

## O denunciante – entre a justa protecção e aquilo que «consome a *res publica* (*res publica exedere*)»

Pedro Maia Garcia Marques

Sumário:

- I. Introdução
- II. Os denunciantes
  - 1. Os *denunciantes-denunciantes apenas*
    - 1.1. O que propõe a ENAC
  - 2. Os *denunciantes-participantes* no crime denunciado
    - 2.1. O que propõe a ENAC
  - 3. Os autores de crimes *transformados em denunciantes* de crimes praticados por outros
    - 3.1. O que propõe a ENAC
- III. Conclusão.

**SUMÁRIO:** O presente artigo propõe-se considerar, num momento inicial, o estatuto jurídico do denunciante, procurando partir dos termos em que a figura se viu historicamente considerada e se encontra hoje tratada, em particular no contexto europeu e nacional. Identificados os problemas e dificuldades de compatibilização da protecção do denunciante com os princípios de um processo penal próprio de um Estado de Direito democrático, promove-se a distinção da figura em modalidades distintas, merecedoras de tratamento não menos diverso. Feito esse esforço e proposta essa distinção lança-se o mote para, a propósito de cada modalidade, considerar criticamente de modo aturado as propostas avançadas no âmbito da recente *Estratégia Nacional Anti-Corrupção (ENAC)*<sup>1</sup>.

### I. Introdução

Abrimos as hostilidades dando a palavra a HILL:

«Será que os antigos realmente careciam dos recursos linguísticos para tornar compreensível a concepção de corrupção 2»<sup>2</sup>? Sendo que, por *corrupção 2*, pretende a Autora designar tudo o que se relaciona com o abuso de confiança colocada no exercício de funções públicas, motivado pela procura de obtenção de vantagens privadas (*for private gain*). Neste conceito inclui práticas de clientelismo (*patronage*), de suborno, de extorsão e de fraude (*embezzlement*).

A dúvida ganha sentido quando olhamos para as expressões usadas para designar o fenómeno. Na verdade, nota a Autora, na Grécia Antiga, o termo

---

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o Acordo Ortográfico de 1990.

<sup>1</sup> Tendo em conta, para o efeito, a versão do documento tal como resulta das propostas apresentadas na sequência da consulta pública.

Cfr. Estratégia Nacional Anti-Corrupção 2020-2024, Governo de Portugal, República Portuguesa, Justiça, documento de 19 de Março de 2021, inédito.

<sup>2</sup> LISA HILL, «Conception of Political Corruption in Ancient Athens and Rome», in *History of Political Thought*, volume XXXIV, número 4, 2013, pp. 565 a 587, neste ponto, p. 567.

usado para presentes/prendas – *dōra* – é também o termo habitual para designar suborno<sup>3</sup>. Sendo que, na verdade, a palavra de uso comum para designar o recebimento de subornos é *dorokein*, a qual significa também “receber um presente”»<sup>4</sup>.

A ausência de vocábulo preciso ou a escolha de termos aparentemente insólitos para designar actos de corrupção mistura-os numa amálgama de sentidos que, na verdade, não omitem, antes encobrem, o sentido do que, na sua fala, está em causa: a corrupção, dos actos, embora, tantas vezes, bem mais do que isso, dos *costumes*.

*Luvás, presentes, cartões-de-visita, ofertas.*

Toquemos nos termos *presente* ou *oferta* usados para designar o que na realidade não passa de um *suborno*. Distorcido o sentido comum do seu uso, na sua origem evocadora de gestos feitos de genuína e gratuita generosidade, o que deles fica projecta-se para lá do traço irónico e não menos amargo do engano, *assentando arraiais* na percepção generalizada na comunidade de uma corrupção que não se limita a retratar um gesto em particular e o sujeita à censura, antes descreve algo que atravessa e permeia o *ethos* comunitário e que, ontem como hoje, carece ainda de designação precisa.

E naqueles *dōra* e *dorokein* a mesmíssima *fala* que hoje usamos quando falamos de *presente* ou de *oferta*: equívoca, mas clara; fugidia, mas indubitável, encerra, aqui, entre nós, como alhures, nas diversas línguas que formam as vozes da contemporaneidade, a marca indelével da dúvida sobre se a batalha pela salubridade pública alguma vez foi ganha ou mesmo até, em alguns azimutes, se foi, alguma vez, verdadeiramente combatida.

