

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Discussão da (in) constitucionalidade do Direito premial no ordenamento jurídico português

Sónia Jorge Guimarães e Castro

M

2022



FACULDADE DE **DIREITO**



MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO- POLÍTICAS

Discussão da (in) constitucionalidade do Direito premial no ordenamento jurídico português

Sónia Jorge Guimarães e Castro

M

2022

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, elaborada sob a orientação científica da Professora Doutora Luísa Neto

Julho de 2022

AGRADECIMENTOS

À memória de meu Pai.
Para a minha mãe e irmãs, razão de ser da minha vida
e para a minha amiga Bé.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	4
RESUMO	5
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	5
PARTE I - A (RE) CONFIGURAÇÃO DO DIREITO PREMIAL.....	9
1. A (re) configuração do Direito premial.....	9
2. A aproximação a figuras afins.....	11
2.1. Agente encoberto, agente infiltrado, agente provocador e <i>whistleblower</i>	11
2.2. A delação premiada no Direito estrangeiro.....	13
PARTE II - A (PRETENSA) EFICÁCIA DO DIREITO PREMIAL NO COMBATE AO WHITE COLLAR CRIME	16
1. O crime de corrupção	17
2. O valor probatório das declarações do colaborador/delator.....	23
3. Os n.ºs 1 e 2 do artigo 374.º-B do Código Penal.....	28
4. A adoção de mecanismos premiais no combate ao crime de corrupção	29
4.1. A suspensão provisória do processo.....	30
4.2. A mediação penal	32
4.3. Os “acordos sobre sentença”	33
PARTE III - A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PREMIAL	36
1. A violação de princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito.....	36
1.1. O princípio da igualdade	36
1.2. O princípio da legalidade e oportunidade	37
1.3. O princípio do acusatório	38
1.4. O princípio do contraditório.....	39
1.5. O princípio da oralidade e imediação.....	39
1.6. O princípio da lealdade processual.....	40

1.7. O princípio da presunção de inocência	41
2. Um passo atrás: a questão ética envolvida na admissibilidade do Direito premial.....	45
CONCLUSÕES	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AR- Assembleia da República

CC- Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Cfr. – Confrontar

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ed. – Edição

MP – Ministério Público

N.º – Número

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

Ob. cit. – Obra Citada

P. – Página

PP. – Páginas

RGPD- Regime Geral de Proteção de Denunciantes de Infrações

RJAE - Regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

RESUMO

O presente estudo tem como objeto e objetivo analisar a questão da (in) constitucionalidade do Direito premial, tal como este é configurado, na atualidade, no sistema jurídico português.

Numa altura em que, na sociedade portuguesa, o fenómeno da corrupção assumiu um carácter endémico (e constitui um flagelo que devasta o Estado de Direito democrático), o seu combate passou a ser encarado como uma prioridade do poder político e, nessa conformidade, do poder legislativo. De entre as várias medidas de combate à corrupção sobressaem as que se inserem no âmbito do Direito premial e que têm, como denominador comum, o facto de se obter a prova da prática dos chamados crimes de colarinho branco mediante a colaboração do arguido delator com os órgãos de polícia criminal.

Assumindo que o clássico direito penal incorre numa obsolescência, incapaz de acompanhar os novos desafios do complexo fenómeno criminal corruptivo, pretendemos demonstrar que as novas fórmulas de direito premial não podem legitimar reações que visem restringir os direitos e liberdades individuais.

PALAVRAS-CHAVE - Direito premial, delação, colaboração protegida, inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present study has as its object and objective to analyze the question of the (un)constitutionality of Premium Law, as it is currently configured in the Portuguese legal system.

At a time when, in Portuguese society, the phenomenon of corruption assumed an endemic character (and constitutes a scourge that devastates the democratic rule of law), fighting it came to be seen as a priority of political power and, accordingly, of the legislative power. Among the various anti-corruption measures, those that fall within the scope of the premium law stand out and have, as a common denominator, the fact of obtaining proof of the practice of the so-called white-collar crimes through the collaboration of the accused whistleblower with the criminal police bodies.

Therefore, assuming that the classic criminal law incurs an obsolescence, unable to keep up with the new challenges of the complex corruptive criminal phenomenon, we intend to demonstrate that the new formulas of premium law cannot legitimize reactions that aim to restrict individual rights and freedoms.

KEY WORDS - award-winning betrayal , protected collaboration, unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

1. Em sede do combate à corrupção consideramos de suma importância o combate aos chamados *crimes de colarinho branco*, face à sua evolução e proliferação nos últimos anos. No entanto, não podemos aceitar que, na base do pensamento do legislador ordinário, esteja subjacente uma cultura de que *todos os meios justificam os fins*, e que, sob o pretexto do *primeiro estranha-se depois entranha-se*, se consiga obter eficácia no combate à corrupção, olvidando-se os princípios constitucionais estruturantes do processo penal, que mais não são do que direito constitucional aplicado ao processo penal.¹

Bem sabemos que há muito que o Direito penal (e a tipificação das normas penais) deixou de ser o *direito do bem jurídico* na designação de Jorge de Figueiredo Dias², para passar a ser o direito do politicamente e mediaticamente correto. Na mesma senda, parece estar a encaminhar-se o legislador no âmbito do direito processual penal, uma vez que parece optar por seguir e deixar-se influenciar pela mediatização social, novo arauto da *ratio* da criação das leis processuais penais, descurando a constitucionalidade das mesmas. Ironicamente, não podemos deixar de referir que, no momento em que se lançou a discussão pública em torno da possível criação de um novo ilícito criminal - Lei de Enriquecimento Ilícito³ - para os titulares de cargos políticos, esta suscite, por parte de determinados juristas, as maiores preocupações do ponto de vista da sua constitucionalidade, por contender com princípios fundamentais, tais como, de entre outros, o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 32.º da CRP, o mesmo já não aconteça no que concerne aos mecanismos de Direito premial, constantes da Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, que aprova a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024.

¹ MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 709.

² FIGUEIREDO DIAS, JORGE, O " *direito penal do bem jurídico*" como princípio jurídico-constitucional implícito à luz da jurisprudência constitucional portuguesa, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. 145, n.º 3998 (2016), pp. 250-266.

³ Em 19 de novembro de 2021 a Assembleia da República aprovou, por unanimidade, ainda que com a ausência do deputado do Partido Chega, em votação final global, um texto acordado pelos partidos relativo à criminalização do enriquecimento injustificado que altera a legislação sobre as obrigações declarativas de políticos e altos cargos públicos. O Decreto N.º 223/XIV procede ao alargamento das obrigações declarativas dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos, alterando a Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, que aprova o regime de exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, alterada pela Lei n.º 69/2020, de 9 de novembro, e pela Lei n.º 58/2021, de 18 de agosto. Note-se que antes deste diploma muitas foram as críticas à criação deste tipo legal, embora com outro *nonem iuris*, advinda do perigo na incriminação com base na não justificação ou explicação da origem do acréscimo patrimonial se prender com a imposição ao arguido do ónus da prova (invertendo-o), e pelo consequente atropelo aos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Também se apontavam como críticas o facto de por forma a fazer prova da origem lícita do seu património, o arguido ver-se-ia obrigado, naturalmente, a prestar declarações, o que desde logo culminaria na violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (direito à não autoincriminação) e do direito ao silêncio, ambos decorrentes do referido princípio da presunção de inocência.

No mesmo sentido, com a publicação da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro - que aprova medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas - , estão previstas algumas soluções de Direito premial, cuja consagração legal poderá, em nosso entender, ser considerada como violadora da lei fundamental portuguesa. Com a aprovação deste diploma, cuja técnica legislativa resulta duma imponderação e precipitação do legislador, são várias as alterações aos princípios penais e processuais penais que poderão suscitar algumas entropias processuais, com efeito contrário ao pretendido com a ratio deste diploma, ou seja, no combate à corrupção.

Para além disso (e no que ao Direito premial respeita), constatamos que, neste diploma legal, se consagram mecanismos que conduzirão porventura a um novo paradigma de justiça penal - a justiça negociada.

Enquanto instrumento de combate ao fenómeno complexo da corrupção, a consagração legal da colaboração protegida do agente – *id est* - que obtém uma contrapartida em termos de dispensa ou atenuação da pena, porque forneceu, antes ou depois da instauração do procedimento criminal, elementos decisivos na descoberta e captura de outros responsáveis criminosos, nos mais variados domínios normativos ligados à criminalidade organizada e económico financeira, poderá consistir um passo atrás civilizacional na defesa dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados.

2. Nesta investigação iremos examinar, sobretudo, o Direito constitucional penal, uma vez que a presente dissertação se insere no âmbito das ciências jurídico-políticas, *maxime*, no direito constitucional, não se tratando, autonomamente, o Direito penal, embora se lhe faça referência, sempre que pertinente. Em termos estruturais e no sentido da discussão a que nos propomos, começaremos por abordar, na primeira parte, a atual configuração do Direito premial no sistema jurídico português, fazendo referência a figuras afins e à distinção de figuras próximas tais como as de agente encoberto, agente infiltrado, agente provocador e *whistlebloer*. Em termos de direito estrangeiro faremos também, uma breve análise das previsões em legislações de países como o Brasil e a Itália, cuja escolha *infra* explicaremos.

Na segunda parte deste trabalho, tratamos da questão de saber se o Direito premial é dotado de verdadeira eficácia no combate à criminalidade genericamente designada de *White Collar Crime*.

Começaremos por nos debruçar sobre o crime de corrupção, passando, em seguida, à análise do valor probatório das declarações do Colaborador/Delator e pela análise ao regime

legal da alínea a) do n.º1 e da alínea a) do n.º 2 do artigo 374.º-B, do Código Penal, e, também, à análise da transposição para o ordenamento jurídico português da Directiva da UE 2019/1937, do PE e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, concluindo pelo exame crítico da adoção de mecanismos premiais no combate ao crime de corrupção, designadamente, a suspensão provisória do processo, a mediação penal e por fim a controversa questão dos “acordos sobre sentença”.

A terceira parte do nosso trabalho incidirá sobre a inconstitucionalidade do Direito premial e, portanto, consistirá numa análise e exame crítico dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito que, julgamos, poderem estar a ser violados, com a consagração dos mecanismos premiais, na lei processual portuguesa, a saber: princípio da igualdade, princípio da legalidade e oportunidade; princípio da presunção de inocência; princípio do contraditório; princípio do acusatório; princípio da oralidade e imediação e o princípio da lealdade processual.

Para além da questão constitucional, na última parte deste trabalho, trataremos da questão ética envolvida na admissibilidade do Direito premial. Na abordagem às várias questões e problemáticas, suscitadas durante a explanação do nosso trabalho, concluiremos, neste último capítulo, com uma observação crítica e construtiva sobre a controvérsia que poderá gerar a adoção de certos mecanismos de Direito premial, no combate ao fenómeno complexo da corrupção.

PARTE I - A (RE) CONFIGURAÇÃO DO DIREITO PREMIAL

*Entre os animais ferozes, o de mais perigosa mordedura é o delator;
entre os animais domésticos, o adulator,*

Diógenes de Sinope⁴

A questão do Direito premial surge, automaticamente, associada à figura da *delação premiada*, termo importado do direito brasileiro, e, portanto, da figura do *Delator*, pessoa que delata, isto é, que acusa, criminalmente, outrem, denunciando-o às autoridades de justiça, tendo em vista uma recompensa, um prémio, que pode ser uma atenuação ou perdão de pena, ou mesmo uma recompensa pecuniária.

Em termos históricos, temos um conspícuo caso do *Delator*, com a figura de Judas Iscariotes, o que denunciou Cristo, em troca de trinta dinheiros, segunda a patrística Cristã. Ainda assim, tal exemplo não está isento de controvérsia, pois, de acordo com o Evangelho Apócrifo, Judas não teria feito mais do que obedecer a uma solicitação do Mestre.

No ordenamento jurídico português não existe uma delação premiada nestes moldes, optando-se antes por a designar como *colaboração protegida*, um de entre (outros) dos mecanismos de Direito premial, que *infra* explicaremos.

1. A (re) configuração do Direito premial

O Direito premial é um conjunto de recurso legais que têm em vista conceder uma recompensa – Prémio- ao agente que denunciar, delatar outro agente participante/ co-autor, suspeito da prática de um ilícito criminal típico da plêiade dos crimes de corrupção e criminalidade conexa. Nesta conformidade, o Direito premial concede a faculdade ao agente criminoso de, auxiliando o órgão acusador na produção de prova, obter um tratamento penal mais favorável, por parte do poder judiciário, nomeadamente, uma atenuação especial ou mesmo, dispensa de pena. O prémio pela delação do agente criminoso configura-se como um incentivo atribuído pelo legislador pela *colaboração* eficaz do agente com a justiça. Num breve apontamento histórico, em Portugal, as Ordenações Filipinas são a primeira fonte deste instituto jurídico que, embora sem esta designação, decretavam privilégios àqueles que entregassem à prisão culpados de crimes.⁵ Neste momento, no sistema jurídico português, as soluções de

⁴ *Politeia*.

⁵ Nas Ordenações Filipinas no Livro 5, título. 116 era concedido prémio a “(...) Qualquer pessoa, que der à prisão qualquer hum dos culpados, e participantes em (...) havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, posto que não tenha perdão da parte (...)” distinguindo depois que “se não for participante do mesmo malefício, queremos que haja perdão para si (tendo perdão das partes) de qualquer malefício que tenha, posto que grave seja e, isto não sendo maior daquelle, em que he culpado o que assi deu à prisão.” No entanto, ainda que as

Direito premial existentes encontram-se, maioritariamente, plasmadas no regime jurídico da corrupção, onde estão contidas normas que visam premiar a colaboração daqueles que contribuem para a descoberta da verdade e para a realização da justiça penal. Tais soluções de Direito premial têm, como denominador comum, a circunstância de a redução ou dispensa de pena estarem dependentes da decisão de um Tribunal, depois de realizada a audiência de julgamento e a produção de prova ter obedecido ao princípio do contraditório.

Encontramos mecanismos de Direito premial no CP, nomeadamente, na parte geral, em concreto, nos artigos 71.º a 73.º, que preveem os termos de atenuação especial das penas, atribuindo especial relevância ao arrependimento do agente criminoso, e na parte especial do CP, em concreto, nos artigos 368.º - A (branqueamento) e 374.º - B (dispensa ou atenuação da pena no crime de recebimento indevido de vantagem e nos crimes de corrupção ativa e passiva), bem como num conjunto de leis penais extravagantes, como são o caso das previsões de dispensa ou atenuação de pena que se encontram na Lei n.º 34/87, de 16 de julho (crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos), na Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (Lei de combate ao terrorismo), na Lei n.º 36/94, de 29 de setembro (Lei que aprova as medidas de combate à corrupção e criminalidade económico-financeira) bem como na legislação de combate à droga, onde também estão previstos mecanismos premiais de dispensa ou atenuação de pena.

Para além de normas premiais que concedem benefícios penais, o sistema premial pode abarcar ainda vantagens processuais, como, por exemplo, a abstenção de perseguição penal do colaborador, poupando-o à investigação ou à acusação, ou a sua não subordinação a um certo regime coativo, tendo em conta a sua colaboração processual. É o caso do artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, no qual se admite a suspensão provisória do processo relativo a crime de corrupção ativa, no caso de o arguido ter denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade, matéria que trataremos com maior detalhe, *infra*, na Parte III do presente trabalho.

partes não o perdoassem “ (...) havemos por bem de lhe perdoar livremente o degredo, que tiver para África, até quatro anos, ou qualquer culpa, ou malefício, que tiver cometido, porque mereço degredo até os ditos quatro anos.” Não obstante o perdão apenas seria permitido em termos idênticos ao denunciado não podendo o imputado ter um perdão superior à pena a que o co-autor estivesse sujeito: “Porém, isto se entenderá, que o que der à prisão o malfeitor, não haja perdão de mais pena, nem degredo, que de outro tanto, quanto o malfeitor receber (...)”.

