

A Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União e a Estratégia Nacional de Combate à corrupção: inquietações a propósito do designado “direito premial” no âmbito do Direito Penal

Alexandra Vilela¹
Universidade Lusófona

1.- No momento em que escrevemos estas linhas, tempos de pandemia, à qual andar, certamente, agarrada uma nova crise, afigura-se-nos que o ordenamento jurídico-penal português, em breve, enfrentará novas alterações legislativas. Por assim ser, julgamos pertinente referir dois documentos que poderão acelerar tais revisões e que são, justamente, os que em título referimos. Vejamos alguns dos seus pontos, para, posteriormente deixarmos algumas notas sobre os mesmos. Começemos, pois, pela Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União, porquanto os “Estados-Membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 17 de dezembro de 2021” (n.º 1 do artigo 26.º).

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa e da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP, Investigadora no Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (CEAD - Francisco Suárez).

Conforme resulta do seu próprio título, tal diploma da UE “tem por objetivo reforçar a aplicação do direito e das políticas da União em domínios específicos estabelecendo normas mínimas comuns para um nível elevado de proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União” (artigo 1.º). Para tanto, o diploma “estabelece normas mínimas comuns para a proteção das pessoas que denunciam” (artigo 2.º, número 1) violações “abrangidas pelo âmbito de aplicação dos atos da União indicados no anexo e que dizem respeito aos seguintes domínios (alínea *a*) do já referido número 1): 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” (diferentes alíneas do número 1). A Directiva aplica-se, igualmente, quando estejamos em presença de violações “lesivas dos interesses financeiros da União, a que se refere o artigo 325.º do TFUE e especificadas nas medidas da União aplicáveis (alínea *b*) do número 1), e ainda a violações “relacionadas com o mercado interno, a que se refere o artigo 26.º, n.º 2 do TFUE, inclusive violações das regras da União de concorrência e de auxílios estatais, bem como violações relacionadas com o mercado interno relativamente a atos que violem normas de fiscalidade societária ou a práticas cujo objetivo seja a obtenção de vantagens fiscais que contrariem o objetivo ou a finalidade do direito societário.”

Por sua vez, a presente directiva “aplica-se a denunciante que, trabalhando no setor público ou privado, tenham obtido informações sobre violações em contexto profissional” (artigo 4.º, número 1)”; aplica-se, ainda, a denunciante que já tenham entretanto terminado aquela relação (número 2 do artigo 4.º), bem como àquelas pessoas “cuja relação profissional se não tenha ainda iniciado, nos casos em que tenham obtido as informações sobre violações durante o processo de recrutamento ou noutras fases de negociação pré-contratual” (número 3 do artigo 4.º). Por fim, algumas medidas aplicam-se, ainda, a facilitadores (alínea *a*) número 4 do artigo 4.º), a terceiros “que estejam ligados aos denunciante e que possam ser alvo de retaliação num contexto profissional, tais como colegas ou familiares dos denunciante” (alínea *b*) número 4 do

artigo 4.º) e a “[e]ntidades jurídicas que sejam detidas pelos denunciantes, para as quais os denunciantes trabalhem ou com os quais estejam de alguma forma ligados num contexto profissional” (alínea c) número 4 do artigo 4.º).

Constituem violações contempladas na presente directiva não apenas os actos, mas também as omissões de “natureza ilícita e relativos a atos e domínios da União abrangidos pelo âmbito de aplicação material a que se refere o artigo 2.º” (artigo 5.º, número 1) acima transcrito e a actos e omissões que “contrariam o objetivo ou a finalidade das regras dos atos e domínios da União abrangidos pelo âmbito de aplicação material a que se refere o artigo 2.º” (artigo 5.º, número 2). Estas violações podem ser denunciadas através de canais de denúncia interna (artigo 7.º), de denúncia externa (artigo 10.º) e podem igualmente ser divulgadas através da “disponibilização na esfera pública de informações sobre violações” (artigo 5.º, número 6, conjugado com o artigo 15.º). Os denunciantes encontram-se respaldados por medidas de protecção, assim se incluindo a proibição de retaliação, medidas de apoio, entre outras, medidas de protecção contra actos de retaliação e de protecção das pessoas visadas (artigos 19.º a 22.º), sendo que se encontram consagradas sanções efectivas a quem, de alguma forma, impeça, dificulte, obstaculize a denúncia (artigo 23.º).

