

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 14 – PORTIMÃO – NOVEMBRO 2021

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 14
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Novembro 2021
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	9
ARTIGOS	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA Medicina & Magia – Uma Perspetiva Filosófico-Jurídica	15
LUÍS CABRAL DE MONCADA O pensamento jurídico medieval	51
EDUARDO PIMENTEL FARIAS Brevíssima História da Cidadania Europeia	71
ANDRÉ INÁCIO O Estado de Direito está em risco?	103
CARLOS FRAGA O Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o opróbrio que veio de Strasbourg	123
ADIL ELAABD Cadre juridique et droits des prisonniers entre le droit marocain et les conventions internationales	161
HUGO CUNHA LANÇA <i>Sharenting</i> : em busca do ponto de Arquimedes.....	195
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os meios de uniformização de jurisprudência previstos no Código de Processo Civil de 2013	223
INÊS FERNANDES GODINHO Legalidade e oportunidade no processo penal: modelos de convivência possível ou a necessidade de uma escolha no combate à criminalidade organizada, em especial, a corrupção	245
CLÁUDIA BOLOTO Injunção em matéria de arrendamento (IMA) e o serviço de injunção em matéria de arrendamento (SIMA)	261
VANESSA MAMEDES O processo especial de notificação para preferência	285
CARLOS ROGEL VIDE Notas sobre arrendamientos de cajas de seguridad	299

LUIS F.P. LEIVA FERNÁNDEZ	
Eficacia de clausulas y convenciones luego de la extinción del contrato	315
MARÍA TERESA CARRANCHO HERRERO	
El consentimiento contractual tras la reforma del Código Civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica	335
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL	
A problemática jurídica dos animais nas práticas religiosas: idolatria ou sacrificionalismo	359
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO	
A sanção disciplinar e a perda de dias de férias em Portugal e Espanha	379
ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	393
MANUEL CATARINO	
Breve história da Economia Política: I – A Fisiocracia.....	395
MARA RODRIGUES	
A responsabilidade civil pelos danos causados por animais	411
JÉSSICA BRISSOS	
Responsabilidade civil por acidentes de trabalho	423
LÚCIA COSTA	
Investigação privada – (In) Validade da prova	437

Legalidade e oportunidade no processo penal: modelos de convivência possível ou a necessidade de uma escolha no combate à criminalidade organizada, em especial, a corrupção *

INÊS FERNANDES GODINHO **

Intróito

O processo penal encontra-se em mudança, uma mudança palpável face às exigências, por um lado, e necessidades, por outro lado, de uma reclamada eficácia relativamente a certas formas de criminalidade, *maxime*, a corrupção.

Assim, o título é pensado a partir do direito processual penal e a reflexão é também tida a partir do direito processual penal. Ou seja, ainda que em causa esteja o combate à corrupção, não será abordada a sua configuração criminológica ou mesmo penal, mas a análise irá, antes, partir da alínea *m*) do artigo 1º do Código de Processo Penal, onde a corrupção se inclui.

Por outras palavras, sabendo que as alterações da prática criminógena conduziram tanto a alterações do âmbito de aplicação, como à configuração e compre-

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 14, pp. 245-259.

* O presente texto teve como base a comunicação proferida no âmbito da Conferência *Novos Desafios do direito sancionatório face ao combate à corrupção* organizada pelos Conselhos Regionais dos Açores, Coimbra, Évora, Faro, Madeira e Porto no dia 5 de Março de 2021, agradecendo-se à Dra. Paula Margarido o honroso convite que nos endereçou para participar naquela conferência.

** Professora Associada da Universidade Lusófona do Porto; Investigadora do CEAD Francisco Suárez.

ensão do crime de corrupção, tendo este deixado de ser apenas um crime contra o Estado para passar a ser um crime contra “a equidade, a justiça social, o Estado de direito e os direitos do homem”,¹ não serão, na presente análise, tidas em conta as disposições *substantivas* atinentes à corrupção,² assumindo-se pressuposta a compreensão de que corrupção não é um único tipo legal de crime. É um fenómeno criminógeno, abrangendo diversos tipos penais.³

Assim, feito este enquadramento prévio, iremos percorrer o tema em cinco nódulos principais: i) A corrupção enquanto fenómeno sem fronteiras; ii) Corrupção e processo penal: o poder da palavra; iii) legalidade e oportunidade em processo penal; iv) a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção; v) retorno à criminalidade organizada e à corrupção: entre a legalidade e a oportunidade.

