenas uns pequenos apontamentos. Com relevância processual neste domínio, ainda se podem equacionar alterações nas normas da execução de penas das pessoas colectivas, disciplinando a fase da execução, no CPP, atentas as especificidades. Nas soluções de consenso, como seja a suspensão provisória, a confissão do arguido que envolva a participação de outros co-arguidos, terá que ressaltar que não se trata de nenhum juízo de culpabilidade destes para não ferir a Directiva das garantias do arguido (Directiva (UE) 2016/343 – ver, a propósito, despacho do TJ, 28.05.2020, Processo C-709/18).

Por fim, algo que tem sido esquecido, é a ausência de normas processuais que disciplinem a participação das sociedades insolventes no processo criminal e relação com o processo de insolvência⁹. Pela relação que tem existido entre as insolvências e os temas de corrupção, deverá sopesar-se a inserção de normas processuais em questões tais como: - quem representa a sociedade insolvente; - a responsabilidade criminal do administrador da insolvência; - até quando os administradores gerentes podem ser responsabilidades pelos actos/omissões da pessoa colectiva insolvente; - interligação entre apreensões no processo criminal e no processo de insolvência; - relação entre o arresto preventivo e a apreensão nas insolvências; - graduação das penas das sociedades insolventes; - necessidade de reclamar

⁹ Tiago Caiado Milheiro, Navegando pelos mares (atribulados) da criminalidade tributária, 2019, Julgar online

créditos; - o arresto preventivo não pode ser reclamado no processo de insolvência por não ser crédito garantido? São inúmeras e relevantes estas questões, já que através do processo de insolvência poderão utilizar-se mecanismos para o agente do crime recuperar novamente os proventos ilícitos e o património apreendido e arrestado no processo criminal (v.g. criação de sociedades fantasmas e forja de créditos garantidos, para prevalecer na distribuição do rateio).

2) Perda de bens sem condenação:

Razão de ser na ENCC:

«Em matéria de perda de produtos e vantagens de facto ilícito típico e perda alargada de bens, importa colmatar a lacuna consistente na inexistência de normas de natureza processual para os casos de perda de bens sem condenação (artigo 110.º, n.º 5, do Código Penal), por ser manifesta a insuficiência do artigo 335.º, n.º 5, do Código de Processo Penal.» (p. 51 ENCC).

Reflexão da ASJP:

A luta contra os proventos ilícitos foi ampliada com a possibilidade da perda de bens sem condenação, conforme art. 110.º, n.º 5, do CP: situações em que *«nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz»*. Trata-se de solução óbvia no plano da justiça evitar que por morte do arguido possam ser transferidos para terceiros os proventos ilícitos. O mesmo sucede nas situações de contumácia, que traduzem uma impossibilidade objectiva de efectivação da responsabilidade penal em que não é razoável premiar o agente incumpridor. Ou em todos os outros casos que se subsumem na cláusula geral referenciada naquela norma, impeditiva de uma pessoa determinada poder ser punida, como sejam as situações em que se sabe que determinados bens têm origem ilícita, mas o processo crime não permitiu apurar o concreto autor do crime. A impossibilidade de existir um julgamento implica, no entanto, que se tipifiquem um conjunto de regras processuais quando às formalidades a cumprir. Por exemplo, se o incidente corre por apenso, como pode ser exercida a defesa dos direitos do titular dos bens, como se tramita o processo ou incidente, etc.

Trata-se, sem dúvida, de uma lacuna que deve ser devidamente preenchida, para que se possa tornar efectiva a alteração a nível do direito substantivo, de modo a que, processualmente, seja exequível, e perceptível pela comunidade que o crime não compensa, mesmo nos casos em que, por razões de diversa índole, o criminoso não é punido.

Apenas se acrescenta, naturalmente, que se a morte for na pendência do julgamento, ou na fase de recurso, o processado deve prosseguir para decisão em relação à perda de bens, produtos e vantagens.

3) Conexão e separação de processos (art. 30.º do CPP). “Megaprocessos”:

Razão de ser na ENCC:

«A experiência e conhecimentos adquiridos nos últimos anos na investigação criminal, designadamente pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária, 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. 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 separação de processos de forma a deixar mais claras as situações em que tal pode acontecer. O artigo 30.º do Código de Processo Penal prevê a separação de processos, nomeadamente quando «a conexão puder representar um grave risco para a pretensão punitiva do Estado» e quando «a conexão puder retardar excessivamente o julgamento de qualquer dos arguidos» (alíneas b) e c)

do n.º 1 do artigo 30.º do Código de Processo Penal), o que acontecerá nas situações em que a conexão leva a que sejam ultrapassados os prazos previstos para as diferentes fases processuais. Com o intuito de clarificar esta matéria, 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. Intervenção semelhante deve ser feita no artigo 264.º do Código de Processo Penal, prevendo-se a possibilidade de cessar a conexão quando esta puder levar ou tenha levado ao não cumprimento dos prazos de duração máxima do inquérito.» (p. 58 ENCC).

Reflexão da ASJP:

A questão dos megaprocessos é de indiscutível realidade e actualidade, atento o facto de isso implicar demoras excessivas e contrárias aos sentimentos de justiça e mesmo à eficácia do sistema de reacção penal em casos conhecidos e muito mediatizados. Não está, no entanto, demonstrado que a existência de processos com uma dimensão tal que impossibilita o cumprimento dos prazos previstos na lei resulte de uma errada aplicação das normas que determinam os pressupostos da apensação de processos ou até de má concepção dessas normas e não de outros factores, ligados à natureza das condutas criminosas e à complexidade das investigações. Só uma análise retrospectiva, em função, também, do que vierem a ser os resultados desses processos, poderá resolver essa dúvida. Por isso, sem essa avaliação, procurar resolver o problema dos megaprocessos pela alteração das regras legais, tornando mais difícil juntar na mesma investigação crimes cujas ligações podem ser decisivas, sem que, ao mesmo tempo, se corrijam outros factores de demora já diagnosticados, como são a falta de recursos nas polícias e no Ministério Público, os problemas ligados aos mecanismos de cooperação judiciária internacional e a total inexistência de assessorias técnicas e adequados meios de auxílio nos tribunais, quer na fase de instrução que do julgamento e depois do recurso, será atacar o problema não na correcção das suas causas mas sim das suas consequências. Os atrasos dos megaprocessos são a consequência da falta de recursos, pelo que é precisamente por aqui que o problema devia começar a ser resolvido.

Objectivamente, é apelativo concordar com o raciocínio que está na base das opções da ENCC: o processo tem dimensão excessiva, isso causa demora inaceitável, logo, a solução é dividir o processo em subprocessos que possam ser tramitados com maior rapidez. Mas isso, como se disse, não vai corrigir a demora dos megaprocessos que tenham de continuar a existir, pela natureza do crime ou pela complexidade da investigação, para os quais a única solução é a melhoria sensível dos recursos técnicos, materiais e humanos postos à disposição das polícias, do Ministério Público e dos tribunais. Quanto mais conexões relevantes, mais probabilidade de aparecerem processos “monstruosos”, que geram efeitos nefastos no funcionamento da justiça penal e da percepção da comunidade, cuja atenção se concentra nestes processos. E se a *ratio* da conexão é a economia processual, boa administração da justiça, e celeridade, não deixa de ser contraditório esse mesmo instituto conduzir a efeitos contrários e perversos¹⁰.

Para além da necessidade de maior rigor na verificação dos elementos de conexão, o que pode ser alcançado com orientações precisas da hierarquia do Ministério Público (a propósito do art. 24.º do CPP), para evitar apensações por “arrastamento”, essas mesmas directivas terão que existir para se proceder à separação onde falem ou sejam irrelevantes os elementos de conexão. Nesta perspectiva, nenhuma oposição deverá merecer uma opção que vise conferir maior objectividade aos pressupostos da cessação da conexão.

Deve, porém, 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. Por isso, se o elemento determinante para a separação passar a ser, não o “excesso” do atraso, que apela a critérios de razoabilidade e ponderação casuística dos interesses em jogo, mas apenas o atraso em relação aos prazos fixados, de forma mais ou menos automática, isso vai fazer com que megaprocessos que o devessem ser, possam vir a divididos em processos parcelares em que a investigação e punição se pode tornar virtualmente impossível. É que o legislador não pode esquecer que há processos em que, por força das circunstâncias, é absolutamente impossível, com os meios que existem, cumprir os

¹⁰ António Gama (Comentário Judiciário do CPP, tomo I, Almedina, p. 353)

prazos processuais. Basta pensar nas situações – que são muitas – em que o processo fica a aguardar perícias muito complexas ou diligências de cooperação judiciária internacional, desenvolvidas em países pouco ou nada interessados em cooperar. Portanto, para que a simples previsão da ultrapassagem do prazo previsto para a respectiva fase processual possa determinar a separação de processos, é essencial que a norma contenha a possibilidade de ser excepcionada nas situações em que se justifique e o interesse punitivo do Estado se sobreponha ao cumprimento estrito do prazo, ou então, ao menos, que sejam elevados os prazos processuais para esses casos excepcionais em que isso seja absolutamente necessário. Será de ponderar, por exemplo, como válvula de segurança, a admissão de prorrogação de prazo para manter a conexão, a ser decidida por um juiz, à semelhança do que acontece com a possibilidade de prorrogação do segredo de justiça.

Em suma, uma vez que muitos dos megaprocessos se reportam à criminalidade cujo eixo central é a corrupção, se a medida permitir acelerar a sua conclusão sem a consequência iníqua de dificultar a punição da criminalidade mais complexa, a solução é boa. Mas se, ao contrário, a aposta se focar exclusivamente na dificuldade das conexões processuais, apenas para dar o passo mediaticamente apelativo de diminuir o número de megaprocessos, sem tratar ao mesmo tempo do reforço dos meios que permita às autoridades uma tramitação mais célere dos mesmos, então, o que sucederá é que, a pretexto do combate à corrupção, se estará a abrir a porta a mais impunidade.

4) Documentação das declarações orais prestadas em inquérito e instrução através de registo áudio ou audiovisual (arts. 275.º e 286.º CPP):

Razão de ser na ENCC:

«A elaboração dos autos de uma inquirição consome, em regra, bastante tempo com a redacção e as sucessivas correcções. Paralelamente, nem sempre o auto transmite de forma absolutamente fidedigna o que se passou durante a diligência. Através do registo áudio ou audiovisual das declarações da testemunha, do assistente e das partes civis, tanto o magistrado titular dos autos, como o órgão de polícia criminal encarregado da investigação (que podem ser

os que procederam à diligência de inquirição ou outros), ficarão com a ideia mais fiel possível do conteúdo das declarações prestadas, ficando também desde logo assinalado o conteúdo e possível interesse daquela prova, através da súmula elaborada e junta ao auto. Assim e tendo como objectivo reduzir os atrasos significativos na tramitação dos processos-crime, em geral, e nos processos por crime de corrupção e crimes conexos, em particular, especialmente na fase de inquérito, deve fixar-se como regra a documentação das declarações das testemunhas, do assistente e das partes civis através de registo áudio ou audiovisual, registo este acompanhado de uma súmula das matérias sobre as quais incidiram. A documentação deverá ter lugar em termos análogos aos previstos no artigo 141.º, n.º 7, do Código de Processo Penal, relativa ao interrogatório do arguido, na sequência da alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro. A proibição expressa de divulgação de diligências gravadas no e para o processo penal, sem autorização da competente autoridade judiciária e com violação das regras de protecção de dados pessoais dos visados, deve ser reforçada através de sanções proporcionais, efectivas e dissuasoras.» (p. 58 e 59 ENCC).

