

ORDEM DOS ADVOGADOS

Posição da Ordem dos Advogados sobre a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção

O documento **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC)** posto à discussão pública pelo Governo traça as principais linhas programáticas no combate à corrupção em Portugal, pretendendo cobrir matérias de prevenção, deteção e repressão desse fenómeno e de toda a criminalidade económico-financeira conexas.

Nesse documento afirma-se esse objetivo com vista à «igualdade de tratamento entre os cidadãos» e ao crescimento económico, concluindo-se assim tratar-se de um combate essencial ao reforço da qualidade da democracia e à plena realização do Estado de Direito.

A Ordem dos Advogados, concordando com esses objetivos, entende, todavia, que o objetivo terá de ser muito mais amplo porque o que está claramente em causa nesta matéria são questões de **Direitos Humanos**.

Estes fenómenos da corrupção e da criminalidade económico-financeira conexas minam por dentro as mais elementares regras de convivência e de sobrevivência comunitárias, ao nível económico, político e social, adulterando e impedindo salutares, regulares e normais relações económicas, políticas e sociais.

Tudo se adultera e falseia quando este tipo de criminalidade entra em ação, assim se prejudicando, portanto, populações inteiras por falta de recursos económicos indevida e ilegalmente desviados para servir interesses e finalidades exclusivamente pessoais e egoístas de uns poucos.

O que, depois, inevitavelmente, se reflete nos recursos económicos disponíveis que passam, ou continuam a ser, escassos, com prejuízo das respostas a dar aos mais diversos níveis: saúde, ensino, justiça, segurança,

segurança social, habitação, agricultura, transportes, acessos rodovias e ferroviários, cultura e tantos outros.

E porque, quando tal sucede, os grandes prejudicados são as populações em geral, é óbvio e evidente que esta é uma fundamental questão de **Direitos Humanos**.

Não se percebe, por isso, e a Ordem dos Advogados há muito que o vem afirmando, que os sucessivos governos portugueses dos últimos quarenta anos nunca tenham **implementado** programas de verdadeiro combate à corrupção e criminalidade conexas destinados a extinguir ou, pelo menos, a reduzir para níveis incipientes estes fenómenos.

Note-se que não falamos aqui em legislar em maior quantidade ou até com mais qualidade; falamos sim em, sobretudo, **implementar no terreno**, na prática, no dia-a-dia, toda essa vasta legislação.

É, aliás, impressionante o volume de produção legislativa que nos últimos 15 anos tem vindo a ser produzido em Portugal sobre estas matérias.

Desde os denominados “Pacote Cravinho” e “Pacote Anticorrupção”, em 2006, passando por vários e inúmeros diplomas que preveem medidas de combate à corrupção e à criminalidade conexas, tudo tem sido alvo da atenção do nosso legislador.

Estamos a falar de corrupção ativa e passiva, de associação criminosa, de tráfico de influência, de peculato, de participação económica em negócio, de uso indevido de acesso privilegiado a matérias sigilosas (como no mercado de valores mobiliários), de administração danosa, de fraude e abuso de confiança fiscal, de crimes tributários e contra a segurança social, de branqueamento e de criminalidade conexas.

Toda esta criminalidade está prevista e é punível pela lei portuguesa que, de alguma forma tem vindo a tentar acompanhar a evolução dos tempos e, portanto, também procurando acompanhar as formas sempre mais aperfeiçoadas desta criminalidade; e tanto a nível substantivo, como adjetivo.

Na verdade, dispomos de um código penal que prevê e pune a corrupção, a associação criminosa, o tráfico de influência, o branqueamento, o recebimento indevido de vantagem, a participação económica em negócio, o peculato, o peculato de uso e toda a criminalidade conexas como a burla, a falsificação de documento e a violação das regras urbanísticas. Prevendo ainda a agravação das penas aplicáveis em certas circunstâncias como no caso de estarem em causa valores elevados ou consideravelmente elevados;

Dispomos de legislação penal extravagante que prevê a **criminalidade fiscal e contra a segurança social**, como a fraude fiscal, o abuso de con-

fiança, os crimes tributários e contra a segurança social (RGIT — Regime Geral das Infrações Tributárias aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 05/06);

Dispomos de legislação penal extravagante sobre a **responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos**, prevendo penas agravadas para os crimes previstos na lei penal geral (Lei 34/87, de 16/7);

Dispomos de legislação penal extravagante que prevê a punição da **corrupção no comércio internacional e no setor privado** (Lei n.º 20/2008, de 21 de abril);

Dispomos de legislação penal extravagante que prevê a **responsabilidade penal na atividade desportiva**, punindo crimes de corrupção passiva e ativa, tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem, associação criminosa, apostas antidesportivas e prevendo agravações de penas em diversas situações (Lei n.º 50/2007, de 31/8, sucessivamente atualizada);

Dispomos de legislação penal extravagante que pune a **criminalidade informática**, a denominada Lei do Cibercrime, que pune diversas condutas relacionadas com a informática e a internet (Lei n.º 109/2009, de 15/09);

E muita outra legislação penal avulsa.

