



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

ASSUNTO: Proposta de Lei n.º 90/XIV - Altera o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas, implementando medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção

2021/GAVPM/1613

23-09-2019

I. Objeto

Pelo Exmo. Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, por ofício de 12/05/2021, foi remetida ao Conselho Superior da Magistratura (CSM) a Proposta de Lei acima melhor identificada, para efeitos de emissão de parecer escrito. Embora o título da Proposta e a exposição de motivos se centrem em torno da concretização da Estratégia Nacional Anticorrupção, certo é que são feitas extensas e profundas alterações a diversos diplomas legais, especialmente ao Código de Processo Penal. Tais alterações não se limitam a meras concretizações de mecanismos de prevenção e repressão da corrupção, ainda que o termo seja lido em sentido amplo, pelo que este parecer irá analisar estas alterações no seu sentido global, tendo em conta a coerência do sistema, o respeito pelos princípios constitucionais e o equilíbrio de forças no processo penal.

II. Proposta de Lei n.º 90/XIV - Altera o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas, implementando medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção

NV: 681106
Ref: 1191/19 EADLG
08/07/21



| 1 / 16

Rua Duque de Palmela, n.º 23 • 1250-097 Lisboa
Telefone: 213 220 020 • Fax: 213 47 4918
<http://www.csm.org.pt> • csm@csm.org.pt



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

1. Finalidade:

Conforme resulta da exposição de motivos, esta iniciativa legislativa insere-se no seguinte contexto e apresenta as seguintes finalidades:

«O programa do XXII Governo Constitucional prevê como um dos seus objetivos fundamentais o combate à corrupção, a fim de tornar a ação do Estado mais transparente e justa e de promover a igualdade de tratamento entre os cidadãos e o crescimento económico. (...) Em 18 de março de 2021, o Governo aprovou a versão final da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 (Estratégia). A Estratégia, perspetivando com o mesmo grau de importância e necessidade a prevenção, a deteção e a repressão da corrupção, erige sete prioridades: i) melhorar o conhecimento, a formação e as práticas institucionais em matéria de transparência e integridade; ii) prevenir e detetar os riscos de corrupção na ação pública; iii) comprometer o setor privado na prevenção, deteção e repressão da corrupção; iv) reforçar a articulação entre instituições públicas e privadas; v) garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão da corrupção, melhorar o tempo de resposta do sistema judicial e assegurar a adequação e efetividade da punição; vi) produzir e divulgar periodicamente informação fiável sobre o fenómeno da corrupção; e vii) cooperar no plano internacional no combate à corrupção. A génese da presente iniciativa legislativa é, por conseguinte, a Estratégia, e o seu objetivo é o de concretizar algumas das propostas aí apresentadas, essencialmente no que se refere à garantia de uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão da corrupção, à melhoria do tempo de resposta do sistema judicial e à adequação e efetividade da punição.»

2. Apreciação:

Antes de mais, cumpre notar que nos termos do art.º 149.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais (aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30.07, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 67/2019, de 27.08) compete ao Conselho Superior da Magistratura, entre outros, emitir parecer sobre diplomas legais relativos à organização judiciária e à matéria estatutária e, em geral, sobre





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

matérias relativas à administração da justiça (al. i) do n.º 1 do citado normativo legal). Em sentido idêntico dispõe o art.º 155.º, al. b), da LOSJ (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, na versão mais recente introduzida pela Lei n.º 107/2019, de 09/09).

Doutro passo, o Conselho Superior da Magistratura, enquanto órgão de gestão e disciplina da magistratura judicial, e atento o princípio constitucional da separação de poderes, tem vindo a abster-se de tomar posição sobre questões que se prendam com opções de cariz eminentemente político, que extravasam as atribuições do poder judicial e incumbem exclusivamente ao poder legislativo. Não tomando este CSM, de resto, qualquer posição sobre matérias que constituem uma opção de política legislativa de cariz eminentemente político, não se deixa de notar que a Proposta implica uma alteração substancial do paradigma do processo penal português, introduzindo um sistema próximo do conhecido como “delação premiada”, acordos de sentença, entre outras alterações de relevo. Tratando-se de inovações fora da tradição histórica e constitucional portuguesas, as mesmas suscitam questões delicadas de constitucionalidade, que, se não forem acauteladas, podem revelar-se contraproducentes e contribuir para o aumento da litigiosidade. Por esta razão, o CSM entende que tem o dever de identificar potenciais problemas de constitucionalidade face às alterações mais relevantes.