§ 1. A corrupção enquanto fenómeno sem fronteiras

A corrupção, em termos criminógenos, tem acompanhado as possibilidades conferidas pela globalização, transformando-se em mais um instrumento ao serviço do crime organizado, o que tem tido reflexo nas preocupações internacionais. A título de exemplo, refira-se o que se diz no Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção: *Os Estados Partes na presente Convenção (...), preocupados com as ligações existentes entre a corrupção e outras formas de criminalidade, em especial a criminalidade organizada e a criminalidade económica, incluindo o branqueamento de capitais (...)*. O que apenas vem conferir pertinência às nossas preocupações: a realidade da corrupção hoje não se equivalet ao que foi a corrupção enquanto crime estritamente associado a um território (Estado).

A matéria da corrupção tem sido, pois, objecto de diversos instrumentos internacionais, assinados por Portugal, desde logo, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º

¹ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Crime transnacional e corrupção”, in: *idem, Direito ao assunto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 349 e s., p. 352.

² Hoje, a corrupção não é apenas aquela prevista nos artigos 372º a 374º do Código Penal. É também aquela prevista nos artigos 17º e 18º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos) e nos artigos 41º-A a 41º-C do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (Infracções contra a Economia e Contra a Saúde Pública). Ou ainda aquela prevista nos artigos 8º e 9º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto (Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos). E também aquela prevista na Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril (Corrupção no comércio internacional e no sector privado).

³ ANNE PETERS, “Corruption as a Violation of International Human Rights”, *EJIL* (2018), vol 29, n.º 4, pp. 1251 e s.; p. 1254-55.

97/2007, ambos de 21 de setembro; a Convenção Relativa à Luta Contra a Corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia (1997), aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 72/2001 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 58/2001, ambos de 15 de novembro; ou a Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa (1999), aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 56/2001, ambos de 26 de outubro.

E, enquanto fenómeno, existem ameaças colocadas pela corrupção que são também objecto de preocupações internacionais. Referimo-nos às ameaças à democracia e ao estado de direito ou mesmo à violação de direitos humanos,⁴ podendo sugerir-se, aliás, uma abordagem dos esforços anti-corrupção pela via repressiva, complementada com uma estratégia baseada nos direitos humanos, particularmente na monitorização da aplicação dos instrumentos internacionais.⁵

Ora, atenta a globalização do fenómeno, importa ter em consideração a atenção processual penal dedicada ao mesmo em termos locais, concretamente, em Portugal.

§ 2. Corrupção e Processo Penal: o poder da palavra

O Código de Processo Penal português inicia com uma norma onde são incluídas diversas definições legais, designadamente o artigo 1.º. Não tendo sido uma inovação no direito português, constituiu uma inovação face ao Código de Processo Penal anterior.

Esta norma definitiva, procurando contribuir para a legalidade processual, ao sintetizar e estabilizar noções utilizadas pelos diferentes agentes do e no processo,⁶ não é, todavia, uma norma completa, dado que as normas definitivas “contêm apenas partes de normas que hão-de integrar outras disposições legais, resultando dessa combinação uma norma completa”.⁷

⁴ Preocupações essas assumidas expressamente no Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

⁵ Cfr. ANNE PETERS, “Corruption as a Violation of International Human Rights”, EJIL (2018), vol 29, n.º 4, pp. 1251 e s.; p. 1283-84.

⁶ Assim, HENRIQUES GASPAR/AA.VV., *Código de Processo Penal Comentado*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 12.

⁷ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 110.

Ora, nos termos da alínea *m*), do artigo 1º do Código de Processo Penal (doravante CPP),⁸ *considera-se “criminalidade altamente organizada” as condutas que integram os crimes de associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento*. Assim, sendo a corrupção integrante da criminalidade altamente organizada, com a leitura desta alínea imediatamente surgem três questões: 1) Não existe uma definição autónoma de corrupção no CPP;⁹ 2) A noção do termo “corrupção” usado nesta alínea não é delimitada; 3) A formulação da categoria parece apontar – em confronto com as alíneas *i*) e *j*) – para uma possibilidade de integração (“integrarem”) dos tipos de criminalidade no conceito e não para uma necessária imposição (“integram”) dessa mesma integração.¹⁰

Iremos deter-nos, primordialmente, na terceira questão, por ser aquela que mais implicações trará no desenvolvimento da presente análise, ainda que façamos uma primeira referência breve à segunda questão.