Reflexão da ASJP:

A questão do registo áudio ou audiovisual e os seus benefícios para a celeridade processual já foi objecto de discussão e alteração legislativa pela L 20/2013. Para a fase de instrução a lei actual já permite tal registo na tomada de declarações ao arguido, assistente, vítima, parte cível, testemunhas e peritos, conforme emerge da conjugação do art. 101.º n.º1 e 296.º CPP. É o que, aliás, ocorre na prática judiciária, com a gravação de tais declarações (sendo que, existindo meios técnicos, a lei também admite o registo audiovisual). Mesmo, por exemplo, quando existem deprecadas na fase de instrução, o tribunal deprecado procede à gravação.

Em relação ao inquérito, já é possível o registo áudio ou audiovisual no caso de declarações de arguido e declarações para memória futura. Quanto às demais declarações, há quem entenda que a actual lei continua a impor a redução a escrito das inquirições (art. 275.º CPP, já que o art. 101.º n.º 1 do CPP apenas admite a gravação nos casos previstos na lei¹¹), e há quem

¹¹ Tiago Caiado Milheiro, Comentário Judiciário, Tomo I, p. 1069

entenda que isso já é possível, propugnando por uma interpretação actualizadora¹². Perante estas dúvidas, deverá alterar-se o art. 275.º CPP de molde a admitir expressamente tais registos, assim se concatenando com o art. 101.º n.º 1, CPP, que remete para os casos legalmente previstos na lei.

Naturalmente que tal implicará a necessidade de adaptar práticas e procedimentos. Por exemplo, na fase de inquérito o magistrado do Ministério Público ou o juiz de instrução, nos seus despachos e decisões, terão de ouvir e/ou visualizar os registos, quando hoje os leriam. O mesmo sucede na fase de instrução e julgamento, quando se coloca a questão da leitura de declarações anteriormente prestadas (art. 356.º do CPP).

Em suma, considera-se a positivo evoluir para o aumento das situações de registo audiovisual dos actos processuais, em linha, aliás, com o que a ASJP já defendia em 2011¹³.

Na parte em que prevê a *«proibição expressa de divulgação de diligências gravadas no e para o processo penal, sem autorização da competente autoridade judiciária e com violação das regras de protecção de dados pessoais dos visados, deve ser reforçada através de sanções proporcionais, efectivas e dissuasoras»*, a ENCC afasta-se dos objectivos de combate à corrupção. Uma medida como esta visa proteger outros valores e atingir outros objectivos e tem em vista, como é claro, casos recentes de abuso. Trata-se, no entanto, de uma medida meritória e justificada. O registo de som e imagem tem uma finalidade específica, pelo que apenas deve poder ser usada para outros fins em circunstâncias excepcionais, mas sempre com autorização da autoridade judiciária, desde que o visado não se oponha. Se assim não for a transmissão deve ser ilícita e punível com crime de desobediência simples (art. 88.º al. b do CPP). Não pode, todavia, ignorar-se que uma medida como esta gera tensões com outros valores relevantes, como a liberdade de imprensa. O Tribunal Constitucional já considerou a punição proporcional e necessária (ac. TC 90/2011) e não parece que a doutrina do ac. TEDH Pinto Coelho v. Portugal seja obstáculo¹⁴.

¹² Paulo Dá Mesquita, Tomo III, no prelo, anotação ao art. 275.º, do CP

¹³ Mudar a Justiça Penal, Almedina, 2012, p. 56

¹⁴ Para mais desenvolvimentos Tiago Caiado Milheiro, Comentário Judiciário, Tomo I, pp. 1072 a 1073

Em suma, considerando o devido equilíbrio que existe na lei portuguesa, sopesando que, ao abrigo da amplitude da constituição de assistente nos crimes de corrupção, se têm verificado divulgações abusivas de diligências de inquirição, e atendendo, ainda, aos regulamentos da protecção de dados pessoais, concorda-se com o preconizado na ENCC.

5) Audiência prévia para agendamento processual

Razão de ser na ETCC:

«Apesar de todas as medidas legislativas e de gestão processual que possam ser adoptadas, nem sempre é possível evitar que os processos atinjam grandes dimensões. Nestes casos, quando tais processos chegam à fase de instrução ou de julgamento, será necessário, por parte do juiz de instrução ou do juiz de julgamento, efectuar um complexo agendamento dos actos processuais a realizar. Tal agendamento é posteriormente notificado aos diferentes – e muitas vezes numerosos – intervenientes processuais. Sendo logo feito o agendamento de diversas datas, antecipam-se e previnem-se as situações de incompatibilidades e impossibilidades de agenda entre os vários intervenientes. Embora o agendamento processual consensualizado com os intervenientes processuais não esteja excluído pela nossa lei processual penal, deve prever-se expressamente a possibilidade de realização de tal agendamento no Código de Processo Penal para o debate instrutório e para a audiência de julgamento.» (p. 59 ENCC).

Reflexão da ASJP:

Trata-se de uma alteração já sugerida pela ASJP. Aliás, deveria ponderar-se a ampliação da gestão processual a outros domínios, sopesando o princípio da diferenciação processual, noutras áreas também sugeridas pela ASJP¹⁵. Será, no entanto, necessário acautelar ao máximo que um mecanismo como este não se torne num novo factor de demora e invocação de vícios processuais.

¹⁵ Mudar a Justiça Penal, Almedina, 2012, pp. 39 a 47 e 93 a 96.

II.III. ALTERAÇÕES EM LEGISLAÇÃO AVULSA

1) Revisão e agregação dos vários diplomas que têm por objecto a repressão da corrupção e criminalidade conexas (v.g., a Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, e a Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril)

Razão de ser na ENCC:

«É necessário empreender um trabalho de revisão dos vários diplomas que têm por objecto a repressão da corrupção e criminalidade conexas (v.g., a Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, e a Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril), preferencialmente agregando num único diploma as soluções ali previstas, o que facilita o trabalho de pesquisa, interpretação e aplicação da lei.» (p. 49 ENCC).

Reflexão da ASJP:

A aglutinação num único diploma tem as vantagens associadas apontadas na ENCC. A questão que sempre se coloca é se a inserção não deveria ser no CP e/ou CPP. A elaborar-se um diploma autónomo, deverá ter as características de um código para facilitar a coerência e potenciar a interpretação sistémica. As cautelas são sempre as mesmas. Deverá fazer-se a devida interligação com a demais legislação e evitar, na medida do possível, alterações de redacção que gerem dúvidas e, com isso, turbulência nos processos.

2) Aditamento de um novo artigo à Lei n.º 34/87 (artigo 6.º-A)

Razão de ser na ENCC:

«O artigo 11.º do Código Penal, na redacção dada em 2007, passou a responsabilizar criminalmente as pessoas colectivas pela prática de crimes de corrupção previstos no Código Penal. A esta responsabilização não correspondeu, porém, a responsabilização pela prática de crimes de corrupção de titulares de cargos políticos. Esta lacuna tem de ser colmatada com o aditamento de um novo artigo à Lei n.º 34/87 (artigo 6.º-A) de onde decorra a responsabilidade

penal de pessoas colectivas e entidades equiparadas pela prática de crime de corrupção activa (artigo 18.º, n.ºs 1 e 2) e de oferta indevida de vantagem (artigo 16.º, n.º 2).» (p. 55 ENCC).

Reflexão da ASJP:

Existe motivo para a alteração legal, que é coerente com os objectivos de reforçar o combate à corrupção.

3) Uniformização da legislação extravagante com as regras gerais do art. 11.º do CP.

Razão de ser na ENCC:

«Sendo político-criminalmente desejável que o regime geral da responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas seja o previsto no Código Penal, deve proceder-se à uniformização de regimes, já que na sequência das alterações introduzidas em 2007, nem todas as normas da legislação extravagante foram alteradas no sentido das regras gerais previstas no artigo 11.º do Código. Constituem disso exemplo os artigos 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (infracções económicas e contra a saúde pública) e 7.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho (Regime Geral das Infracções Tributárias). Constitui exemplo de falta de coerência com o regime geral o previsto nos artigos 7.º e 8.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 28/84 e 16.º, alínea h), da Lei n.º 15/2001.» (p. 56 ENCC).

Reflexão da ASJP:

Verifica-se a descontinuidade apontada e faz sentido uma uniformização, de modo que a disciplina do art. 11.º do CP seja transversal a todas as situações de responsabilidade penal de pessoas colectivas ou entidades equiparadas.

4) Código das Sociedades Comerciais

Razão de ser na ENCC:

«O Código das Sociedades Comerciais deve 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. Tais programas são simultaneamente instrumentos de

prevenção e de repressão da corrupção. 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), os quais são punidos, porém, com penas manifestamente irrisórias. Esta é, de resto, uma crítica que é feita, em geral, às penas previstas para os crimes tipificados neste Código, a par de outras a justificar uma intervenção correctiva. A este propósito, assinala-se a não criminalização de comportamentos como a escrituração fraudulenta, de grande relevância instrumental em matéria de criminalidade económico-financeira.» (p. 57 ENCC).

Reflexão da ASJP:

São correctas as observações feitas na ENCC. Os crimes tipificados no Código das Sociedades Comerciais consagram penas muito leves e quase não são aplicadas. Talvez um dos motivos seja o facto desses crimes, para além de penas mais brandas, se encontrarem “escondidos” no final de um diploma “secundário”. Seria de equacionar a transição dessas normas para o Código Penal, para lhes conferir maior “notoriedade”, ou então para o diploma que a ENCC sugere visando a compilação da legislação que se relaciona com a corrupção.

A escrituração falsa já tem tutela nos crimes de informação falsa, falsificação de documentos, burla qualificada ou manipulação de mercado¹⁶. Não obstante, o crime merece ser autonomizado e justifica punições suficientemente dissuasoras. A adulteração de contas, especialmente de grandes sociedades com enorme impacto comunitário, pode lesar milhares de cidadãos, destabilizar o Estado, a economia nacional e até global, com efeitos devastadores. Assim, a criação de um crime próprio, pela sua relevância, deveria incluir-se no Código Penal. A sua autonomização, associado a penas suficientemente fortes, é um elemento necessário de prevenção, e uma advertência para todos aqueles que permitem a concretização dessa adulteração ou que a materializam.

¹⁶ Sobre esta matéria atinente à “fraude de relato financeiro” ver António Lopo Martinez, “Fraudes de relato financeiro e a tutela jurídico-penal”, *Julgar Online*

5) Métodos de investigação em ambiente digital. Lei do Cibercrime

Razão de ser na ENCC:

«São conhecidas as dificuldades de recolha de prova quando está em causa a investigação da corrupção e outra criminalidade com a mesma conexa 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 adopção de medidas destinadas a dotar a investigação de mais recursos e capacitação através, nomeadamente, do recurso a prova produzida em investigações internas, a acções encobertas, a quebra do sigilo bancário e fiscal e a buscas e pesquisas em ambiente digital. A obrigatoriedade de adopção 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 protecção dos direitos individuais. Encontramos exemplos recentes destes novos meios de obtenção da prova no direito espanhol (artigo 588 septies a 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).» (p. 60 ENCC)

Reflexão da ASJP:

A necessidade de melhor disciplinar os meios de aquisição de prova numa criminalidade que se desenvolve em grande medida em ambiente digital é premente. Hoje (tanto mais quando se assiste à discussão da validade de prova obtida por particulares invadindo sistemas informáticos), não se justifica que as próprias autoridades, dentro de requisitos apertados e sob controlo do juiz de instrução, não possam realizar buscas digitais, entendidas como o

acesso remoto a sistemas informáticos onde previsivelmente se encontra guardada a prova (computadores, telemóveis, tablets). Embora se possa entender que o regime actual já admite a busca online, por via do art. 15.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime¹⁷, existindo essa dúvida, considera-se positiva a medida proposta na ENCC, de melhor regulamentar tal meio de obtenção de prova.