2.- Portugal, enquanto Estado-Membro da União Europeia que é, adoptou, no dia 7 de outubro de 2019, a mencionada Directiva, devendo transpô-la até ao dia 17 de Dezembro de 2021, como acima se referiu, sendo certo que a mesma terá repercussões não apenas no direito penal, mas em qualquer outro direito de carácter sancionatório, porquanto as violações são, de uma forma ampla, como acima vimos, actos ou omissões de natureza ilícita (artigo 5.º).

3.- E, entretanto, eis que, até ao dia 20 de Outubro do ano em curso, esteve em consulta pública a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, apresentada pelo Governo². Em tal documento, podemos ler que “[a]ssumindo o princípio de que a

² O mencionado programa é consultável em:

intervenção penal se deve prefigurar como última *ratio* e que a capacidade repressiva do Estado nunca será suficiente se não houver uma intervenção a montante que enfrente as raízes do problema, a Estratégia centra-se essencialmente na prevenção dos fenómenos corruptivos” (cf. p. 15 do mencionado documento). Desse modo, a “criação de um regime geral de prevenção da corrupção, envolvendo obrigações para os setores público e privado e estabelecendo consequências para o incumprimento, é a resposta identificada para assegurar a efetividade da prevenção (cf. novamente p. 15). Já sob o ponto de vista da “dimensão repressiva”, salienta-se que, “para além da utilidade de congregar em documento único, as sucessivas intervenções legislativas avulsas, de alcance processual, identifica-se a necessidade de ajustamentos incidindo, entre outros, sobre a conexão de processos, o regime de atenuação e dispensa de pena, a otimização dos efeitos da confissão integral e sem reservas e a responsabilidade penal das pessoas coletivas” (cf., novamente, o documento em causa, p. 16).

Com efeito, ali se abrem as portas ao designado “direito premial” para aqueles arguidos que denunciem o crime ou que adoptem uma postura de colaboração para a descoberta da verdade e dele fazem parte, como acima se escreveu, institutos como o da dispensa da pena e o da sua atenuação.

Para a reflexão que fazemos, considera-se igualmente pertinente referir que, no mencionado estudo, se escreve a propósito do combate à corrupção que a “complexidade da criminalidade económico-financeira, as dificuldades inerentes à sua investigação, como a necessidade de recorrer a meios de investigação mais eficazes, bem como as suas consequências na vida dos cidadãos, nas finanças do Estado e na economia, justificam que o Estado, enquanto legislador, dispense ou atenua a pena” (p. 53) dos arguidos acima referidos.

4.- Ao falar-se de “denúncias”, quer sejam elas internas ou externas e medidas de apoio aos denunciadores, como o faz a Directiva de Protecção do Denunciante, ao ouvirmos a expressão “direito premial”, depressa nos vem à mente a designada delação premiada,

https://www.consultalex.gov.pt/ConsultaPublica_Detail.aspx?Consulta_Id=162 e acedeu-se a ele nos dias 27 de 28 de Outubro de 2020. A questão aludida em texto encontra-se desenvolvida nas pp. 53 e 54.

associada ao processo penal brasileiro conhecido por *Lava-Jato*. A Lei n.º 12.850/2013³ consagrou legalmente este instituto, dando cobertura legal a acordos celebrados entre alguns dos arguidos daquele processo e o Ministério Público Federal.

Na economia de um texto desta natureza, não cabe analisarmos exaustivamente a lei em causa, nem os efeitos (benéficos, ou não) de um tal regime do processo penal brasileiro, nem a sua conformidade com as leis brasileiras em sentido amplo (*v.g.* com as do Direito Penal e com a Constituição). Com efeito, para além de essa análise já ter sido feita por outros autores de uma forma desenvolvida⁴, o propósito destas linhas é bem mais singelo como, de resto, pensamos resultar do título do presente estudo.