O termo “corrupção” usado na alínea *m*) do artigo 1º do CPP, apenas fazendo alusão relacional a condutas, não remete – em harmonia, aliás, com outras normas do CPP – para normas penais concretas; daqui se poderá inferir que, não procedendo a uma delimitação restritiva dos tipos penais abrangidos pelas condutas, se pretenda abranger todas as condutas que possam ser subsumíveis em tipos de corrupção (previstos no CP e em lei extravagante). Aqui podemos considerar ser utilizada uma noção de conduta típica – não necessariamente de fenómeno criminógeno *qua tale* –, dado outros tipos penais que poderão considerar-se integrar o fenómeno criminógeno serem especificamente referidos.

⁸ Sabendo-se, não obstante, que esta categoria já foi considerada conjuntamente com as categorias de terrorismo e de criminalidade violenta, e que a separação destas categorias levou ao alargamento dos tipos de criminalidade incluídos em cada uma delas.

⁹ Sendo que mesmo a definição de criminalidade altamente organizada não é isenta de dúvidas. Muito recentemente, cfr. JORGE REIS BRAVO, “Criminalidade económico-financeira e organizada: ensaio de diagnóstico para uma estratégia”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXX (2021), n.º 355, pp. 27 e s., *maxime*, p. 44 e s.

¹⁰ Não partilhamos de entendimento absolutamente coincidente com Pedro Soares de Albergaria, que interpreta na eliminação do vocábulo “podem” um cerceamento da possibilidade de ponderação judicial sobre a pertinência da conduta no catálogo, ainda que partilhemos do entendimento de que a ser assim – e mesmo assim não sendo, com a possibilidade concedida – o direito processual penal mais musculado (v.g., excepcional) “colonize” o direito processual penal comum. Cfr. PEDRO SOARES DE ALBERGARIA/AA.VV., Art. 1º, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2019, p. 72-73.

Se, até aqui, a intenção do legislador pode parecer mais clara, mais complexa a mesma se torna quando nos debruçamos sobre a terceira questão, ou seja, se as condutas de corrupção integram *ipso facto* a criminalidade altamente organizada ou se, diferentemente, poderão ser integradas nesta categoria.

A palavra “corrupção” é usada em outras duas ocasiões no CPP, designadamente no art. 68º, a propósito da possibilidade de constituição como assistente, e no art. 215º, a propósito da prisão preventiva.

No âmbito da al. e) do n.º 1 do art. 68º do CPP, a palavra “corrupção” é usada fora da sua integração na criminalidade altamente organizada, como um dos crimes que permite que “qualquer” pessoa se constitua assistente no respectivo processo. Aqui usa-se corrupção como “crime” e não como “conduta”. Não obstante, a nota a salientar neste ponto é, justamente, a sua utilização fora do conceito de criminalidade altamente organizada.

Mas mais interessante é a utilização do termo “corrupção” no artigo 215º do CPP, mais precisamente no n.º 2. A propósito dos prazos de duração da prisão preventiva, o corpo do n.º 2 refere que os prazos são elevados *em casos de criminalidade altamente organizada* – aqui se manifestando, desde logo, um exemplo da natureza incompleta da norma definitiva, integrada *in casu*, em uma norma completa –, ou seja, onde se integraria a corrupção, atento o disposto na alínea m), do art. 1º do CPP. Todavia, finaliza o corpo do n.º 2 referindo: “ou por crime”, elencando nas diversas alíneas diferentes crimes e, em especial, na alínea d), mencionando expressamente o crime de corrupção. Ou seja, procede a uma autonomização da corrupção face à criminalidade altamente organizada em uma norma em que são usados ambos os conceitos.

Neste percurso, procurámos responder à questão de qual o âmbito de aplicação de (novas) medidas processuais destinadas a combater a corrupção: se a criminalidade altamente organizada, se a corrupção *qua tale*. E, atendendo ao percurso feito, inclinamo-nos para a consideração da segunda possibilidade: a corrupção – ainda que não definida – é uma realidade autónoma em processo penal. Pelo que será possível admitir que nem todas as medidas processuais destinadas a combater a corrupção sejam necessariamente aplicáveis à criminalidade altamente organizada. Tudo dependerá do enquadramento legal das mesmas: as medidas poderão dirigir-se à criminalidade altamente organizada, sendo possível incluir a corrupção, ou poderão destinar-se à corrupção, não abrangendo outros tipos de criminalidade altamente organizada.