6) Mecanismos de protecção adequada dos denunciantes

Razão de ser na ENCC:

«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”. No presente, surge também enquadrada nos programas de cumprimento normativo, por ser uma das suas características integrantes, a institucionalização de um canal de denúncias. Num caso e no outro, uma das formas de não desincentivar a denúncia, promovendo os valores da transparência e da integridade, reside no assegurar da adequada protecção dos denunciantes, sendo inegável a sua contribuição para a efectiva aplicação do direito e, nessa medida, para o reforço do Estado de Direito. A importância da protecção dos denunciantes encontra-se já reconhecida na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, referindo o seu artigo 33.º (Protecção das pessoas que dão informações) que cada 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. No Jornal Oficial da União Europeia (EU) de 26 de Novembro de 2019, foi publicada a Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Outubro de 2019 – a qual entrou em vigor a 16 de Dezembro de 2019 –, relativa à protecção das pessoas que denunciam violações do direito da União. Esta Directiva estabelece normas mínimas comuns para um nível elevado de protecção dessas pessoas, devendo ser transposta até 17 de Dezembro

¹⁷ Tiago Caiado Milheiro,, anotação §71 ao art. 189.º, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II, 2.ª edição, Almedina

de 2021. Encontram-se já em curso os trabalhos de transposição. No ordenamento jurídico português existem já normas dispersas sobre denunciante, nomeadamente, as previstas na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (protecção de testemunhas); na Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril (no artigo 4.º), no âmbito do combate à corrupção; na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto (no artigo 108.º, n.º 5), no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e ao terrorismo; ou no Código dos Valores Mobiliários, no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e no Regime Geral dos Organismos de Investimento Colectivo. Existe, no entanto, a necessidade de articular e compatibilizar tais normas, designadamente através de um diploma que estabeleça o regime jurídico de protecção dos denunciantes» (pp. 60, 61 ENCC).

Reflexão da ASJP:

É pertinente fixar um regime jurídico específico para a protecção dos denunciantes, tendo em conta os caminhos apontados nos documentos normativos referidos na ENCC, devendo, até, ponderar-se a sua inserção no CPP.

II.IV. DIREITO PREMIAL E ACORDOS SOBRE A PENA

Razão de ser na ENCC:

«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 atenuie a pena do arguido que denuncie o crime ou colabore activamente para a descoberta da verdade, ou admita a suspensão provisória do processo não só para o crime de corrupção activa, mas também para os crimes de corrupção passiva e recebimento e oferta indevidos de vantagem. A concessão de um tratamento penal menos severo – nomeadamente, com a atenuação especial da pena, com a dispensa de pena ou mesmo com a suspensão provisória do processo – tem já inscrição em institutos vigentes na ordem jurídica nacional. Assim acontece, presentemente, no Código Penal e em legislação avulsa para determinados crimes, designadamente quanto ao crime de corrupção e outros com o

mesmo conexos. No direito vigente há, porém, razões para introduzir alterações que têm em conta a necessidade de garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme do denominado “direito premial” em matéria de corrupção, superando entraves injustificados à aplicação do respectivo regime jurídico, assim como certas incorrecções que vêm sendo apontadas pela doutrina. Os arguidos que resolvam quebrar o pacto corruptivo vêem a sua pena dispensada quando denunciem o crime antes da instauração do procedimento criminal ou especialmente atenuada se colaborarem activamente na descoberta da verdade. 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. O regime da dispensa de pena deve pressupor 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 prever-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. A decisão judicial que decreta 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 em nada ficará prejudicado o regime da perda alargada de bens (cf. artigo 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro).

Deve alargar-se a aplicação do instituto [suspensão provisória] 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 politico-criminal, já reconhecidas relativamente ao corruptor ativo. 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. Torna-se obrigatória a imposição da injunção de entrega ao Estado da vantagem do facto ilícito típico, nos casos em que não tenha sido restituída. As decisões relativas à suspensão provisória do processo, neste tipo de criminalidade, devem ser publicitadas nas bases de dados jurídicos do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça.

Devem ser igualmente publicitadas as decisões judiciais que, ao abrigo do artigo 268.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal declarem a perda a favor do Estado de bens apreendidos. (pp. 53 e 54 ENCC).

Como solução possível aos entraves à celeridade e à eficiência na resolução de certo tipo de processos-crime, a doutrina e a jurisprudência têm-se debruçado sobre o tema da “justiça negociada”, sendo esta uma tendência irreversível da justiça penal em alguns países. Entre nós, o ponto de partida desta discussão foi dado por Figueiredo Dias, primeiro em conferências e depois em trabalho publicado em 2011 (Acordos sobre a sentença em processo penal - O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio?”), tendo inclusive alguns tribunais portugueses avançado pelo caminho dos acordos sobre sentenças penais, apoiando-se essencialmente na obra referida, em disposições do nosso Código Processual Penal e em orientações do Ministério Público a nível distrital. 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. O acordo deverá incidir sobre a questão da sanção e não sobre a questão da culpabilidade, e não prejudica a perda de bens, o que tem especial relevância preventiva na criminalidade em que há que combater o lucro ilícito. Os objectivos 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.” (p. 62 e 63 ENCC).

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 activamente na descoberta da verdade. Estender o instituto da suspensão provisória do processo, previsto na Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, à corrupção passiva e ao recebimento e oferta indevidos de vantagem.” (p. 74 ENCC).

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, afastando qualquer configuração que premeie, através da redução da pena aplicável, quem colabore responsabilizando outro ou outros arguidos.» (p. 76 ENCC).

Reflexão da ASJP:

1. Considerações gerais

Propõe a ENCC a intervenção em institutos já consagrados no nosso processo penal, atinentes a soluções de consenso e o denominado direito premial (suspensão provisória, dispensa de pena, atenuação especial) e a consagração de um novo instituto: acordo sobre a pena. Sobre estas matérias, atenta a sua complexidade e importância, a ASJP reserva a sua posição para o momento da pronúncia sobre projectos legislativos que concretizem as linhas gerais anunciadas pelo Governo.

A ENCC acolhe como motivo para um tratamento favorável daqueles que denunciam ou colaboram activamente na descoberta da verdade, no que concerne a crimes que se integram no fenómeno da corrupção, as dificuldades probatórias neste tipo de criminalidade e o seu impacto no Estado e na comunidade. Sem dúvida que são razões válidas. Mas, indissociáveis,

atento o nosso sistema jurídico e as finalidades do processo penal, encontram-se também razões preventivas (e igualmente de culpa). O comportamento de colaboração do agente do crime esbaterá em regra as necessidades de prevenção em maior medida (e a sua atitude também reflectirá um juízo de censura pós delito de menor intensidade). Essa atenuação da necessidade da pena não significa necessariamente que exista arrependimento. Aliás, o arrependimento e a confissão podem ser motivo de atenuação especial da pena, mas por razões distintas.

De todo modo, já o actual processo penal valora positivamente a confissão e o comportamento de colaboração com a justiça, não só no julgamento (com reflexos favoráveis na escolha e medida da pena e taxa de justiça), mas também nas fases prévias, através das soluções de consenso.

Fruto de um discurso inquinado por referências deslocadas à delação premiada do Brasil ou a outras soluções legais imorais, existe em diversos sectores da sociedade uma resistência a aceitar que atitudes de colaboração com a justiça facultem o acesso a “prémios” de índole processual ou substantiva. Porém, aplicar numa solução de consenso uma pena mais leniente ou desagravar uma medida de coacção perante a confissão e colaboração do arguido não constituem coacção da vontade dos arguidos nem promessa de vantagens indevidas ou imorais que poderiam reconduzir-se às regras de proibição de prova (art. 126.º do CPP). Uma coisa é pressionar um arguido a confessar os factos e incriminar-se a si ou aos co-arguidos, por exemplo, sob a chantagem de ser sujeito a prisão preventiva ou de ir ser acusado, julgado e condenado. Algo distinto é elucidar o arguido de que o seu comportamento pode propiciar um tratamento mais favorável, de acordo com apertados pressupostos legais. É que a colaboração com a justiça já é hoje um factor relevante em diversos momentos processuais: suspensão provisória do processo, dispensa de pena, aplicação de penas substitutivas ou a atenuação especial da pena, averiguação nas necessidades cautelares das medidas de coacção. O arguido pode querer livremente colaborar e nesse caso é um direito conhecer os benefícios processuais que pode obter com essa atitude.

É claro que também hoje já existem os perigos de confissões não correspondentes à realidade, ou incriminações (falsas) de co-arguidos, direccionadas para a obtenção de benefícios na reacção do sistema processual penal. Por isso, seja qual for o sistema que se adopte, deverá ser sempre possível aferir da veracidade e relevo do comportamento colaborativo.

A negociação penal, entendida em sentido lato como um acordo de vontades entre os sujeitos processuais, onde pode influir a postura de colaboração do arguido, tem presentemente reflexos na dispensa de pena, na suspensão provisória do processo e no processo sumaríssimo. O que sucede na nossa ordem jurídica é que essa negociação, em processo penal, para além de concentrada numa fase pré-julgamento, está reservada (essencialmente) para a pequena e média criminalidade (penas até cinco anos de prisão), através da suspensão provisória do processo e processo sumaríssimo ou para criminalidade bagatelar e/ou em que exista desnecessidade da pena (dispensa de pena).

Não imperativamente, no entanto, pois, por exemplo, nos casos de crimes sexuais contra menores podem existir suspensões provisórias de crimes que são punidos com penas superiores a cinco anos de prisão, em que o “prémio” concedido ao agente do crime se justifica por razões de protecção da vítima. Estas situações excepcionais mostram que o legislador, quando entendeu necessário, já abriu excepções ao tecto máximo da pena abstracta até ao qual se admitiam, em regra, soluções de consenso, ou, melhor, de concordância em relação à punição (no sentido amplo, abarcando a advertência, injunção ou pena).

Quanto à dispensa de pena, atento o conjunto de normas em que essa solução está prevista, já nem sequer se pode afirmar que se reserva aos crimes bagatelares. Se essa seria a regra do art. 74.º, n.º 1, do Código Penal (pena até 6 meses de prisão), a possibilidade conferida pelo n.º 3, admite, actualmente, através de diversas normas especiais, a dispensa de pena, em crimes graves, e com penas mais pesadas. A título de exemplo, isso sucede com os crimes de tráfico de estupefacientes (art. 31.º DL 15/93), terrorismo (art. 4.º/12, 5.º e 5.º-A/3 Lei 52/2003), associação criminosa (art. 299.º/4 CP), de responsabilidade de titulares de cargos políticos (art. 19.º-A Lei 34/87), incêndios, explosões, poluição, captura, desvio, atentado contra a segurança, de navios, comboios, veículos terrestres, condução perigosa, atentado contar a

segurança rodoviária (arts. 286.º e 294.º CP) ou corrupção (art. 374.º-B CP, art. 5.º Lei 20/2008, art. 13.º Lei 13/2017).

Estes casos de dispensa de pena assentam sempre numa postura pró-activa de um suspeito/arguido, consistente em remover, afastar, diminuir prejuízo, ou dano, de condutas por si geradas, ou contribuir para a descoberta da verdade.