2. A aproximação a figuras afins

Conforme referimos *supra*, o Direito premial constitui uma ferramenta eficaz no combate ao crime organizado, incluindo a corrupção e crimes conexos. Isto porque, sendo a corrupção um fenómeno global, organizada, complexa, com uma estrutura sofisticada, cujos crimes se reconduzem a um *modus operandi* caracterizado por um pacto de silêncio entre os seus agentes, que recorrem a métodos sofisticados de encriptação das comunicações por si efetuadas e a formas eficazes de dissimulação de circulação dos fluxos financeiros e vantagens económicas, romper esse pacto e conseguir perceber como funcionam as redes de crime organizado é crucial para o avanço das investigações.

Para isso, devem as autoridades investigatórias estar munidas, não só de meios tecnológicos e humanos, *expertises* nas diversas áreas destes crimes, como também de legislação que permita aos investigadores estarem dotados de mecanismos para esse fim, por forma a obterem, dentro dessas organizações, elementos de prova que sustentem um futuro processo judicial. Faremos, por isso, de seguida, uma incursão pelas figuras afins de Direito premial no direito estrangeiro e no direito português.

2.1. Agente encoberto, agente infiltrado, agente provocador e *whistleblower*

A colaboração protegida enquanto mecanismo de Direito premial distingue-se de outras figuras tais como o agente encoberto.

O ‘agente encoberto’ ou ‘agente infiltrado’ tem o seu regime legal previsto no n.º 2 do artigo 1.º, da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, que estipula que “consideram-se ações encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”. Agente encoberto ou infiltrado é o agente ou o terceiro que executa a ação encoberta. Isabel Oneto⁶ define-o, embora o designando por agente infiltrado, como “o agente policial, ou terceiro sob a orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas atividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar factos típicos sem, contudo, os poder determinar”. A utilização de agentes encobertos (ou infiltrados) não levanta problemas de constitucionalidade, como o demonstra o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98.

⁶ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.150.

‘Agente provocador’ é, por seu turno, o agente policial ou o terceiro por este controlado que incita, de forma determinante, o autor de um crime à sua prática. Nas palavras do Acórdão do TRL de 22/03/2011,⁷ o “agente provocador será o membro de polícia criminal ou alguém a seu mando que pela sua atuação enganosa sugere eficazmente ao autor a vontade de praticar um crime que antes não tinha representado e o leva a praticá-lo quando sem essa intervenção a atividade delituosa não teria ocorrido. A vontade de delinquir surge ou é reforçada no autor não por sua vontade própria e livre decisão mas como consequência da atividade de outra pessoa, o membro do órgão policial”.

É esta a grande distinção do agente encoberto: este limita-se a ocultar a sua qualidade e introduz-se na organização, ganhando a confiança com o objetivo de recolher provas. O agente provocador incita à prática do crime. A intervenção do agente provocador em processo penal é rejeitada, de modo unânime, pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, por consubstanciar um meio enganoso de obtenção de prova (e, como tal, proibido, à luz do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 126.º do CPP, na modalidade de “perturbação da liberdade de vontade e de decisão através da utilização de meios enganosos”), ao passo que as ações encobertas são legalmente admissíveis, uma vez observadas as condições estabelecidas pela Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, que regula o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e de investigação criminal.

Whistleblowing é o termo, de origem norte-americana, que designa a atividade daquele - *whistleboer* - que sinaliza um comportamento ilegal ou irregular ocorrido no quadro de uma organização, pública ou privada, com a qual tem ou teve algum vínculo. Este instituto não se aparta da figura do *plea bargaining*. Mas no contexto europeu, foi com a transposição, para a ordem jurídica interna, da Diretiva (UE) 2019/1937 operou-se uma “proteção” da figura deste denunciante. A Diretiva aplica-se a denunciante que, trabalhando no setor público ou privado, tenham obtido informações sobre violações em contexto profissional, nomeadamente em sede de contratação pública, serviços, produtos e mercados financeiros e prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, segurança e conformidade dos produtos, segurança dos transportes, proteção do ambiente, proteção contra radiações e segurança nuclear, segurança dos géneros alimentícios e dos alimentos para animais, saúde e bem-estar animal, saúde pública, defesa do consumidor, proteção da privacidade e dos dados pessoais e segurança da rede e dos sistemas de informação;

⁷Acórdão TRL, Processo n. 82/09.6JELSB.L1-5, Relator: Nuno Gomes da Silva, in <http://www.dgsi.pt>.

Assim, o *whistleboer* distingue-se do delator porquanto o *Whistleboer* não é participante do crime, ao contrário do delator. Aquele toma conhecimento do crime no exercício das suas funções e promove a participação do mesmo às autoridades judiciais.

Recentemente, com a aprovação da Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro, procedeu-se à criação de um Regime Geral de Proteção de Denunciantes de Infrações (RGPDl) que protege os denunciantes que denunciem infrações, tendo tido como objetivo proceder à transposição da Diretiva (UE) 2019/ 1937, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, relativa à proteção de pessoas que denunciarem violações do direito da União Europeia, mas não se limita a isso. A sua finalidade é incentivar a denúncia de crimes graves, protegendo os denunciantes. Não se pretende aqui premiar os denunciantes, tal como acontece nos EUA, ou seja, o Direito premial não está aqui contemplado, não se prevendo a atribuição de qualquer compensação financeira a um denunciante. Este pode ser uma pessoa singular ou coletiva, que denuncie ou divulgue publicamente uma infração, com fundamento em informações obtidas no âmbito da sua atividade profissional, independentemente da natureza desta atividade ou do sector em que seja exercida. Os denunciantes são pessoas que têm um papel dentro das organizações, ou uma relação profissional com elas, que lhes permite obter um conhecimento privilegiado das infrações, mas que, por isso mesmo, ficam mais vulneráveis a represálias. Esta lei vem criar uma novidade legislativa uma vez que, podendo a denúncia efetivar-se por duas vias - a interna (feita às autoridades infratoras que devem ter canais de denuncia internos) e a externa (feita aos órgãos de polícia criminal) -, só poderá recorrer-se à externa quando não exista um canal de denúncia interno, perdendo o denunciante o seu direito à proteção, caso não respeite esta precedência. O denunciante goza de medidas de proteção específicas, previstas no artigo 21.º do RGPDl, como é o caso da proibição de atos retaliatórios por parte das entidades infratoras e de medidas de apoio nos termos gerais da lei, como são o caso da proteção jurídica e do regime de proteção de testemunhas.

Da análise geral deste regime, observamos que esta lei, tendo como principal objetivo proteger os denunciantes, também procurou acautelar os próprios funcionários das empresas de praticarem crimes, tendo, por isso, uma função preventiva.

2.2. A delação premiada no Direito estrangeiro

São vários os sistemas jurídicos estrangeiros onde se prevê a existência de delação premiada. Pela relevância mediática suscitada, a propósito de processos polémicos devido à sua dimensão e gravidade sociopolíticas, convocaremos o exemplo do Direito brasileiro e italiano,

a propósito dos processos *Lava Jato* (2014-2021), no Brasil, e a operação *Mãos Limpas*, da máfia italiana (nos anos 90 do transato século). O direito brasileiro será porventura aquele em que o Direito premial maior alcance consagrará na sua legislação, onde se prevê a atribuição de compensações monetárias aos delatores. Conforme é do conhecimento geral, o fenómeno corruptivo no Brasil tem uma dimensão verdadeiramente enraizada no sistema tendo, nesse seguimento, levado a que o um Presidente da República, no decurso do já referido processo *Lava Jato* (2014-2021) fosse sujeito a julgamento e lhe fosse aplicada uma pena privativa de liberdade. Já no direito italiano, a gravidade da atuação da máfia italiana provocou na sociedade italiana um alarme social colossal uma vez que a atuação destas organizações criminosas provocou vítimas mortais no seio da magistratura judicial.

A delação premiada no direito brasileiro decorre, principalmente, do artigo 4.º da Lei brasileira n.º 12.850/13, de 2 de agosto, onde, se regulou a colaboração premiada e se autoriza a realização de um acordo formal entre o Ministério Público (ou autoridade policial - “delegado de polícia”, na fase pré-processual). Quanto à natureza jurídica da delação premiada, já o Supremo Tribunal Federal Brasileiro se pronunciou, considerando que se está perante um negócio jurídico processual, pois “ (...) o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idóneos de prova”.

Os benefícios premiais concedidos pela citada Lei comportam duas modalidades de colaboração premiada, as quais conferem específicos e autónomos benefícios penais e processuais penais que poderão ser concedidos ao colaborado - o acordo pré-sentencial e o pós-sentencial.

No direito italiano estão previstas, na Lei 340/19827, as três principais figuras relativas à colaboração com a justiça - *Pentito*, *Dissociato* e *Collaboratore* – embora inicialmente restritas aos crimes cometidos para fins de terrorismo e crimes de subversão do ordenamento constitucional. *Pentito* é o colaborador que antes da sentença condenatória dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa, ou, ainda, retira-se da organização criminosa fornecendo todas as informações sobre a estrutura, impedindo desta forma o cometimento de novos crimes; *Dissociato* é outro colaborador, é o agente que, confessando os seus crimes, age de forma a diminuir as suas consequências ou, mesmo, impedindo a consecução de novos crimes; *Collaboratore* era o colaborador que, além de confessar os crimes auxiliava as

autoridades policiais e judiciárias a angariar provas decisivas com o objectivo de identificação de outros membros da organização, ou de reconstituição dos factos.

A figura da delação premiada, no direito italiano, aparece entre um conjunto de legislação de emergência, primeiro de combate ao terrorismo, tráfico de estupefacientes e, depois, ao crime organizado, que teve o seu apogeu, no final dos anos 70, com o combate a, partir de dentro, contra organizações mafiosas da *Cosa Nostra*, que contaminaram a sociedade italiana em geral, em particular a sociedade política e judicial. Esta conjuntura favoreceu a adoção de comportamentos judiciais inquisitórios que atropelaram os princípios do processo penal, como foi o caso da instrumentalização da prisão preventiva como mecanismo de pressão para a obtenção de colaboração. Uma vez que, a escolha pela colaboração mostrava-se como a única possibilidade de se desfrutar de certos benefícios processuais, o uso indiscriminado das colaborações originou a existência dos falsos *Pentiti* e de injustas condenações. Na atualidade, a delação premiada em Itália procura proteger o imputado de abusos, através de um processo mais transparente, em respeito pelos princípios estruturantes do processo penal. Os benefícios que advenham da colaboração deixaram de ser permitidos de forma automática, após a realização da colaboração.

PARTE II - A (PRETENSA) EFICÁCIA DO DIREITO PREMIAL NO COMBATE AO WHITE COLLAR CRIME

Há épocas de tal corrupção, que, durante elas, talvez só o excesso do fanatismo possa, no meio da imoralidade triunfante, servir de escudo à nobreza e à dignidade das almas rijamente temperadas.

Alexandre Herculano⁸

O *white collar crime* ou ‘crime de colarinho branco’ corresponde, no âmbito da criminologia, a designação - cuja autoria é atribuída ao sociólogo norte-americano Edwin Sutherland, em 1939, de crimes cometidos por pessoas de respeitável e de alta posição (status) social, no âmbito da sua profissão. Este conceito desta categoria criminológica foi objecto de várias críticas por parte dos autores anglo-saxónicos, pelo facto de se restringir às qualidades do agente, ou seja, unicamente à sua origem social e à sua ocupação, sendo portanto, o *White collar crime* apenas apanágio de uma elite que viola a lei no exercício da uma atividade profissional.⁹ Não iremos aqui debruçarmo-nos sobre esta querela mas, tão só referir a este propósito, que no direito penal português, são subsumíveis na categoria criminológica de crime de colarinho branco, os crimes de corrupção (Artigo 372.º a 374.º do CP) e os crimes de responsabilidade dos titulares de alto cargos políticos. Conforme refere Cláudia Cruz Santos, “ (...) *se a corrupção passiva (...) por só poder ser praticada por funcionários no exercício das suas funções, constituirá, em regra, um crime de colarinho branco, já a corrupção ativa (...) também poderá merecer tal qualificação sempre que a sua finalidade ou o modo de execução se relacionem com a ocupação do agente.*”^{10/11} Com os recentes processos mediáticos que assolaram a sociedade portuguesa, nomeadamente o processo Face Oculta, levantaram-se as questões de saber se as respostas do modelo de justiça vigente, no nosso sistema processual penal, seria o mais adequado no seu combate e trouxeram para o debate público a percepção que a própria sociedade passou, nos últimos anos, a encarar este fenómeno, não só do ponto de vista da sua tipificação criminal, mas também do ponto de vista sociológico e cultural. Não será necessário recuarmos muitos anos para constataremos que nem sempre o combate à corrupção

⁸ *In História da Origem e Estabelecimento da Inquisição em Portugal* (Tomo III)

⁹ SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 54.

¹⁰ SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *idem*, ob. cit., p.83.

¹¹ Refira-se, no entanto, que o crime de corrupção pode também ser praticado pelos denominados *blue-collars*. A título meramente exemplificativo pense-se no caso de um porteiro de uma unidade hospitalar do serviço nacional de saúde que pretendendo uma consulta de especialidade de medicina interna, apenas a obtém, para daqui a seis meses. Pretendendo antecipar a dita consulta lança mão dos seus conhecimentos com a funcionária administrativa mediante a atribuição de uma compensação financeira ou de outra índole, cujo resultado obtém com a respetiva data de consulta ser agendada para este mês.

foi uma prioridade do poder político. De facto, enquanto criminalidade *whitte collar* estar-lhe-ia associada a ideia de que, do ponto de vista da justiça penal, estes agentes seriam favorecidos pelo julgador, uma vez que ambos provinham do mesmo meio social, frequentaram os mesmos colégios, as mesmas faculdades e ocupavam os seus tempos livres nos mesmos clubs. Também se considerava que, do ponto de vista económico, a corrupção até seria vantajosa para a economia, uma vez que esta, estando em recessão ou estagnação (se a máquina não funcionava seria necessário oleá-la) seria revitalizada pela chamada ‘economia paralela’.

Na mesma senda, a corrupção era apenas entendida como um fenómeno estadual, isto é, apenas praticada pelos governantes, políticos e autarcas. Hoje, a criminalização da corrupção é também objeto das relações jurídico privadas, uma vez que as sociedades comerciais, de todos os tipos previstos no CSC, são objeto de responsabilidade criminal, bem como os seus gerentes ou administradores. Por último, mas não menos importante, a questão da vitimologia, onde se operou uma mudança de pensamento radical. A corrupção era considerada como um “crime sem vítimas”. Atualmente entende-se que as vítimas deste crime são todos os cidadãos do Estado de Direito, uma vez que, perante a existência de vantagens patrimoniais obtidas por qualquer agente, sem motivo que o fundamente, estas deixam de ser direcionadas para a satisfação das necessidades coletivas, passando apenas a servirem interesses particulares egoísticos e, nessa conformidade, ilegítimos.

1. O crime de corrupção

A corrupção pode ser definida, em termos gerais, como o abuso de poder em benefício privado, que tanto abrange o sector público como o privado. Corrupção ativa significa *corromper*, enquanto a corrupção passiva se entende como *deixar-se corromper*¹². A tipificação legal no código penal português, do crime de corrupção, insere-se no Capítulo IV - *Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas* - na Secção I. Este crime foi já objeto de várias reformas legislativas¹³. Na atualidade, a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, cuja data de entrada em vigor ocorreu no dia 31 de março do corrente ano, prevê no artigo 373.º o crime de corrupção passiva e no artigo 374.º o crime de corrupção ativa. Estes crimes foram introduzidos, primeiramente, no CP através do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, tendo o crime de

¹² MIGUEZ GARCIA, M. /CASTELA RIO, J.M., *Código Penal - Parte geral e especial - (com notas e comentários)*, Coimbra, Almedina, 2015, 2.ª Edição, p.1292.