Sendo a bandeira hasteada mais alto a bandeira do combate à corrupção – *a latters*, bandeira que assim o tem sido nas últimas duas décadas, sempre sob uma égide de teor expansivo – importa compreender em que medida existirá um

processo penal da corrupção, considerando que esta é, indubitavelmente, uma das formas de criminalidade que mais dificuldades coloca no patamar da investigação. Sendo um crime sem vítima e, como refere Cláudia Santos, “na corrupção não há, em regra, ninguém que reclame uma resposta punitiva do Estado”,¹¹ trata-se de uma criminalidade silenciosa.

Ora, dependendo o processo penal de notícia do crime, como facilitar a sua descoberta? E como – ou se – atingir eficácia na investigação?

§ 3. Legalidade e Oportunidade em processo penal

Antes de trazer à colação algumas medidas propostas na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção com refracção no processo penal, importa, previamente, referir, mesmo que topicamente, os modelos convocados no título que serve de base à nossa análise.

O princípio da legalidade processual vem estabelecido no artigo 2º do CPP, nos termos do qual *a aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código*. Este princípio “constitui garantia de confluência dos princípios instrumentais com os princípios materiais: a legalidade e a tipicidade dos actos do processo; a dimensão estatutária dos direitos e deveres dos sujeitos processuais; a vinculação do Ministério Público e do juiz; a legalidade e tipicidade das medidas de coacção; a legalidade da prova”.¹²

Todavia, importa-nos primordialmente o princípio da legalidade, no patamar da promoção processual, e que se distingue do princípio da legalidade processual. O princípio da legalidade (da promoção processual) determina que a promoção do processo é um dever para o Ministério Público e não uma opção, deste modo se materializando a máxima da igualdade na aplicação do direito (art. 13º da CRP).

Além do postulado de que a actividade investigatória se deve desenvolver sob a égide de uma estrita vinculação à lei, para o que não podem pesar razões de conveniência, o princípio da legalidade significa que o Ministério Público está obrigado a promover o processo penal tanto no impulso inicial, como no que toca ao impulso sucessivo.

¹¹ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Os crimes de corrupção – notas a partir de um regime penal sempre em expansão”, *Julgar* 28 (2016), pp. 89 e s., p. 95.

¹² HENRIQUES GASPAR/AA.VV., *Código de Processo Penal Comentado*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 18.

Com efeito, nos termos do art. 262º, n.º 2, do CPP, a aquisição da notícia do crime dá lugar à abertura de inquérito e, de acordo com o art. 283º, n.º 1, do mesmo Código, a existência (suficiente) dos pressupostos factuais, materiais e processuais implica a dedução de acusação.¹³ Estas normas constituem ainda refracção do que vem disposto no art. 219, n.º 1, da Lei Fundamental, relativo à legalidade da acção penal.¹⁴

De notar que violação deste princípio por parte do Ministério Público pode acarretar — além de responsabilidade disciplinar (nos termos do Estatuto do Ministério Público) — responsabilidade criminal, por comissão do crime de denegação de justiça e prevaricação, nos termos do art. 369º do Código Penal. O “controlo” do cumprimento deste princípio pode ocorrer através do requerimento de abertura de instrução (arts. 286º e 287º, do CPP) ou, também ainda, através da intervenção hierárquica (art. 278º, do CPP).

Neste contexto, cumpre ainda fazer referência a soluções de oportunidade. As soluções de oportunidade podem ter significado diverso no âmbito do processo penal. Podemos sistematizar os principais grupos de casos do seguinte modo:¹⁵ *i*) tendências de privatização do processo penal; *ii*) margens de discricionariedade inerentes à promoção do processo; *iii*) tendência para a administrativização da justiça penal; e *iv*) negociações de culpa e de responsabilidade penal.

No contexto das tendências de privatização podemos referir a natureza processual dos crimes. Com efeito, no âmbito dos crimes semi-públicos e particulares, a promoção do procedimento criminal depende da decisão do particular, *in casu*, do ofendido.