Não obstante, para contextualizar a questão, importa deixar aqui algumas notas sobre a mencionada lei vigente no Brasil, entretanto revista pela Lei n.º 13.964 de 2019. A noção ali contida de delação premiada é clara e resulta, depois desta última revisão, da leitura conjugada do artigo 3.º com o 3.º-A: um “negócio jurídico processual” (artigo 3.º-A) e meio de obtenção de prova, permitida em qualquer fase da persecução penal (artigo 3.º, I), “que pressupõe utilidade e interesses públicos”. Assim, de um lado do negócio, encontra-se a possibilidade de perdão judicial ou de redução da pena privativa da liberdade, ou ainda o de substituir a pena de prisão por outra restritiva de direitos (artigo 4.º). O delator dispõe, igualmente, de um conjunto de direitos, dos quais destacamos o de usufruir de medidas de protecção prevista em legislação especial, ser conduzido em juízo separadamente dos demais intervenientes no crime, participar das audiências sem que ele tenha contacto visual com os outros acusados e cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais “co-réus” ou condenados (artigo 5.º).

Enfim: de um modo assumido e sem reboço, o legislador brasileiro trata a justiça penal, em sede deste diploma, enquanto justiça negociada, seja com o Ministério Público, seja, em uma fase mais avançada, com o Tribunal. E, acrescente-se, tanto monta estarmos nós no âmbito da criminalidade de média ou de elevada gravidade.

³ Os objectivos de tal lei foram os de definir o conceito de organização criminosa, dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infracções penais correlatas e o procedimento criminal.

⁴ Cf., por exemplo, o estudo de Gomes Canotilho e de Nuno Brandão, «Colaboração Premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato», in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 133, Julho de 2017, pp. 133-171.

5.- Traçado que está o quadro em que nos surgem as mencionadas inquietações, um quadro em que uma certa ideia de transacção penetra cada vez mais fundo no direito penal e também no de mera ordenação social (veja-se o direito de clemência, no âmbito do Direito da Concorrência, igualmente oriundo da União Europeia), urge não perder de vista qual o Direito Penal que cada Estado pretende para si. Por enquanto, a propósito do ordenamento jurídico-penal português, pensamos ainda ser possível afirmar que temos um direito penal do bem jurídico, mau grado sabermos que começam a campear por aí outros direitos penais (o do inimigo, o que visa restituir a validade à norma jurídica violada, entre outros). A confirmar o ora dito está o artigo 40.º do Código Penal.

5.1.- Ao mesmo tempo, tenhamos presente que o Direito Penal Moderno trouxe consigo o princípio da legalidade no âmbito dos crimes e das penas ou, se quisermos ser mais abrangentes, relativamente a todas as consequências jurídicas do crime. O Direito Penal Moderno colocou na ordem do dia a discussão e a problemática dos fins das penas, problemática essa, diga-se em abono da verdade, ainda hoje actual. O Direito Penal Moderno fez assentar a pena na culpa, de tal modo que, presentemente, podemos afirmar que *não há pena sem culpa e que a pena é o fundamento e o limite da culpa*. Com o Direito Penal Moderno é possível, e diríamos nós, é desejável, que o arguido, entretanto condenado, assuma a sua culpa e de uma forma responsável aceite a sua pena como a pena justa⁵. Tudo isto é próprio do Direito Penal Moderno, desse Direito Penal que se não confunde com o Direito Penal do Inimigo ou até mesmo com o Direito Penal do Risco.

Ora, se assim é, perguntamo-nos em que medida é que a delação premiada, o incentivo à denúncia de ilícitos, o direito premial, enfim, são chamados à cena, neste palco que, efectivamente, lhes não deveria pertencer?

5.2.- A resposta não é fácil de dar, e temos dúvidas de que seja unívoca, por isso não será aqui que deixaremos uma resposta fechada, mas antes as nossas preocupações.

⁵ É certo que a doutrina não é unânime quanto ao que em texto se escreveu. No entanto, é essa a nossa posição, assim acompanhando Faria Costa.

É certo, como bem nos recorda o documento de combate à corrupção, que, da legislação processual penal portuguesa, não são desconhecidas soluções assentes em uma certa ideia de consenso e de transacção da pena e que também a suspensão provisória do processo é um exemplo de institutos assentes nessa mesma ideia, mas projectado, inicialmente, como sendo de aplicação restrita à pequena e média criminalidade. Coisa diferente se passou com a “restituição ou reparação” após a revisão do Código Penal operada pela Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, ao artigo 206.º. Com efeito, resultou desse artigo a introdução de um novo n.º 1, através do qual passou igualmente a ser possível a extinção do procedimento criminal no caso de restituição ou reparação integrais e desde que o arguido e o ofendido em tal extinção acordem, porquanto tal normativo tinha em vista permitir a extinção do processo por pagamento ou reparação integral nos casos em que estamos diante de crimes públicos e que, portanto, não admitem a desistência de queixa. Já anteriormente nos referimos a tal instituto e analisámos as suas repercussões no plano da culpa e dos fins das penas⁶, sendo pertinente ressaltar apenas, aqui e agora, que tal norma pode impedir que a pena, enquanto “direito fundamental à pena justa”, cumpra uma das suas funções, qual seja a de o agente do crime assumir de forma responsável a violação da norma penal.