Toda esta legislação, como dissemos, tem vindo a ser sucessivamente atualizada, adaptando-se aos novos métodos e às sempre rebuscadas e renovadas formas da criminalidade mencionada.

Por outro lado, dispomos até de **legislação processual** que permite proceder à investigação e à recolha de prova não só durante o inquérito criminal, **como até, surpreendentemente, antes sequer de existir qualquer procedimento criminal.**

É o caso da **Lei 36/94**, de 24/09 que prevê medidas de **combate à corrupção e criminalidade económica e financeira** e coloca nas mãos de um departamento da Polícia Judiciária, a realização de «**ações de prevenção**» que compreendem a **recolha de informação** quanto a notícia de factos «**suscetíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime**», não impondo, para o efeito, a instauração de qualquer processo criminal.

Para além disso, nesta mesma lei prevê-se ainda a possibilidade de ativação do denominado **Direito Premial**, nomeadamente a possibilidade da **suspensão provisória do processo**, para os crimes de corrupção ativa, desde que o arguido tenha denunciado o crime ou contribuído decisiva-

mente para a descoberta da verdade e a **atenuação especial da pena** para o agente que colaborar ativamente na recolha da prova ou na captura dos outros responsáveis pela prática dos vários crimes previstos nesta lei (corrupção, peculato, administração danosa, fraude na obtenção de subsídio e outros) — cf. art. 8.º, desta lei.

Veja-se ainda a **Lei n.º 5/2002**, de 11/01, que contém **medidas de combate à criminalidade organizada** e que prevê **medidas de combate a qualquer criminalidade altamente organizada** [todos os crimes previstos na alínea *m*), do art. 1.º, do CPP], mas também muitos outros crimes, praticados, uns, de forma organizada, e, outros, sem essa exigência. Além dos crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira, também aqui se incluem a pornografia infantil, a contrafação de moeda e outros, praticados de forma organizada ou não; e ainda os crimes previstos na lei do cibercrime e na Lei n.º 36/94, como por exemplo a fraude na obtenção de subsídio ou a administração danosa.

Nesta lei prevê-se a quebra do sigilo bancário **«se houver razões para crer que as respetivas informações têm interesse para a descoberta da verdade»**, prevê-se o controlo da conta bancária, o que significa que qualquer movimento na conta deverá ser comunicado ao OPC, ao MP, ou ao JIC, prevê-se também o **Registo de Voz e de Imagem**, por qualquer meio **«quando necessário para a investigação»** destes crimes, não se exigindo a verificação dos pressupostos exigentíssimos do art. 187.º, n.º 1, do CPP — a indispensabilidade para a descoberta da verdade ou a impossibilidade ou grande dificuldade em obter a prova de outra forma.

E depois, todo o regime da perda ampliada de bens e do arresto previstos também neste diploma.

Dispõem ainda o MP e os OPC's de uma lei que permite uma série de ações encobertas para fins de prevenção em investigação criminal e que podem ocorrer também no **«âmbito da prevenção criminal»**, ou seja, ainda antes de instaurado qualquer procedimento criminal (**Lei n.º 101/2001**, de 25 de agosto).

Também a **Lei n.º 19/2008**, de 21/04, que aprovou medidas de combate à corrupção — prevê, entre outras possibilidades, a **proteção de trabalhadores, públicos e privados que denunciem o cometimento de infrações** de que tenham conhecimento no exercício das suas funções.

Ainda a **Lei n.º 83/2017**, de 18/08, que prevê e impõe a um rol imenso de entidades públicas e privadas, desde entidades financeiras, sociedades comerciais, e até Advogados, nomeadamente a comunicação obrigatória ao MP e à Polícia Judiciária de um conjunto imenso de ativida-

des que vão desde a venda de imóveis, passando pela constituição de sociedades, até à abertura de contas bancárias de qualquer tipo.

Ou a **Lei n.º 54/2008**, de 4/09, que criou o **Conselho de Prevenção da Corrupção** que funciona junto do Tribunal de Contas e que tem atribuições e competências como a recolha e organização de informações relativas à prevenção da corrupção e elaborando códigos de conduta que permitam com facilidade detetar situações de corrupção ou criminalidade conexas.

Ou ainda a Lei orgânica n.º 2/2005, de 10 de janeiro, que criou a Entidade das Contas e Financiamentos Políticos a funcionar igualmente junto do Tribunal de Contas e que tem a seu cargo, nomeadamente a análise e fiscalização das contas dos partidos políticos.

E de muita outra e diversificada legislação extravagante dispõem os órgãos de investigação criminal, como a **Lei n.º 36/2010**, que prevê uma base de dados de contas bancárias à disposição permanente do **Banco de Portugal**, ou a **Lei n.º 32/2008** quanto à prova por «**localização celular conservada**» e quanto à conservação de dados de comunicações eletrónicas ou telefónicas.