Referindo-nos às margens de discricionariedade inerentes à promoção do processo, trata-se dos casos em que o Ministério Público avalia a verificação do pressuposto do qual depende a solução legal. Por exemplo, o art. 283º do CPP refere-se a “indícios suficientes”, devendo ser o Ministério Público a aferir se os indícios são, ou não, suficientes.

A administrativização da justiça penal representa os casos de limitação do princípio da legalidade, que encontram manifestação, *inter alia*, nos casos do arqui-

¹³ O MP apenas é obrigado a acusar quando (e apenas se) considerar os indícios suficientes ou a prova bastante.

¹⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 77.

¹⁵ Aqui, seguindo de perto FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito Processual Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 206-207.

vamento em caso de dispensa de pena (art. 280º do CPP) ou da suspensão provisória do processo (art. 281º do CPP).¹⁶ São casos em que as margens de discricionariedade do Ministério Público vão além daquelas inerentes à promoção do processo, implicando uma valoração concreta do facto.

O último grupo de casos, referente à negociação de responsabilidade, prende-se, fundamentalmente, com soluções relacionadas com a colaboração dos arguidos com as autoridades, encontrando afloramentos em regimes especiais atinentes a certos tipos de criminalidade, de que podemos dar o exemplo do art. 374º-B, n.º 1, al. a), do CP, que se inscreve já no âmbito do direito premial, prevendo-se a dispensa de pena (facultativa) para o agente quando este *tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do ato e sempre antes da instauração do procedimento criminal, desde que voluntariamente restitua vantagem ou tratando-se de coisa ou animal fungíveis, o seu valor.*

Estas soluções inscrevem-se em um programa político-criminal de diversão, encontrando-se circunscritas a casos limitados, e não traduzem qualquer aceitação geral do princípio de oportunidade no respeitante à promoção do processo, especialmente tendo em conta que, mesmo nos afloramentos de soluções que implicam limitação ao princípio da legalidade, se exige o acordo de outros sujeitos processuais (*maxime*, arts. 280º e 281º do CPP).

Ainda antes de prosseguirmos o nosso caminho importa fazer uma distinção prévia, designadamente entre protecção de denunciante e delação premiada. Em Portugal já existem mecanismos de protecção de denunciante – p. ex. art. 368º-A do Código de Valores Mobiliários – que, no fundo, não implicam quaisquer “contrapartidas” jurídicas, ou seja, são mecanismos de salvaguarda do cidadão que transmite informação sobre um facto jurídico-penalmente relevante. Entre as medidas possíveis poderão estar o anonimato do denunciante (cfr. art. 368º-D do CdVM), a consideração da licitude da transmissão da informação quando verdadeira (art. 368º-A, n.º 6, CdVM), ou a manutenção do emprego do denunciante (art. 368º-A, n.º 7 CdVM), v.g., a “cláusula de não perseguição”. No caso da protecção de denunciante, trata-se de medidas que podem ser aplicadas a qualquer pessoa – com ou sem intervenção directa nos factos – sem implicação directa no patamar da questão da responsabilidade penal.¹⁷

¹⁶ A própria mediação penal (Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho) pode ser considerada uma solução de oportunidade, assim como o mecanismo do art. 16º, n.º 3, do CPP.

¹⁷ Nesse sentido vão também as medidas propostas na Diretiva (EU) 2019/1937 do Parlamento e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, relativa à proteção de pessoas que denunciam violações do Direito da União.

Em termos gerais, no processo penal português, também o anonimato do denunciante é admitido, ainda que possa não ter como implicação necessária a correspondente abertura de inquérito (art. 246º, n.º 6, do CPP). Em termos mais concretos, no patamar de diplomas com incidência mais directa no combate à corrupção, temos também a protecção de denunciante que sejam trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado e trabalhadores do sector privado, onde se incluem medidas como a cláusula de não perseguição, o anonimato, a transferência a pedido e o benefício do regime de protecção de testemunhas (art. 4º da Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril, na redacção dada pela Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril).

Coisa bem distinta é a designada delação premiada (*whistle blowers*). Aqui existe uma verdadeira colaboração em troca de uma contrapartida, *maxime*, no patamar da atenuação ou exclusão de responsabilidade, na medida em que os delatores estão directamente envolvidos nos factos com relevo jurídico-criminal, ou seja, retiram uma contrapartida directa no contexto da responsabilidade penal, ao implicarem, denunciando, outro ou outros arguidos.