2. Suspensão provisória

Propõe-se o alargamento do instituto da suspensão provisória do processo, previsto no art. 281.º do CPP, aplicável nas fases do inquérito e instrução, aos crimes de corrupção passiva e recebimento indevido de oferta ou vantagem, com a condição de haver devolução da vantagem obtida com o acto ilícito, voluntária ou imposta como injunção.

A lei actual já admite o recurso à aplicação do instituto da suspensão provisória para as situações de corrupção activa, nos termos do art. 9.º do DL 36/94. Pode até entender-se que a lei não afasta a aplicabilidade do regime geral da suspensão provisória previsto no CPP para os outros crimes de corrupção, ou relacionados com esta, verificados os respectivos requisitos. Neste entendimento, a especialidade da dita norma para a corrupção activa estaria apenas na previsão de pressupostos autónomos. No entanto, não sendo esta uma interpretação isenta de dúvidas, afigura-se positiva a clarificação preconizada.

São de tal maneira extensas e de gravidade díspar as realidades da vida que se podem subsumir nos crimes atinentes ao fenómeno da corrupção que se justifica ponderar a possibilidade de utilização mais alargada da suspensão provisória quando tal solução não afronte as necessidades preventivas do caso em concreto, que deverá constituir-se como o limite inultrapassável para todas as situações.

Justifica-se também a uniformização dos regimes existentes no CPP e em legislação extravagante e a descrição legal de pressupostos e injunções específicas para esta criminalidade. A tipificação no processo penal da solução normativa harmonizada terá o condão de facilitar o recurso à suspensão provisória do processo.

A suspensão provisória, tal como o processo sumaríssimo, são institutos que podem potenciar a colaboração do arguido (como já hoje sucede, embora com pouca expressão). A contribuição decisiva para o apuramento da verdade, numa fase anterior ao julgamento, haverá de assentar numa admissão dos factos e no auxílio para a angariação de prova que permita descobrir os outros agentes e o crime, em toda a sua dimensão, e recuperar os bens ou vantagens subtraídos. Mas, como se referiu, deverá observar-se sempre, como limite para a suspensão provisória do processo, a não frustração das exigências de prevenção especial e geral. Essa válvula de segurança permitirá uma adequada triagem do que poderá ficar na malha das soluções de consenso, tanto na fase de inquérito como de instrução, e o que deverá prosseguir para julgamento. Com estas cautelas, este instituto excluirá os “grandes corruptores” e permitirá absorver não só os crimes menos graves, mas aqueles em que existe uma colaboração relevante e em que as razões de prevenção não se oponham à suspensão provisória.

Outro aspecto relevante que importará definir prende-se com o “quantum” de colaboração. Se para a autoria daquele que pretende beneficiar da suspensão provisória poderá ser condição suficiente a admissão dos factos, havendo co-arguidos envolvidos, isso não deverá ser suficiente. O direito premial refere-se, de forma transversal, a uma contribuição decisiva, o que, em princípio, implica que as declarações devem permitir à investigação alcançar outra prova que as corrobore. De todo modo, a densificação legal do contributo decisivo permitirá aplicar com mais segurança as soluções de consenso e, atenta a maior previsibilidade, aumentará a colaboração dos arguidos.

Já hoje, na corrupção activa, o legislador admite que os crimes puníveis com penas superiores a 5 anos possam ser objecto de suspensão provisória. Ficará ao critério do legislador admitir a suspensão provisória em crimes que ultrapassem aquele limite, desde que submetida essa opção ao respeito pelas necessidades de prevenção. Isso potenciará a diferenciação processual onde ela deva ter lugar, com soluções de consenso apenas para os casos em que não se afigure imperioso prosseguir para julgamento, com ganhos de celeridade e eficácia.

Havendo co-arguidos envolvidos, será imperioso acautelar que a colaboração relevante para a suspensão provisória do processo não foi obtida por pressão ilegítima das autoridades – pressão que sempre tornaria a prova assim obtida numa, por via do art. 126.º do CPP. Uma opção esclarecida do arguido, conhecedor de antemão de vantagens (o que resultará mais evidente com a consagração mais densificada dos requisitos para obter o prémio na letra da lei), não afronta o nosso sistema jurídico, tanto mais que as suas declarações terão, quando sejam relevantes para a incriminação de outros arguidos, terão de ser corroboradas por outra prova ou serem “fonte” da produção de outras provas. Essas declarações ficarão sujeitas ao regime geral da valoração da prova em julgamento.

Em suma, sem prejuízo de uma análise mais pormenorizada das propostas legislativas, à partida, em geral, não se vê que esta proposta da ENCC viole princípios fundamentais do processo penal ao ponto de se dever recusar a sua discussão.

3. Dispensa da pena e atenuação especial

A possibilidade de atenuação especial da pena, para além do regime geral do art. 72.º do CP, assente, no essencial, em circunstâncias que diminuam acentuadamente a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, tem previsão especial no próprio Código Penal, para os crimes de corrupção, de harmonia com o disposto no seu art. 274.º n.º 2, e em legislação avulsa relevante em matéria de combate à corrupção e criminalidade conexas. No entanto, essas normas dispersas não tratam de maneira uniforme a atenuação especial da pena em crimes em que existe manifesta similitude. Basta ver as disparidades existentes nos requisitos previstos no art. 6.º da Lei 34/87 (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos), art. 8.º da Lei 36/94 (medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira), art. 13.º da Lei 50/2007 (responsabilidade penal na actividade desportiva) e art. 5.º da Lei 20/2008 (responsabilidade penal no comércio internacional e actividade privada).

Portanto, é de apoiar a uniformização do regime de atenuação especial previsto no Código Penal e na legislação extravagante.

No que respeita à dispensa da pena, a norma geral encontra-se no artigo 74º do CP, que dispõe, no seu n.º 3, que, nos casos em que outras normas especiais admitam, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se verificados os requisitos gerais da diminuta ilicitude do facto e da culpa do agente e da não violação das razões de prevenção.

A dispensa facultativa de pena está prevista, em especial, no Código Penal, para os crimes cometidos em estado de necessidade desculpante (art. 35.º), ofensa à integridade física simples ou negligente (arts. 143.º e 148.º), violação da obrigação de alimentos (art. 250.º), violação de regras urbanísticas (art. 278.º), incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas, energia nuclear, incêndio florestal, infracção das regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços; poluição, poluição com perigo comum, perigo relativo a animais ou vegetais, corrupção de substâncias alimentares ou medicinais, propagação de doença, alteração de análise ou de receituário e recusa de médico (art. 286.º), condução perigosa de veículo rodoviário, condução em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (art. 294.º), falsidade de depoimento ou declaração, falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução (art. 364.º) e recebimento indevido de vantagem, corrupção activa, corrupção passiva (art. 374.º-B).

A dispensa de pena, ainda como facultativa, está igualmente prevista, por exemplo, nas seguintes leis penais extravagantes: art. 31.º do DL 15/93 (tráfico de estupefacientes), arts. 4º, 5º, 5º-A da Lei 52/2003 (combate ao terrorismo), art. 19.º-A da Lei 34/87 (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos), art. 13.º da Lei 50/2007 (responsabilidade penal na actividade desportiva) e art. 5.º da Lei 20/2008 (responsabilidade penal no comércio internacional e actividade privada).

Que se conheça, há apenas uma situação em que a dispensa de pena é obrigatória e independente de qualquer juízo sobre a ilicitude, a culpa e as exigências de prevenção, verificados que sejam os respectivos requisitos especiais. Trata-se do crime de ofensa à memória de pessoa falecida, quando o agente der em juízo esclarecimentos ou explicações que o ofendido ou quem o represente considere satisfatórias (art. 186.º).

De acordo com a ENCC, prevê-se alargar a possibilidade de dispensa da pena (presume-se que para os crimes de corrupção e outros crimes conexos), obedecendo essencialmente aos seguintes requisitos: - denúncia anterior à instauração do procedimento; - eliminação do prazo de 30 dias do art. 374.º-B do CP; - verificação pelo juiz do julgamento (com exclusão expressa de aplicação do art. 280.º do CP) – concessão obrigatória pelo juiz, uma vez verificados os respectivos pressupostos objectivos.

Como resulta da enunciação dos casos em que a lei já o admite, a dispensa de pena não se aplica apenas à criminalidade bagatelar. Ela atinge criminalidade grave, mas em que se entende que o comportamento posterior do arguido torna desnecessária a pena. No entanto, em todos esses casos referidos (exceptuando o do crime de ofensa à memória de pessoa falecida), a dispensa de pena não é automática. É necessário que se verifiquem os requisitos gerais do art. 74º do CP.

A eliminação do prazo de 30 dias, actualmente previsto no art. 374.º -B do CP, é positiva. Esse requisito, demasiado rígido, é de verificação quase impossível, constituindo, assim, um obstáculo à aplicação de um mecanismo que visa incentivar a colaboração dos agentes do crime no apuramento dos factos e na recolha das provas, bem como na restituição dos bens e vantagens obtidos ilicitamente.

A necessidade da denúncia ocorrer em momento anterior ao início do procedimento criminal corresponde ao que se encontra já previsto no art. 374.º-B do CP e também no artigo 19.º-A da Lei 34/87 (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos). Porém, diferentemente, nos casos dos arts. 13.º da Lei 50/2007 (responsabilidade penal na actividade desportiva) e 5.º da Lei 20/2008 (responsabilidade penal no comércio internacional e actividade privada), a dispensa de pena pode ter lugar se o agente repudiar voluntariamente, antes da prática do facto, o oferecimento ou a promessa que aceitaram ou restituir a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor.

Afigura-se equilibrada e prudente a solução de reservar a possibilidade de dispensa de pena nos crimes de corrupção e nos crimes conexos às situações em que o agente faz a denúncia antes do início do procedimento criminal, concedendo à denúncia em momento posterior

apenas a possibilidade de atenuação especial da pena. Esta cautela é importante para diminuir os riscos de condicionamento da vontade do agente do crime já sujeito a procedimento criminal e também os perigos de instrumentalização da apresentação de denúncias contra terceiros, eventualmente falsas ou manipuladas, em benefício próprio. Se a atitude de colaboração relevante do agente do crime surgir em momento posterior ao início do procedimento, poderá dar lugar a uma atenuação especial da pena, o que se considera ser um “prémio” adequado e suficiente.

Não se ignora que uma visão exclusivamente focada na eficácia das investigações e na obtenção de condenações poderá ser tentada a considerar que a dispensa de pena deveria ser também possível para o agente do crime que, já no decurso do inquérito, verificando que está a ser objecto de investigação e antecipando os riscos, se ofereça ou seja “convidado” a oferecer-se para colaborar na descoberta dos factos e na identificação de outros responsáveis. Simplesmente, é de ter em conta que um mecanismo dessa natureza, em que as autoridades de investigação, à revelia de qualquer controlo judicial, possam “oferecer” ao arguido uma dispensa de pena a troco da denúncia de terceiros – independentemente, até, da avaliação relativa dos diferentes graus de responsabilidade dos comparticipantes – comporta riscos sérios de resultados imorais que o legislador não pode consagrar.

Quanto à necessidade de intervenção do juiz do julgamento na verificação dos pressupostos da colaboração para o agente do crime poder ser dispensado de pena, prevê-se excluir a aplicação do art. 280.º do CP, que permite o arquivamento do processo na fase de inquérito, com a concordância do juiz de instrução, ou em fase de instrução, com a concordância do Ministério Público e do arguido.