Por certo que as críticas que então fizemos ao mencionado instituto são igualmente válidas no plano da delação premiada. Com efeito, se bem vemos o problema, o acusado, o arguido ou mesmo o condenado, os verdadeiros destinatários da norma penal, aqueles que actuaram com culpa, e por isso mesmo são homens livres e responsáveis, não irão sequer interiorizar a sua culpa, e, em consequência, a sua pena, em caso de condenação, na sequência do processo onde obtiveram qualquer vantagem sobre o indiciado comum, *rectius* que não fez qualquer acordo, seja com o Ministério Público, seja com a chancela do tribunal. O processo, nestes casos de delação premiada ou de direito premial, não passa justamente daquilo que a lei penal brasileira designa por “negócio”.

⁶ Cf. Alexandra Vilela, «Revisitando o n.º 1 do artigo 206.º do Código Penal: a extinção da responsabilidade criminal e a (não)necessidade de pena», in: *JULGAR Online*, setembro de 2015, acessível em <http://julgar.pt/>.

6.- Todavia não são essas as inquietações que aqui queremos deixar a propósito de qualquer instituto que se aproxime da delação premiada, embora, como acima dissemos, as mesmas se revelem igualmente pertinentes.

Assim sendo, o que pretendemos ressaltar nesta sede é o seguinte: a aceitação generalizada de mecanismos de direito premial poderá significar a criação ou o desenvolvimento de processos artificiais, de acusados ou indiciados que têm contas para ajustar uns com os outros e que aproveitam o processo penal para aí as ajustarem, escudados em uma eventual dispensa ou atenuação de pena.

Mas não só: como se pensa poder depreender do documento de combate à corrupção elaborado pelo Governo, no âmbito da grande criminalidade económica, há como que uma assumida e reconhecida incapacidade, ou pelo menos uma grande dificuldade, da parte dos órgãos competentes para investigar estes crimes. Na verdade, há um grande desequilíbrio entre os conhecimentos, por assim dizer técnicos dos arguidos e das organizações que os respaldam, face aos órgãos a quem incumbe a investigação. Assim, quer-nos parecer que, cada vez que o Estado, na sua veste de titular do *ius puniendi*, premeia aquele que com ele colabora, seja na acusação, seja na condenação, fazendo revelações adequadas à boa marcha do processo, faz passar uma mensagem de que o Ministério Público não logra ser o *dominus* do processo e, como tal, fazer a investigação penal; de que os órgãos que com ele colaboram não possuem nem meios, nem conhecimentos para tanto. Faz-nos pensar que o Estado quer assumir a administração da justiça penal como contrato, como coisa que não se relaciona com a violação de bens jurídicos essenciais que podem e devem ser protegidos pelo Direito Penal. Faz-nos, enfim, acreditar que o Direito Penal já não tem em mente a realização da justiça, nem tão-pouco a aplicação de uma pena responsabilmente aceite e compreendida pelo condenado.

As grandes inquietações residem no seguinte: o direito premial que poderemos ter, no ordenamento jurídico-penal português, deve, ou não, ser entendido como a incapacidade de o Ministério Público investigar adequadamente a “grande” criminalidade? Será que assistimos já à falência do exercício do *ius puniendi* pelo Estado, reconhecendo que a não aplicação da pena, ou a sua redução, serve de moeda de troca exclusivamente para obter a

colaboração do arguido? Até que ponto, o direito não interno, sobretudo o da União Europeia, contribuirá para desfigurar o nosso direito penal?

Bem sabemos que não podemos, nem devemos rejeitar liminarmente institutos assentes em ideias de consenso ou até mesmo de transacção. Mas até onde poderemos ir, sem que abramos mão de todo o património penal há muito conquistado?