Em um sistema processual penal norteado pelo princípio da presunção de inocência – como reflexo processual do princípio da culpa –, em que o ónus da prova pertence ao Estado (como acusação), a ideia de negociação da responsabilidade por uma responsabilidade de outrem é uma contradição directa com este modelo, colocando até mesmo em causa o princípio da igualdade, na medida em que quem não tiver nada para oferecer, nada poderá beneficiar “em troca”, colocando mesmo em causa o dever de protecção de direitos fundamentais.¹⁸

Todavia, face a dificuldades de investigação, é a tentação deste modelo que surpreendemos em casos mediáticos no Brasil, *v.g.*, a propósito de casos de corrupção, em que se admite serem dadas “imunidades” a uns, para condenar outros.¹⁹

Até ao momento, em Portugal, não temos um sistema semelhante: admite-se o colaborador premiado²⁰, mas não, necessariamente, o delator premiado.

¹⁸ Cfr. PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “Delação premiada...o regresso da tortura!”, in: José de Faria Costa *et. al.*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. II, *Stvdia Ivridica* 109 Ad Honorem, Universidade de Coimbra: II, 2017, pp. 525 e s.

¹⁹ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/NUNO BRANDÃO, “Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava-Jato”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, ano 25 (2017), pp. 133 e s.

²⁰ Referindo-se à ponderação do “valor da conduta de colaboração sem excluir totalmente a responsabilidade”, *vd.* FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “Comportamento repara-

Cumpra analisar, assim, quais as medidas propostas na ENCC 2020-2024 a propósito dos mecanismos de oportunidade mais relevantes.

§ 4. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (doravante, ENCC)²¹ procura conciliar e harmonizar as dimensões preventiva e repressiva do combate à corrupção. Assumindo que não existe uma definição uma de corrupção, a ENCC parte da ideia “consensual que numa conduta corruptiva se verifica o abuso de um poder ou função públicos de forma a beneficiar um terceiro, contra o pagamento de uma quantia ou outro tipo de vantagem”, acrescentado que “integram também o conceito criminal de corrupção, ainda que inexista abuso de um poder ou função públicos, os crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada (...)”.²²

Ainda que a ENCC se centre, fundamentalmente, na prevenção, são indicadas diversas medidas no patamar da repressão.

Sendo impossível abordá-las todas de modo exaustivo, procuraremos enfrentá-las de modo sistemático, ainda que enunciativo e em termos de grandes linhas de força, apenas nos debruçando sobre duas medidas em concreto: a dispensa de pensa e no acordo sobre a pena aplicável.

Assim, podemos identificar 3 eixos de intervenção:

1. Harmonização de regime legal;
2. Privilegiamento de denúncias e de denunciantes;
3. Co-responsabilização de privados, em especial, de pessoas colectivas.

1. Harmonização de regime legal

No patamar da harmonização do(s) regime(s) legal(is), podemos encontrar diversas medidas propostas, que apresentamos esquematicamente:

- a) revisão dos diplomas que têm por objecto a repressão da corrupção e criminalidade conexas;

dor e colaboração processual à luz dos valores do Estado de Direito”, in: Paulo Pinto de Albuquerque/Rui Cardoso/Sónia Moura (Orgs.), *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa: UC Editora, 2021, pp. 245 e s., p. 251.

²¹ Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, publicada na 1ª série do *Diário da República* (DR) em 6 de Abril de 2021 (pp. 8-49). As referências à ENCC serão feitas relativamente à versão publicada em DR.

²² ENCC, p. 10.

- b) revisão do regime de prescrição (solução harmoniosa);
- c) revisão do conceito de funcionário (art. 386º CP);
- d) uniformização regimes dispensa e atenuação especial da pena nos vários regimes legais (cargos políticos/agentes desportivos/comércio internacional);
- e) uniformização de regimes da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

2. *Privilegiamento de denúncias e de denunciantes*

Olhando para o segundo eixo, teremos de o subdividir em dois planos, ou seja, o direito premial *qua tale* e o problema das denúncias, para, também neste eixo, identificarmos diversas medidas propostas:

a) Direito premial

- i) instituição da dispensa ou atenuação especial da pena;
- ii) alargamento do instituto da suspensão provisória do processo à fase de instrução para os crimes de corrupção passiva e recebimento indevido de vantagem;
- iii) acordos sobre pena aplicável (reflexo confissão na determinação da sanção);

b) Denúncias

- i) implementação generalizada de medidas de protecção a denunciante (regime geral);
- ii) criação/alargamento de canais de denúncia.