No regime actual, em todos os casos acima referidos em que a lei admite a dispensa de pena, esta pode ser decidida pelo juiz de instrução, o que significa que o processo pode terminar sem julgamento. Isso aplica-se, por exemplo, aos crimes de corrupção previstos no artigo 374.º-B do CP e aos previstos nas Leis 34/87 (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos), 50/2007 (responsabilidade penal na actividade desportiva) e 20/2008 (responsabilidade penal no comércio internacional e actividade privada). A ENCC prevê que

nos crimes de corrupção e conexos, a colaboração deixe de poder dar lugar ao arquivamento do processo por decisão do juiz de instrução e tenha de haver acusação e eventualmente pronúncia, para dar lugar a uma dispensa de pena já na fase do julgamento.

Não se conhece a fundamentação daquela opção mais restritiva, mas pressente-se que estará ligada à necessidade de, por um lado, ter de haver uma sentença condenatória, nomeadamente para se poder aplicar o regime de perda alargada de bens, previsto na Lei 5/2002 e, por outro lado, de se acautelarem os riscos de uso abusivo deste mecanismo de colaboração premiada, acrescido pelo facto de se eliminar o prazo de 30 dias para se efectuar a denúncia. De todo o modo, não deixa de ser uma opção contraditória com o propósito de incentivar as denúncias de crimes, facilitar as investigações e tornar mais efectivo o sistema de repressão penal da corrupção e criminalidade conexas. Tendo em vista estas dificuldades, reserva-se uma posição mais fundamentada para o momento da análise dos projectos legislativos.

A ENCC pretende, por fim, que a dispensa de pena seja automática, verificados que sejam os seus requisitos formais pelo juiz do julgamento, em sentença condenatória. Ou seja, ao contrário de todas as situações em que a lei admite a dispensa de pena, em que tem sempre de haver uma avaliação judicial (pelo juiz de instrução ou do julgamento) dos pressupostos gerais do art. 74.º, pretende-se que nos crimes de corrupção ou conexos o grau de ilicitude do facto e de culpa do agente e a conformidade com as razões de prevenção passem a ser indiferentes para a dispensa de pena.

Compreendendo-se embora a motivação da ENCC, assente em considerações pragmáticas, ligadas à improbabilidade do agente colaborar com a investigação se não puder ter a certeza que vai obter o benefício no final, discorda-se decisivamente desta opção, por quatro razões fundamentais: (1) uma solução como esta é contraditória com os outros casos em que a lei admite a dispensa de pena, levando a uma desproporção relativa entre a gravidade social dos crimes e o benefício resultante da denúncia; (2) abre a porta a resultados imorais e contrários aos sentimentos de justiça, ao admitir que o agente principal de um crime de extrema gravidade, praticado com culpa elevadíssima, contra todas as exigências de prevenção, seja

dispensado da pena, apenas a troco de uma denúncia irrelevante ou com pouco significado (por exemplo, por já existirem outras provas que conduziram à condenação), a troco da incriminação dos agentes secundários do crime, em resultado da conjugação do oportunismo do denunciante com o utilitarismo das autoridades de investigação; (3) cria novos riscos de investigações criminais pré-processuais, destinadas a detectar os responsáveis de crimes antes da instauração formal do procedimento criminal, para facilitar a apresentação de denúncias, concedendo um instrumento demasiado poderoso às autoridades de investigação – a disponibilidade da dispensa de pena – sem suficiente controlo judicial; (4) viola os princípios constitucionais que obrigam a que a pena (ou a sua dispensa, obviamente) obedeça ao critério material da culpa e seja fixada por um tribunal.

Mesmo que, por opção legislativa, no balanceamento entre a eficácia do combate à corrupção e a justiça material da decisão condenatória, se pretendesse dar mais prevalência à segunda, admitindo que nos crimes de corrupção e conexos a dispensa de pena não ficasse condicionada à verificação dos requisitos do art. 74.º do CP, nos mesmos termos previstos para as demais situações, então seria necessário encontrar uma formulação que permitisse alcançar aquele objectivo de política criminal sem prejudicar de forma tão intensa os valores da justiça.

Por exemplo, poderia antecipar-se a apreciação judicial dos pressupostos materiais daquele artigo 74.º para o momento do inquérito, pelo juiz de instrução, logo que manifestado pelo agente do crime o propósito de efectuar a denúncia. Nesse caso, o agente do crime, ainda antes da instauração do procedimento, teria de fazer a denúncia perante o juiz de instrução, que só determinaria a concessão do benefício da dispensa de pena se o grau de ilicitude e de culpa e as exigências de prevenção o permitissem, benefício esse que seria mais tarde aplicado na sentença pelo juiz do julgamento (no pressuposto de se manter a não aplicação do artigo 280.º do CPP). Ou então, noutra possibilidade, poderia prever-se que haveria lugar à dispensa da pena quando, mesmo na presença de uma ilicitude do facto e de culpa do agente não diminutas, não se opusessem razões de prevenção e a denúncia tivesse sido excepcionalmente relevante, no sentido de decisiva para a descoberta do crime.

Estas são apenas hipóteses exploratórias de uma alternativa à solução preconizada na ENCC. Trata-se, porém, de matéria em que se reserva uma posição definitiva para o momento da pronúncia sobre os projectos legislativos.

4. Acordos sobre a pena

A ENCC prevê a possibilidade de celebração de acordos sobre a pena aplicável, na fase de julgamento, assentes na confissão livre e sem reservas dos factos imputados ao arguido, independentemente da natureza e gravidade do crime, incidindo sobre a determinação da sanção e não sobre a questão da culpabilidade.

Considera-se que chegou o momento de discutir uma alteração de natureza estrutural, como esta que agora se sugere. Aliás, a ASJP apresentou em 2011 “Uma proposta de justiça negociada¹⁸”, assente essencialmente no alargamento e adaptação dos mecanismos do actual processo sumaríssimo. Por isso, apoia-se o propósito de introduzir no sistema penal soluções de justiça negociada.

Uma solução desta natureza poderá trazer ganhos de celeridade e dar resposta a atitudes de colaboração de arguidos a que não se apliquem outros mecanismos premiais. É, porém, imprescindível que sejam acautelados aspectos fundamentais no normativo a aprovar, dos quais se destacam, sinteticamente, os seguintes:

- O acordo tem de se materializar na fase do julgamento e incidir sobre o respectivo objecto, dado pelos factos da acusação ou da pronúncia;
- Na negociação do acordo devem intervir os sujeitos processuais, fora da presença e sem intervenção do juiz, sob pena de violação da imparcialidade do tribunal e da estrutura acusatória do processo;
- O acordo deve ser consequência de uma confissão integral e sem reservas que leve à dispensa da prova sobre a culpabilidade, pois só uma colaboração que atinja este patamar de relevância deverá permitir o benefício da redução da pena por acordo;

¹⁸ Mudar a Justiça Penal – linhas de reforma do processo penal português, 2012, Almedina, pag. 69.

- O acordo só poderá incidir sobre a medida abstracta da pena, reduzindo o limite máximo aplicável, e não fixar uma pena concreta vinculativa para o tribunal, pois isso violaria o princípio da reserva de jurisdição, segundo o qual a administração da justiça compete a um tribunal independente e imparcial e o princípio da culpa, que implica a necessidade de um juízo de adequação entre a pena concreta e os factores relevantes para a sua determinação;
- O acordo só será admissível depois de o tribunal se ter certificado da validade da confissão e da sua suficiência para fixar como provados os factos da acusação relativos à culpabilidade e dispensar a produção da restante prova;
- O acordo só pode incidir sobre a pena e não sobre a prova dos factos nem sobre a qualificação jurídica dos mesmos, o que significa que o tribunal poderá, apesar do acordo, absolver, condenar por crime menos grave ou recorrer aos instrumentos de alteração da qualificação jurídica para crime mais grave.

Pela sua complexidade, sem prejuízo das pistas acabadas de elencar, reserva-se uma posição mais definitiva para o momento da pronúncia sobre os projectos legislativos.

III. ALARGAMENTO DO OBJECTO DA ENCC – PROPOSTAS DA ASJP

Muito embora a discussão pública da ENCC esteja centrada nas linhas gerais que constam na proposta do Governo, há três matérias que no entender da ASJP justificariam o alargamento do debate, dada a sua importância, em planos distintos, todos eles importantes, também, para o combate à corrupção.

Por um lado, no plano das soluções substantivas, importaria discutir, de novo, mas a partir de outra perspectiva, a questão da criminalização do enriquecimento incongruente com o património conhecido e lícito, fenómeno que numa parte significativa das situações aparece ligado ao exercício de cargos públicos e é resultado de actos de corrupção ou crimes conexos.

Por outro lado, no plano das soluções adjectivas, a partir da análise do desvirtuamento significativo das finalidades e utilidade da fase processual da instrução, importaria rever uma proposta apresentada pela ASJP, de modificação do conteúdo da instrução facultativa a requerimento do arguido. A questão é indirectamente relevante para o reforço das medidas de combate à corrupção, pois permitirá enormes ganhos de celeridade em processo por definição complexos e morosos.

Por fim, agora já no plano da orgânica judicial e competências dos tribunais, seria muito positivo reforçar a capacidade e celeridade da intervenção do Tribunal Central de instrução Criminal, sem perda de especialização e experiência adquirida. Propõe-se, assim, que se abra a discussão sobre o aumento das competências desse tribunal – onde, como é sabido, são tramitados muitos dos processos de corrupção e criminalidade conexa do país – e sobre o reforço do respectivo quadro de juizes, no sentido de se obter mais rapidez e confiança no sistema de justiça, preservando, como se disse, as garantias de qualidade e experiência adquirida.

III.I. CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO INCONGRUENTE

Não é este o local para fazer a história dos projectos legislativos de criminalização do enriquecimento ilícito nem das decisões proferidas 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 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 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.

III.II. INSTRUÇÃO FACULTATIVA A REQUERIMENTO DO ARGUIDO

Em 2012, a ASJP apresentou uma proposta de alteração do objecto da instrução, quando requerida facultativamente pelo arguido¹⁹.

Assentava tal proposta na constatação de que a fase de instrução para comprovação da acusação deduzida contra o arguido se transformou gradualmente numa mimetização antecipada fase do julgamento, sem ganhos efectivos tanto para a celeridade do processo como para as garantias de defesa do acusado.

¹⁹ Mudar a Justiça Penal – linhas de reforma do processo penal português, Almedina, 2012.

Nessa linha, sem alterar o objecto da instrução nas outras situações em que a mesma tem lugar e sem ferir a Constituição, sugeria-se que a instrução facultativa a requerimento do arguido fosse reduzida à decisão de validar ou não a acusação, em diligência oral e contraditória, sem produção de prova. Desta forma, a submissão a julgamento do arguido que não concordasse com a acusação seria decidida por um órgão independente e imparcial – o tribunal – e não pelo Ministério Público, com base numa reapreciação dos indícios recolhidos em inquérito. A intervenção do tribunal visaria ainda a apreciação de nulidades ou questões prévias incidentais que pudessem conduzir a uma não pronúncia, incluindo as proibições de prova.

Crê-se que é o momento de abrir esta discussão e que não haverá melhor oportunidade para o fazer que num debate mais amplo sobre uma estratégia nacional de combate corrupção.

III.III. COMPETÊNCIAS E QUADRO DO TRIBUNAL CENTRAL DE INSTRUÇÃO CRIMINAL

Na mesma linha de reforço dos mecanismos de eficácia de combate à corrupção, propõe-se aqui uma alteração das competências e orgânica do Tribunal Central de Instrução Criminal.