As mais importantes são as que dizem respeito à **delação premiada** (ou, como parece mais correto atendendo às características do regime proposto, “denúncia recompensada”). Os maiores riscos da delação premiada, os quais são visíveis pelo conhecimento que pode ser obtido dos sistemas norte-americano¹ e brasileiro², são os seguintes: a) erosão do princípio do acusatório e do princípios da lealdade, com o risco de escolha do delator pela investigação (inversão da lógica da denúncia); b) fragilização das garantias da prova inerentes aos princípios da justiça e da obtenção da verdade material de acordo com os princípios constitucionais, e das garantias do

¹ Ver, entre outros, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.*, Almedina, Coimbra, 2007; PEDRO SOARES DE ALBERGARIA/PEDRO MENDES LIMA/JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, “Uma proposta de Justiça Negociada”, *Revista do CEJ*, n.º 15, 2011, pp. 109-124; INÊS FERREIRA LEITE, “A colaboração do co-arguido a fase de investigação”, *Direito de Investigação Criminal e da Prova*, coordenação de Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Almedina, 2014, pp. 223-236.

² Por todos, FREDERICO VALDEZ PEREIRA, *Delação premiada – Legitimidade e Procedimento – Aspectos Controvertidos do Instituto da Colaboração Premiada de Coautor de Delitos como Instrumento de Enfrentamento do Crime Organizado*, 3ª Edição, Curitiba, Juruá, 2016.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

arguido, com o risco de coação na aceitação do “prémio”, e/ou na prestação de declarações (verdadeiras e falsas) em fase de julgamento, quando estas são condição do “prémio”.

O primeiro conjunto de riscos diz respeito à inversão do caminho lógico entre uma denúncia e a abertura de uma investigação criminal, passando a investigação, num modelo puro de delação premiada, a proceder à seleção dos potenciais recipientes do prémio, o que coloca em causa, desde logo, o princípio da lealdade. O que se pretende com a introdução de um regime de tratamento favorável de denunciante – o que é lícito, legítimo e compatível com a Constituição – é o seguinte: *i)* promover a deteção de crimes (em muitos casos, estes nunca viriam a ser conhecidos das autoridades, ou seriam-no muito mais tarde e com menores hipóteses de sucesso investigativo), admitindo a possibilidade, mediante condições, de isenção da responsabilidade criminal do denunciante participante do crime; *ii)* garantir a proteção do denunciante [o que é conseguido, paralelamente, com a Proposta de Lei n.º 91/XIV, que procede à transposição, para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União (Diretiva 2019/1937), estabelecendo o regime geral de proteção de denunciante de infrações]; *iii)* promover o arrependimento dos agentes do crime, concedendo um regime punitivo mais favorável ao denunciante participante do crime.

Em contrapartida, não se pretende que o recurso a um denunciante se transforme num meio corrente de obtenção da prova, ainda que no âmbito de uma certa criminalidade, passando a investigação a contar com o denunciante como atalho investigativo (desde logo, por uma razão pragmática, pois sabe-se que esta tendência torna as investigações criminais menos eficazes, aumentando em muito o risco de absolvição em fase de julgamento por vícios na obtenção da prova ou outras vicissitudes). Ou seja, pretende-se que seja o denunciante a tomar a iniciativa de denunciar o crime, assim contribuindo para a deteção precoce do crime, e não que seja a investigação, já na posse de alguma informação, que aborde os agentes do crime em busca de um potencial denunciante. Tal inversão metodológica, coloca em causa o princípio da lealdade na atuação do Estado e transforma o investigador num negociante de vantagens, o que é





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

incompatível com os princípios da objetividade e imparcialidade que regem a atuação dos OPC's e Ministério Público.

O que não quer dizer que não possam ser concedidas vantagens penais aos arguidos arrependidos, mesmo que o façam já em fases mais avançadas do processo. Nestes casos, não estaremos perante verdadeiros denunciante, mas meros arguidos arrependidos que optem por colaborar com a investigação e obtenção da prova (regime da dispensa facultativa de pena, introduzido pela Proposta). Tratando-se de uma dispensa facultativa da pena, esta fica submetida a avaliação judicial, pelo que, por esta via, se pode exigir a verificação dos critérios de constitucionalidade e legalidade. Também não se pode aceitar a concessão de prémios para crimes que ainda estejam em fase preparatória e que se pudessem vir a cometer. Tal possibilidade transformaria o suposto denunciante num potencial agente provocador³, possibilidade contrária ao princípio da lealdade, o disposto no n.º 8 do art. 32.º da CRP.