¹³ CUNHA, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp.7 a 10.

corrupção ativa sido objeto de duas alterações legislativas, operadas pelos diplomas legais - Lei n.º 32/2010, de 02 de setembro e Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, e o crime de corrupção passiva sofrido três alterações legislativas produzidas pelos diplomas legais - Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro (rect. n.º 102/2007, de 31 de outubro) e Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro. Nos artigos seguintes, isto é, no artigo 374.º - A e no artigo 374.º - B, consagram-se, no tocante à aplicação da medida da pena, atenuações e agravações. A definição destes crimes, na sua atual redação, resulta dos artigos 373.º e 374.º do CP.

Foi o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, que consagrou a independência entre a infração do corruptor e a infração do corrupto, passando assim a prever dois crimes autónomos, o crime de corrupção ativa e o crime de corrupção passiva, deixando por isso de ser considerado um delito bilateral que exigia a verificação cumulativa das condutas do corruptor e do funcionário corrupto. Assim, sendo a corrupção ativa e passiva dois aspetos de um mesmo comportamento, estes constituem duas infrações penais distintas, podendo uma “realizar-se” independentemente da outra. Sucede isto quando a vantagem é oferecida mas não é aceite ou é solicitada e não chega a ser entregue. Refira-se por isso que os dois crimes podem ser investigados criminalmente e sujeitos a julgamento por forma independente um do outro. Em ambos os crimes *o bem jurídico* protegido pela incriminação é a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário. A corrupção passiva consiste em solicitar ou aceitar vantagem para a prática de um qualquer ato ou omissão contrários a dever do cargo. Conforme se depreende do texto legal – literalmente “*quem por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com o conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos*” -, a corrupção ativa é um crime próprio. Quem corrompe não necessita ser funcionário público. O artigo n.º 374.º - corrupção ativa - começa com a palavra «Quem», anónimos, termo muito mais amplo do que o conceito de funcionário que aparece como único corruptor passivo. Quanto ao tipo objetivo, o artigo 373.º prevê no n.º 1 os casos de corrupção própria ou para ato ilícito e no n.º 2 os casos de corrupção imprópria ou para ato lícito. O tipo objetivo do n.º 1 consiste na solicitação ou aceitação pelo funcionário ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação de uma vantagem indevida ou a promessa dessa vantagem, para si ou para terceiro, com vista a que o funcionário pratique ou omita um ato em violação dos deveres do seu cargo (a corrupção passiva própria antecedente) ou porque o mesmo praticou ou omitiu um ato em violação desses deveres (a corrupção passiva própria subsequente). No n.º 2, a diferença encontra-se em o ato

ou a omissão não serem contrários aos deveres do cargo. Pressupõe-se por isso a existência de um acordo entre o particular e o funcionário com vista à prática de um ato, já ocorrido ou passível de vir a ocorrer. Uma conduta de serviço é contrária aos deveres do cargo quando viola uma lei, um regulamento administrativo ou mesmo os deveres deontológicos. Conforme se refere no Acórdão do TRC de 01/10/2008 “ (...) *O funcionário ou titular de cargo político que solicita ou aceita a promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para a prática de ato ilícito comete o crime de corrupção mesmo que nada receba ou não execute a tarefa jurídica acordada*”. Na mesma senda se pronuncia o Acórdão do STJ de 12/04/2000, “ (...) *Sendo o ato ou omissão conforme ou contrário aos deveres do cargo a vantagem solicitada ou aceite pelo funcionário é indevida. O crime de corrupção passiva é crime de dano; quando consumado, causa um dano direto e efetivo nos interesses ou bens juridicamente protegidos pela norma violada, que igualmente afirma, (...) a consumação instantânea, no momento em que a pessoa corrupta solicita a vantagem, o que retira espaço para a afirmação da tentativa, que no entanto é punível*”. Solicitação indevida é qualquer prestação patrimonial ou não, material ou imaterial, que objetivamente concorra para melhorar a situação patrimonial, pessoal ou jurídica, do que a recebe (beneficiário) e à qual este não tem qualquer pretensão jurídica.

Quanto ao tipo subjetivo este crime admite qualquer forma de dolo. Em vista do elemento do n.º 2 “para a prática de um qualquer ato ou omissão”, trata-se de um crime de resultado cortado, na opinião de Paulo Pinto de Albuquerque.¹⁴ O crime consome-se com a comunicação da solicitação ou aceitação do funcionário ao seu interlocutor, independentemente do recebimento de qualquer vantagem. O Acórdão do TRG de 3/11/2008, na p. 288, corretamente, põe a tónica na desnecessidade de que para a consumação o funcionário tenha ou não a intenção de praticar o ato isto é, de vir a cometer o ato contrário aos seus deveres. Quanto aos sujeitos, considera-se que relativamente aos agentes de ambos os crimes de corrupção, a previsão legal apela ao conceito de *funcionário*, podendo ser o agente do crime (cfr. n.º 1 do artigo 372.º, n.º s 1 e 2 do artigo 373.º, do CP), ou poderá ser um interveniente acessório (cfr. n.º 2 do artigo 372.º e n.º s 1 e 2 do artigo 374.º, do CP). O conceito legal de funcionário, para efeitos penais, é estabelecido pelo artigo 386.º do C.P. Este artigo foi objeto de alteração produzida pela *supra* referida Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro. Na redação atual da lei,

¹⁴ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 986.

quando comparada com a sua versão anterior¹⁵ apenas se manteve inalterada a letra da a alínea a), da alínea d) do n.º 3, e o n.º 4, alterando-se os restantes números e alíneas deste artigo. Anteriormente à alteração assinalada, consideravam Miguez Garcia e Castela Rio¹⁶ que o conceito de “*funcionário era (...) um conceito amplo, diferente do conceito de funcionário para efeitos administrativos e, cada vez mais amplo como resulta das sucessivas alterações legislativas; o conceito, para o direito penal, consagra qualquer atividade realizada com fins próprios do Estado e, a atividade realizada com a liquidação de patrimónios em processos de falência ou a venda em ação executiva é fim próprio do Estado levada a efeito através do órgão de soberania Tribunais; aquele que desempenha atividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, de forma temporária, mediante remuneração, recebendo ou executando ordens emanadas da autoridade, tem a qualidade de funcionário para efeitos do disposto no art.º 386.º*”. No entanto, entendemos que, pese embora não tenhamos ainda produção jurisprudencial e doutrinária que nos elucide quanto à interpretação a ser dada a este (novo) conceito de *funcionário*, somos a considerar que o legislador terá pretendido determinar com maior pormenor as várias categorias em que tal conceito se subsume, sendo por isso um conceito atualizado. Nesse sentido se refere a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 90/XIV do Governo,¹⁷ quando menciona que (...) [A] *Estratégia recomenda igualmente a revisão do conceito de funcionário constante do artigo 386.º do Código Penal, considerando a*

¹⁵ Contém as alterações dos seguintes diplomas: - Lei n.º 108/2001, de 28/11; Lei n.º 59/2007, de 04/09, Lei n.º 32/2010, de 02/09; Lei n.º 30/2015, de 22/04 e Lei n.º 94/2021, de 21/12. Na redação anterior à presente lei, isto é, na redação dada pela Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril dispunha-se o seguinte: 1 - *Para efeito da lei penal a expressão funcionário abrange: a) O funcionário civil) O agente administrativo; e c) Os árbitros, jurados e peritos; e d) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma atividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar.* 2 - *Ao funcionário são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos.* 3 - *São ainda equiparados ao funcionário, para efeitos do disposto nos artigos 335.º e 372.º a 374.º: a) Os magistrados, funcionários, agentes e equiparados de organizações de direito internacional público, independentemente da nacionalidade e residência; b) Os funcionários nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; d) Os magistrados e funcionários de tribunais internacionais, desde que Portugal tenha declarado aceitar a competência desses tribunais; e) Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, independentemente da nacionalidade e residência, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; f) Os jurados e árbitros nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português.* 4 - *A equiparação a funcionário, para efeito da lei penal, de quem desempenhe funções políticas é regulada por lei especial.*

¹⁶ MIGUEZ GARCIA, M. / CASTELA RIO, J.M., *Código Penal - Parte geral e especial - (com notas e comentários)*, Coimbra, Almedina, 2015, 2.ª Edição, p.1384.

¹⁷ In <https://app.parlamento.pt/>, pp. 5 e 6.

evolução verificada ao nível do setor público empresarial, da justiça militar e do conceito de titular de alto cargo público, e para melhor cumprimento das exigências decorrentes do princípio da legalidade criminal. Neste contexto, propõe-se alterar o artigo 386.º do Código Penal, consagrando como conceito base de funcionário o de empregado público civil, isto é, aquele que tenha um vínculo de emprego público, por tempo indeterminado ou a termo. Em essência, atualiza-se as noções do Código Penal de funcionário civil e de agente administrativo. Inclui-se também no conceito de funcionário o militar. Justifica-se este acréscimo pelo facto de, no atual Código de Justiça Militar, se preverem apenas crimes de natureza estritamente militar. A referência ao desempenho de cargos públicos por virtude de vínculo especial visa abranger, essencialmente, os titulares de altos cargos públicos não integrados no setor empresarial. É certo que a classificação destes titulares de altos cargos públicos como funcionários poderia fundar-se em outras normas já hoje previstas no artigo 386.º do Código Penal. No entanto, considera-se justificável a sua previsão autónoma, nomeadamente em face das molduras penais agravadas no que respeita aos crimes de recebimento indevido de vantagem e de corrupção, mas também às obrigações declarativas constantes da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho. Os titulares de altos cargos públicos integrados no setor empresarial serão considerados funcionários nos termos das normas aplicáveis à qualificação como funcionários daqueles que exercem funções em entidades empresariais. Identifica-se também enquanto funcionários o notário, o tradutor, o intérprete e o técnico que auxilie o tribunal em inspeção judicial, podendo estas classificações importar, nomeadamente, ao nível dos crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem e corrupção, mas também dos crimes de falsificação ou contrafação de documento e abuso de poder. Ao nível das entidades de utilidade pública, propõe-se rever o artigo 386.º no sentido de deixar claro que só são funcionários aqueles que desempenhem ou participem no desempenho de função pública administrativa em pessoa coletiva de utilidade pública, não bastando assim o mero exercício de funções. Reconhece-se outrossim de modo expresso a condição de funcionário àqueles que desempenhem ou participem no desempenho de funções públicas em associação pública.

Considera-se, por isso, que, face ao que se refere *supra*, a inclusão na alínea f) do artigo 386.º do CP, da referência ao notário se justifica porque, apesar de ser uma atividade privada, o notário exerce funções públicas. Tarefa mais difícil é saber como interpretar o conceito de funcionário quando estivermos perante a circunstância de o subsumir numa incriminação no âmbito da corrupção no sector privado. Dever-se-á ter em causa que tipo de atividade os entes

privados prosseguem, isto é, se atuam no âmbito de poderes públicos delegados por lei ou, pelo contrário, atuam sem essa autoridade, tarefa que se irá revelar complexa.

Já a corrupção ativa consiste em dar ou prometer vantagem a funcionário com uma finalidade: a prática de um qualquer ato ou omissão contrários ao cargo. Quanto ao tipo objetivo a corrupção ativa, na sua redação atual, compreende duas modalidades: por um lado a dádiva de uma vantagem; por outro a promessa de uma vantagem. Por isso, no primeiro caso, estamos perante um crime de dano; no segundo, um crime de perigo abstrato. O n.º 1 consiste, mais exatamente, na dádiva ou promessa a funcionário (ou a terceiro por indicação ou com conhecimento deste) de uma vantagem indevida, para que o funcionário pratique um ato ou omita um ato com violação dos deveres do seu cargo, ou por ato praticado ou omissão anterior a solicitação ou aceitação com violação dos ditos deveres (a chamada corrupção ativa própria antecedente ou subsequente). O n.º 2 coincide na finalidade com a indicada no n.º 2 do artigo 373.º: ato ou omissão que não forem contrários aos deveres do cargo (a chamada corrupção ativa imprópria, antecedente ou subsequente). A tentativa é punível, mas punida enquanto tal e não como instigação à corrupção. O crime pode ser cometido por qualquer pessoa ao contrário do artigo anterior. A participação submete-se às regras gerais. Conforme se refere no Acórdão do TRP de 14/06/2010, “ (...) [A] oferta de um envelope com meios para assegurar o pagamento do “almoço” aos agentes da autoridade policial, mesmo que feita antes da operação de fiscalização e mesmo que seja apoiada na alusão a práticas habituais anteriores não pode deixar de ser vista, aos olhos do cidadão comum, com um “modo” ou “um meio” de comunicar a proposta de suborno. O custo do almoço dos agentes da autoridade policial não é suportado pelas entidades fiscalizadas! É do senso comum que, salvo evidência que o contrarie, este gesto só tem uma leitura: traduz-se na oferta de “vantagem patrimonial (...) que ao funcionário não [é] seja devida” [artigo 374.º, n.º 1, do Código Penal] que visa condicionar a ação dos agentes “para um qualquer ato ou omissão contrários aos deveres do cargo”. E a existência de uma habitual “prática” anterior está longe de contribuir para desculpabilizar ou tornar lícita tal conduta. Trata-se, portanto, de uma conduta idónea a provocar a aceitação dos agentes da autoridade policial visados. A alusão à teoria da adequação feita na motivação da sentença é, não só, legal, como indispensável à configuração dos elementos subjetivos do crime apontado. Por outro lado, é irrelevante distinguir, sobre o conteúdo do envelope, entre dinheiro e cartões que permitem o não pagamento da refeição, uma vez que em ambos os casos estamos perante “vantagem patrimonial””. Na mesma direção se refere o Acórdão do TRL de 22/05/2012: “ (...) Segundo as regras da experiência comum,

quem mete dinheiro no meio dos documentos de uma viatura que haviam sido solicitados por um agente policial numa operação de fiscalização, sabe que tal atitude pode significar uma abordagem de corrupção e age na esperança que o agente aceite a oferta e não efetue a autuação pela infração que justificou a sua interceção; Tal comportamento é um verdadeiro ato de execução do crime, preenche um elemento constitutivo deste e é idóneo a que possa esperar-se a produção do resultado típico, caso o agente passivo perceba aquela atitude, a aceite ou dê indicações de vir a aceitar; A corrupção ativa integra um crime material ou de resultado, cuja consumação depende da verificação de um “evento” que está para além da conduta do agente; Não estando provado que o agente policial entendeu com clareza que o arguido pretendia entregar-lhe o dinheiro colocado dentro dos documentos, o crime não se consumou, sendo o arguido punido apenas pela tentativa; (...)”. O tipo subjetivo admite qualquer modalidade de dolo, sendo que o dolo do agente deve também estender-se aos deveres objetivos que a conduta viola. Relativamente aos agentes deste crime já referimos que se trata de um crime comum, não havendo qualidades especiais que o agente tenha de revestir, uma vez que no n.º 1 do artigo 374.º do CP se inicia com o vocábulo “Quem”. A comissão de qualquer um dos crimes de corrupção não necessita de um pagamento ou da efetiva entrega de uma vantagem. Em ambas as incriminações e para melhor alcance do significado do texto legal, *Solicitar* é pedir, tomando a iniciativa, uma prestação, mesmo que seja de forma velada. *Aceitar* é realmente fazer sua uma vantagem, pedida ou oferecida, com a vontade de passar a dispor dela. Entre dar e prometer intercede a circunstância de neste último caso a vantagem ser anunciada para “depois”. *Dar* significa transferir algo para outrem. *Prometer*, significa declarar a intenção de efetuar no futuro uma prestação, de cuja utilidade o funcionário se irá aproveitar.