E, nessa *fala*, feita de *presentes* e de *ofertas*, ressoa algo que, com não menos cuidados, procuramos esconder, por nos custar reconhecer que a ambiguidade de sentido subjacente a *dōra/dorokein* nos não remete para uma particularidade histórica há muito superada. Menos ainda nos fala de um arcaísmo que, no que concerne a ética pública, nos permitiria medir a distância do caminho já andado e das alturas entretanto alcançadas. Antes sim, nos faz cair no nosso tempo e nas formas quotidianas de uma realidade que, então, como hoje, não parece ter mudado.

De todo o modo, designada da mesma forma essa corrupção que respeita à ética da comunidade e aquela que mancha a mão de quem dá e a de quem recebe, é ela fundamento antigo para o que hoje se vê, de forma não dissemelhante, procurado. É ela fundamento, dizíamos, como única forma de enfrentar uma e outra, para um apelo. Um apelo que, em Aristóteles, antecipa outros tantos depois dele. O apelo no sentido de uma *re-forma* em:

– «[Q]ue a legislação e demais instituições estejam estabelecidas de forma a não constituírem fonte de lucro para os magistrados.»<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES, *Política*, Edição Bilingue, Tradução e notas ANTÓNIO CAMPELO AMARAL e CARLOS DE CARVALHO GOMES, Nota Prévia JOÃO BETTENCOURT DA CÂMARA, Prefácio e Revisão Literária RAUL ROSADO FERNANDES, Introdução e revisão científica MENDO CASTRO HENRIQUES, Índices, Conceitos e Nomes MANUEL SILVESTRE, Lisboa: Veja, 1998. Neste ponto, V, 1308b, 30. Elementos da obra para que nos chamou a atenção HILL, pp. 569 e 577.

– [Q]ue «as riquezas devem ser transferidas na presença de todos os cidadãos, devendo as cópias da transacção ser depositadas em cada uma das frátrias, corporações e tribos da cidade»<sup>6</sup>.

Probidade e transparência, portanto. Ontem e hoje.

*Re-forma*, radical de *nova forma*, *marca de água* se torna de «regimes necessariamente correctos»<sup>7</sup>. E, *nova forma* que o é, é-o também daquilo a que própria *ambição* de melhor pode almejar: que «o único, ou os poucos, ou os muitos governam em nome do interesse comum»<sup>8</sup>.

Para isso, no entanto, é o próprio termo *ambição* que importa resgatar das suas origens.

E assim porque, *ambição* deriva da expressão latina *ambitus*, que, durante a República romana, designava os subornos pagos por candidatos a cargos públicos a eleitores permeáveis, em troca do seu voto. De tal modo se tornou disseminada, nesse período, a prática, que foi apontada como uma das causas da decadência e subsequente queda da República<sup>9</sup>. Sendo, por isso, a própria *ambição*, enquanto genuína vontade de mudança que, condenada de nascença na sua origem etimológica, se vê relegada ao sempiterno espaço da utopia.

E se de *candidatos* a cargos públicos se fala aí, também – e sobretudo – a eles a *re-forma* se dirige. E deles exige o que a *nova forma* impõe.

Ora, também a origem da palavra *candidato* inquina o seu sentido.

*Candidatus*, na sua origem, literalmente, significa vestido de branco e assim na cor da toga especialmente branqueada envergada, a partir da República romana em diante, por candidatos a cargo electivo durante o período da campanha eleitoral. De *candidus*, branco puro, deriva o termo por que ficaram estes homens conhecidos: *candidati*, algo próximo de homens especialmente branqueados<sup>10</sup>. De uma brancura que procurava impressionar quem os via, mas cuja pureza se cingia à indumentária, pois que, eleição e cargo, esses, dependiam do *ambitus* e da teia de favores que, por via deles, se urdia.

*Re-forma* e *forma nova*, por isso, se procura que recupere o termo *candidatus* do simulacro que, considerando pureza e boa vontade apenas ao nível da pele, em mera indumentária os torna: epidérmico disfarce, de não menos epidérmica densidade que a alusão a pureza e boa vontade transforma numa mera e muito derridiana *ruse/armadilha*.