Por outro lado, também não se deve pretender transpor para a realidade judicial nacional o teorema conhecido como o “dilema do prisioneiro”, contexto no qual apenas existe um prémio possível, sendo tal prémio atribuído ao primeiro suspeito que confesse a prática do crime e/ou ofereça prova que implique outros suspeitos⁴. Tal modelo implica que os suspeitos se encontrem em competição por um prémio único, estimulando os falsos testemunhos, e excluindo de um benefício penal os suspeitos que colaborem, de boa-fé, mas que não disponham de contributos substanciais para a investigação. Ou seja, trata-se de um modelo que promove a deslealdade, de duvidosa eficácia, e intrinsecamente contrário ao princípio da igualdade penal⁵.

Para minimizar estes riscos é necessário garantir que a denúncia é, de facto, o motor da investigação, devendo esta ser o primeiro ato de inquérito. Nos termos do art. 374.º-B, n.º 1 (Código Penal, CP) da Proposta de Lei n.º 90/XIV, o “*agente é dispensado de pena sempre que tiver denunciado o crime antes da instauração de procedimento criminal*”. Ou seja, apenas poderá aplicar-se o regime da “denúncia recompensada” quando esta ocorra antes de iniciado o inquérito,

³ A este respeito, no mesmo sentido vai a jurisprudência do *Supreme Court* dos E.U.A, por exemplo, no caso *Williamson v. United States*, F.2d, 311, 1962, p. 445, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/594>.

⁴ Como foi feito na Lei n.º 19/2012, que aprovou o novo regime jurídico da concorrência.

⁵ Também, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *Plea Bargaining...*, cit., pp. 121 e ss.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

sendo esta a forma de obtenção (senão única, pelo menos concomitante) da notícia do crime. Ainda assim, dada a tentação de inversão do modelo – ou seja, de recurso recorrente à denúncia recompensada – deverão prever-se outros mecanismos de controlo: reforçar a distinção entre o regime da dispensa de pena obrigatória para o denunciante que motiva abertura de inquérito (que pode beneficiar do arquivamento, ou ao qual pode ser aplicado o art. 280.º do Código de Processo Penal, CPP), e o regime da dispensa de pena facultativa para o agente que venha a constituir-se como denunciante já na pendência da investigação (intervenção necessária do Juiz de instrução, através do art. 281.º do CPP, ou do julgamento); exigir a intervenção do juiz de instrução aquando do 1.º interrogatório do denunciante, para efeitos de aplicação do regime da dispensa da pena, mesmo que não esteja em causa o recurso aos mecanismos previstos nos arts. 280.º/281.º do CPP; para os casos dos arguidos arrependidos, que venham a colaborar com a investigação em fases mais adiantadas do processo, deverá garantir-se também que o 1.º interrogatório é feito na presença do juiz de instrução, e que, antes de qualquer confissão ou declaração auto ou heteroincrimnatória, sejam fornecidos aos arguidos os factos e meios de prova que, contra si, estejam já recolhidos, sendo dado tempo adequado para refletir e tomar uma decisão informada.

O segundo conjunto de riscos diz respeito quer às garantias do arguido que venha a aceitar o “prémio”, quer às garantias dos coarguidos contra quem venham a ser prestadas declarações por parte do arguido premiado. No que respeita às garantias do arguido denunciante, importa garantir que este tome uma decisão livre e informada no que respeita à denúncia e subsequente confissão. Para tal, é simultaneamente necessário garantir que não são utilizados meios enganosos tendentes ao “convencimento” do potencial denunciante⁶, o dever de investigação do tribunal sobre a veracidade da confissão⁷, e ainda um período razoável para retratação da confissão, garantindo-se que as declarações retratadas não podem ser valoradas como prova em qualquer fase processual.

⁶ Importante, analisando várias potencialidades de riscos e inconstitucionalidades nestes acordos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-04-2013, processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt

⁷ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, Ordem dos Advogados, 2011, pp. 37 e ss; e NUNO BRANDÃO, “Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução”, *Julgar*, 25, 2015, pp. 161-178 (168).





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

Existe também o risco de que haja um efeito semelhante à coação na prestação de declarações em fase de julgamento, quando estas são condição do “prémio”. Não existe qualquer obstáculo constitucional a que seja aplicada uma dispensa de pena ou atenuação especial da pena a um suspeito/coarguido denunciante, quando este denuncie, cesse a execução, se arrependa, e/ou colabore com a investigação. Porém, para que seja cumprida a Constituição, é necessário que não sejam feitos negócios jurídicos de responsabilidade criminal que exijam, como condição, a prestação incriminatória obrigatória de declarações em fase de julgamento, das quais se possa obter prova contra outros suspeitos/coarguidos⁸. Tais declarações, se incluídas numa negociação da responsabilidade criminal, deixam de ser espontâneas e livres, pelo que não só colocam em causa o direito à não incriminação, como constituem prova proibida, porque obtida através de coação, nos termos do disposto no art. 126.º, n.º 2, alínea d) do CPP⁹. Mesmo nos casos do regime da dispensa facultativa da pena, é necessário garantir-se que a expressão “contribuído decisivamente para a descoberta da verdade” não pode ser interpretada como vinculada ao sucesso da acusação (condenação em fase de julgamento), devendo o legislador providenciar por uma definição deste conceito, esclarecendo que a contribuição decisiva deve ser avaliada objetivamente aquando da dedução da acusação, independentemente das vicissitudes decorrentes do contraditório em fase de julgamento¹⁰.