3. *Co-responsabilização de privados, em especial, as pessoas colectivas*

Finalmente, no terceiro eixo, podemos sintetizar as seguintes medidas propostas:

- a) relevância substantiva aos programas de cumprimento normativo (compliance) na determinação da pena;
- b) obrigatoriedade de adopção de programas de compliance para empresas de média e grande dimensão;
- c) abertura à admissibilidade de prova na empresa e pela empresa (investigações internas) no processo penal.

Como referido no início deste ponto, iremos apenas destacar duas medidas. A primeira sendo o regime de dispensa de pena, a partir do art. 374º-B do CP.

Olhando para a ENCC, ali se refere²³ que este regime deve pressupor uma denúncia “completa” antes da instauração do procedimento criminal, deve ser eliminada a possibilidade de dispensa de pena quando exista mera omissão da prática do acto mercadejado; deve tornar-se obrigatória a dispensa de pena; deve ser eliminado o prazo de 30 dias após a prática do acto; deve existir um

²³ ENCC, p. 32 e s.

regime diferenciado para a corrupção para acto lícito ou ilícito; no caso de corrupção para acto ilícito, apenas deverá haver dispensa para as hipóteses em que o acto não tenham sido praticados e deve ser privilegiada a dispensa de pena no julgamento.²⁴

Se entendermos que “é importante incrementar o efeito preventivo gerado, no momento da prática criminosa, pelo espectro de que, em caso de descoberta, algum dos participantes venha a colaborar com a justiça, em busca do almejado prémio da dispensa de pena, pondo termo ao pacto corruptivo e lançando a desavença entre comparsas”,²⁵ não fará sentido limitar a colaboração a momento anterior à instauração do procedimento criminal, antes parecendo que – não obstante as já invocadas dificuldades de obtenção de notícia do crime nestes casos – o intuito único da dispensa de pena é provocar a denúncia e não aumentar as possibilidades de colaboração com a justiça. Por outro lado, o privilégio de julgamento do colaborador da justiça constitui, nesta proposta, a imposição de um ónus ao colaborador, parecendo que esta ideia de limitação de recurso ao mecanismo do art. 280º do CPP pretende apenas garantir a aplicabilidade do regime da perda alargada de bens (art. 12º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro).

A vingar esta proposta, o âmbito de discricionariedade do MP no caso concreto, quanto a esta criminalidade, ficará reduzido (limitando-se, *v.g.*, ao art. 281º do CPP, que tem tido, como se sabe, eficácia reduzida nesta matéria).

Mas mesmo vingando esta proposta, não se trata da importação direta da delação premiada, mas de um regime de colaboração premiada (não direccionado para os agentes, mas para os factos).²⁶

A outra medida que se inscreve mais fortemente na ideia de justiça negociada – mais próxima, pois, do princípio da oportunidade – é o acordo sobre a pena aplicável (*guilty plea*). Trata-se da convocação de soluções de consenso para a pena aplicável, no início da fase de julgamento, ou seja, um acordo que “assente na confissão livre e sem reservas dos factos imputados ao arguido”, devendo este mesmo acordo incidir sobre a questão da sanção – não da culpabilidade – (e, uma vez mais, não prejudicando a perda de bens!), salientando-se que “deverá ficar afastada uma configuração do instituto que premeie, através da redução

²⁴ ENCC, p. 33 e s.

²⁵ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Comentários à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (2020-2024)”, *Julgar Online*, Outubro de 2020, p. 6.

²⁶ Com relevo, *cfr.*, NUNO BRANDÃO, “Colaboração probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais”, *Julgar* n.º 38, p. 115 e s.; ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, “O estatuto do arrependido colaborador no dealbar do (ainda) admirável mundo novo — um novo meio de obtenção de prova a tipificar em Portugal”, *Julgar Online*, Abril de 2020.

da pena aplicável, quem colabore responsabilizando outro ou outros arguidos”.²⁷ No fundo, uma medida proposta que terá de se movimentar em sentido coincidente com aquele que norteia outras soluções do CPP, p. ex., o art. 344º, n.º 3, al. a), do mesmo Código, relativo à confissão em caso de co-arguido.