2. O valor probatório das declarações do colaborador/delator

Conforme refere Tereza Pizarro Beleza¹⁸ “ (...) [N]ão existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa. (...) Não se pode obter prova criminal com sacrifícios intoleráveis do direito de defesa e não se pode obstar a diligências de prova por simples invocação nominal do direito de defesa.” Relativamente à matéria sobre a prova em processo penal, consagra o artigo 125.º do CPP, o princípio da legalidade da prova, determinando que *são admissíveis as provas que não*

¹⁸ PINTO, FRANCISCO DE LACERDA DA COSTA / BELEZA, TERESA PIZARRO (coordenadores), *Prova criminal e direitos de defesa- Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Edições Almedina, janeiro 2013, p.4.

forem proibidas por lei. Neste seguimento, e quanto à valoração da mesma, consagra o artigo 127.º do mesmo diploma, o princípio da livre apreciação da prova, estatuidando que *salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.* Por outro lado, no tocante às garantias do arguido, diremos que este, tendo em conta o previsto no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, goza da presunção legal de inocência, durante todas as fases do processo penal, até o trânsito em julgado da decisão final, querendo isto significar que, cabe ao MP o ónus de prova quanto aos factos constantes do libelo acusatório, ou aos indícios de que vem indiciado caso estejamos no inquérito. O arguido goza ainda do direito ao silêncio, ou seja, não responder a perguntas feitas sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar, sem que tal direito o possa prejudicar. Sobre este direito ao silêncio, que é conferido ao arguido, também por via do n.º 2 do artigo 32.º da CRP, não podemos concordar com as opiniões que alguma doutrina tece, negativamente, a esta atuação do arguido, perfeitamente legítima, apelidando-a de uma *estratégia de defesa* visando com esta opinião, demonstrar juízos pré-concebidos e preconceituosos quanto à presunção de inocência do mesmo.

De facto, o arguido, quando confrontado com determinados factos ou indícios que se subsumam num crime, pode optar por uma de duas vias: ou presta declarações, e nesse sentido confessa ou nega os factos; ou não presta declarações. Não prestando declarações, pois a tal não é obrigado, deverá o julgador, na prolação da sentença proferida a final, referir tão-somente que, uma vez que o arguido, no âmbito do seu direito ao silêncio não prestou declarações sobre os factos de que vem acusado, desconhece este tribunal a versão por parte arguido acerca dos mesmos, e fundamentar a sua convicção na restante prova produzida. Com efeito, sendo a função jurisdicional caracterizada pela sua independência e imparcialidade, não podemos acolher que os magistrados judiciais norteiem as suas convicções mediante critérios preconceituosos relativamente a este direito ao silêncio e que o intitulem de *estratégia processual*.

Por outro lado, e no que concerne à questão do valor probatório das declarações do colaborador/delator, diremos que esta questão reveste a natureza de uma verdadeira *vexata quaestio*, atentas as diversas opiniões que dividem a doutrina e a jurisprudência.

Para o objeto do nosso trabalho, que se prende com a valoração das declarações do delator, tendo em vista a obtenção de um mecanismo premial, nomeadamente, a dispensa ou atenuação de pena, este tema é de enorme importância, uma vez que a lei faz depender da colaboração do arguido a atribuição da dispensa ou atenuação de pena no tocante à

criminalidade económico-financeira. Assim haverá que, em primeiro lugar, saber qual o valor a atribuir, pelo órgão investigador ou pelo julgador à confissão, enquanto meio de prova legalmente admitido, desde que estejam reunidos os requisitos do artigo 344.º do CPP. Em segundo lugar, saber qual o momento processual em que o fazem para aferirmos em que medida pode ou não, a colaboração do arguido ser valorada e em que termos. Outra questão a ser considerada é o duplo significado a atribuir à colaboração. Nesse sentido e conforme refere Nuno Brandão¹⁹ “ (...) [Q]uando me referir a colaboração premiada, terei em vista, no que respeita à colaboração, um contributo processual de natureza probatória prestado por um arguido visado por um processo criminal, mediante o qual dá a conhecer factos penalmente relevantes que poderão determinar a sua responsabilidade penal e a de terceiros. Contributo que poderá ainda traduzir-se no fornecimento de provas ou de informações que permitam a obtenção de provas suscetíveis de levar à identificação de terceiros envolvidos nos factos relatados, dos termos e grau de participação do colaborador e dos denunciados em tais factos, à descoberta de outras realidades criminais conexas e à apreensão e confisco de vantagens de origem criminosa. A colaboração terá, assim, um duplo significado de auto - e de hétero-incriminação: o colaborador confessará factos com relevo criminal de que ele próprio tenha sido agente, auto-incriminado-se; e, além disso, delatará terceiros que com ele hajam participado em tais factos ou que hajam tido participação em outros factos que com esses tenham conexão. Por isso, poderá aqui falar-se, com propriedade, não só de colaboração, como de delação, nomeadamente na referida vertente de hétero-incriminação mediante prestação de declarações (de coarguido) hétero-incriminatórias, os termos da participação desses outros responsáveis no facto penalmente relevante objeto do processo conexo com aquele pelo qual o colaborador responde e que, além disso, permita a obtenção ou valoração de provas que corroborem essa imputação. Só assim poderá dizer-se que há um concreto auxílio na recolha de provas, nomeadamente, como é exigido legalmente, de provas decisivas, para a responsabilização penal de outros responsáveis”.

Teremos, portanto, que analisar esta questão do ponto de vista da existência de uma simples auto-incriminação ou, pelo contrário, atentar nas consequências da delação constituir uma hétero-incriminação de um co-arguido que, por hipótese, se remeteu ao silêncio. E é aqui que reside o grande problema da valoração desta colaboração enquanto prova bastante que sustenta uma condenação. Como já referimos anteriormente a doutrina divide-se, havendo

¹⁹ BRANDÃO, NUNO, *Colaboração Probatória no Sistema Penal Português: prémios penais e processuais*, Revista Julgar n.º 38- 2019, pp. 116 - 119.

quem considere que apenas se deve admitir a sua valoração, desde que acompanhada por outros meios de prova. A este propósito, Teresa Beleza²⁰ refere que o “*depoimento do co-arguido, não sendo, em abstrato, uma prova proibida em direito português, é no entanto um meio de prova particularmente frágil, que não deve ser considerado suficiente para basear uma pronúncia; muito menos para sustentar uma condenação*”. Nesta sequência, entende-se que as declarações do co-arguido devem ser corroboradas, isto é, o julgador terá de se socorrer de outros meios de prova que lhe permitam confirmar a credibilidade das declarações dos arguidos, referentes a co-arguidos, uma vez que quando não se encontram corroboradas por qualquer outra prova não constituem prova suficiente dos factos relatados.

Numa outra ordem de pensamento vai o entendimento de Santos Cabral²¹. Para este autor “*(...)a questão que se coloca é tão só, e singelamente, saber se é válida processualmente a admissibilidade do depoimento do arguido, nomeadamente aquele que incrimina os restantes co-arguidos. A resposta é, quanto a nós, frontalmente afirmativa e dimana desde logo da regra do artigo 125 do Código Penal dispondo que são admitidas as provas que não forem proibidas por lei; por outro lado não logra qualquer apoio uma interpretação rebuscada da Constituição que aponte a inconstitucionalidade de uma tal interpretação. (...) Falamos, assim, como em relação a todos os meios de prova, duma questão de credibilidade do depoimento do co-arguido. Esta credibilidade, (...) só pode ser apreciada em concreto face às circunstâncias em que é produzida. (...) É evidente que é preciso ser muito cauteloso no momento de pronunciar uma condenação baseada somente na declaração do co-arguido porque este pode ser impulsionado por razões aparentemente suspeitas tal como o anseio de obter um trato policial ou judicial favorável; o ânimo de vingança, ódio ou ressentimento ou o interesse em auto exculpar-se mediante a incriminação de outro, ou outros, acusados. Para dissipar qualquer dessas suspeitas objetivas é razoável que o mesmo co-arguido transmita algum dado externo que corrobore objetivamente a sua manifestação incriminatória com o que a mesma deixará de ser uma imputação meramente verbal e se converte numa declaração objetivada e superadora de uma eventual suspeita inicial. Assim, estamos em crer que é importante, em sede de credibilização do depoimento, que o mesmo seja corroborado objetivamente. Não se trata de criar, em termos abstratos, uma exigência adicional ao depoimento do co-arguido incriminatório dos restantes arguidos em termos de admissibilidade como meio de prova,*

²⁰ *Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português*, Revista do Ministério Público, n.º 74, p. 58.

²¹ SANTOS, CABRAL, *O Direito Premial e o seu contexto*, Revista Julgar Online, fevereiro de 2020, pp. 2 a 7, disponível em <http://julgar.pt/o-direito-premial-e-o-seu-contexto/>

entrando, como já se afirmou, num zona de uma inadmissível prova tarifada, mas sim de uma questão de credibilidade daquele depoimento em concreto. Será, pois, a nível de valoração em concreto do depoimento produzido que se coloca a questão da sua relevância. Porém, pelo seu próprio peso específico, importa efetuar um juízo crítico rigoroso sobre o valor de tal imputação e que permita concluir que a incriminação que a mesma contém não corresponde a um interesse espúrio que existirá sempre que um arguido informa sobre factos penalmente relevantes que têm aptidão para fundamentar a responsabilidade penal de terceiro”.

Assim, entendemos que as declarações hétero-incriminatórias do co-arguido só devem ser valoradas quando existam outros elementos de prova adicional ou complementar com força probatória bastante que as corrobore, na imputação de outros responsáveis pelo crime.

Conforme referimos *supra*, importa ainda fazer referência ao momento processual no qual deverá ser apreciada, e valorada, a natureza decisiva da colaboração, isto é, saber se a mesma foi produzida em sede de inquérito ou em sede de julgamento. Para Nuno Brandão²² “deverá o tribunal avaliar, face à prova que sustentou a condenação dos outros responsáveis, se tal se deveu fundamentalmente ao auxílio probatório do co-arguido colaborador. Se nenhum dos co-arguidos alvo das declarações do colaborador acabar por ser condenado não haverá razão para falar, no que a esses visados diz respeito, em outros responsáveis. E como tal, à partida, parece não haver razão para que o colaborador beneficie da aplicação da norma premial”. Por outro lado sufragamos a opinião de Cláudia Cruz Santos²³, que considera que “[A] delação só pode ser premiada se acontecer numa audiência de julgamento, na fase de produção de prova e com exercício de um contraditório pleno, impondo-se, mesmo nesse caso, os maiores cuidados com a valoração dessas declarações de co-arguido, como resulta do disposto no artigo 345.º, n.º 4 do CPP e da exigência de corroboração invocada pela doutrina e pela jurisprudência. (...) A comparação das responsabilidades do delator e do delatado (assim como das respetivas necessidades punitivas) supõe uma avaliação da prova produzida numa audiência de julgamento, sob pena de violação do princípio da culpa na sua dimensão processual ou adjetiva (aquele princípio segundo o qual a responsabilização penal do agente supõe necessariamente a comprovação da sua responsabilidade através da prova validamente produzida numa audiência de julgamento). Como pode o ministério público, antes da produção de prova numa audiência de julgamento, valorar como menos desvaliosa a participação no

²²BRANDÃO, NUNO, *Colaboração Probatória no Sistema Penal Português: prémios penais e processuais*, Revista Julgar n.º 38- 2019, pp. 123-124.

²³SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *O Direito Processual Penal Português em Mudança: rupturas e continuidade*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 232.

crime do delator do que a do delatado? Como se pode, antes dessa produção de prova, ajuizar das respectivas necessidades punitivas em função dos critérios preventivos? Crê-se que a resposta é unívoca: não pode. A menos que estejamos dispostos a prescindir de pilares tão profundos do nosso modelo de reação ao crime como são o princípio da legalidade da promoção processual, o princípio da reserva de juiz ou o princípio da culpa na sua dimensão processual.”²⁴

Pelo que, em suma, consideramos que a valoração probatória das declarações do colaborador/ delator, quando determinarem a incriminação penal de terceiros, devem ser valoradas, em sede de julgamento, desde que corroboradas por outros elementos de prova que de forma relevante contribuam para a descoberta da verdade material, devendo *in casu*, o arguido, por força da sua colaboração, poder vir a beneficiar de um dos mecanismos premiais previstos na legislação portuguesa. O que, para nós, parece ser inaceitável, é que as mesmas declarações sejam valoradas em fase de inquérito, apesar de a lei o contemplar. Discordamos, por isso, da possibilidade do MP escolher que suspeitos ou arguidos, por crimes de corrupção e criminalidade conexa, merecem ser julgados e eventualmente condenados e quais merecem ser “poupados”, porque foram úteis à investigação, subsistindo a dúvida inultrapassável se, pelo menos no plano das hipóteses, estes prémios, relativamente a tais colaboradores/delatores, se fundariam na efetiva desnecessidade de não virem a ser julgados ou antes na utilidade de tais arguidos para o próprio MP, que ficaria aliviado de certas dificuldades da ação penal graças a esses auxílios de terceiros.

3. Os n.ºs 1 e 2 do artigo 374.º-B do Código Penal

Com a publicação da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, o artigo 7.º deste diploma, que entrou em vigor na ordem jurídica em 21 de março de 2022, alterou o artigo n.º 374.º-B, do CP, em matéria de dispensa ou atenuação especial da pena para os crimes de corrupção - quer ativa quer passiva -, denota uma clara divisão entre os casos em que é *obrigatória* a dispensa e atenuação de pena e aqueles em que *não é obrigatória*, atento o termo *pode* na sua redação. Antes de escrutinarmos quais as situações de obrigatoriedade e mera possibilidade de aplicação dos mecanismos premiais deste preceito legal, não podemos deixar de assinalar que os mecanismos de Direito premial, aqui previstos, defraudaram alguns juristas que, na expectativa de que, com a nova Lei, se pudesse ter ido mais além na consagração de uma verdadeira delação

²⁴SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *idem*, ob. cit., p. 204.

premiada, viram refreada a sua importância no combate à criminalidade corruptiva, quando comparada com o estatuído na Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, que aprovou a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024. Para esses juristas, o novo diploma deveria ter sido mais arrojado, no que concerne aos mecanismos premiais, a ponto de considerarem que o Direito premial constitui um verdadeiro *calcanhar de Aquiles* no Direito penal português²⁵.

Assim, haverá que distinguir, em primeiro lugar, os casos de corrupção para ato ou omissão ilícitos. Nas hipóteses de corrupção para ato ou omissão ilícitos, *a dispensa de pena só deve ser admissível* se o ato ou omissão contrária aos deveres do cargo não tiver ainda sido praticada; nas restantes hipóteses, *pode* haver dispensa de pena mesmo que o ato ou omissão não contrário aos deveres do cargo tenha sido praticado ou tenha havido recebimento ou oferta indevidos de vantagem. Em qualquer dos casos é necessário que o agente repudie a vantagem ou restitua o seu valor (quando seja o seu beneficiário) ou retire ou solicite a sua restituição quanto tenha sido o agente a dá-la. Por outro lado, o legislador estabelece dois regimes diferentes para a dispensa de pena em função do *momento da colaboração*: Se o agente denunciar o crime em todos os seus contornos *antes da instauração do procedimento criminal* a lei estabelece que “é dispensado da pena”. Já quando a colaboração ocorrer já *na pendência do inquérito ou instrução* e se o agente contribuir decisivamente para a descoberta da verdade “pode ser dispensado” (sublinhado nosso). A grande diferença de regimes radica no facto de o uso da facultativa implicar que estejam preenchidos os demais pressupostos previstos no regime geral do referido instituto previsto no CP, isto é, a ilicitude do facto e a culpa do agente serem diminutas; o dano ter sido reparado; e à dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção. Pelo que tendemos a considerar que o grau de incerteza decorrente da apreciação, em concreto, pelo julgador, da verificação ou não, dos respetivos pressupostos, pode não ser incentivo ou prémio suficientes para o agente decidir colaborar, até porque ao fazê-lo estará necessariamente a assumir a sua responsabilidade criminal nos factos e nenhuma garantia ou previsão segura terá de lhe vir a ser aplicada a dispensa de pena. Isto porque, é normalmente na fase da pendência do inquérito, que existe maior probabilidade de colaboração dos arguidos e não em fase precedente ao mesmo.