1. Previsão normativa do Tribunal Central de Instrução Criminal

O Tribunal Central de Instrução Criminal (TCIC) foi criado pela Lei nº 3/99, de 12 de Janeiro (*Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais – LOFTJ*), como tribunal de competência especializada. Foi-lhe atribuída competência material para a prática de todos os actos pertencentes à jurisdição dos tribunais de instrução criminal, respeitantes aos crimes cuja coordenação e direcção da investigação estava atribuída ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP), nos termos do artigo 47º da Lei nº 60/98, de 27 de Agosto, quando a actividade criminosa ocorresse em comarcas pertencentes a diferentes distritos judiciais (artigos 78º al. a), 79º e 80º da LOFTJ).

O Decreto-Lei 186-A/99, de 31 de Maio (*Regulamento da LOFTJ*), fixou a sede do TCIC em Lisboa, com jurisdição sobre todo o território nacional e quadro de 1 juiz e declarou a sua

instalação a partir de 15 de Setembro de 1999 (artigos 43º nº 1, 43º, 72º nº 4 al. a) e Mapa VI anexo).

O artigo 160º-B da Lei 144/99, de 31 de Agosto (*Lei da Cooperação Judiciária em Matéria Penal*), aditado pela Lei 104/2001, de 25 de Agosto, atribui ainda ao TCIC a competência avulsa de autoridade judicial para autorizar acções encobertas em Portugal por funcionários de investigação criminal de outros Estados, sob proposta do DCIAP.

Em 2013, verificou-se uma profunda alteração na orgânica dos tribunais e a LOFTJ foi revogada e substituída pela Lei nº 62/2013, de 26 de Agosto (*Lei da Organização do Sistema Judiciário – LOSJ*). O TCIC passou a integrar a nova categoria de tribunais de competência territorial alargada. O âmbito material e territorial das suas competências não teve, porém, qualquer alteração, passando apenas a respectiva norma definidora a repetir *ipsis verbis* o elenco de crimes da competência do DCIAP, em vez de simplesmente remeter para a mesma, como sucedia anteriormente (artigos 116º, 119º e 120º).

O Decreto-Lei 49/2014, de 27 de Março (*Regulamento da LOSJ*), manteve a sede do TCIC em Lisboa e a mesma competência territorial, mas alargou para 2 o quadro de juizes (artigos 65º al. i) e Mapa IV anexo).

Tal como foi configurado na LOFTJ e na LOSJ, numa lógica coordenada de especialização material e de centralização territorial, o TCIC era o tribunal de instrução criminal “privativo” para todos os inquéritos tramitados no DCIAP respeitantes a crimes ocorridos em diversos distritos judiciais, os quais, de acordo com a exposição de motivos que acompanhou a proposta de lei de criação do DCIAP, correspondiam à “criminalidade violenta, altamente organizada ou de especial complexidade”²⁰.

²⁰ Não se trata de tribunal de instrução “privativo” para todos os inquéritos da competência do DCIAP porque, nos termos do artigo 80º nº 2 da LOFTJ, quando a actividade criminosa ocorresse apenas no território de um distrito judicial, a competência era do tribunal de instrução criminal da respectiva sede do distrito. O artigo 120º nº 1 da LOSJ manteve o mesmo regime, apenas tendo substituído a referência aos “distritos judiciais” por áreas pertencentes a “tribunais da Relação”, em virtude da alteração de nomenclatura da divisão judicial territorial,

2. Competência do Tribunal Central de Instrução Criminal

Até à Lei 68/2019, de 27 de Agosto (*Estatuto do Ministério Público* – EMP), o TCIC e o DCIAP tinham competências exactamente para os mesmos tipos de crime. Mesmo a competência avulsa do TCIC para requerer e autorizar acções encobertas internacionais acima referida estava atribuída ao DCIAC e ao TCIC.

Com a revisão do EMP, em 2019, o seu artigo 58º alterou a competência material do DCIAP, adaptando o elenco dos crimes e a sua designação às alterações legislativas entretanto ocorridas no Código Penal (CP) e noutras leis penais avulsas e acrescentando ao catálogo novos crimes, cujos inquéritos eram antes tramitados noutros departamentos do Ministério Público. Por força das alterações na orgânica judicial e no EMP, que ocorreram em momentos desfasados e com objectos distintos, e também das alterações entretanto introduzidas no CP e em legislação penal avulsa, a competência material do TCIC deixou de coincidir com a do DCIAP e a designação do elenco dos crimes que abrange desactualizou-se.

2.1. Desactualização da norma de atribuição de competência do TCIC, por referência às diversas alíneas do nº 1 do artigo 120º da LOSJ:

Alínea a) Crimes contra a paz e humanidade

Os crimes contra a paz e humanidade, à data da criação do TCIC, correspondiam aos artigos 237º a 245º, do Título III do Livro II da parte especial do CP, que tinha precisamente essa epígrafe: *incitamento à guerra* (236º), *aliciamento de forças armadas* (237º), *recrutamento de mercenários* (238º), *genocídio* (239º), *discriminação racial ou religiosa* (240º), *crime de guerra contra civis* (241º), *destruição de monumentos* (242º), *tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos* (243º), *tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos graves* (244º) e *omissão de denúncia* (245º). A norma de atribuição de competências era pois clara e de interpretação evidente.

Porém, a Lei 100/2003, de 15 de Novembro (*Código de Justiça Militar*) revogou o artigo 237º do CP e passou a prever o *crime de aliciamento de forças armadas e de outras forças militares* no seu artigo 39º. Mais tarde, a Lei 31/2004, de 22 de Julho (adaptou a legislação portuguesa

ao estatuto do Tribunal Penal Internacional) alterou a epígrafe daquele Título III para *Crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal*, revogou os artigos 236º, 238º, 239º, 241º e 242º do CP e passou a prever outros crimes, em parte mas não totalmente coincidentes com aqueles revogados.

A LOSJ, aprovada em 2013, não adaptou a redação e enumeração das competências do TCIC àquela legislação penal avulsa aprovada em 2003 e 2004. Em consequência, deixou de ser claro a que crimes se refere esta alínea a), uma vez que, por um lado, a designação de *crimes contra a paz e humanidade* corresponde à epígrafe de um título do CP que já não existe na lei e, por outro lado, vários dos crimes antes tipificados sob essa epígrafe foram revogados, alterados ou substituídos em legislação dispersa, por vezes mesmo com designações diferentes.

Alínea b) Organização terrorista e terrorismo

À data da criação do TCIC, estes crimes correspondiam aos previstos nos artigos 300º (*organização terrorista*) e 301º (*terrorismo*) do CP.

Sucedem que, em alteração igualmente ignorada pela LOSJ aquando da sua aprovação, estas normas do CP já tinham sido revogadas pela Lei 52/2003, de 22 de Agosto (*Lei de combate ao terrorismo*), que passou a prever os crimes de *organização terrorista* (artigo 2º), *outras organizações terroristas* (artigo 3º), *terrorismo* (artigo 4º), *terrorismo internacional* (artigo 5º) e *financiamento do terrorismo* (artigo 5º-A).

Uma vez mais, este desfasamento entre a previsão da LOSJ e as alterações legislativas anteriores fez com que se criasse mais um campo de incerteza sobre a competência do TCIC. A título de exemplo, pode ver-se que o novo *crime de financiamento do terrorismo*, tipificado no artigo 5º-A da *Lei de combate ao terrorismo*, prevê condutas não descritas nos anteriores crimes dos artigos 300º e 301º do CP.

Alínea c) Crimes contra a segurança do Estado, com excepção dos crimes eleitorais

Quando foi inicialmente definida a competência do TCIC, estes crimes correspondiam aos previstos nos artigos 308º a 335º do Capítulo I, do Título V, da parte especial do CP, sob essa

epígrafe: *traição à pátria (308º), serviço militar em forças armadas inimigas (309º), inteligências com o estrangeiro para provocar a guerra (310º), prática de actos adequados a provocar a guerra (311º), inteligências com o estrangeiro para constranger o Estado Português (312º), ajuda a forças armadas inimigas (313º), campanha contra esforço de guerra (314º), sabotagem contra defesa nacional (315º), violação do segredo de Estado (316º), espionagem (317º), meios de prova de interesse nacional (318º), infidelidade informática (319º), usurpação de funções (320º), entrega ilícita de pessoa que goze de protecção internacional (322º), ultraje de símbolos nacionais (323º), alteração violenta do Estado de direito (325º), incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de direito (326º), atentado contra o Presidente da República (327º), ofensa à honra do Presidente da República (328º), sabotagem (329º), incitamento à desobediência civil (330º), ligações com o estrangeiro (331º), ultraje de símbolos nacionais e regionais (332º), coacção contra órgãos constitucionais (333º), perturbação de funcionamento de órgão constitucional (334º) e tráfico de influências (335º).*

No entanto, uma vez mais em alteração legislativa ignorada a Lei 100/2003, acima referida, revogou os artigos 309º a 315º do CP, tipificando nos seus artigos 26º a 31º algumas daquelas condutas, mas não todas, nem com a designação prevista na norma que fixa a competência ao TCIC. Por tal razão, não é hoje claro que crimes contra a segurança do Estado abrange o artigo 120º n.º 1 al. c) da LOSJ.

Alínea d) Tráfico de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e percursores, salvo tratando-se de situações de distribuição directa ao consumidor, e associação criminosa para o tráfico

Esta norma remete para os crimes tipificados no Decreto-Lei 15/93 (*Legislação de Combate à Droga*). Porém, mesmo assim, há áreas de incerteza, na medida em que a norma que atribui competência ao TCIC determina os crimes a que se aplica, não por referência às respectivas normas de previsão daquele diploma legislativo, mas sim em função de designação genérica de “tráfico”, excluindo as situações de distribuição directa ao consumidor.

Assim, dado que a competência não está definida pelo tipo de crime mas pelas particularidades de modo da acção típica, pode haver dúvida sobre a intervenção do TCIC nos

processos de tráfico em fase de inquérito, em que ainda não seja nítido se ocorre apenas uma situação de distribuição directa ao consumidor. E, por outro lado, face à designação dos respectivos tipos, há crimes previstos naquele Decreto-Lei que podem suscitar dúvidas sobre a competência do TCIC, como os de *abuso de exercício de profissão* (27º) ou de *incitamento ao uso de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas* (29º), dado que se trata exactamente de “tráfico”. Por estas razões, a norma que define a competência do TCIC é susceptível de criar dúvidas interpretativas desnecessárias.

Alínea e) *Branqueamento de capitais*

À data em que foi criado o TCIC e estabelecida a sua competência, o Decreto-Lei 15/93 tinha tipificado factos susceptíveis de integrar o conceito de “branqueamento de capitais”, relacionados com actividades de tráfico de estupefacientes e o Decreto-Lei 325/95, de 2 de Dezembro, que estabeleceu medidas de natureza preventiva e repressiva contra o branqueamento de capitais e outros bens provenientes dos crimes, tinha depois alargado a outros crimes a penalização do branqueamento de capitais.

Só mais tarde, já depois de atribuída ao TCIC a competência para os crimes de “branqueamento de capitais”, com a Lei nº 11/2004, de 27 de Março, o crime autónomo de branqueamento passou a estar previsto no artigo 368º-A do CP.

Esta norma de atribuição de competência não parece suscitar dúvidas especiais, embora fosse preferível que os crimes a que respeita estivessem determinados por remissão expressa para os tipos previstos na lei e não por uma definição conceptual susceptível de criar confusão, sobretudo quando ocorrem alterações legislativas posteriores, o que, de resto, é muito frequente.

Alínea f) *corrupção, peculato e participação económica em negócio*

Os crimes a que se refere esta norma de atribuição de competência estão previstos, respectivamente, nos artigos 373º e 374º, 375º, 376º e 377º do CP.