§ 5. Retorno à criminalidade organizada à corrupção: entre a legalidade e a oportunidade

Teremos ainda de aguardar pelas concretas formulações legais para uma análise mais incisiva.²⁸

Não sendo o propósito deste percurso uma apreciação crítica aprofundada do conjunto de medidas propostas,²⁹ sempre se deverá dar nota de duas observações.

Em primeiro lugar, atenta a complexidade do fenómeno da corrupção e criminalidade organizada, será positiva a existência do que até aqui ainda não existiu nesta matéria: um regime sem contradição, articulado, harmonizado. Ou seja, uma nota positiva.

Em segundo lugar, importa compreender o verdadeiro alcance de algumas medidas propostas, de outro modo, a aplicação, quanto a esta criminalidade, de um direito processual dependente do princípio da oportunidade, para a obtenção da notícia do crime. Por outras palavras, um processo penal para o corrupto (e afins), guiado por uma ideia de justiça premial e negociada, e um processo penal – assente no princípio da legalidade – para os restantes agentes de (outros) crimes.

Será caso para perguntar se a corrupção não compensa...

O equilíbrio parece pretender ser atingido através da combinação de soluções premiais para a colaboração com a justiça com a possibilidade de recurso a um processo penal mais “musculado” na investigação deste tipo de criminalidade, pela sua integração no conceito de criminalidade organizada do art. 1º do CPP.

²⁷ ENCC, p. 39.

²⁸ Sendo, por ora, conhecida a Proposta de Lei 90/XIV/2, e os diferentes Projetos de Lei que integram o “pacote” legislativo, disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=110758>.

²⁹ Sobre as diferentes implicações da ENCC, cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/RUI CARDOSO/SÓNIA MOURA (Orgs.), *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa: UC Editora, 2021, *passim*.

Importa, todavia, não perder o horizonte compreensivo do direito processual penal português como um direito garantístico, que previna que o discurso do combate à corrupção venha, afinal, a corromper o processo penal.

Referências bibliográficas

- ALBERGARIA, Pedro Soares de, Art. 1º, in: AA.VV., *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo I, Coimbra: Almedina, pp. 33 e s.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de / CARDOSO, Rui / MOURA, Sónia (Orgs.), *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa: UC Editora, 2021.
- ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2021.
- BRANDÃO, Nuno, “Colaboração probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais”, *Julgar* n.º 38, pp. 115 e s.
- BRAVO, Jorge Reis, “Criminalidade económico-financeira e organizada: ensaio de diagnóstico para uma estratégia”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXX (2021), n.º 355, pp. 27 e s.
- CONCEIÇÃO, Ana Raquel, “O estatuto do arrependido colaborador no dealbar do (ainda) admirável mundo novo — um novo meio de obtenção de prova a tipificar em Portugal”, *Julgar Online*, Abril de 2020.
- CANOTILHO, J.J. Gomes / BRANDÃO, Nuno, “Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava-Jato”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, ano 25 (2017), pp. 133 e s.
- GASPAR, A. Henriques, Art. 1º, in: AA.VV., *Código de Processo Penal Comentado*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2021.
- MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1983.
- MATTA, Paulo Saragoça da, “Delação premiada...o regresso da tortura!”, in: José de Faria Costa et. al., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. II, *Studia Iuridica* 109 Ad Honorem, Universidade de Coimbra: II, 2017, pp. 525 e s.
- MOURA, José Souto de, “Crime transnacional e corrupção”, in: *idem*, *Direito ao assunto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 349 e s., p. 352.
- PETERS, Anne, “Corruption as a Violation of International Human Rights”, *EJIL* (2018), vol 29, n.º 4, pp. 1251 e s.
- PINTO, Frederico Lacerda da Costa, “Comportamento reparador e colaboração processual à luz dos valores do Estado de Direito”, in: Paulo Pinto de Albuquerque/Rui Cardoso/Sónia Moura (Orgs.), *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa: UC Editora, 2021, pp. 245 e s., p. 251.
- PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *Direito Processual Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998.
- SANTOS, Cláudia Cruz, “Os crimes de corrupção – notas a partir de um regime penal sempre em expansão”, *Julgar* 28 (2016), pp. 89 e s., p. 95.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso, “Comentários à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (2020-2024)”, *Julgar Online*, Outubro de 2020.