4. A adoção de mecanismos premiais no combate ao crime de corrupção

²⁵Veja-se por todos, ADÃO DE CARVALHO, Presidente do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, in web conferencia, de 18- 02-2022, promovido pelo Conselho Regional da Ordem dos Advogados da Madeira, sob o tema: Conferência “As recentes alterações ao Código Penal, Código de Processo Penal e leis conexas caos ou combate à corrupção? disponível on line <https://www.youtube.com/watch?v=lupzr37EeNk>

A par da transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva da UE 2019/1937 do Parlamento e do Conselho de 23 de Outubro de 2019, que fez aprovar a Lei n.º 93/2021, criando o RGPPI - conforme referido *supra* em 2.1 - são comumente apontadas pela doutrina como “mecanismos de diversão” as soluções de Direito penal que se passam a analisar. Antes porém, observamos que sendo perfeitamente aceitável que se procure combater o crime organizado recorrendo a instrumentos que efetivamente o erradiquem da sociedade, não podemos deixar de referir, aliás seguindo o entendimento de Cláudia Cruz Santos²⁶ que “*a tendência (preocupante) para se erigir a descoberta da verdade dita “material” a finalidade predominante, sobretudo no âmbito da criminalidade mais grave, mais organizada e/ou de investigação mais complexa através de institutos ou soluções que fazem prevalecer a descoberta da verdade como argumento para a compressão de direitos fundamentais das pessoas perante o Estado, não segue as finalidades do direito processual penal*”.

4.1.A suspensão provisória do processo

A suspensão provisória do processo está prevista no n.º 1 do artigo 281.º do CPP. O instituto da suspensão provisória do processo constitui, a par do arquivamento em caso de dispensa de pena, uma manifestação do princípio do consenso, não sendo contrário ao princípio da legalidade da ação penal, nem se confundindo com o princípio da oportunidade, uma vez que este concede um espaço autónomo, não vinculado, de decisão de acusar ou não acusar ao MP. Este instituto obedece a critérios legalmente fixados, sendo nesse caso a suspensão obrigatória. Nele se consagra que o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do Juiz de Instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta. A aplicação deste mecanismo tem lugar sempre que o crime for punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão. Exigem-se vários pressupostos, não cumulativos, a ter em conta.

Desde logo, o arguido não pode ter tido uma condenação anterior, nem ter-lhe sido anteriormente aplicada a suspensão provisória por crimes de idêntica natureza. Não pode haver lugar, no caso, a medida de segurança de internamento e deverá demonstrar-se uma ausência de um grau de culpa elevado. É igualmente pressuposto a previsão de que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso

²⁶SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *O Direito Processual Penal Português em Mudança: rupturas e continuidade*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 9.

se façam sentir. As injunções impostas podem ser de diversa natureza, sendo que é importante salientar que, caso o arguido requeira a suspensão provisória do processo, tal não terá qualquer significado em termos de prova, ou seja, não pode ser visto como confissão dos factos nem tão pouco reconhecimento de culpa. Caso o processo se encontre em fase de instrução, a suspensão provisória também pode ocorrer, no âmbito da decisão instrutória do juiz de instrução criminal embora com a concordância do MP (artigo 307.º, n.º 2 CPP), bem como a requerimento do MP, do assistente ou do arguido. Tal como na fase de inquérito, é sempre necessária a concordância de todos estes sujeitos processuais para que a suspensão opere. No caso de terem sido cumpridas as injunções e regras de conduta a que o arguido tenha ficado sujeito, arquiva-se o processo (artigo 282.º, n.º 3 CPP); caso não as cumpra (alínea a)) ou, durante o período da suspensão cometa crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado (alínea b)) o processo prossegue os seus termos sem que as prestações feitas possam ser repetidas.

Para o objeto do nosso trabalho é de suma importância referir que a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, que estabelece as medidas combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, determina no seu artigo 9.º um regime específico de suspensão provisória do processo, no caso de crime de corrupção ativa previsto no artigo 374.º do CP. Com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, a suspensão provisória do processo passa a ser obrigatória, conforme se refere ao estatuir que “ *[N] o crime de corrupção ativa ou de oferta indevida de vantagem, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido, determina²⁷, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo*”. Conforme se pode constatar trata-se de uma norma com sentido claramente premial, procurando estimular o arguido a colaborar na descoberta da verdade, ‘compensando-o’ com a suspensão, caso tal suceda. O principal objetivo deste mecanismo premial é constituir uma alternativa à acusação que, conforme se acabou de demonstrar, pode acabar por se traduzir na decisão de não submeter o arguido a julgamento.

Conforme veremos na Parte III deste trabalho esta não promoção processual de um co-arguido que tenha *contribuído decisivamente para a descoberta da verdade* (conceito indeterminado uma vez que a lei penal não o define) poderá ser inconstitucional uma vez que

²⁷Na versão anterior, o texto legal era o seguinte: *Artigo 9.º-Suspensão provisório do processo.1 - No crime de corrupção ativa, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode suspender provisoriamente o processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido; b) Ter o arguido denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade; c) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 281.º, n.ºs 2 a 5, e 282.º do Código de Processo Penal.*

ao escolher um arguido - o delator que incriminou outrem- em detrimento do outro, tendo ambos praticado um crime, isto é, não exercendo a ação penal, o MP viola o princípio da legalidade da promoção processual consagrado no n.º1, do artigo 219.º, da CRP.

4.2. A mediação penal

Foi com a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho que se procedeu à criação de um regime de mediação penal, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Pretende-se com esta solução de consenso, a criação de um processo informal e flexível que fosse conduzido por um terceiro imparcial - o mediador - o qual promoveria a aproximação entre arguido e ofendido apoiando-os na tentativa de encontrar um acordo que venha a permitir a reparação - ainda que não necessariamente pecuniária - dos danos causados pelo facto ilícito e que contribua para a restauração da paz social. A principal finalidade desta medida é reduzir as custas do processo, sendo inferiores aos meios judiciais de resolução de conflitos e torná-lo mais simples. O conteúdo do acordo é delimitado pelos mediados o que leva a que o resultado obtido esteja sob o seu controlo. Não havendo acordo, devido ao insucesso da mediação, podem as partes decidir pela via judicial. Conforme se refere no artigo 2.º deste diploma a mediação penal apenas tem lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular e em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o património. De acordo com o n.º 3 do mesmo diploma, independentemente da natureza do crime, a mediação em processo penal não pode ter lugar nos casos que, neste seguimento, se elencam: O tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos (alínea a)); se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual (alínea b)); se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência (alínea c)); o ofendido seja menor de 16 anos (alínea d)); seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo. (alínea e)); nos casos em que o ofendido não possua o discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa ou tenha morrido sem ter renunciado à queixa, a mediação pode ter lugar com intervenção do queixoso em lugar do ofendido. (n.º 4); nos casos referidos no número anterior, as referências efetuadas na presente lei ao ofendido devem ter-se por efetuadas ao queixoso. (n.º 5).

Diremos, por fim, que a mediação penal é orientada pelo princípio da consensualidade, voluntariedade e confidencialidade atento os valores em causa, mas que raramente é utilizada

peals partes no nosso sistema jurídico sendo a sua eficácia no combate ao crime corruptivo muito diminuta.

4.3. Os “acordos sobre sentença”

Esta figura, tão controversa na jurisprudência e doutrina portuguesas, é da autoria de Jorge de Figueiredo Dias²⁸. Já muito se escreveu e refletiu sobre esta polémica figura de Direito premial, que, diga-se em bom rigor, até ao momento, não está prevista na legislação portuguesa²⁹. Estes acordos são um mecanismo através do qual o arguido, a troco da confissão dos factos imputados, recebe do tribunal, com concordância do MP, a promessa de aplicação de uma pena mitigada, a determinar pelo juiz, dentro de uma moldura fixada por acordo entre as partes, aligeirando-se, então, a necessidade de produção de mais provas e abreviando a duração da audiência. No caso de as conversações não conduzirem a um acordo “nem a confissão pode ser referida em audiência, nem ela pode ser de qualquer forma valorada em sede de prova.”³⁰

São dois os elementos essenciais no modelo apresentado sem os quais não poderá chegar-se a um acordo: a confissão dos factos - confissão esta que deverá ser livre e credível, a qual deverá corresponder ao resultado da atuação do princípio da investigação.³¹ Caso existam dúvidas acerca da liberdade da confissão (bem como da sua credibilidade) deverá esta ser investigada, invalidando qualquer acordo no caso de persistirem. A validade da confissão deverá ser (aliás, em termos análogos aos que ocorrem no artigo 344.º do CPP) comprovada pelo juiz. Tem de ser livre ainda que não seja indispensável que seja integral pois, no caso de ser parcial, o acordo apenas contemplará essa parte³² da atenuação da pena como contrapartida da colaboração probatória do arguido, devendo o máximo de pena estabelecido no acordo ser

²⁸DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *Acordos sobre Sentença em Processão Penal: o “fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, 2011, Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, p. 28.

²⁹ Acórdão do STJ de 10/04/2013, Relator Santos Cabral, onde se refere I - *O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença* II - *Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar.*

³⁰ DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *Acordos sobre Sentença em Processão Penal: o “fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, ob. cit. p.78.

³¹ DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *idem*, ob. cit., p.77

³² DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *ibidem*, ob. cit., p. 44.

³² DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *idem*, ob. cit., p.38

mais baixo do que seria se aquela confissão não tivesse lugar. Diremos, portanto, que mesmo que o autor apele à ideia de favorecimento do processo - de que decorre o dever fundamental do Estado “de assegurar uma prestação plenamente eficiente da justiça, enquanto forma de realização do direito à tutela judicial efetiva”³³ - de simplificação, celeridade e de economia processual, tal não parece ser justificação para restringir a liberdade de declaração implicada nesta forma de consenso proposta. A atenuação da pena que se liga ao acordo é calculada de forma deliberada e intencional com o efeito de incentivar, estimular ou mesmo obrigar a confissão e cujo resultado procurado é a simplificação e agilização do processo.

Não consideramos, pois, que tal instituto possa ultrapassar a questão da celeridade do processo penal sem que, com isso, afete os princípios estruturantes do processo penal, e também os princípios constitucionais. Em suma, e no que concerne à análise desta figura diremos que nenhuma alteração legislativa, no sentido de consagrar legalmente este mecanismo de Direito premial, para uma pretensa eficácia ao combate da corrupção e de toda a criminalidade conexa, justifica o desrespeito pelos princípios constitucionais estruturantes do processo penal português. Aliás, entendemos que, para além de perigosa do ponto de vista jurídico, o que vai suceder é que o paradigma da justiça portuguesa passe a ser o da justiça negociada. Para se optar pela consagração legal de uma justiça negociada apresentada como solução alternativa, esta deve ser decidida exclusivamente no diálogo do legislador com a sua perspetiva sobre a forma de atingir as finalidades do Direito penal. E, segundo cremos, a resposta só poderá ser negativa. Nesta sequência entendemos que deixará de fazer sentido o velho brocardo latino, “[E]nquanto houver um juiz em Berlim...”. Em sua substituição e conforme refere José António Barreiros “ (...) *o admirável mundo novo privatístico vai entrando no processo penal. É a ideologia do capital, a técnica da celeridade na linha de montagem do processo penal tal como na fábrica do senhor Henry Ford, produtor americano de automóveis. A taylorização. A funcionalização.*”³⁴

Consideramos, pois, que a celeridade e a eficácia da justiça no combate à criminalidade económico-financeira não se resolve com a adoção de técnicas legislativas que potenciem a eficácia da punição destruindo o núcleo das garantias penais. Na mesma ordem de pensamento, consideramos que, o combate à corrupção através do endurecimento do sistema repressivo no plano legal não conduz necessariamente a um aumento da eficácia na deteção e punição dos crimes existentes a que possa associar-se o pretendido efeito preventivo orientado para a

³⁴In <https://patologiasocial.blogspot.com/2012/05/reforma-do-cpp-1-o-artigo-340.html>

diminuição do flagelo desta criminalidade. Para além disso, o facto o arguido ser premiado com a dispensa de pena ou atenuação de pena, porque colaborou decisivamente para a descoberta da verdade material *“não é finalidade que se possa perseguir a qualquer preço; as autoridades judiciais estão vinculadas na sua atuação também pelo respeito pelos direitos fundamentais. O papel do ministério público é tanto acusar caso existam indícios suficientes da prática do crime e de quem é o seu agente como é arquivar quando tais indícios não sejam obtidos no prazo para tal legalmente admitido; a função do tribunal é tanto condenar quando existe suporte probatório para uma convicção processualmente fundada sobre a responsabilidade do agente como absolver sempre que assim não for”*.³⁵

O que nos parece ser evidente é que, apesar da evolução tecnológica operada na atualidade potenciar o cometimento de crimes de corrupção, também facilita a sua investigação, podendo os órgãos de investigação recorrer a meios de obtenção de prova que eram, há algumas décadas, impensáveis. Daí, a necessidade de se investir na prevenção e educação cívica no combate à corrupção sendo desnecessária a criação de institutos premiais que têm sempre como foco uma confissão meramente instrumental face a um prémio dependente da responsabilização de outros. Por outro lado, estas medidas podem gerar dúvidas relevantes do ponto de vista da sua constitucionalidade, como vimos, e, sobretudo, implicar um indesejável retrocesso jurídico, social e cultural, como acentua Maria Fernanda Palma: *“[O] Estado de Direito com as suas garantias deverá ceder perante a urgência e a necessidade de conter o flagelo da criminalidade altamente organizada, quer a violenta quer a económica e financeira?”*³⁶

³⁵SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*; Coimbra, Almedina, 2020, p.42.

³⁶ PALMA, MARIA FERNANDA, *“Apresentação Científica do Congresso”*, 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coordenação científica Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes, Almedina, 2010, p. 13.

PARTE III - A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PREMIAL

*Todos os animais são iguais, mas alguns animais
são mais iguais que os outros*

George Orwell³⁷

1. A violação de princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito

A chamada *constituição processual penal* está vertida no artigo 32.º da CRP, onde se encontram previstos os princípios estruturantes do direito processual penal português. Conforme refere, a este propósito, Jorge Miranda³⁸ “[S]e dizer-se que o direito processual penal é direito constitucional aplicado porque anda estreitamente associado às normas constitucionais na medida em que é a Constituição que define a estrutura do Estado, as relações entre o Estado e os cidadãos, e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”. Nesta medida, no âmbito do direito criminal enquanto *ius puniendi*, as suas normas - , as de direito substantivo e as de direito adjetivo - assumem especial importância no que tange à sua conformidade constitucional, na medida em que contêm ou podem conter diretamente com os direitos liberdades e garantias dos cidadãos, *in casu* do arguido. Conforme se referiu *supra*, os mecanismos de Direito premial que maiores dúvidas nos suscitam do ponto de vista da sua conformidade constitucional são aqueles em que a obtenção de prova é conseguida, por parte do órgão acusador, através da delação de um arguido em desfavor de outro co-arguido, a chamada *hétéro-incriminação*. Através desta colaboração protegida o delator obtém uma das soluções já apontadas, *in casu* a atenuação ou dispensa de pena. Ora, neste contexto, assume especial relevância a conformação jurídico-constitucional de princípios processuais penais que atuam como limite e/ou garantia à proteção do arguido objeto da responsabilidade criminal.

1.1.O princípio da igualdade

Este princípio, previsto no artigo 13.º da CRP, estabelece que todos os cidadãos são iguais perante a lei. Conforme refere Jorge Miranda³⁹ “[A] igualdade proclamada no artigo 13.º é uma igualdade jurídico-formal abrangendo quaisquer direitos e deveres existentes na ordem jurídica (...) e a par dela a (...) igualdade “real ou jurídico material ou social. Porque todos têm a mesma “dignidade social” (outra maneira de referir a dignidade da pessoa humana, base da República) a lei tem que ser igual para todos”. Importa, contudo, o principal

³⁷ ORWELL, GEORGE, *O Triunfo dos Porcos*, Publicações Dom Quixote, 2021, p.121.

³⁸ MIRANDA, JORGE /MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Introdução Geral, Preâmbulo Artigos 1.º a 79.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 709.