Tudo isto acresce, obviamente, às diversas disposições normativas previstas no Código de Processo Penal de que se destacam todos os meios de obtenção de prova previstos nos arts. 171.º a 190.º, e muitas outras normas aí previstas de grande auxílio da investigação e de recolha de prova.

Ao nível do Código Penal, e a favor de uma investigação que pode revelar-se mais demorada, por complexa e densa, há que realçar ainda as regras relativas à **prescrição do procedimento criminal** que, neste tipo de criminalidade, em regra, atinge prazos de 15 anos que, com diversas causas de suspensão e interrupção, facilmente atingem os 25 anos e meio.

Coadjuvando toda esta legislação há ainda a realçar aquilo a que se costuma chamar de «**espaço judiciário penal comum**» onde se surpreende uma efetiva cooperação judiciária e policial entre os vários países, o que tem permitido uma mais fácil, rápida e eficaz troca de informações, de saberes, de experiências, de novas e mais eficazes metodologias, com ganhos relevantes e decisivos na investigação e na recolha de prova.

Apesar de todos estes meios legislativos, a corrupção e a criminalidade económica e financeira continuam a ser uma realidade incessante que grassa em Portugal.

Daí que a Ordem dos Advogados encare este ENCC — 2020/2024 — com muito ceticismo e descrença, com a grave sensação de que será mais um pacote de combate à corrupção e de nenhuma eficácia.

Na verdade, enquanto não forem implementadas com efetividade, no terreno, as diversas medidas legislativas já abundantemente existentes no

nosso ordenamento jurídico, de nada adiantará continuar a produzir legislação em massa que apenas contribuirá para gerar mais confusão legislativa sem quaisquer resultados práticos na prevenção, detecção e repressão do fenómeno corruptivo e da criminalidade conexas.

Por outro lado, e com particular gravidade e perigosidade ao nível dos **Direitos, Liberdades e Garantias** dos cidadãos — ao fim e ao cabo, de todos nós — a Ordem dos Advogados surpreende neste ENCC alguns laivos de prepotência processual que colocam claramente em causa princípios constitucionalmente consagrados, pretendendo-se percorrer caminhos que brigam com a dignidade da pessoa humana. Referimo-nos concretamente a **buscas digitais**, a **negociações de penas** e a figuras como a **delação premiada**, tudo com vista a suprir as ineficiências e incapacidades do sistema político, investigatório e jurisdicional na concretização e implementação prática da legislação penal e processual penal e na efetiva perseguição de quem pratica este tipo de criminalidade.

Ainda assim, a Ordem dos Advogados não podia deixar de se pronunciar sobre este documento, um pacote ainda em bruto que se pretende transformar em diversos diplomas legais ou em alterações legislativas.

Assim:

I. Educar para a cidadania — a importância da escola

A Ordem dos Advogados considera absolutamente essencial a «aposta na formação precoce» junto dos jovens, desde as mais tenras idades de escolaridade.

Vem referenciado no ENCC o trabalho do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) — que a Ordem dos Advogados integra com um seu representante nomeado pelo Senhor Bastonário — que, na verdade tem sido sempre merecedor de grande louvor atentos os trabalhos de pesquisa, estudo e formação que tem vindo a levar a cabo sobretudo em sede de prevenção do fenómeno corruptivo e da criminalidade conexas.

Todavia, não pode pretender-se que, em termos de formação, o CPC possa ser determinante junto da comunidade escolar. Evidentemente que tem aí desenvolvido um trabalho verdadeiramente incansável ao nível da formação com vista à prevenção da corrupção, mas trata-se de um trabalho sempre de volume muito diminuto quando se percebe o número de escolas existentes no país e o volume de ações de formação que o CPC consegue levar a cabo anualmente.

A isto não é estranho, desde logo, o número limitado de formadores — que em regra são membros do CPC ou seus assessores e sempre em número muito reduzido — e sobretudo o escassíssimo orçamento anual de que dispõe o CPC.

Em consequência, o trabalho a desenvolver pelo CPC em termos de formação das camadas jovens é totalmente insuficiente, porque em volume forçosamente muito diminuto (uma, duas, três ações de formação por ano junto das escolas); obviamente, um trabalho muito importante, mas absolutamente insuficiente.

Essa formação para a cidadania — de crucial importância — caberá sempre e em primeira linha à própria escola de modo a incutir nos jovens, desde tenra idade, os «sentimentos de repúdio em relação a este tipo de práticas» de que fala o ENCC.

Mas há um longo caminho a percorrer ao nível da formação e educação; trata-se, ao fim e ao cabo, de matérias correlacionadas com todo um povo e com todo o bem-estar das populações, ou seja, matérias profundamente conexas com direitos humanos e, por isso, há que impor desde a escola primária até aos bancos universitários, de acordo com os diversos níveis etários, disciplinas obrigatórias que tratem de matérias relacionadas com direitos humanos, de modo que comportamentos respeitadores desses mesmos direitos humanos possam ser tão naturais como falar, ler e escrever. Há neste aspeto um longo caminho a percorrer e um árduo trabalho a realizar.