Porém, há outros crimes com as mesmas designações tipificados em legislação penal avulsa, anterior e posterior à criação do TCIC:

- A Lei 34/87, de 16 de Julho (*Crimes de Responsabilidade de Cargos Políticos*) tipifica os crimes de *corrupção passiva* (17º), *corrupção activa* (18º), *peculato* (20º), *peculato de uso* (21º) e *participação económica em negócio* (23º);
- A Lei nº 100/2003, de 15 de Setembro (*Código de Justiça Militar*) tipifica os crimes de *corrupção militar* (36º e 37º);
- A lei 50/2007, de 31 de Agosto (*Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos*) tipifica os crimes de *corrupção passiva* (8º) e *corrupção activa* (9º);
- A Lei 20/2008, de 21 de Abril (*Responsabilidade Penal por Crimes de Corrupção no Comércio Internacional e na Actividade Privada*), tipifica os crimes de *corrupção activa com prejuízo do comércio internacional* (7º), *corrupção passiva no sector privado* (8º) e *corrupção activa no sector privado* (9º).

O âmbito de aplicação desta norma seria mais claro se remetesse expressa para os tipos de crime a que respeita.

Alínea g) *insolvência dolosa*

Reporta-se ao crime previsto no artigo 227º do CP.

O âmbito de aplicação da norma não parece suscitar dúvidas.

Alínea h) *administração danosa em unidade do sector público*

Reporta-se ao crime previsto no artigo 235º do CP.

O âmbito de aplicação da norma não parece suscitar dúvidas.

Alínea i) *fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito*

Reporta-se aos crimes previsto nos artigos 36º e 38º do Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro (*Infracções Antieconómicas e contra a Saúde Pública*).

O âmbito de aplicação da norma não parece suscitar dúvidas.

Alínea j) infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, nomeadamente com recurso à tecnologia informática e alínea k) infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional

Infracção económico-financeira não é um conceito jurídico pré-determinado em qualquer instrumento legislativo, mas sim um conceito operativo, para caracterizar diversos tipos de crime, em função de elementos distintivos não presentes na respectiva previsão normativa nem necessariamente na natureza dos bens jurídicos protegidos. A Lei nº 36/94, de 29 de Setembro (*medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira*) não contém um elenco exaustivo dos crimes subsumíveis a essa definição. O mesmo acontece com a Lei nº 5/2002, de 14 de Janeiro (*medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*), cujo artigo primeiro contém um catálogo de crimes dessas duas espécies, que coincidem mas não se sobrepõem totalmente. Acresce que, nas demais alíneas do artigo 120º nº 1 da LOSJ, que definem a competência do TCIC, existem outros crimes que se incluem no conceito de infracções económico financeiras, o que significa que estas – as das alíneas j) e k) – hão-de ser necessariamente outras.

Estamos, assim, perante normas de atribuição de competência de conteúdo duplamente indefinido: por um lado, é preciso ver em cada tipo de crime (não incluído no catálogo das alíneas) se corresponde à categoria conceptual de “infracção económico-financeira”; por outro lado, é preciso ver se a infracção em causa, pelas suas características, se deve considerar ter sido cometida de “forma organizada” ou se tem “dimensão internacional ou transnacional”.

Estas normas, tal como estão redigidas, suscitam dúvidas sobre a competência do TCIC em áreas como as dos crimes do mercado de valores mobiliários, crimes fiscais, crimes societários, crimes da propriedade intelectual, cibercriminalidade e crimes ambientais e urbanísticos, pois, mesmo que se trate de actividade criminosa “organizada” e com “dimensão internacional ou transnacional”, em muitas situações poderá não ser clara a sua inclusão no conceito de “infracção económico-financeira”.

2.2. Desfasamento entre a competência do TCIC e do DCIAP:

Para além das apontadas dificuldades interpretativas suscitadas pela actual redacção do artigo 120º nº 1 da LOSJ, deixou de haver coincidência na criminalidade para a qual são competentes o DCIAP e o TCIC, contrariamente à lógica que esteve na base da criação quase simultânea desses dois órgãos, em consequência do desfasamento entre a revisão da orgânica dos tribunais, ocorrida em 2013, e do estatuto do Ministério Público, ocorrida em 2019.

- Criminalidade acrescentada à competência do DCIAP, não incluída na competência do TCIC: crimes de *tráfico de pessoas* e *associação criminosa para o tráfico*, previstos no artigo 160º do CP (al. d) do artigo 58º do EMP), crimes de *tráfico internacional de armas* e *associação criminosa para o tráfico*, previstos no artigo 87º da Lei nº 5/2006, de 23 de Fevereiro (al. f) do artigo 58º do EMP), crime de *financiamento de terrorismo*, previsto no artigo 5º da Lei nº 52/003 atrás referida (al. g) do artigo 58º do EMP), crimes de *recebimento indevido de vantagem*, *tráfico de influência* e *prevaricação*, punível com pena superior a 2 anos, previstos respectivamente nos artigos 372º, 335º e 369º do CP (al. h) do artigo 58º do EMP), crimes de *mercado de valores mobiliários*, previstos nos artigos 378º a 381º do *Código dos Valores Mobiliários*, aprovado pelo Decreto-Lei nº 486/96, de 13 de Novembro (al. m) do artigo 58º do EMP), e crimes da lei da *cibercriminalidade*, que são os previstos nos artigos 3º a 10º da Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro (al. n) do artigo 58º do EMP);

- Criminalidade da competência do TCIC, não incluída na competência do DCIAP: *tráfico de estupefacientes*, *substâncias psicotrópicas* e *percursores*, de âmbito não internacional (al. e) do artigo 120º nº 1 da LOSJ), crime de *peculato*, previsto no artigo 375º do CP e nas normas avulsas referidas atrás (al. f) do artigo 120º nº 1 da LOSJ) e crime de *insolvência dolosa*, previsto no artigo 227º do CP (al. g) do artigo 120º nº 1 da LOSJ).

2.3. Necessidade de revisão da competência do TCIC:

A LOSJ de 2013 manteve o catálogo de competências do TCIC fixado em 1999 pela LOFTJ, sem ter em conta as alterações legislativas ocorridas naquele período de 14 anos, que reordenaram a sistemática do CP, eliminando epígrafes que agregavam certos crimes,

revogaram alguns tipos de crime ou alteraram a sua designação e previram outros crimes, relativos a actos parcialmente coincidentes ou até a novas áreas de criminalização.

Por outro lado, a competência do DCIAP, fixada em 1998, sofreu uma alteração profunda em 2019, com o novo EMP, sem que tivesse havido a correspondente alteração da norma de atribuição de competência do TCIC, da LOSJ de 2013, perdendo-se a lógica de coordenação na especialização material e concentração territorial que tinha estado na origem da criação quase simultânea dos dois órgãos.

Acresce, ainda, que muitos dos conceitos utilizados na lei para atribuir competências ao DCIAP e ao TCIC são susceptíveis de criar dificuldades interpretativas e insegurança na determinação do órgão do Ministério Público competente para tramitar o inquérito e do órgão jurisdicional para assegurar os respectivos actos da competência do juiz de instrução.

Em consequência, afigura-se que, no mínimo, tem de ser alterado o artigo 120º nº 1 da LOSJ, fixando a competência do TCIC para os mesmos crimes da competência do DCIAP, previstos no nº 1 do artigo 58º do EMP. Para além disso, talvez num segundo momento, será conveniente clarificar os conceitos usados naquelas normas de atribuição de competência, preferencialmente fixando-a por referência aos tipos de crime a que respeitam.

3. Quadro de juizes do Tribunal Central de Instrução Criminal

3.1. O actual quadro do TCIC fixado no Regulamento da LOSJ é de 2 juizes. O Conselho Superior da Magistratura (CSM) pode reforçar esse quadro temporariamente, com recurso aos meios de gestão de auxílio previstos na LOSJ e no *Estatuto dos Magistrados Judiciais* (EMJ) como a colocação de juizes auxiliares, juizes em acumulação de funções ou juizes do quadro complementar.

Esse quadro de 2 juizes é hoje insuficiente, quer por razões de gestão e asseguramento da qualidade do serviço, quer por outras razões ligadas à percepção pública sobre a actividade do tribunal, que condicionam negativamente a confiança no sistema de justiça. Essa insuficiência tornar-se-á mais evidente ainda porque, como se preconiza nesta proposta, o elenco de competências tem de ser revisto e aumentado.

Um quadro de 2 juízes, independentemente de quem sejam, potencia uma excessiva exposição pessoal, que pode condicionar a acção e intervenção dos sujeitos processuais e das autoridades de investigação criminal, e pode mesmo condicionar a própria acção do tribunal e afectar a credibilidade e confiança pública na justiça.

Para além disso, o quadro do TCIC com apenas dois juízes comporta riscos de “bipolarização” e “cristalização” da jurisprudência, que introduzem elementos de previsibilidade da decisão (ainda que meramente suposta), indutores de tentações de interferência – ou, ao menos, de criação de suspeitas sobre a existência dessas tentações – dos factores materiais de atribuição de competência ou da própria distribuição dos processos.

Podem existir, também questões quanto ao cumprimento do princípio constitucional do “juiz legal”²¹, que facilmente se judicializam e atrasam a tramitação normal dos processos. Essas questões poderão ocorrer quando qualquer um dos juízes for colocado em exclusividade em processos de grande volume e complexidade, na medida em que a sua substituição, seguindo os critérios legais, deverá ser assegurada pelo outro juiz ou, se estiverem ambos em exclusividade, por um terceiro juiz, atribuído interinamente ao TCIC por decisão do Conselho Superior da Magistratura (CSM). Em tais situações, todos os novos processos serão atribuídos ao mesmo juiz, quando, independentemente de quaisquer outras considerações, por opção legislativa, deveriam ser distribuídos aleatoriamente por dois juízes. É claro que o TCIC não é o único tribunal do país em que essa situação se pode verificar, mas é certamente aquele em que ocorre com mais frequência e impacto, dada a natureza e sensibilidade dos processos da sua competência e a atenção pública que suscitam.

Por fim, 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.

²¹ O juiz do processo é pré-determinado por factores legais, conhecidos e objectivos, sendo proibido o desaforamento.

Os factores acabados de destacar são, só por si, suficientes para justificar a necessidade de aumentar o quadro de juizes do TCIC. Mas ainda lhe acrescem outros, tão ou mais importantes.

Os processos em que o TCIC tem competência para a fase de instrução criminal são cada vez mais numerosos, volumosos e complexos, exigindo em muitos casos dedicação em exclusividade por meses ou anos.

Nas situações em que ocorre impedimento de um dos juizes por dedicação exclusiva a um processo, tendo em conta que a lei actual já fixa como adequado ao movimento processual de 2013 o quadro de 2 juizes, é manifesto que a atribuição de todos os processos a um só juiz, durante meses ou anos, pode não assegurar as condições necessárias para garantir a qualidade do serviço.