³⁹ MIRANDA, JORGE /MEDEIROS, RUI, *idem*, *ob. cit.*, 2010, p. 220.

enfoque deste princípio, que se traduz no respeito por parte dos Tribunais pelo princípio da igualdade, designado por princípio da igualdade da administração da justiça penal. Neste sentido impõe-se a exclusão da concessão de privilégios e de discriminações não constitucionalmente fundamentados. Neste sentido consideramos que o MP, perante o conhecimento da prática do mesmo crime por parte de vários co-arguidos, ao escolher os alvos de investigação, dirigindo-a contra uns e desviando-a de outros, viola o princípio da administração da justiça penal consagrado no artigo 13.º da CRP.

1.2.O princípio da legalidade e oportunidade

Este princípio decorre do n.º 1 do artigo 219.º da CRP e do n.º 2 do artigo 262.º e do n.º 1 do artigo 283.º do CPP. Por força deste princípio, o MP está obrigado a promover o exercício da ação penal estatuinto a regra de que a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura do inquérito impondo ao MP a dedução de acusação se, durante o inquérito, tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente, havendo, portanto, a exclusão de um juízo de oportunidade quer sobre a decisão de iniciar o processo quer a de submeter a causa a julgamento. Enquanto princípio da promoção processual, este princípio não se confunde com o princípio da legalidade do processo previsto no artigo 2.º do CPP, segundo o qual a aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições do CPP. De facto, e conforme se referiu anteriormente, há situações em que, durante a investigação o MP opta por conceder um tratamento processual privilegiado a alguém que teve participação no crime sob investigação, na expectativa ou já em troca de um contributo probatório incriminador de outras pessoas nele envolvidas.

O favorecimento consiste em, de forma consciente e deliberada, não dirigir a investigação contra essa pessoa, que assim nem sequer é constituída arguida e colabora com o processo na qualidade de testemunha. Quando tal suceda, a abstenção de procedimento criminal do MP configura uma violação do princípio da legalidade da promoção processual. Por outro lado, são apontadas algumas limitações ao princípio da legalidade, não se podendo afirmar, no entanto, que há a consagração do princípio da oportunidade.

Estamos perante os casos dos apelidados mecanismos de diversão, nomeadamente, da suspensão provisória do processo e a mediação penal, na medida em que constituem uma alternativa à dedução de acusação. No entanto, de acordo com a opinião de Maria João

Antunes⁴⁰ “esta alternativa que a lei expressamente prevê obedece a pressupostos legalmente fixados e devidamente enquadrada do ponto de vista político-criminal a partir dos tópicos da resolução consensual e divertida do conflito jurídico-penal, do tratamento diferenciado da pequena e média criminalidade, da não estigmatização do arguido e da menor intervenção do sistema formal de controlo. (...) Num sentido mais rigoroso a aplicação destes institutos traduz-se afinal em obediência à lei”.

1.3.O princípio do acusatório

O n.º 5 do artigo 32.º da CRP determina que o processo criminal tem estrutura acusatória. No entanto, esta não é uma matriz acusatória pura mas sim mista, uma vez que contem algumas características típicas do sistema inquisitório. Estas duas estruturas são antagónicas. Na estrutura processual acusatória a entidade que investiga e acusa - Ministério Público - deve ser distinta da que julga – o juiz.

A separação entre estas duas entidades garante a objetividade e a imparcialidade da decisão. Enquanto o sistema acusatório é caracterizado pelo princípio do contraditório, publicidade e oralidade, o sistema inquisitório é um modelo do tipo secreto, escrito e sem contraditório. As funções de investigação, de acusação e de julgamento cabem a uma mesma entidade- ao juiz- tendo o arguido um estatuto de objeto processual, com desconsideração dos seus direitos, uma vez que o que se pretende é obter a todo o custo a realização da justiça e a descoberta da verdade material. O modelo processual português é um modelo de matriz acusatória mista, como afirmado anteriormente. Assim, é caracterizado por uma fase de investigação pré-acusatória, dominada pelo modelo inquisitório e os princípios a este subjacentes e uma fase de julgamento onde domina o princípio do acusatório e onde a prova recolhida nas fases anteriores deve ser produzida, discutida e apreciada em julgamento, com respeito por todos os princípios subjacentes ao modelo acusatório. No modelo processual português, importa sublinhar que apesar de o juiz não ser o juiz característico do modelo inquisitório, este não é também o juiz passivo do modelo acusatório, dispondo esta entidade, no modelo português, de poderes de investigação nos limites e nos termos da lei.

A delação premiada e os mecanismos premiais podem configurar um risco a um modelo de matriz acusatória mista, uma vez que introduzem momentos tipicamente inquisitórios, nomeadamente a conjugação de interesses entre MP e arguido colaborador, em que o

⁴⁰ ANTUNES, MARIA JOÃO, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 3.ª Edição, 2021, p. 81.

arguido/delator fornece elementos de prova ao MP incriminando outrem sem que tal seja conhecido, valorado ou sujeito ao contraditório.

1.4.O princípio do contraditório

De acordo com a segunda partedo n.º 5 do artigo 32.º da CRP, a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar estão subordinados a este princípio. Assim, toda a prossecução processual penal deve cumprir-se de forma a fazer ressaltar as razões da acusação, bem como as razões da defesa. Corresponde-lhe um verdadeiro direito de audição, devendo o juiz (na audiência) ouvir todos os participantes processuais sempre que tomar qualquer decisão que os venha a afetar processualmente (alínea f), do artigo 323.º e artigo 327.º CPP). Quando perspetivado da parte do arguido, este princípio é uma das garantias de defesa que o processo criminal lhe deve assegurar (n.º 1, do artigo 32.º, da CRP). Quando considerado como princípio geral da prossecução processual este princípio surge como reflexo da estrutura acusatória intimamente conexionado com a finalidade processual penal de proteção dos direitos fundamentais das pessoas, *maxime* do arguido.

Quanto ao que aqui interessa, há que saber quais as consequências, no exercício deste princípio, em relação ao depoimento de co-arguidos. Com efeito, ainda que possam valer como meio de prova as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido, quando aquele se recuse a responder às perguntas formuladas por juízes, jurados ou Ministério público e advogado do assistente, quanto a declarações por si prestadas, estas não poderão ser valoradas⁴¹ (n.º 4, do artigo 345.º CPP). Enquanto garantia constitucional do arguido, a garantia do contraditório, não é assegurada em casos em que o depoimento de um co-arguido seja elemento de prova essencial no sentido da condenação. Neste sentido, o depoimento do arguido, como meio de prova, não poderá ser a base de fundamentação de uma condenação, pelo menos enquanto esteja totalmente subtraído ao contraditório e não seja corroborado por outras provas, conforme já se referiu *supra* em II.2.

1.5.O princípio da oralidade e imediação

⁴¹ Ac. do TC (1ª Secção), de 14/7/97, BMJ, n.º 469, p. 116: “É inconstitucional, por violação do artigo 32º, nº 5, da Constituição da República Portuguesa, a norma extraída com referência aos artigos 133º, 343º e 345º do código de Processo Penal, no sentido em que confere valor de prova às declarações proferidas por um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido quando, a instâncias destroutro co-arguido, o primeiro se recusa a responder, no exercício do direito ao silêncio.”

Segundo o princípio da oralidade, só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão. A consagração da oralidade surge da necessidade de assegurar a publicidade das audiências de julgamento para que qualquer pessoa possa acompanhar a prática dos atos processuais em que assentará a decisão jurisdicional. É assim, importante, que a atividade processual seja exercida oralmente na presença dos agentes processuais. De facto, será mais compreensível alcançar a verdade material através de declarações prestadas e ouvidas, diretamente, pelos sujeitos processuais, bem como as reações às repostas, a sua espontaneidade, as expressões faciais daqueles, melhor captadas serão pelo tribunal.

Aliás, no seu artigo 355.º, o CPP proíbe a valoração de provas não produzidas em audiência, não obstante as exceções dos artigos 356.º e 357.º do mesmo diploma. Assim, a regra da oralidade destina-se a garantir a imediação da prova, a espontaneidade das declarações e a publicidade. O princípio da imediação encontra-se em estreita conexão com o princípio da oralidade. Neste sentido, a decisão judicial parece só poder ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa.

1.6. O princípio da lealdade processual

Este princípio está previsto no n.º 8 do artigo 32.º da CRP. Deverá, no entanto, ser interpretado com um cariz deontológico, no sentido em que é um princípio onde o próprio conceito de lealdade não é visto como uma noção jurídica autónoma mas com uma natureza essencialmente moral, servindo para auscultar a conformidade da investigação e obtenção de provas com os direitos da pessoa e a dignidade da justiça. Todavia, o princípio da lealdade é um princípio com consagração constitucional, tornando-o imperativo na construção e aplicação das leis. Necessário será cogitar sobre as consequências que advêm da concessão de mecanismos premiais, manifestados na concessão de um tratamento penal mais favorável a um co-arguido em contrapartida da sua colaboração processual na atividade probatória. Nesta senda, consideramos que poderá ser encarado como ofensivo à dignidade da justiça e aos direitos dos cidadãos, violando o princípio da lealdade. Isto porque os mecanismos premiais referidos, ao premiarem e promoverem a denúncia de outros agentes como requisito para uma atenuação ou isenção da responsabilidade penal, quebram valores essenciais numa sociedade democrática como a solidariedade entre membros, amizade ou confiança, promovendo assim o egoísmo, a traição e levando a comportamentos opostos aos consignados na CRP que preconiza a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

Por outro lado, no caso da valoração da prova obtida mediante as declarações de um co-arguido responsabilizando criminalmente outrem, será necessário averiguar da própria motivação a que presidiu esta colaboração com a justiça por parte do delator que poderá apenas ter em vista interesses egoísticos tais como beneficiar de um dos mecanismos premiais. A delação premiada viola a dignidade da justiça, e assim o princípio da lealdade, quando é perspectivada como um *negócio* com a justiça, na medida em que uma colaboração processual na obtenção de prova nestes moldes, ainda que com a aparência de um suposto arrependimento, pode levar a um tratamento penal menos rigoroso. Este comportamento eticamente reprovável, espelhado numa transação com a justiça, poderá conduzir a soluções injustas, sentenças infundadas, bem como a deterioração da imagem da justiça perante a sociedade, mostrando-se corrompível e manipulável. Do mesmo modo, criar-se-á a convicção, na sociedade civil, de que pese embora na atualidade o Estado esteja dotado de meios tecnológicos e de investigação, preventivos e repressivos mais avançados e sofisticados, a investigação processual terá sempre que fazer uso de mecanismos que a sociedade democrática reprovava.

1.7. O princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção da inocência encontra-se consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da CRP que determina que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Este princípio encontra a sua origem histórica na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, na sequência da Revolução Francesa. Veio a ser inscrito nos mais relevantes textos internacionais de proteção de direitos humanos, designadamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (n.º 1 do artigo 11.º), no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (n.º 2 do artigo 14.º) e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (n.º 2 do artigo 6.º).

Conforme refere Jorge Miranda⁴² “*este princípio representa um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda a sociedade livre, democrática*”. A primeira grande incidência deste princípio destaca-se em matéria de prova no processo penal, decorrendo deste princípio a inexistência de um ónus probatório do arguido, não tendo este que provar a sua inocência para ser absolvido. De facto, o princípio de presunção de inocência isenta o arguido do ónus de provar a sua inocência que aparece imposta pela lei. O que carece de prova é o contrário, ou

⁴² MIRANDA, JORGE /MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Introdução Geral, Preâmbulo Artigos 1.º a 79.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 722.

seja a culpa do arguido, que a lei determina seja feito pelo MP na acusação. Cumpre destacar que esta presunção de inocência tem incidência em todas as fases do processo penal até ao trânsito em julgado da decisão judicial.

Em segundo lugar, decorre do princípio da presunção de inocência o princípio *in dubio pro reo* que determina que em caso de dúvida quanto à prova produzida deve o arguido ser absolvido. Conforme refere Rui Patrício,⁴³ “*se a prova feita não é suficiente para formar a convicção do julgador no sentido da culpa ou inocência do arguido, então este deve ser absolvido, não tendo a presunção da sua inocência de ser “ilidida”, sendo certo que não lhe cabia a ele, arguido, (...) provar a sua inocência”*”.

Em terceiro lugar, decorre do princípio da presunção de inocência do arguido que este não é mero objeto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele, decorrendo do princípio da dignidade da pessoa humana que a utilização do arguido como meio de prova tem como limite o integral respeito pela sua decisão de vontade. Ora, em matéria de prova, o arguido não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal. Mesmo no caso de confissão, esta obedece aos requisitos dos artigos 141.º e 344.º do CPP. Por outro lado, a presunção de inocência do arguido não é uma presunção em sentido técnico-jurídico, tal como prevista no artigo 349.º do CC. A presunção de inocência é um direito do arguido e, por conseguinte, um comando dirigido ao legislador ordinário, impondo-lhe que as normas penais não consagrem presunções de culpa e que não façam decorrer a sua responsabilidade penal de factos apenas presumidos, e impondo aos sujeitos processuais cujas esferas tangem com a do arguido assegurar o respeito de todos os seus direitos e garantias.

Conforme dissemos anteriormente, este princípio incide em todas as fases processuais penais, sendo que, tendo por incidência superlativa a prova se destaque a sua observância na fase julgamento, onde será proferida a decisão judicial condenatória ou absolutória. Nesta conformidade, não deve o julgador fundamentar a sua convicção com base em “pré-juízos” orientados no sentido da tese da acusação. Pelo contrário, em obediência ao princípio da presunção de inocência deve formar a sua convicção com base nas provas que tiverem sido produzidas e examinadas em tribunal.