Daí que não haja tempo a perder, de modo a que dentro de duas a três gerações estes sentimentos de repúdio destas práticas possam revelar-se devidamente interiorizados por todos.

Já o CPC terá e tem tido um papel importantíssimo nas ações de formação no âmbito da prevenção da corrupção junto das comunidades adultas profissionais. Questão é que possa ser dotado **urgentemente** com um orçamento anual que lhe permita alargar amplamente o leque de formações que, com qualidade, tem vindo a levar a cabo.

Esta formação, nestas matérias de prevenção da corrupção, das camadas adultas e profissionais da população é efetivamente urgente, pois só assim se permitirá que se acelere a consciencialização da generalidade das populações e não tenhamos que ficar a aguardar que só dentro de duas a três gerações estas práticas se revelem devidamente interiorizadas.

Por outro lado, dever-se-á procurar junto de outras entidades já existentes ou a criar a possibilidade de colaborarem nesta formação na área da prevenção da corrupção e da criminalidade conexas junto dos profissionais da Administração Pública e até do setor privado.

A Ordem dos Advogados, neste âmbito, acompanha por isso o ENCC, esperando, no entanto, que tudo seja **efetivamente** levado à prática, num plano que terá que revelar-se sempre ambicioso e urgente.

II. Transparência e eficiência

Também aqui se acompanha o ENCC nomeadamente no objetivo de tornar efetiva a fiscalização pelos Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público da declaração única por parte dos respetivos Magistrados.

No que respeita às contas e financiamentos dos partidos políticos o ENCC é claramente insuficiente e de modo muito preocupante.

Na verdade, é do conhecimento do Governo que a Entidade das Contas e Financiamentos Políticos, que funciona junto do Tribunal Constitucional, não dispõe do mínimo exigível em termos de recursos materiais e humanos, a ponto de não terem podido ser analisadas as contas anuais dos partidos políticos dos anos de 2010 e 2011 com gravíssimo risco de prescrição dos respetivos processos contraordenacionais.

Em consequência, deixa de ter qualquer relevância a afirmação feita a páginas 31 do ENCC no sentido da promoção mais eficiente das contas dos partidos políticos; porque não havendo meios para controlar essas contas, de nada adiantará que as ditas contas sejam eficientes; porque não haverá ou poderá não haver quem as fiscalize...

E é justamente em aspetos como este que a Ordem dos Advogados tem que se insurgir porque é indubitável que o Governo sabe que sem recursos materiais e humanos nada é possível implementar e colocar no terreno, sendo certo que haverá que saber estabelecer prioridades na despesa pública.

Quanto aos **procedimentos** e à denominada “pegada legislativa” e ao estabelecimento da obrigatoriedade de registo de qualquer intervenção de entidades externas no processo legislativo, a Ordem dos Advogados terá que ficar a aguardar, com expectativa, os desenvolvimentos dos projetos legislativos pendentes na Assembleia da República relativamente à atividade vulgarmente conhecida por *lobby*.

Já na área da **contratação pública**, a Ordem dos Advogados tem sérias reticências quanto à proclamada **transparência** com vista a «**reduzir os contextos facilitadores da corrupção**» — cf. p. 32 do ENCC.

Na verdade, após a alteração do art. 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) — Lei n.º 98/97, de 26 de agosto —,

alteração essa que foi introduzida pelo art. 7.º da Lei n.º 27-A/2020, o Tribunal de Contas passou a só poder intervir, em termos de **visto prévio**, em contratos a partir de € 750.000,00, quando até aí essa intervenção ocorria a partir dos € 350.000,00;

Além disso, o Orçamento de Estado para o ano de 2020 aditou as alíneas *g*) e *h*) ao n.º 1 do art. 47.º da LOPTC **isentando de fiscalização prévia** diversos contratos (**contratação pública**) — nomeadamente empreitadas e fiscalização de obras quanto a habitação acessível ou pública ou alojamento estudantil;

E tudo isto apesar de ser do conhecimento geral que o fenómeno corruptivo é muito frequente precisamente na **contratação pública**.

Mais: o regime jurídico das Parcerias Público-privadas — PPP — (DL n.º 111/2012) foi alterado pelo DL n.º 170/2019, introduzindo **norma interpretativa** determinando que o regime das PPP não é aplicável aos municípios e regiões autónomas nem às entidades que estes tenham criado, atribuindo-se — pasme-se — efeitos retroativos à entrada em vigor do DL 111/2012, portanto, a 7 anos antes!

Um documento como este — ENCC — elaborado pelo Governo que levou a cabo estas alterações legislativas sem que as mesmas sejam corrigidas, impõe naturalmente sérias reservas quanto aos propósitos de **tansparência**.

A Ordem dos Advogados aguarda os subseqüentes desenvolvimentos com apreensão e cautela, mas sempre com muita atenção.

III. Adoção de programas de *compliance*

Os programas de *compliance* — cumprimento normativo de regras de ética na ação da Administração Pública — são absolutamente essenciais na prevenção da corrupção e crimes conexos.