Para além disso, mesmo antes da fase de instrução criminal, os juizes do TCIC intervêm nos muitos inquéritos em investigação no DCIAP, para a prática dos inúmeros actos jurisdicionais da competência do juiz de instrução, dos quais se destacam os seguintes previstos no *Código de Processo Penal*:

- Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido; proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos (artigo 268º);
- Ordenar ou autorizar a efectivação de perícias, de exames, de buscas domiciliárias, apreensões de correspondência, interceptação, gravação ou registo de conversações ou comunicações (artigo 269º);
- Decidir sobre a publicidade e segredo de justiça do processo (artigo 86º);
- Decidir sobre pedidos de habeas corpus (artigo 220º);
- Tomar conhecimento dos relatórios de investigações levadas a cabo pelo Ministério Público (artigo 253º);

- Tomar declarações para memória futura (artigo 271º);
- Decidir sobre o arquivamento do processo com dispensa de pena (artigo 280º);
- Decidir sobre a suspensão provisória do processo pena (artigo 281º);

Os juizes do TCIC têm de ter disponibilidade de tempo para dedicarem toda a atenção devida à prática dos actos jurisdicionais acima descritos, pois isso é decisivo para o respeito das garantias dos sujeitos processuais afectados e condiciona, muitas vezes, a dimensão e complexidade dos processos que mais tarde transitam para as fases de instrução e julgamento.

De notar, ainda, que acrescentando às competências jurisdicionais acabadas de referir, o TCIC tem também competência para autorizar as acções encobertas internacionais, previstas na *Lei da Cooperação Judiciária em Matéria Penal*.

Por fim, cumpre destacar uma vez mais que o aumento das competências do TCIC, que se preconiza na nesta proposta, equiparando-as, pelo menos, às novas competências do DCIAP, acrescentadas pelo EMJ de 2019, agravará ainda mais a necessidade de reforço do quadro de juizes, uma vez que aumentará também o número de actos jurisdicionais da competência do juiz de instrução em fase de inquérito.

3.2. O recurso aos meios de gestão de auxílio atribuídos pelo CSM não é solução adequada que possa ser vista como alternativa ao reforço do quadro de juizes do TCIC.

Em primeiro lugar, a colocação de juizes auxiliares, em acumulação ou do quadro complementar, é por natureza temporária e precária. Isso não permite que os juizes adquiram experiência em processos de grande volume e complexidade material e dispersão territorial nem favorece a dedicação à aquisição e aprofundamento dos conhecimentos específicos necessários para essa área de trabalho.

Em segundo lugar, os juizes que o CSM pode colocar temporariamente no TCIC não têm, muitas vezes, os requisitos de antiguidade e classificação de serviço exigidos pelo artigo 45º do EMJ: mais de 10 anos de serviço, classificação não inferior a “bom com distinção” e

preferencialmente formação específica nessa área de competência. Também isso contraria as exigências de qualidade e experiência que a lei pressupõe.

Finalmente, tratando-se de meios de gestão mais contingentes, que podem ser atribuídos ou retirados por decisão administrativa em função da avaliação em cada momento das necessidades de serviço, ainda que tal decisão assente em razões ponderosas e objectivas, ela potenciará sempre o surgimento de interpretações abusivas no espaço público, quando afectarem interesses em certos processos, sobre o respeito ou violação do princípio do juiz legal.

3.3. A solução que se considera mais adequada para solucionar as dificuldades expostas, a par do aumento e clarificação das competências do TCIC, é a do aumento do respectivo quadro de juizes. É uma solução de continuidade, que aproveita o modelo criado em 1999 e a experiência adquirida pelo TCIC, sem rupturas desnecessárias.

Não se conhecendo ao pormenor o movimento processual do TCIC, por não existir informação disponível, é difícil quantificar a proposta de aumento do quadro. No entanto, para cumprir os objectivos propostos e acabados de referir, aponta-se para um quadro com um número de juizes não inferior a 4. Porém, sugere-se que se relegue essa decisão para um momento posterior à análise mais profunda do número de processos tramitados no DCIAP e no TCIC.

Alternativamente, caso se verifique que o volume de serviço não comporta um aumento para 4 do quadro de juizes, então, numa solução menos desejável, mas ainda assim adequada ao cumprimento dos objectivos propostos e compatível com o actual modelo de organização judiciária, sem rupturas desnecessárias, considera-se que deve ser considerada a possibilidade de “fusão” do TCIC e do TIC de Lisboa.

Esta solução alternativa não causa qualquer prejuízo à especialização e qualidade dos juizes, na medida em que os requisitos de classificação e antiguidade para exercer funções no TCIC e no TIC de Lisboa são coincidentes e os juizes do TIC de Lisboa já têm hoje competência material para os mesmos processos do TCIC, desde que os mesmos respeitem a criminalidade ocorrida apenas no território do tribunal da Relação de Lisboa.

Sendo assim, esta solução alternativa, passaria, no essencial, por fazer transitar os juízes e processos do TCIC para o TIC de Lisboa e, a par de um eventual aumento do número total de juízes do respectivo quadro, por criar dentro do TIC de Lisboa uma secção que assegure a tramitação dos actuais processos do TCIC, mas distribuídos por um maior número de juízes, que deverão ser aqueles com mais tempo de serviço e classificação mais elevada, em número não inferior a 4.

Não se trata, nesta solução alternativa, de extinguir o TCIC, na medida em que continuará a existir um órgão judicial especializado para os processos da sua competência, dotado de juízes com os mesmos requisitos de experiência profissional especializada, tempo de serviço e classificação, embora em número mais alargado.

Aliás, é preciso afirmar que uma eventual extinção do TCIC²² seria profundamente errada. Para além de se perder toda a experiência adquirida pelo órgão judicial em mais de 20 anos de existência e de se alienar, ao mesmo tempo, a articulação processual com o DCIAP e a especialização dos juízes na criminalidade mais complexa, de âmbito transterritorial, daria um sinal preocupante de desinvestimento do Estado no combate à corrupção e criminalidade conexas, com inevitável quebra de confiança no sistema de justiça e dano reputacional na imagem externa do país.

Em face do exposto, apresentam-se as seguintes propostas:

4. Proposta de revisão das competências do Tribunal Central de Instrução Criminal

Propõe-se a seguinte alteração no artigo 60º nº 1 da Lei nº 62/2013, de 26 de Agosto (LOSJ)²³:

1 – A competência a que se refere o nº 1 do artigo anterior, quando a actividade criminosa ocorrer em comarcas pertencentes a diferentes tribunais da Relação, cabe a um tribunal central de instrução criminal quanto aos crimes da competência do Departamento Central de Investigação e Acção Penal, previsto no artigo 57º da Lei nº 68/2019, de 27 de Agosto.

²² Possibilidade que a ASJP rejeita liminarmente.

²³ Sem prejuízo do que se afirmou quanto à possibilidade de definir a competência por uma remissão exaustiva para os tipos de crime abrangidos.

5. Proposta de aumento do quadro de juizes

Propõe-se a seguinte alteração no Mapa IV anexo ao Decreto-Lei nº 49/2014, de 27 de Março (Regulamento da LOSJ):

Mapa IV

Tribunais de competência territorial alargada
Tribunal Central de Instrução Criminal
Sede: Lisboa
Tribunal da Relação competente: Lisboa
Área de competência territorial: território nacional
Juizes: X²⁴

6. Proposta (subsidiária) de fusão do Tribunal Central de Instrução Criminal e do Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa²⁵

Propõem-se as seguintes alterações da Lei nº 62/2013, de 26 de Agosto (LOSJ):

- No artigo 83º:

Artigo 83º

Tribunais e juízos de competência tribunal alargada

1 – Podem existir tribunais judiciais de primeira instância e secções nos juízos dos tribunais de comarca com competência para mais do que uma comarca ou sobre áreas especialmente referidas na lei, designados por tribunais ou secções de competência territorial alargada.

2 – Os tribunais e secções referidos no número anterior são de competência especializada e conhecem de matérias determinadas.

3 – São, nomeadamente, tribunais de competência territorial alargada:

a) O tribunal da propriedade intelectual;

b) O tribunal da concorrência, regulação e supervisão;

c) O tribunal marítimo;

d) O tribunal de execução das penas;

4 – São, nomeadamente, secções de competência territorial alargada, as secções centrais de instrução criminal dos juízos de instrução criminal.

5 – (actual nº 4)

6 – Actual nº 5)

²⁴ Como decorre do exposto neste texto, não se propõe um número exacto de juizes para o aumento do quadro do TCIC.

²⁵ Proposta alternativa à formulada no ponto 5.

- No título da Secção V:

Secção V
Tribunas e secções de competência territorial alargada

- No título da Subsecção V e no artigo 116º:

Subsecção V
Secção central de instrução criminal
Artigo 116º

As secções centrais de instrução criminal dos juízos de instrução criminal têm a competência definida nos termos do nº 1 do artigo 120º.

No artigo 120º:

Artigo 120º
Casos especiais de competência

1 – A competência a que se refere o nº 1 do artigo anterior, quando a actividade criminosa ocorrer em comarcas pertencentes a diferentes tribunais da Relação, cabe a uma secção centra de instrução criminal dos juízos de instrução criminal, quanto aos crimes da competência do Departamento Central de Investigação e Acção Penal, previsto no artigo 57º da Lei nº 68/2019, de 27 de Agosto (números 2 a 5 na redacção actual)

Propõem-se as seguintes alterações no Decreto-Lei nº 49/2014, de 27 de Março (Regulamento da LOSJ):

No Mapa III:

MAPA III
Tribunais judiciais de primeira instância
Tribunal Judicial da comarca de Lisboa
Juízos de competência especializada
Juízo de instrução criminal de Lisboa
Área de competência territorial: município de Lisboa.
Juízes: X²⁶

²⁶ A soma do número de juizes do actual quadro do TIC de Lisboa e do TCIC é de 9 juizes (7+2). Nesta alternativa de “fusão” dos dois tribunais, em que uma parte dos juizes do TIC de Lisboa passa a acumular com os processos da secção central de instrução criminal em que o mesmo se desdobra, talvez se justifique um aumento do número total de juizes, e função da avaliação das estatísticas do movimento processual de que não se dispõe de informação completa.

No Mapa IV:

MAPA IV

Tribunais e secções de competência territorial alargada
Secção central de instrução Criminal do Juízo de instrução criminal de Lisboa
Sede: Lisboa
Tribunal da Relação competente: Lisboa
Área de competência territorial: território nacional.
Juízes: os X²⁷ juízes com mais tempo de serviço e classificação mais elevada do juízo de instrução criminal de Lisboa.

Propõe-se a aprovação de uma norma transitória no diploma de aprovação destas alterações, com o seguinte conteúdo:

Artigo X

Norma transitória

- 1 – Os juízes actualmente colocados no tribunal central de instrução criminal de Lisboa consideram-se colocados na secção de central de instrução criminal do juízo de instrução criminal de Lisboa.*
- 2 – Os processos pendentes no tribunal de instrução criminal de Lisboa transitam para a secção de central de instrução criminal do juízo de instrução criminal de Lisboa.*
- 3 – Os processos referidos no número anterior, exceptuando aqueles em que no momento da entrada em vigor da presente lei já se tenha iniciado a fase de instrução, podem ser redistribuídos entre os juízes que integram a respectiva secção, nos termos a definir por regulamento do Conselho Superior da Magistratura, a aprovar no prazo de 30 dias após a entrada em vigor da presente lei, o qual deverá respeitar os princípios da igualação de processos e da aleatoriedade da designação do juiz competente.*
- 3 – No prazo de 30 dias após a entrada em vigor da presente lei, considera-se extinto o tribunal central de instrução criminal e instalada a secção central de instrução criminal do juízo de instrução criminal de Lisboa.*

²⁷ Em coerência com a motivação da presente proposta, o número de juízes que se propõe para acumularem as competências do TIC de Lisboa e da sua secção central de instrução criminal não deve ser inferior a 4, dependendo, porém, a sua definição final do número total de juízes que vier a ser definido para o TIC de Lisboa e da avaliação estatística do movimento processual, tendo também em conta a proposta de aumento de competências.