Por outro lado, tratando-se de denunciante que participou da execução do facto (ou facto conexo intrinsecamente ligado àquele), tais declarações nunca podem ser prestadas na qualidade de testemunha, uma vez que o conteúdo das referidas declarações irá sempre abranger factos pessoais do denunciante dos quais pode (ou poderia) resultar responsabilidade criminal. O art. 133.º, n.º 2, do CPP permite, desde que haja consentimento, que um arguido em processo conexo possa declarar na qualidade de testemunha, o que não pode ser admitido nos casos de

⁸ No mesmo sentido vai a jurisprudência dos E.U.A, por exemplo, nos casos *United States v. Waterman*, F.2d, 732, 1984, pp. 1531 e ss. (United States Court of Appeals, Eighth Circuit), *Gunsby v. Wainwright*, F.2d, 596, 1979, p. 656 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit),

⁹ Sobre o tema, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, reimpressão, Coimbra, Editora Coimbra, 2013; HELENA MORÃO, “O efeito-à-distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16 - nº 4 2006, pp. 575 a 620.

para mais desenvolvimentos, até de direito comparado da figura nos E.U.A e Alemanha, quanto a este tema: 7

¹⁰ Assim, no caso *United States v. Dailey*, F.2d, 759, 1985, p. 200 (United States Court of Appeals, First Circuit).





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

denunciante que beneficiaram de recompensas ou acordos de sentença. Assim, é preciso garantir a prevalência de um conceito material de arguido (e coarguido) que dependa da execução conjunta de crimes (ainda que haja autonomia entre os crimes, como sucede nos casos da corrupção ativa e passiva). Tal qualidade (de arguido) deverá manter-se ainda que os processos tenham sido separados, ou já se encontrem arquivados. É necessário também garantir que não podem ser objeto, nem do arts. 280.º e 281.º do CPP, nem de acordos de sentença, qualquer obrigação de prestação de declarações incriminatórias para outros suspeitos. É preciso garantir que as declarações prestadas por denunciante, quando não sejam cumpridos estes requisitos, não podem ser valoradas contra outros suspeitos.

Por fim, atendendo aos riscos já verificados noutros ordenamentos jurídicos de perversão do regime legal que venha a ser instituído¹¹, é necessário garantir que os trâmites do acordo não permitam, sob pena de nulidade, qualquer referência a uma prévia convicção do tribunal quanto à culpabilidade definitiva do arguido e à pena concreta que aplicaria caso não seja aceite o acordo, sob pena de tal referência ter um efeito coercivo sobre o arguido, sendo garantida publicidade dos trâmites do acordo e o direito ao recuso. Para que estas garantias sejam eficazes, desde que tenha havido aceitação do acordo e/ou confissão, é necessário que, em caso de retratação ou declaração de nulidade do acordo, o tribunal do julgamento seja distinto do que presidiu à celebração do acordo ou registou a confissão.

Em suma, a previsão de regimes de denúncia recompensada ou de acordos de sentença é possível, e pode ser compatível com a Constituição, mas são necessários alguns ajustes, os quais se elencam:

- a) Reforço da distinção entre o regime da dispensa de pena obrigatória para o denunciante que motiva abertura de inquérito (que pode beneficiar do arquivamento, ou ao qual pode ser aplicado o art. 280.º do CPP), e o regime da dispensa de pena facultativa para o agente que venha a constituir-se como denunciante já na pendência

¹¹ Assim, dando conta dos problemas verificados na Alemanha com o regime dos acordos de sentença, NUNO BRANDÃO, “Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução”, cit., pp. 171 e ss.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