Questão é que esses programas sejam efetivamente postos em prática e se traduzam em normas sucintas, claras e exequíveis, de fácil compreensão por todos e de simples execução.

Trata-se de matéria que o Conselho de Prevenção da Corrupção tem estudado e aperfeiçoado ao longo dos anos e que tem vindo a dar a conhecer aos vários profissionais em ações formativas junto de diversos organismos e serviços públicos.

A Ordem dos Advogados entende que se trata de programas relevantes na promoção da prevenção da corrupção que deverão, por isso, ser cada vez mais implementados.

Já no que concerne aos denominados «**Canais de Denúncia**», e segundo julgamos entender, serão vias de comunicação existentes nos próprios serviços da Administração Pública ou da Empresa Privada destinados ao chamado “*Whistleblower*” que assim adquirirá o Estatuto de Denunciante.

Trata-se de algo que está previsto na Diretiva (EU) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa e que deverá ser transposta para o nosso ordenamento jurídico até 17 de dezembro de 2021.

De notar que a Diretiva apenas garante a **Proteção** do Denunciante Profissional — “*Whistleblower*” — num determinado serviço ou organização onde trabalha;

Essa **proteção** consiste apenas na garantia de que esse Denunciante não será perseguido pela organização pública onde trabalha por ter feito a denúncia;

Ao fim e ao cabo o Profissional Denunciante — o *Whistleblower* — não é autor ou cúmplice de qualquer crime; ele antes denuncia o ilícito na organização onde presta serviço, mas não participa dele;

Todavia, terá que ser protegido de qualquer ato de retaliação por parte da organização.

Se, porém, também participa na prática do ilícito e ainda assim o denuncia, continuará a possuir a qualidade de *whistleblower* e, portanto, continuará a merecer proteção, mas responderá também pela prática do ilícito.

Ou seja, não estamos nestes casos perante quaisquer situações de **Delação Premiada**; o que se retira da Diretiva, fundamentalmente, é que o **denunciante**, profissional de uma organização, só porque denuncia o ilícito, não poderá ser prejudicado; **mas também não será beneficiário de qualquer prémio**.

É apenas neste âmbito que — julgamos — os tais **Canais de Denúncia** serão admitidos: destinam-se a proteger o *Whistleblower* e a permitir que facilmente denuncie as práticas delituosas da organização, identificando-se cabalmente e podendo atuar sem receio de qualquer retaliação por parte da organização.

Neste pressuposto — e só neste — a Ordem dos Advogados aceita estes **Canais de Denúncia** que será a decorrência lógica de uma Diretiva Europeia que Portugal terá que forçosamente transpor, a breve trecho, para o ordenamento jurídico interno.

IV. O mecanismo (ou agência) de prevenção da corrupção

Não se entendem os motivos da criação deste Mecanismo (Agência), quando existe já, há cerca de 10 anos, junto do Tribunal de Contas, o Conselho de Prevenção da Corrupção que tem produzido um excelente trabalho, apesar dos poucos recursos materiais e humanos de que dispõe.

Atribua o Governo a este CPC os meios materiais e humanos exigíveis e não será necessário proceder à criação de um novo organismo, com novas instalações, novos recursos humanos, novos recursos materiais e tudo o mais que essa criação implicará.

Ao fim e ao cabo, tratar-se-á de ampliar as competências do CPC que, assim, deverá verificar se os organismos e serviços públicos cumprem com as determinações destinadas a prevenir a corrupção e fenómenos conexos, designadamente se possuem os mencionados **canais de comunicação, se possuem os gabinetes de *compliance* a funcionar, se implementaram e cumprem com as regras de *compliance*.**

Sendo que em caso de incumprimento, deverá o CPC dar conhecimento do facto ao Tribunal de Contas para que este mande instaurar o competente processo contraordenacional, o instrua e, sendo caso disso, aplique a final a coima respetiva.

Deste modo, evitar-se-á a criação de um novo organismo com todas as dificuldades daí decorrentes.

V. Sistema judicial na repressão da corrupção

A. “Megaprocessos”

A Ordem dos Advogados concorda com o princípio de que “**Megaprocessos**”, em regra, são causa de intoleráveis retardamentos processuais, com prejuízo para a realização da justiça e sobretudo para os ofendidos e os arguidos.

Não raramente, os “**Megaprocessos**” são causa de prescrição do procedimento criminal e, em regra, impedem a realização de um julgamento justo e equitativo; porque é praticamente impossível ler, analisar, estudar e conjugar trinta, quarenta ou cinquenta mil folhas; não raras vezes trata-se de autênticos simulacros de julgamento com condenações de todos os arguidos que, assim, são todos arrastados na «levada».

Daí que entenda a Ordem dos Advogados que os “**Megaprocessos**” deverão constituir a exceção e, nos casos em que não seja possível cumprir

os prazos de ou de instrução, sempre a separação de processos deverá ser **imposta** pelo art. 30.º do Código de Processo Penal (CPP), não se prevendo apenas essa possibilidade como vem afirmado no ENCC (p. 58).