Nesta medida e para o que concerne ao objeto do nosso trabalho, o que se pretende saber é se, o valor das declarações do co-arguido, que colaborou com o tribunal incriminando outro que se remete ao silêncio, serão suficientes para fundamentar uma sentença condenatória. E

⁴³ PATRÍCIO, RUI, *A presunção de inocência no julgamento em processo penal, Alguns problemas*, Lisboa, Almedina, 2019, p. 42.

sendo-o, não se encontrará violado o princípio da presunção de inocência, pelos motivos que *supra* referimos. Nesta senda, e para maior alcance e compreensão da nossa posição faremos referência ao Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 179/2012, referente ao crime de enriquecimento ilícito. Segundo o vertido neste aresto “ (...) [P]ode afirmar-se que o tipo legal de crime de ‘enriquecimento ilícito’ está construído a partir de três modalidades típicas: adquirir património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos; possuir património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos; ou deter património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos. A descrição dos elementos típicos supõe que o agente adquira, possua ou detenha património, entendendo-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro (...); sem origem lícita determinada (artigos 335.º-A, n.º 1, 386.º, n.º 1, e 27.º-A, n.º 1); incompatível com os seus rendimentos ou bens legítimos, entendendo-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada (artigo 335.º-A, n.ºs 1 e 3) (...) Desta descrição típica resulta (...), que o que se pretende punir é a incompatibilidade existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente, património esse que, não tendo origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial adveio da prática anterior de crimes. (...) Ora, se a finalidade é punir, através da nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. (...) **Não poderá olvidar-se, ainda, que o tipo legal de crime, tal como se encontra configurado, não passa indemne ao princípio da presunção de inocência.** [sublinhado nosso] Na realidade, de acordo com o disposto no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. *Aí se consagra, como um princípio fundamental do Estado de direito – também expressamente formulado no artigo 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no artigo 11.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no artigo 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem –, a “presunção de inocência do arguido”.* (...) Apesar da dificuldade na determinação rigorosa do exato sentido do princípio – também mencionada no Acórdão n.º 270/87 –, deve ter-se por certo que a sua concretização há-de levar em conta o ambiente axiológico específico deste terreno dogmático e a particular estrutura de

onde o mesmo desponha (...) Assumindo essa pressuposição, Jorge de Figueiredo Dias, após acentuar que o nosso processo penal radica numa “estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação”, concretiza que “à luz do princípio da investigação bem se compreende, efetivamente, que todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, quer à pena) que, apesar de toda a prova recolhida, não possam ser subtraídos “à dúvida razoável” do tribunal, também não possam considerar-se como “provados”. E se, por outro lado, aquele mesmo princípio obriga em último termo o tribunal a reunir as provas necessárias à decisão, logo se compreende que a falta delas não possa, de modo algum, desfavorecer a posição do arguido: um non liquet na questão da prova — não permitindo nunca ao juiz, como se sabe, que omita a decisão — tem de ser sempre valorado a favor do arguido. É com este sentido e conteúdo que se afirma o princípio *in dubio pro reo*” (...) Para o citado Autor, a presunção de inocência assume “reflexos imediatos” sobre o estatuto do arguido, conduzindo, entre o mais, a que “a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade – tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: **só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objeto do processo**”, o que se desvela, sobretudo, “no direito conferido ao arguido pelo art. 61.º-1 c) [do Código de Processo Penal], de “**não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar**” [sublinhado nosso] (...) Ora, esta constelação axiológica que ilumina o estatuto jurídico-processual do arguido em processo penal, com base na qual aquele surge como um autêntico sujeito processual, afasta assim deste horizonte as consequências típicas dos problemas de repartição do ónus da prova decorrentes da afirmação de um princípio da autorresponsabilidade probatória das “partes” construído de acordo com os cânones do processo civil, exigindo que uma decisão condenatória em matéria penal assente na demonstração positiva da culpa do arguido e seja obtida sem sacrifício do tríptico garantístico constituído pela presunção de inocência, pelo ‘*in dubio pro reo*’ e pelo ‘*nemo tenetur se ipsum accusare*’ e dos demais direitos que gravitam em torno do arguido. (...) A formulação do tipo não impede o entendimento de que verificada a incongruência entre o património e o rendimento, ela é qualificada de enriquecimento ilícito sem ser feita a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita. (...) Assim lidas as normas incriminadoras, está-se a presumir a origem ilícita da incompatibilidade e a imputar ao agente um crime de enriquecimento ilícito, o que redundaria em manifesta violação do princípio da presunção de

inocência, determinando, portanto, a inconstitucionalidade das normas em causa.
[sublinhado nosso]

Tendo presente a questão em apreço do nosso trabalho, consideramos que, na hipótese de estarmos perante uma acusação pública, de um arguido pela prática do crime de corrupção, em que a prova se sustenta nas declarações de outro co-arguido - o colaborador/ delator - realizadas tendo em vista uma dispensa ou isenção de pena, enquanto mecanismos premiais, não deverá o tribunal condenar o arguido que se remete ao silêncio proferindo sentença condenatória. Tendo em conta o referido no acórdão *supra* citado está-se a presumir e a imputar a prática de um crime ao agente que não é obrigado a falar nem a provar a sua inocência, cabendo ao MP fazer a prova dos factos. Neste caso, o recurso a valorações de depoimentos de co-arguidos não deve ser admitida para fundamentar a decisão porque subsistirá sempre a dúvida razoável que estas declarações estarão inquinadas por um propósito do delator de se eximir à punição. Em suma, encontra-se violado o princípio do *in dubio pro reo* enquanto corolário do princípio da presunção de inocência.

2. Um passo atrás: a questão ética envolvida na admissibilidade do Direito premial

As finalidades apontadas ao processo penal de realização de justiça e a descoberta da verdade material são autónomas entre si e nem sempre compatíveis com a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica posta em causa com a prática de crimes. Estas finalidades podem não ser harmonizáveis entre si e podem mesmo chegar a ser antitéticas. Já anteriormente referimos que o combate ao crime de corrupção deve ser uma prioridade do Estado e explicamos os danos causados com este tipo de criminalidade. Apontamos, no entanto, que a concessão de vantagens e benefícios aos agentes do crime / delatores, arrependidos ou não, que colaborem com a justiça não está isenta de polémica porquanto se premeia a impunidade em troca de delação. Assistimos ao *triunfo da fraqueza da lei, que implora ajuda de quem a ofende*, nas palavras de Beccaria.⁴⁴

Sendo certo que o Direito não se confunde com a Moral vigente num estado, também se reconhece que a admissibilidade do Direito premial na legislação portuguesa constitui um problema ético. De facto, uma admissão estadual da necessidade deste tipo de mecanismos, de forma tão aberta e expressa, como ficou patente com a aprovação da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, poderá ser considerada, uma clara e total admissão da sua incapacidade no exercício

⁴⁴ BECCARIA, CESARE, *Dos delitos e das penas*, 4.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 35.

que lhe compete de administração da justiça, uma vez que recorre à recompensa do próprio criminoso para atingir os seus fins de política criminal. Por outro lado, a eficácia pretendida com o Direito premial no combate à criminalidade económica poderá revelar-se contraproducente, na medida em que, ao invés de ser um mecanismo que combate a criminalidade organizada, poderá, em último caso, estar a premiá-la.

De facto, os agentes participarão no evento criminoso, uma vez que têm perceção que a sua colaboração com as autoridades os poderá beneficiar mediante a aplicação de uma pena especialmente reduzida ou dispensado o seu cumprimento. Por outro lado, a admissibilidade do Direito premial, nos moldes já por nós referidos anteriormente, constituirá um retrocesso jurídico, social e cultural do Estado Democrático de Direito. Com a delação premiada está a oficializar-se por lei a traição/delação, forma antiética de comportamento social. Delação que deveria ser repudiada e aqui, ao invés, por servir fins convenientes ao Estado, surge-nos como condição atenuante da aplicação de pena. Em suma, nenhuma alteração legislativa, por maior que seja o ensejo de combater o flagelo da corrupção, deverá justificar a violação de princípios constitucionais e o retrocesso de direitos liberdades e garantias constitucionalmente consagradas, uma vez que, convolaria na *criação de um regime excepcional que seria a traição ao próprio Estado de Direito. Princípios sacramentais de direito substantivo ou direito processual, como por exemplo, a presunção de inocência, devem ser respeitados quer na solução que o legislador propõe, que naquela que o intérprete vai aplicar*⁴⁵.

CONCLUSÕES

1. O instituto do Direito premial surge associado à figura do ‘delator’, pessoa que delata, isto é, que acusa, criminalmente, outrem, denunciando-o às autoridades de justiça, tendo em vista uma recompensa, um prémio, que pode ser uma atenuação ou perdão de pena, ou mesmo uma recompensa pecuniária, sendo em termos históricos associado com a figura de Judas Iscariotes.

No ordenamento jurídico português, o Direito premial configura-se como um conjunto de recurso legais que têm em vista conceder uma recompensa - prémio - ao agente que denunciar, delatar outro agente participante/ co-autor, suspeito da prática de um ilícito criminal típico da plêiade dos crimes de corrupção e criminalidade conexa, uma vez que este, auxiliando o órgão acusador na produção de prova, obtém um tratamento penal mais favorável, por parte do poder judiciário, nomeadamente, uma atenuação especial ou mesmo, dispensa de

⁴⁵ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, Diário de Notícias de 04 de Outubro de 2021

pena. O prémio pela delação do agente criminoso configura-se, pois, como um incentivo atribuído pelo legislador pela colaboração eficaz do agente com a justiça.

2. A colaboração protegida enquanto mecanismo de Direito premial distingue-se de outras figuras tais como o agente encoberto ou agente infiltrado, agente provocador e *whistleblower*, como se demonstrou.

3. Ora, são vários os sistemas jurídicos estrangeiros onde se prevê a existência de delação premiada. Pela relevância mediática suscitada bem como pela dimensão e gravidade sociopolíticas, convocaremos o exemplo do direito Brasileiro e Italiano, a propósito dos processos Lava Jato (2014-2021), no Brasil, e a operação Mãos Limpas, da máfia italiana (nos anos 90 do transato século). O direito brasileiro será porventura aquele em que o Direito premial maior alcance consagrará na sua legislação, onde se prevê a atribuição de compensações monetárias aos delatores. Por outro lado, no direito italiano, a gravidade da actuação da máfia italiana provocou na sociedade italiana um alarme social colossal já que a actuação destas organizações criminosas provocou vítimas mortais no seio da magistratura judicial.

4. Neste momento, no sistema jurídico português, as soluções de direito premial existentes encontram-se, maioritariamente, plasmadas no regime jurídico anti-corrupção, onde estão contidas normas que admitem, como denominador comum, a redução ou dispensa de pena. São exemplo disso os artigos n.ºs 71.º a 73.º, do CP, que preveem os temas de atenuação especial das penas, atribuindo especial relevância ao arrependimento do agente criminoso, e na parte especial do CP, em concreto, nos artigos 368.º - A (branqueamento) e 374.º - B (dispensa ou atenuação da pena no crime de recebimento indevido de vantagem e nos crimes de corrupção ativa e passiva), bem como num conjunto de leis penais extravagantes.

5. Para além de normas premiais que concedem benefícios penais, o sistema premial pode, ainda, abarcar vantagens processuais, como, por exemplo, a abstenção de perseguição penal do colaborador, poupando-o à investigação ou à acusação, ou a sua não subordinação a um certo regime coativo, tendo em conta a sua colaboração processual. É o caso do artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, no qual se admite a suspensão provisória do processo relativo a crime de corrupção ativa, no caso de o arguido ter denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade.

6.É pacificamente aceite pela doutrina que o Direito premial constitui uma ferramenta eficaz no combate à corrupção e ao *white collar crime*. Isto porque, sendo a corrupção um fenómeno global, organizada, complexa, com uma estrutura sofisticada, cujos crimes se reconduzem a um *modus operandi* caracterizado por um pacto de silêncio entre os seus agentes, romper esse pacto e conseguir perceber como funcionam as redes de crime organizado é crucial para o avanço das investigações.

Assim, dada a controvérsia suscitada pelo mediatismo de recentes processos, da sociedade portuguesa, questionou-se a adequação das respostas do nosso modelo de justiça processual penal no combate à corrupção, sobressaindo, na sociedade civil, um sentimento de impunidade relativamente à criminalidade corruptiva, já que, do ponto de vista da justiça penal, estes agentes seriam favorecidos pelo julgador, uma vez que ambos provinham do mesmo meio social.

7. No que concerne à questão do valor probatório das declarações do colaborador/delator, diremos que esta questão reveste a natureza de uma verdadeira *vexata quaestio*, atentas as diversas opiniões que dividem a doutrina e a jurisprudência. Para o objeto do nosso trabalho, que se prende com a valoração das declarações do delator, tendo em vista a obtenção de um mecanismo premial, nomeadamente, a dispensa ou atenuação de pena, este tema é de enorme importância, uma vez que a lei faz depender da colaboração do arguido a atribuição da dispensa ou atenuação de pena no tocante à criminalidade económico-financeira.

Haverá assim que, desde logo, saber qual o valor a atribuir, pelo MP ou pelo juiz, à confissão, enquanto meio de prova legalmente admitido (artigo 344.º do CPP.). Em seguida, saber qual o momento processual em que o fazem para aferirmos em que medida pode (ou não) a colaboração do arguido ser valorada e em que termos. Outra questão a ser ponderada é o duplo significado a atribuir à colaboração, isto é, saber se estamos perante uma simples auto-incriminação ou, pelo contrário, atentar nas consequências da delação constituir uma hetero-incriminação de um co-arguido que, por hipótese, se remeteu ao silêncio. E é aqui que reside o grande problema da valoração desta colaboração enquanto prova bastante que sustenta uma condenação.

8. Consideramos que a valoração probatória das declarações do colaborador/ delator, quando determinarem a incriminação penal de terceiros, devem ser valoradas, em sede de julgamento, com sujeição ao princípio do contraditório, desde que corroboradas por outros elementos de prova que de forma relevante contribuam para a descoberta da verdade material, devendo *in casu*, o arguido, por força da sua colaboração, poder vir a beneficiar de um dos mecanismos premiais previstos na legislação portuguesa.

Julgamos, igualmente, ser inaceitável que as mesmas declarações sejam valoradas em fase de inquérito, apesar de a lei o contemplar. Discordamos, por isso, da possibilidade do MP escolher que suspeitos ou arguidos, por crimes de corrupção e criminalidade conexa, merecem ser julgados e eventualmente condenados e quais merecem ser “poupados”, porque foram úteis à investigação. Com efeito, constatamos que a atribuição destes prémios, aos delatores, ao invés de se fundar na efetiva desnecessidade de não virem a ser julgados, assenta na utilidade de tais arguidos para o MP (que ficaria aliviado de certas dificuldades da ação penal), graças a esses auxílios de terceiros.

Por outro lado, os n.ºs 1 e 2 do artigo 374.º-B do Código Penal, no que concerne aos mecanismos premiais de atenuação e dispensa de pena relativamente ao crime de corrupção - quer ativa quer passiva -, denotam uma clara divisão entre os casos em que *é obrigatória* a dispensa e atenuação de pena e aqueles em que *não é obrigatória*, atento o termo *pode* na sua redação. Nas hipóteses de corrupção para ato ou omissão ilícitos, *a dispensa de pena só deve ser admissível* se o ato ou omissão contrária aos deveres do cargo não tiver ainda sido praticada; nas restantes hipóteses, pode haver dispensa de pena mesmo que o ato ou omissão não contrário aos deveres do cargo tenha sido praticado ou tenha havido recebimento ou oferta indevidos de vantagem. Em qualquer dos casos é necessário que o agente repudie a vantagem ou restitua o seu valor (quando seja o seu beneficiário) ou retire ou solicite a sua restituição quanto tenha sido o agente a dá-la.

Por outro lado, o legislador estabelece dois regimes diferentes para a dispensa de pena em função do *momento da colaboração*: Se o agente denunciar o crime *antes* da instauração do procedimento criminal a lei estabelece que “é dispensado da pena”. Já quando a colaboração ocorrer na *pendência do inquérito ou instrução* e se o agente contribuir decisivamente para a descoberta da verdade “pode ser dispensado”. A grande diferença de regimes radica no facto de o uso da facultativa implicar que estejam preenchidos os demais pressupostos previstos no regime geral do referido instituto previsto no CP, isto é, a ilicitude do facto e a culpa do agente

serem diminutas; o dano ter sido reparado; e à dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.

9. Para o objeto do nosso trabalho entendemos, ainda, que a não promoção processual de um co-arguido que tenha contribuído decisivamente para a descoberta da verdade (conceito indeterminado uma vez que a lei penal não o define) poderá ser inconstitucional uma vez que ao escolher um arguido - o delator que incriminou outrem- em detrimento do outro, tendo ambos praticado um crime, isto é, não exercendo a ação penal, o MP viola o princípio da legalidade da promoção processual consagrado no n.º1 do artigo 219.º, da CRP.

A suspensão provisória do processo, a mediação penal, e os “acordos sobre sentença” são mecanismos premiais designados pela doutrina como ‘soluções de consenso’. No que tange às medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, determina-se um regime específico de suspensão provisória do processo, no caso de crime de corrupção ativa previsto no artigo 374.º da CP, onde a suspensão passa a ser obrigatória. A mediação penal é uma solução de consenso que visa a flexibilidade e informalidade processual e onde um terceiro imparcial - o mediador - promove a aproximação entre arguido e ofendido apoiando-os na tentativa de encontrar um acordo que venha a permitir a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e que contribua para a restauração da paz social. A mediação penal raramente é utilizada pelas partes no nosso sistema jurídico sendo a sua eficácia no combate ao crime corruptivo muito diminuta.

Recorde-se que o instituto dos “ acordos sobre sentença” – preconizados por Jorge de Figueiredo Dias - não está até ao momento consagrado na legislação portuguesa. Estes acordos são um mecanismo através do qual o arguido, a troco da confissão dos factos imputados, recebe do tribunal, com concordância do MP, a promessa de aplicação de uma pena mitigada, a determinar pelo juiz, dentro de uma moldura fixada por acordo entre as partes. Consideramos que os “acordos sobre sentença” contendem com os princípios estruturantes do processo penal, e também com os princípios constitucionais, dado que a atenuação da pena que se liga ao acordo é calculada de forma deliberada e intencional com o fito de incentivar, estimular ou mesmo obrigar a confissão, tendo em vista a simplificação e agilização do processo. Com a consagração desta figura o que vai suceder é que o paradigma da justiça portuguesa passe a ser o da justiça negociada. Por outro lado, consideramos que o combate à criminalidade corruptiva deverá assentar na prevenção e educação cívica sem haver necessidade de criação de institutos imbuídos de vantagens das soluções de colaboração premiada que têm sempre como foco uma

confissão meramente instrumental face a um prémio dependente da responsabilização de outros.