Assim, na proposta aristotélica e em tantas outras que marcam os tempos em que verdadeira mudança se procura, surge a *ambição*, purificada daquilo em que o *ambitus* se tornou. Trata-se, também, de honrar o sentido *novo* da expressão que hoje usamos para designar *candidato* como aquele que se apresenta perante todos, para por todos, por nós, na verdade, ser eleito. Eleito, no sentido de escolhido para cuidado da *res publica*. Eleito, por isso, apenas enquanto fiel a esse mandato. Dessa

<sup>6</sup> *Idem*, 1309a, 10.

<sup>7</sup> *Idem*, III, 1279a,30.

<sup>8</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>9</sup> Sobre o assunto, cfr. com particular interesse HILL, *op. cit.*, pp. 572 e 573 e bibliografia aí citada.

<sup>10</sup> Sobre a matéria, em detalhe, de interesse, cfr. MARY BEARD, *SPQR – A History of Ancient Rome*, Londres: Liverright, 2015, pp. 209 e ss.

fidelidade e não tanto da escolha feita no dia da eleição, dependendo, em última instância, a legitimidade democrática do seu *mínus*.

Assim, uma e outra dimensões, enquanto pretensão de conferir nova forma a uma realidade, partem, na raiz, de uma decisão e de uma necessidade. Esta – a necessidade – de vivermos em comunidade, aquela – a decisão – de o fazermos à luz de valores e sob a regra estrita das suas exigências (e regra estrita, como a medieval régua tabular, de medida padrão tantas vezes cravada na pedra da porta da Igreja da terra com feira ou de um edifício público, para conferimento por todos de cada vara ou côvado usado no comércio).

Se as lições da história – aqui do pensamento – nos servem para alguma coisa, fica o testemunho do pensador de Estagira nas suas propostas de uma *re-forma* que enfrente duas dimensões de corrupção: a *corrupção 1* e a *corrupção 2* (esta última já objecto de alusão breve), como no-lo propõe HILL<sup>11</sup>.

Naquilo que motivou uma comparação histórica entre um aparente *sentido clássico* e um *moderno*, contesta a Autora a percepção comum de que o entendimento *clássico* de corrupção se distinguiria, na sua raiz, daquele que, seguramente desde a Modernidade, nos acompanha<sup>12</sup>. Antes defendendo que, apesar do que entre eles importe estabelecer em diferenças, as dimensões de sentido associadas ao que se entende por corrupção estão presentes, a par, desde a sua génese. Assim como igualmente presentes se encontram as preocupações associadas ao seu combate<sup>13</sup>.

E que dimensões de sentido são essas que associamos ao termo corrupção? Designa-as HILL sob a forma sintética de *corrupção 1* e a *corrupção 2* (esta última já objecto de menção)<sup>14</sup>.

Será *corrupção 1* aquela correspondente a um primeiro sentido, *clássico*, assim chamado por *tradição*. Compreendendo-se como uma «condição generalizada que se estende contagiosamente e de modo difuso através da comunidade política [*polity*], contaminando tanto líderes como cidadãos»<sup>15</sup>. Estando em causa uma concepção menos centrada nos actos de indivíduos, do que «na perda da virtude e, em geral, da saúde moral do corpo político [*body politic*]»<sup>16</sup>.

Num outro sentido se apresenta a segunda dimensão, designada *corrupção 2*, que HILL apelida também de *moderna*, mais reconhecível, diz, para um «leitor contemporâneo»<sup>17</sup>. Assumindo os contornos de uma definição «legalista, estrita», como mencionado parcialmente *supra*, a corrupção neste sentido é concebida como o «abuso de confiança ou função públicas com vista a obter vantagens privadas [*for private gain*], envolvendo infracções como clientelismo [*patronage*], suborno, extorsão e fraude [*embezzlement*]»<sup>18</sup>.

O que está em causa, então?

Algo que, apesar da dificuldade vocabular, mencionada de início, ainda assim não passou despercebido aos Antigos.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 566.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 565. Cfr., pp. 566 e 567 sobre bibliografia neste sentido e a que a Autora se opõe.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 566.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 566.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>17</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*.