B. Documentação das declarações orais prestadas em inquérito e instrução através de registo áudio ou audiovisual

Há largos anos que a Ordem dos Advogados vem defendendo esta prática processual.

Defendeu-o já em 2007, na Unidade de Missão para a Reforma Penal, altura em que passou a prever-se essa possibilidade na fase da instrução, caso existam os meios técnicos que permitam fazê-lo — cf. art. 296.º, do CPP.

E o certo é que, hoje, em regra, na fase da instrução, as diligências aí realizadas são gravadas, com excelentes resultados em termos de celeridade processual.

O inquérito não seguiu ainda essa regra e esse é o **principal motivo** para o **enorme atraso processual que ocorre em múltiplos processos criminais**.

Porque tudo é reduzido a auto; primeiro ouve-se o declarante e depois, repetindo-se mais vagarosamente o que já se ouviu, passa a datilografar-se as declarações; dobrando-se ou triplicando-se assim o tempo; e quantas vezes, no fim, após a impressão do auto, se constata que há que proceder a alterações e, novamente, há que proceder a datilografia...

Gravando, perde-se um único tempo, não há dúvidas quanto ao que foi declarado e não há a possibilidade de enganos ou erros; o que foi dito na diligência foi inequivocamente o que passou a estar gravado. Tudo com um imenso ganho de tempo.

Adote-se, pois, a mesma redação usada no art. 296.º, do CPP, bastando para o efeito alterar a redação do art. 275.º e do art. 101.º, n.º 1, do CPP.

C. Lei do cibercrime — buscas *online*

A Ordem dos Advogados manifesta aqui a sua enorme preocupação com esta medida.

A busca *online* representa bem mais do que uma interceção telefónica, em termos de intromissão na vida privada do visado.

Na verdade, enquanto na interceção telefónica o acesso se limita ao que é dito na chamada ou chamadas telefónicas, na busca *online* tudo é vasculhado, o que interessa à investigação e o que claramente não inte-

ressa, representando a devassa completa da vida privada do visado e, portanto, desnecessariamente.

A maior parte dos cidadãos, hoje em dia, descarrega toda a sua vida pessoal e profissional nos seus dispositivos eletrónicos, sejam computadores, telemóveis ou “*tablet’s*”; e a maior dessa vida, em regra, não tem qualquer relevância para a investigação. E, no entanto, tudo é devassado, sem que o saibamos.

Coloque-se cada um de nós nessa posição e facilmente perceberá o que está em causa.

Passará a ser perigoso viver Portugal.

Passaremos a viver num estado de polícia em que a vida privada e mais íntima dos cidadãos deixou de ter dignidade.

A dignidade da pessoa humana — o mais alto valor consignado na Constituição da República Portuguesa, logo no seu primeiro artigo — passa a estar em segundo plano.

São passos irreversíveis, esses, com consequências inimagináveis sobretudo devido ao amolecimento de princípios que sempre foram inultrapassáveis e sagrados na nossa vida comunitária democrática e que rapidamente permitirão outros rumos, mais drásticos, porventura populares ou populistas, mas preocupantemente perigosos.

Medidas como essas sempre terão uma forte e implacável oposição da Ordem dos Advogados e dos Advogados. Porque violadoras dos mais básicos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

D. Canais de denúncia

Apesar de, nesta parte (pp. 61 e 62), o ENCC fazer referência também à já acima citada Diretiva (EU) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, o certo é que, quando neste segmento do ENCC, se referem os **Canais de Denúncia**, não estamos a falar dos **Canais de Denúncia** que protegem o *Whistleblower*, o Denunciante que trabalha na administração pública ou ao serviço de uma empresa que passará a ser protegido de qualquer retaliação por parte da entidade patronal.

Antes se está a reportar aqui às denúncias nominais ou que permitirão a transmissão de informações falsas e maldosas, assentes em factos falsos que poderão conduzir a ataques infundados e gratuitos à honorabilidade dos cidadãos, rapidamente difundidos pelos órgãos de comunicação social com o objetivo de destruição de carácter em regra com consequências irreparáveis.

O que, óbvia e evidentemente, tem também a total oposição da Ordem dos Advogados e dos Advogados.

E. Acordo sobre a pena aplicável

O que lemos no ENCC, nesta parte, em termos de negociação da pena, mais não é do que a denominada **Delação Premiada**.

Além de que, para que o juiz perceba se está perante uma confissão integral e sem reservas, terá sempre que aprofundar o interrogatório respectivo e, se o arguido não falar dos co-arguidos ou co-participantes, então a confissão não valerá como tal e o acordo sobre a pena aplicável não será possível. Com tudo o que tal significará, desde logo, em termos de audiência de julgamento que terá que se seguir com todas as consequências nocivas para a posição do arguido.

E sempre estaremos em plena **Delação Premiada**.

Além de que esta **Negociação da Pena** sempre violará o **princípio da reserva de jurisdição**, o que redundará sempre em inconstitucionalidade — cf. arts. 111.º e 202.º da CRP.