- da investigação (intervenção necessária do Juiz de instrução, através do art. 281.º do CPP, ou do julgamento);
- b) Intervenção do juiz de instrução aquando do 1.º interrogatório do denunciante, para efeitos de aplicação do regime da dispensa da pena, mesmo que não esteja em causa o recurso aos mecanismos previstos nos arts. 280.º/281.º do CPP;
 - c) Prevalência de um conceito material de arguido (e coarguido) que dependa da execução conjunta de crimes (ainda que haja autonomia entre os crimes, como sucede nos casos da corrupção ativa e passiva); tal qualidade (de arguido) deverá manter-se ainda que os processos tenham sido separados, ou já se encontrem arquivados;
 - d) Garantir que não podem ser objeto, nem do arts. 280.º e 281.º do CPP, nem de acordos de sentença, qualquer obrigação de prestação de declarações incriminatórias para outros suspeitos;
 - e) Garantir que as declarações prestadas por denunciante, quando não sejam cumpridos estes requisitos, não podem ser valoradas contra outros suspeitos;
 - f) Garantir que o arguido toma uma decisão livre e informada aquando da denúncia recompensada, arrependimento colaborante ou acordo de sentença, garantindo um período de retratação, nulidade da prova em caso de retratação ou nulidade do acordo, e o princípio do juiz virgem.

No que respeita à prevenção da corrupção, deverá ainda aproveitar-se esta iniciativa legislativa para prever um regime de nulidade dos atos administrativos praticados ao abrigo da corrupção, a qual deverá poder ser declarada pelos tribunais penais, aquando da condenação.

Ainda no que concerne à possibilidade de serem celebrados acordos de sentença, existem algumas questões que devem ser acauteladas, uma vez que este novo mecanismo se aplica a toda a criminalidade, não se limitando à área da corrupção ou criminalidade económica. Desde logo, é necessário corrigir a exposição de motivos, pois, a este propósito, e no que toca à fundamentação para esta alteração, diz-se apenas o seguinte: *“Ainda no domínio da celeridade e eficiência processuais, propõe-se a consagração no Código de Processo Penal da possibilidade de formar acordo sobre a pena aplicável.”* Seria desejável que se desenvolvessem as razões de política-





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

criminal que fundamentam a introdução, para todo o tipo de criminalidade, da possibilidade de serem celebrados acordos de sentença. E sendo o acordo aplicável a todo o tipo de criminalidade, incluindo os crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais, é necessário reforçar o papel da vítima na celebração do acordo. Sendo razoável que não se exija, como condição, o consentimento da vítima, cumpre deixar clara a necessidade de ponderação da sua vontade, mesmo que não se tenha constituído como assistente. A vítima deverá sempre ser ouvida, podendo fazer-se acompanhar de advogado, e devendo prever-se a possibilidade de prestar declarações sem a presença do arguido. É ainda crucial garantir-se que o acordo não deixa sem resposta as necessidades de reparação da vítima, quer tenha havido ou não, a apresentação e pedido de indemnização civil.

Para garantir que o arguido forma uma vontade livre e informada no sentido de celebrar este acordo, e tendo em conta experiências e outros ordenamentos jurídicos, cumpre também assegurar o seguinte:

- a) Que o arguido se encontra devidamente aconselhado por advogado ou defensor;
- b) Que o arguido é sempre informado, logo aquando da notificação para contestar, da possibilidade de celebrar acordo, e dos seus pressupostos e requisitos;
- c) Que o arguido não pode ser confrontado com a alternativa de aceitar o acordo ou sujeitar-se a uma pena concreta muito elevada (não podendo o tribunal antecipar um juízo concreto de determinação da medida da pena nesta fase, e sem a produção da respetiva prova);
- d) Que o arguido tem direito a um período de nojo, durante o qual pode retratar-se, desde que verificadas certas condições;
- e) Que o incumprimento dos pressupostos e condições mais relevantes do processo de celebração do acordo gera nulidade e proibição de valoração da confissão assim obtida (bem como o conseqüente impedimento do juiz que presidiu à celebração do acordo);
- f) Que a audiência prévia é sempre documentada com recurso a registo áudio ou audiovisual.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

Por uma questão de coerência, e uma vez que o acordo sobre a pena aplicável apenas pode incidir sobre a pena máxima aplicável, em todas as normas que se referem ao mesmo, em vez de “pena aplicável”, deveria constar “pena máxima aplicável”.