10. Os mecanismos de Direito premial que maiores dúvidas nos suscitam do ponto de vista da sua conformidade constitucional são aqueles em que a obtenção de prova é conseguida, por parte do MP, através da delação de um arguido em desfavor de outro co-arguido, a chamada hétero-incriminação, tendo em vista a atenuação ou dispensa de pena. Por essa razão, assume especial relevância a conformação jurídico-constitucional de princípios processuais penais que atuam como limite e/ou garantia à proteção do arguido objeto da responsabilidade criminal.

Nesta conformidade, consideramos que o Direito premial poderá violar alguns dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, nomeadamente, o princípio da igualdade, o princípio da legalidade e oportunidade, o princípio do acusatório, o princípio do contraditório, o princípio da oralidade e imediação, o princípio da lealdade processual e o princípio da presunção de inocência.

11. Julgamos que de acordo com o artigo 13.º da CRP se impõe a exclusão da concessão de privilégios e de discriminações não constitucionalmente fundamentadas. Nesta conformidade, consideramos que o MP, perante o conhecimento da prática do mesmo crime por parte de vários co-arguidos, ao escolher os alvos de investigação, dirigindo-a contra uns e desviando-a de outros, viola o princípio da administração da justiça penal consagrado no artigo 13.º da CRP.

Também quanto ao cruzamento do princípio da igualdade com os princípios da legalidade e oportunidade há situações em que, durante a investigação o MP opta por conceder um tratamento processual privilegiado a alguém que teve participação no crime sob investigação, na expectativa de um contributo probatório incriminador de terceiros participantes. O favorecimento consiste em não dirigir a investigação contra essa pessoa. Quando tal suceda, a abstenção de procedimento criminal do MP configura uma violação do princípio da legalidade da promoção processual, sendo tal omissão de atuação geradora de inconstitucionalidade.

12. A delação premiada e os mecanismos premiaais podem configurar um risco a um modelo de matriz acusatória mista, previsto no n. 5, do artigo 35.º da CRP, uma vez que introduzem momentos tipicamente inquisitórios, nomeadamente a conjugação de interesses entre MP e arguido colaborador, em que o arguido/delator fornece elementos de prova ao MP incriminando

outrem sem que tal seja conhecido, valorado ou sujeito ao contraditório. O direito de audição do arguido é uma das garantias de defesa que o processo criminal lhe deve assegurar (n.º 1, do artigo 32.º, da CRP). Enquanto garantia constitucional do arguido, a garantia do contraditório não é assegurada nos casos em que o depoimento de um co-arguido seja elemento de prova essencial no sentido da fundamentação da condenação, pelo menos enquanto esteja totalmente subtraído ao contraditório e não seja corroborado por outras provas.

13. A concessão de mecanismos premiais, manifestados na concessão de um tratamento penal mais favorável a um co-arguido em contrapartida da sua colaboração processual na atividade probatória poderá ser encarado como ofensivo à dignidade da justiça e aos direitos dos cidadãos, violando o princípio da lealdade, previsto no n.º 8 do artigo 32.º da CRP. A delação premiada viola a dignidade da justiça, e assim o princípio da lealdade, quando é perspectivada como um negócio com a justiça, na medida em que uma colaboração processual na obtenção de prova nestes moldes, ainda que com a aparência de um suposto arrependimento, pode levar a um tratamento penal menos rigoroso, constituindo uma oposição aos valores consignados na CRP que se traduzem na construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

14. Também a incidência do princípio da presunção de inocência se destaca em matéria de prova no processo penal, deste decorrendo a inexistência de um ónus probatório do arguido, não tendo este que provar a sua inocência para ser absolvido. O que carece de prova é exatamente o contrário, ou seja, a culpa do arguido, que a lei determina seja feito pelo MP na acusação. Também decorre do princípio da presunção de inocência o princípio *in dubio pro reo* que determina que, em caso de dúvida quanto à prova produzida, deve o arguido ser absolvido. Em matéria de prova, o arguido não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal. Mesmo no caso de confissão, esta obedece aos requisitos dos artigos 141.º e 344.º do CPP.

Por outro lado, a presunção de inocência do arguido não é uma presunção em sentido técnico-jurídico, tal como prevista no artigo 349.º do CC, mas antes, um direito do arguido e, por conseguinte, um comando dirigido ao legislador ordinário, impondo— lhe que as normas penais não consagrem presunções de culpa e que não façam decorrer a sua responsabilidade penal de factos apenas presumidos.

Nesta senda, consideramos que o valor das declarações hétero-incriminatórias do co-arguido, que colaborou com o tribunal incriminando outro que se remete ao silêncio, não poderão fundamentar uma sentença condenatória uma vez que se encontrará violado o princípio

da presunção de inocência, pelos motivos que *supra* referimos. Conforme o vertido no Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 179/2012, relativo ao crime de enriquecimento ilícito, está-se a presumir e a imputar a prática de um crime ao agente que não é obrigado a falar nem a provar a sua inocência, cabendo ao MP fazer a prova dos factos. Neste caso, o recurso a valorações de depoimentos de co-arguidos não deve ser admitida para fundamentar a decisão porque subsistirá sempre a dúvida razoável que estas declarações estarão inquinadas por um propósito do delator de se eximir à punição, encontra-se, por isso, violado o princípio do *in dubio pro reo* enquanto corolário do princípio da presunção de inocência.

15. Para além da discussão sobre a (in)constitucionalidade do Direito premial, a concessão de mecanismos premiais aos agentes do crime/delatores, arrependidos ou não, que colaborem com a justiça, não está isenta de polémica porquanto se premeia a impunidade em troca de delação. Sendo certo que o Direito não se confunde com a Ética vigente num Estado, também se reconhece que a admissibilidade do Direito premial na legislação portuguesa não prescinde dessa dimensão valorativa.

Uma admissão estadual da necessidade deste tipo de mecanismos, de forma tão aberta e expressa, poderá ser considerada uma clara e total admissão da sua incapacidade no exercício que lhe compete de administração da justiça, uma vez que recorre à recompensa do próprio criminoso para atingir os seus fins de política criminal, constituindo um retrocesso jurídico, social e cultural do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a pretensa eficácia do Direito premial no combate à criminalidade económico-financeira poderá revelar-se contraproducente, na medida em que, poderá, em último caso, estar a premiá-la, atenta a comparticipação do delator no ilícito criminal. Com a delação premiada está a oficializar-se por lei a traição/delação, forma antiética de comportamento social. Delação essa que deveria ser repudiada e, ao invés, por servir fins convenientes ao Estado, surge-nos como condição atenuante da aplicação da pena.

Em suma, nenhuma alteração legislativa, por maior que seja o ensejo de combater o flagelo da corrupção, deverá justificar a violação de princípios constitucionais e o retrocesso de direitos liberdades e garantias constitucionalmente consagradas em um Estado de Direito democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA/VV, *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra, Almedina, 2.^a Edição, 2016.
- ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, *Direitos Fundamentais - Introdução Geral*, Cascais, 2.^a Edição, 2011.
- ANDRADE, J. C. VIEIRA DE, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Editora Almedina, 1987, 5.^a Edição, 2012.
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA / NEVES, RITA CASTANHEIRA, *Direito Penal hoje, Novos desafios e novas respostas*, Coimbra Editora, 2009.
- ANTUNES, MARIA JOÃO, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Editora Almedina, 2020.
- ANTUNES, MARIA JOÃO, *Direito Processual Penal*, Editora Almedina, 3.^a Edição, 2021.
- AZEVEDO, SÉRGIO, *Delação premiada. Negócio jurídico ou dilema ético-moral?* (n) In <http://www.asjp.pt/>, 21 de Maio de 2018.
- BELEZA, TERESA PIZARRO, “*Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português*”, in Revista do Ministério Público, n.º 74, Lisboa, 1998, pp. 39 a 60.
- BELEZA, TERESA PIZARRO / PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, *Prova criminal e direito de defesa Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2013.
- BRANDÃO, NUNO “*Colaboração Probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais*” Revista Julgar nº38, Maio- Agosto de 2019.
- BRANDÃO, NUNO, *O whistleblowing no ordenamento jurídico português* [*]in Revista do Ministério Público 161, Janeiro - Março 2020.
- CAEIRO, PEDRO, *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema*, in Revista do Ministério Público n.º 84, 4.º trimestre, 2000, pp. 11 a 18.
- CABRAL, JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS, “*Prova indiciária e as novas formas de criminalidade*”, in Revista Julgar, n.º 17, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 13 a 33.

CABRAL, JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUE DOS SANTOS, *O direito premial e o seu contexto*, in Revista Julgar Online, Fevereiro de 2020, disponível em <http://julgar.pt/o-direito-premial-e-o-seu-contexto/>

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 7.^a Edição, 2003.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.^a Edição, 2008.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES/BRANDÃO, NUNO, Colaboração Premiada e Auxílio Judiciário Penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, a.146 n.4000, Setembro-Outubro 2016, pp. 16 a 38.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES/ MOREIRA VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 4.^a Edição, 2007.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, Cadernos: Criminalidade Económico-Financeira: Temas de Teoria Geral do Direito Penal na Criminalidade Económico-Financeira, Tomo I, 2014, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/tomo_III_criminalidade_economico_financeira_a_a_obtencao_e_a_valoracao_da_prova_na_criminalidade_economico_financeira.pdf.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, Cadernos:- Criminalidade Económico-Financeira: Crimes em Especial, Tomo II, 2014, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/tomo_III_criminalidade_economico_financeira_a_a_obtencao_e_a_valoracao_da_prova_na_criminalidade_economico_financeira.pdf.

, Cadernos:- Criminalidade Económico-Financeira: A Obtenção e a Valoração da Prova na Criminalidade Económico-financeira, Tomo III, 2014, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/tomo_III_criminalidade_economico_financeira_a_a_obtencao_e_a_valoracao_da_prova_na_criminalidade_economico_financeira.pdf.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, WEB CONFERÊNCIA, *Criminalidade Económico-Financeira* (Ação de Formação Tipo A integrada no Plano de Formação Contínua 2020-2021 do CEJ, Seminário de Criminalidade Económico-Financeira, Orador, SOUSA MENDES, PAULO DE, Do acordo sobre a sentença penal à colaboração premiada – uma análise da ENCC 2020-2024, 14 e 15 Janeiro 2021.

COUTINHO, JACINTO / CARVALHO, EDWARD ROCHA DE, “*Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético do Estado*”, in Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Ano 17, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro-Março 2007, pp. 95 a 105.

CRUZ, NEVES JOSÉ / LEITE, ANDRÉ LAMAS / SOUSA, PEDRO / WILKS, DANIELA, O “*crime de colarinho branco empreendedor*”: *conceptualização e inferências para a dinâmica dos sistemas judiciais*, In F. Dias (Dir.), Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, 2015, pp. 545 a 579.

CUNHA, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2011.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Acordos sobre Sentença em Processão Penal: o “fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Criminologia, o Homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição (reimpressão), 1997.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO / ANDRADE, MANUEL DA COSTA / PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, *Supervisão, Direito ao Silêncio E Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009.

FERREIRA, R., *Acordos sobre a sentença em processo penal: uma análise sob perspectiva jurídico-constitucional e processual penal*, In F. Dias (Dir.), Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, 2009, pp. 397 a 435.

GONÇALVES, F., /ALVES, M. J., *A Prova do Crime, meios legais para a sua obtenção*, Coimbra, Almedina, 2009.

LEITE, INÊS FERREIRA, *Arrependido: a colaboração do Co-Arguido na investigação criminal*, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Editora Almedina, 2011.

MENDES, P. S., *O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência*, in Revista Julgar, Almedina, 2009, pp. 11 a 28.

MESQUITA, PAULO DÁ, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Coimbra, Coimbra Editora | Grupo Wolters Kluwer, 1.ª Edição, 2011.

MESQUITA, PAULO DÁ, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MIGUEZ GARCIA, M. /CASTELA RIO, J.M., *Código Penal - Parte geral e especial - (com notas e comentários)*, Coimbra, Almedina, 2.^a Edição, 2015.

MIRANDA, JORGE, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Editora Almedina, 2020.

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Volume I, Tomo I, 1, - Tomo I, 2, Tomo II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional Volume II, Tomo III, Tomo IV*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA, JORGE /MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.^a Edição 2010.

MORAES, RENATO DUARTE FRANCO DE, *Enriquecimento sem causa e o enriquecimento por intervenção*, São Paulo, Almedina, 1.^a Edição, 2021.

NOVAIS, JORGE REIS, *Contributo Para Uma Teoria Do Estado de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos Fundamentais; Trunfos Contra A Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, JORGE REIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes Da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.^a Edição, 2011.

OA, WEB CONFERÊNCIA da Delegação de Guimarães da Ordem dos Advogados, Conselho Regional do Porto, *Delação Premiada*, Orador, GUERREIRO, ALEXANDRE, de 07 Janeiro de 2021. WEB CONFERÊNCIA Delegação de Braga da Ordem dos Advogados, Formação On-line Especial, “*Whistleblowers*”, Formador, PEDRO MIGUEL FREITAS, *A proteção do whistleblower à luz da Diretiva (UE) 2019/1937 e do Conselho de 23-10-2019*, Formador PAULO FARINHA ALVES, “*Whistleblowers*” *Desafios Empresariais e Legislativos*, 24 de Abril de 2020.

OLIVEIRA E SILVA, SANDRA, *O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*, Coimbra, Editora Almedina, 2017.

PALMA, MARIA FERNANDA, *Direito Penal, Conceito material de crime, princípios e fundamentos, Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço, e quanto as pessoas*, AAFDL, 4.^a Edição, reimpressão actualizada, 2020.

PATRÍCIO, RUI, *A presunção de inocência no julgamento em processo penal, Alguns problemas*, Editora Almedina, 2019.

PEREIRA, FREDERICO VALDEZ, *Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada*, in Revista CEJ, Brasília, nº 59, ano XVIII, páginas 84 a 99, 2013 disponível em <http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/valdez.pdf>

PINHEIRO, RUI / MAURÍCIO, ARTUR, *A Constituição e o Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, (reimpressão 1ª ed. 1976), 2007.

PINTO, L. S., *Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados - resistance is futile?* In T. Belez, & F. Pinto (Coord.), *Prova Criminal e direito de defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 91 a 116.

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto - A evolução das incriminações penais, a jurisprudência, o tempo para a investigação e a delação premiada*, Coimbra, Almedina, 2018.

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *O Direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*, Coimbra, Edições Almedina, 2020.

SEIÇA, ANTÓNIO ALBERTO MEDINA DE, *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

SILVA, ÉLZIO VICENTE DA / RIBEIRO, DENISSE DIAS ROSAS, *Colaboração premiada e investigação: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana*, São Paulo, Novo Século, 2018.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, “*Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal*”, in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume 8, Tomo 2, Lisboa, 1994.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado: a democracia em perigo*, *Direito e justiça*, volume 17, Lisboa, 2003, pp. 17 a 31.

VEIGA, CATARINA / SANTOS, CRISTINA MÁXIMO DOS, *Constituição Penal Anotada-Roteiro de Jurisprudência Constitucional - Perspetiva Cronológica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

TORRÃO, F., *Princípio da oportunidade no quadro da criminalidade organizada e económico-financeira*. Em especial, a figura do “ arrependido colaborador”, In M. M. Valente (Coord.), IV Congresso de Processo Penal. I Congresso Luso-brasileiro de criminalidade económico-financeira – Memórias, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 157 a 174.