De qualquer modo, em termos de **Delação Premiada**, não há tradição no nosso ordenamento jurídico de tais procedimentos, embora desde há muito o nosso sistema seja tributário da denominada **Colaboração Premiada**.

O que está em causa na discussão deste tema pode sintetizar-se na seguinte pergunta:

- 1) Aquele que, em conjunto ou em colaboração com outra ou outras pessoas, praticou um ou mais crimes e decide transmitir essas atuações criminosas às autoridades, deve poder, previamente a tal denúncia, negociar com estas autoridades a sua pena ou até a isenção da pena.
- 2) ou tal colaboração, se leal e verdadeira, e permitindo a efetiva obtenção de informações que conduzam à descoberta da verdade e à efetiva captura dos demais infratores, deve ser única e exclusivamente ponderada pelas autoridades judiciais no momento processual próprio (no final do inquérito ou da instrução, se verificados os pressupostos legais, ou na sentença)?

Ao fim e ao cabo, na **primeira situação**, o que se pretende é permitir àquele que praticou um ou mais crimes que **negocie** com o Estado a pena que lhe deverá ser aplicada ou até a sua isenção total de pena.

É permitir que, alcançado acordo com o Estado, o criminoso não seja punido ou seja punido com uma pena que ficará muito aquém da que, de outra forma, poderia vir a ser-lhe aplicada.

É igualmente e também permitir que, obtido aquele acordo com o Estado, o colaborador que porventura **não praticou qualquer crime**, não querendo arriscar vir a ser condenado numa pena mais gravosa, assuma a culpa pelo que não fez e aceite o cumprimento de uma pena mais benévola do que aquela que poderia vir a ser-lhe aplicada em caso de condenação.

Ou seja, é permitir que se realize um determinado juízo de valor sobre alguém e sobre a sua atuação criminosa, sujeitando-se essa pessoa a uma pena ou a uma total isenção de pena, sem que essa atuação seja sujeita ao crivo de um processo justo e equitativo, com a submissão a um julgamento em que tudo seja devidamente analisado e ponderado, incluindo, afinal, a medida concreta da pena entendida mais adequada para a situação que se vier a dar como provada.

Num sistema judicial como o nosso e num Estado de Direito Democrático com as características do português, este sistema repugna à generalidade dos cidadãos. Porque é ou pode ser essencialmente injusto para todos; para o próprio delator, para os outros “criminosos” que aquele delatou, **justa ou injustamente**, e para o próprio Estado.

«Negociar» penas, só por si, induz de imediato a ideia de negócio, de esperteza durante a «negociação», de maior ou menor capacidade de persuasão durante essa «negociação», de algo que não se coaduna com um sistema de justiça com as tradições que o nosso tem e que se caracteriza por ser um sistema, todo ele, criado em torno de princípios de verdade, de imparcialidade, de isenção, de legalidade e de objetividade e de decisões ponderadas e adotadas após investigação e julgamento sujeitos a regras e a princípios que integram desde sempre a estrutura, o esqueleto do nosso sistema judiciário.

Ora, esta situação corresponde ao conceito de **Delação Premiada** propriamente dito, existente em alguns países como os EUA, o Brasil e a Itália, em que, logo no início do processo se negocia com o agente do crime e se convencionam desde início uma atenuação ou até uma dispensa da pena, mas que se distancia completamente dos princípios e regras estruturais do nosso sistema judiciário e sobretudo dos anseios dos cidadãos portugueses.

Já na **segunda situação** acima mencionada estamos perante a denominada **colaboração premiada** que, há muitos anos, existe no nosso sistema judiciário e remete diretamente para o chamado **direito premial**.

Há, na verdade, no nosso sistema legislativo penal e processual penal vários e diversificados exemplos desse direito premial aplicável, nuns casos, obrigatoriamente, e noutros apenas se o tribunal assim vier a entender.

É o que se passa com a suspensão provisória do processo no inquérito ou na instrução (arts. 281.º e 308.º, do CPP), o arquivamento do processo durante o inquérito ou a instrução nos casos em que a lei penal preveja a dispensa de pena (art. 280.º, do CPP), e, já na fase do julgamento, em sede de sentença, a previsão da suspensão da pena de prisão (art. 50.º, do CP), a atenuação especial da pena (arts. 72.º e 73.º, do CP) ou a dispensa ou isenção de pena (nomeadamente, art. 74.º, do CP).

Concretizando:

Havendo por parte do agente do crime auxílio concreto na recolha de provas ou na captura de outros responsáveis pela prática do crime, diversos normativos legais do nosso ordenamento jurídico preveem aquele direito premial como possibilidade ou com carácter obrigatório.

Assim:

O Código Penal (CP):

Para além dos artigos 72.º, 73.º e 74.º, normas de carácter geral que preveem a atenuação especial da pena e a sua dispensa, outras normas aí se contêm que especificamente determinam a possibilidade de atenuação especial da pena e a obrigatoriedade de dispensa de pena. É o caso do art. 368.º-A, n.º 9 (branqueamento de capitais) que prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena e do art. 374.º-B, n.º 2 (corrupção) que prevê a **obrigatoriedade** de dispensa de pena.