Por fim, uma nota final quanto ao aumento das molduras legais para os crimes de corrupção e recebimento de vantagem, nas várias leis setoriais e Código Penal. Sabe-se que o aumento das molduras legais não tem um efeito comprovado na prevenção da criminalidade, tendo apenas um efeito simbólico de satisfação política e social (dentro do quadro do populismo penal), podendo gerar problemas sérios de proporcionalidade e violação do princípio da culpa. Por outro lado, estas alterações podem gerar problemas sistemáticos de contradição axiológica, sendo que as molduras propostas para o mero recebimento de vantagem (sem qualquer contrapartida) são superiores às molduras previstas, no Código Penal, para o homicídio negligente (art. 137.º, pena até 3 anos, para os casos de negligência simples, e até 5 anos, para os casos de negligência grosseira); e que as molduras legais propostas para a corrupção alcançam os 8 anos de prisão, o que pode coincidir com a pena mínima do homicídio doloso (art. 131.º do CP), sendo coincidentes com os limites máximos de alguns crimes sexuais (abuso sexual de pessoa incapaz de resistência) ou mesmo do crime de roubo (art. 210.º do CP). Sendo os crimes de corrupção crimes com gravidade, os mesmos, ainda assim, não podem nem devem ser comparados a crimes graves contra bens jurídicos pessoalíssimos, como a vida, a liberdade sexual e a integridade física (grave).

3. Análise pontual das normas propostas:

No que respeita aos n.os 1 dos arts. 19.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, 13.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, 5.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, e 374.º-B do CP, as mesmas são dúbias, podendo suscitar problemas interpretativos, pois ficam algumas dúvidas se estas alíneas são, em alternativa, cumulativas com a denúncia do crime, ou se podem fundamentar a dispensa da pena, mesmo sem denúncia. Penso que a intenção é a de cumulatividade, pelo que deveria ficar: *«O agente é dispensado de pena sempre que tiver denunciado o crime antes da instauração de procedimento criminal, desde que se verifiquem as seguintes circunstâncias:...»*.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

O n.º 8 do art. 19.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, bem como do art. 13.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, o n.º 7 do art. 5.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, e o n.º 8 do e 374.º-B do CP, estão desfasados do que pretendem, efetivamente regular (pois abrangem, efetivamente, quer o regime da dispensa da pena, quer o regime da atenuação especial da pena). Deverão ficar: *«A dispensa de pena ou atenuação da pena previstas nos números anteriores podem ser objeto do acordo regulado nos termos do artigo 313.º-A do Código de Processo Penal, sendo que, em caso de acordo, a atenuação prevista no n.º 6 incide sobre a pena aplicável cujo limite máximo foi acordado entre o tribunal, o Ministério Público e o arguido.»*

A norma constante do n.º 1 do art. 27.º-A, na parte em que abrange qualquer crime punido com pena de prisão superior a 3 anos pode constituir uma restrição de direitos civis e políticos desproporcional, por abranger todo e qualquer crime, e por não deixar claro que tenha de ser aplicada uma pena de prisão efetiva superior a 3 anos. Se basta que o crime seja punido com pena superior a 3 anos, permite abranger muitos crimes com gravidade média a baixa, que nada têm a ver com o exercício do cargo e que podem ser irrelevantes para a idoneidade política. E, em relação às suas alíneas b) e c) do mesmo n.º 1, entende-se que a mesma é muito questionável à luz dos princípios democrático e da separação de poderes. Poderá deixar os tribunais e os juízes numa situação muito delicada, pois terão de fazer juízos de idoneidade política e, pior, de "perda de confiança", que são juízos políticos, não devem estar na esfera dos tribunais. Não é comparável esta situação à dos funcionários públicos, em que o juízo de idoneidade tem natureza puramente jurídica. Esta norma poderá implicar uma maior exposição dos tribunais a críticas populistas, e não o que, supostamente, se pretende, que é a defesa da legalidade democrática.

Deveria aproveitar-se para alterar o atual n.º 3 do art. 90.º-B do CP, que estabelece o seguinte: *«Sempre que a pena aplicável às pessoas singulares estiver determinada exclusiva ou alternativamente em multa, são aplicáveis às pessoas coletivas ou entidades equiparadas os mesmos dias de multa.»* Esta norma, para além de gerar confusão na jurisprudência, pode ser inconstitucional por violação do princípio da culpa ou da proporcionalidade, quando os graus de ilicitude e culpa do facto sejam muito distintos para a pessoa singular e para a pessoa coletiva e for interpretada no sentido de que se aplicam exatamente os mesmos dias de multa às pessoas





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

singulares e coletivas, independentemente da variabilidade do grau de culpa. Deveria ficar assim: «*Sempre que a pena prevista seja exclusiva ou alternativamente a pena de multa, são aplicáveis às pessoas coletivas ou entidades equiparadas os mesmos dias de multa.*» Assim fica claro que a norma diz respeito apenas à determinação da moldura legal da pena de multa, e não à pena concreta aplicável à pessoa coletiva.