A Lei n.º 15/93 (tráfico de estupefacientes):

O art. 31.º prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena e a sua dispensa.

A Lei n.º 34/87 (crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira de titulares de cargos políticos):

O art. 19.º-A, n.º 1, prevê para os referidos casos de colaboração, a **possibilidade** de dispensa de pena, e no n.º 2 a **obrigatoriedade** de atenuação especial da pena.

A Lei n.º 36/94 (medidas de combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira):

O art. 8.º prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena, e o art. 9.º prevê a suspensão provisória do processo logo no inquérito ou na instrução desde que o agente o aceite, concorde com determinadas injunções que terá que cumprir e colabora ativamente na recolha da prova e na captura dos outros responsáveis (dispensando-se outros pressupostos que a lei geral exige como ausência de um grau de culpa elevado ou a ausência de condenação anterior pelo mesmo crime).

A Lei n.º 52/2003 (lei de combate ao terrorismo):

O art. 5.º-A, n.º 3 prevê a **obrigatoriedade** de atenuação especial da pena ou da isenção da pena para os ditos casos de colaboração ativa do agente do crime.

A Lei n.º 5/2006 (lei das armas):

O art. 87.º, n.º 3, prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena ou a sua isenção para os mesmos casos de colaboração.

A Lei n.º 50/2007 (regime da responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos):

O art. 13.º prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena nos mesmos casos de colaboração.

A Lei n.º 20/2008 (responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada):

O art. 5.º prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena nos mesmos casos de colaboração.

Este regime ou modelo premial é hoje, portanto, uma realidade no nosso sistema legislativo, prevendo a possibilidade ou a obrigatoriedade da atenuação especial da pena ou até a sua dispensa ou isenção nos casos de o agente do crime auxiliar concretamente na recolha de prova ou na captura dos outros responsáveis.

Nuns casos, a dispensa ou a atenuação especial da pena são obrigatórias, noutros estão previstas na lei como uma possibilidade, o que significa que, nestas últimas situações, sempre ficará na disposição do julgador a decisão de atenuar especialmente a pena ou de a dispensar, tudo dependerá

da colaboração mais ou menos ativa ou concreta que o agente do crime colaborador venha a prestar e, além disso, também do seu grau de participação e de culpa na prática do crime.

O que significa que, nos casos em que não existe a obrigatoriedade, não há critérios concretos e obrigatórios previstos na lei, — a não ser a livre ponderação do julgador.

Daí que nestes casos resulte alguma incerteza para o agente colaborador quanto à decisão final, o que poderá ter como consequência que o dito agente hesite em colaborar ou não colabore mesmo já que não há regras específicas e gerais que determinem ou imponham ao tribunal este modelo premial. Digamos que o agente nunca sabe, em regra, se obterá ou não o «prémio» e sendo certo que tal nunca lhe pode ser garantido por qualquer autoridade, policial ou judiciária (o que, a suceder, a nossa lei trata como meio enganoso e, portanto, como método proibido de prova).

Assim, apenas nesta medida, poderia porventura ponderar-se a alteração da lei portuguesa no sentido de criar regras mais concretas de aplicação pelos tribunais e pelo julgador da atenuação especial da pena ou da sua dispensa ou isenção que, deste modo, determinassem de forma mais concreta a colaboração ativa do agente do crime.

Todavia, esse caminho poderá impedir a ponderação a levar a cabo pelo tribunal, caso a caso, perante as circunstâncias concretas do crime e a personalidade do agente, não só quanto à sua aplicação ou não aplicação, mas também quanto à medida da pena a aplicar.

Em conclusão: a lei portuguesa não dispõe — nem, a nosso ver, será esse o caminho a adotar — de um regime de **delação premiada** no sentido de permitir que, no início do processo ou em audiência de julgamento, o Estado e o agente do crime possam, de forma vinculada e formal, negociar a pena ou até a isenção da mesma.

Dispõe, sim, de um sistema de **direito premial** que poderá aqui ou ali ser melhorado no sentido, exclusivo, de impor a **obrigatoriedade** da atenuação especial da pena ou da sua dispensa ou isenção (como já está previsto para várias situações, como acima deixámos exemplificado), quando verificada a colaboração ativa do agente do crime na recolha de provas decisivas ou na captura dos outros responsáveis, tudo a decidir única e exclusivamente na fase do julgamento e, em concreto, na sentença; não se admitindo, em caso algum, qualquer negociação prévia de penas, sua atenuação, dispensa ou isenção.

Esta a posição da Ordem dos Advogados quanto ao documento em análise.

Lisboa, 16 de Outubro de 2020

O Bastonário da Ordem dos Advogados

LUÍS MENEZES LEITÃO

O Vice-Presidente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

RUI DA SILVA LEAL

O Vice-Presidente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

PEDRO TENREIRO BISCAIA

O Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

PEDRO TEIXEIRA REIS

A Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

MADALENA ALVES PEREIRA