No que respeita aos novos n.ºs 7 e 8 do art. 374.º-A do CP, parece que se trata de uma norma incriminadora (e respetivas definições legais típicas), a qual está, porém, enxertada numa norma cuja epígrafe é "agravações" e que prevê apenas agravações a penas para crimes já previstos em outras normas incriminatórias. De um ponto de vista da legística, não está correto e pode gerar confusão. Num artigo sobre agravações, acrescenta-se um tipo incriminador e respetivas definições. O que deveria ser feito, era acrescentar um 374.º-A com este crime novo e definições, e renumerar o 374.º-A, que passaria a B e o 374.º-B, que passaria a C.

No que respeita ao CPP, é proposta uma alteração ao art. 40.º, n.º 1, segundo a qual fica impedido de realizar o julgamento o juiz que tenha participado "*em tentativa frustrada de celebração de acordo sobre a pena aplicável, contanto que a confissão do arguido tenha sido documentada nos termos do n.º 11 do artigo 312.º*". A norma não é absolutamente clara, podendo dar origem a dificuldades de interpretação, considerando-se impedidos juízes que apenas tenham participado de tentativa de acordo rejeitada imediatamente pelo arguido. Ora, a mera proposta de realização de acordo de sentença, à qual seja dada imediatamente uma resposta negativa por parte do arguido, não é geradora, numa ótica de princípio, de qualquer impedimento para o juiz do julgamento. É a existência de uma confissão (ainda que parcial), que tem a suscetibilidade de gerar tal impedimento. Mas havendo dúvidas sobre o âmbito do impedimento, corre-se o risco de haver sempre uma declaração de impedimento por cada juiz de julgamento, sempre que for feita a mera proposta de acordo na audiência prévia, o que iria gerar graves problemas de distribuição e de disponibilidade de juiz. Por outro lado, por uma questão de garantia, a confissão feita no âmbito de um acordo deve ser sempre documentada nos termos do n.º 11 do art. 312.º do CPP. Deve ainda ser garantido o impedimento do juiz sempre que tenha havido confissão e, por ter havido retratação ou declaração de nulidade, fique sem efeito o acordo. Assim, a norma deveria





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

ser clarificada do seguinte modo: *“em tentativa frustrada de celebração de acordo sobre a pena aplicável, desde que tenha havido início de confissão do arguido, sendo esta obrigatoriamente documentada nos termos do n.º 11 do artigo 312.º, e em caso de retratação do acordo ou da confissão, ou de declaração de nulidade do acordo ou confissão”*.

É proposta ainda uma outra alteração ao art. 40.º, desta feita ao n.º 2, segundo a qual: *“Nenhum juiz pode intervir em instrução relativa a processo em que tiver participado nos termos previstos nas alíneas a) ou e) do número anterior”*. Esta alteração irá implicar o impedimento para a realização de instrução de todos os JICs que tenham intervindo na fase de inquérito num elevado número de processos. Ora, em comarcas onde apenas exista um JIC, esta alteração poderá comprometer a realização da instrução em prazos úteis, pela dificuldade em encontrar um JIC (necessariamente de outra comarca) que não esteja impedido. Compreendendo-se a questão no plano dos princípios, certo é que a instrução não visa uma antecipação de um julgamento, nem a realização de um juízo final de culpabilidade sobre o arguido, mas apenas uma avaliação da suficiência dos indícios e da decisão de submeter o arguido a julgamento. Assim, não é absolutamente necessário estabelecer-se este tipo de impedimentos. Uma solução de compromisso poderia ser um aditamento ao n.º 2 do art. 43.º do CPP, acrescentando expressamente, como caso potencial de recusa, a aplicação, pelo juiz de instrução, na fase de inquérito, de certas medidas de coação ou decisões que possam, em abstrato, afetar a imparcialidade do juiz. Poderia ficar, em vez de se acrescentar o n.º 2 ao art. 40.º, alterar o n.º 2 do art. 43.º, da seguinte forma: *“2 - Pode constituir fundamento de recusa, nos termos do n.º 1, a intervenção do juiz noutra processo ou em fases anteriores do mesmo processo fora dos casos do artigo 40.º, designadamente, quanto ao juiz de instrução, quando tenha aplicado as medidas de coação previstas nos arts. 200.º a 202.º ou rejeitando a aplicação dos arts. 280.º e 281.º, quando tais decisões tenham implicado, já na fase final do inquérito, a formulação de um juízo sobre a culpabilidade do arguido”*.

É proposta uma alteração no regime da notificação pessoal, acrescentando-se a contestação ao rol de peças processuais que devem ser notificadas pessoalmente ao arguido, assistente e partes civis. Porém, caso tal norma seja entendida como obrigando à notificação





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

peçoal de coarguidos das contestações dos restantes arguidos, a mesma pode suscitar sérios problemas de tramitação quando não seja possível a notificação peçoal. Quando não é possível a notificação peçoal ao arguido da acusação e designação da data para julgamento, estão previstas soluções, que passam pela citação edital e pelo regime da contumácia. Mas não é previsto qualquer regime para quando foi possível notificar peçoalmente o arguido da acusação e designação da data para julgamento, mas falhou a notificação peçoal da contestação deste a algum coarguido. Por outro lado, a notificação da contestação dos restantes coarguidos, podendo ter interesse peçoal para o próprio arguido, será especialmente relevante para o advogado ou defensor, podendo e devendo este fazer a mediação da informação junto do arguido. Assim, deverá clarificar-se que a notificação peçoal da contestação apenas abrange o assistente e as partes civis. Mais, não é garantido no CPP o dever de notificar o arguido, ainda que na pessoa do seu defensor, das peças processuais apresentadas pelos coarguidos, devendo tal ser clarificado, acrescentando-se ao art. 114.º (relativos a casos especiais) uma modalidade de notificação eletrónica ao advogado ou defensor das peças processuais e despachos relativos a coarguidos, em todas as fases processuais.

Existe um lapso no art. 335.º, onde está *“à notificação a que se refere o n.º 1 e primeira parte do n.º 4 do artigo 311.º-A, à notificação a que se refere o n.º 10 do artigo 312.º e primeira parte do n.º 4 do artigo 311.º-A ou à notificação a que se refere o n.º 2 do artigo 313.º e primeira parte do n.º 4 do artigo 311.º”*, por haver repetição da expressão *“primeira parte do n.º 4 do artigo 311.º-A”*, e porque a redação está confusa, pois não existe qualquer n.º 4 do art. 311.º, deverá ficar: *“à notificação a que se refere o n.º 1 e primeira parte do n.º 4 do artigo 311.º-A, à notificação a que se refere o n.º 10 do artigo 312.º ou à notificação a que se refere o n.º 2 do artigo 313...”*.

Por fim, é introduzida no n.º 4 do art. 374.º do CPP, a obrigação de, para crimes puníveis com pena não superior a 5 anos de prisão, ser imediatamente proferida, por escrito, a sentença. Tal obrigação é, porém, incompatível com o direito a uma decisão ponderada e justa quando tenha havido produção de prova testemunhal variada (o que obriga a uma reflexão global final da prova e dos factos dados como provados), ou quando esteja em causa a aplicação de uma pena privativa





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

da liberdade (pena de prisão suspensa ou efetiva ou pena de prisão em regime de permanência na habitação). Nestes casos, ou por causa da complexidade da prova, ou por força da lesividade da pena, exige-se que o juiz tenha um tempo de ponderação e reflexão em torno dos factos dados como provados e do grau de culpabilidade do arguido que não se compatibiliza com a proposta; exige-se ainda, nos casos em que é aplicada pena privativa da liberdade, uma especial fundamentação da sentença que também não se compatibiliza com a solução proposta. Caso esta solução seja mantida, por ser humanamente impossível proferir imediatamente uma sentença em que seja valorada prova testemunhal contraditória ou a necessidade de uma pena privativa da liberdade, o efeito será contraproducente à finalidade do processo penal. O juiz será levado, ainda antes mesmo do final da produção da prova, e sem que esta tenha contribuído para a formação da sua convicção, a ter já uma decisão pronta que possa finalizar rapidamente no final da discussão. É possível, claro, que haja casos em que a prolação imediata da sentença é possível, por exemplo, quando existam acordos sobre a pena máxima aplicável (em que se dispensou a produção da prova e resta apenas determinar a medida da pena), ou, tratando-se de factos simples e evidentes, quando não esteja em causa a aplicação de pena privativa da liberdade. Mas, assim, o novo n.º 4 do art. 374.º do CPP deverá limitar-se a estes casos.

4. Conclusão:

O projeto legislativo em causa dá corpo a legítimas opções de política legislativa, sobre as quais não compete ao CSM pronunciar-se. Nas matérias que respeitam à administração da justiça, o CSM apresenta apenas as observações supra exaradas. De todo o modo, coloca-se à consideração a ponderação dos comentários e sugestões acima expedidos.

Lisboa, 23 de junho de 2021



**Inês Vieira Da
Silva Ferreira
Leite**
Vogal

Assinado de forma digital por Inês Vieira
Da Silva Ferreira Leite
83e38eab2d4f23f04cad1788fac985809c13b010
Dados: 2021.06.23 18:12:49



| 16 / 16

Rua Duque de Palmela, n.º 23 • 1250-097 Lisboa
Telefone: 213 220 020 • Fax: 213 47 4918
<http://www.csm.org.pt> • csm@csm.org.pt