Quando a *isso* se referiam, de novo com HILL, lançariam mão de um outro termo: *diaphtherein*<sup>19</sup>

Citando Bratsis, com *diaphtherein* se «denota a corrupção da mente por via da qual a capacidade do indivíduo para realizar juízos fundados [*sound judgments*] é diminuída»<sup>20</sup>. Sublinhando, por isso, a ideia de que, no processo de aceitação do suborno, «o cidadão abdicou da vontade livre [*has surrendered free will*] e, portanto, perdeu a capacidade [*the ability*] de exercer juízo/discernimento [*judgment*] como membro autónomo da comunidade política [*polity*]»<sup>21</sup>.

Restituindo aqueles termos, na *nova forma* procurada – na *re-forma* –, ao seu sentido originário, são eles resgatados daquilo que os tornou paralelos simbólicos de um cínico fatalismo que tudo reduz à anomia.

Por via dessa *re-forma* se procura alcançar algo.

Procura-se, então, um(a) *ministro(a)*, ou seja, servidor(a) e, com ele(a), a ética vertida em bens jurídicos dotados de dignidade penal. Aqueles mesmos bens de que o Conselheiro VÍTOR GOMES nos dá conta na sua declaração de voto ao Ac. do TC n.º 179/2012.

Apesar de acompanhar a decisão da maioria no sentido de declaração de inconstitucionalidade da incriminação do *enriquecimento* ilícito, não o faz acompanhando a totalidade do arrazoado expandido por aquela. E quanto ao bem jurídico aí a proteger, quando em causa estejam, desde logo, titulares de cargos políticos e titulares de altos cargos públicos, diz:

«Efetivamente, como quer que se designe, existe um bem jurídico com evidente dignidade penal, inerente ao princípio do Estado de direito e com afloramentos expressos noutros lugares da Constituição (p. ex., artigo 266.º da CRP), que é a confiança ou credibilidade do Estado (*lato sensu*) perante a coletividade e a daí decorrente capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão cometidas (bem jurídico mediato da incriminação), que a ocultação da proveniência do património ou rendimentos dos titulares do poder público ou dos intervenientes na gestão de bens e serviços públicos pode pôr em perigo e que legitima o legislador a impor a transparência da situação patrimonial daqueles a quem incumba funcionalmente preparar, manifestar ou executar a vontade do Estado (bem jurídico imediato da incriminação).»<sup>22</sup>

E, por isso, a *corrupção 1*, sim e no sentido indicado acima, mas também a sua ligação a *corrupção 2*. E, porque assim é, de uma corrupção que, *em 1*, se vincula ao exercício de funções públicas, seja por quem as exerça nas vestes de funcionário público em sentido restrito, seja por titular de cargo político.

Aqui, por isso, ganha sentido Matos Ramos, quando se refere a «corrupção e crimes conexos»<sup>23</sup>, referindo-se, para além de corrupção activa e passiva, sem

<sup>19</sup> HILL, *op. cit.*, p. 567.

<sup>20</sup> Idem, *ibidem*, citando P. BRATIS, «The Construction of Corruption, or Rules of Separation and Illusions of Purity in Bourgeois Societies», *Social Texts*, 21 (4) (2003), pp. 9 a 33, neste ponto, p. 12.

<sup>21</sup> HILL, *op. cit.*, p. 567.

<sup>22</sup> Excerto de declaração de voto de Conselheiro VÍTOR GOMES constante do Ac. do TC n.º 179/2012. Relator Conselheiro JOSÉ DA CUNHA BARBOSA.

<sup>23</sup> JOÃO ANTÓNIO ALENCASTRE DE MATOS RAMOS, *A Protecção de Denunciantes de Corrupção e Criminalidade Conexa*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de

pretensão de exaustividade, a recebimento indevido de vantagem, administração danosa, peculato, participação económica em negócio, tráfico de influência, abuso de poder e branqueamento de capitais.

Da vontade do Estado falamos, portanto, que, sem prejuízo da consideração atenta do que em cada tipo de ilícito criminal conste, importa a consideração simultânea do *Estado-administração* e do *Estado-comunidade*.

É disso que se trata e nesse contexto joga um papel o denunciante.

## II. Os denunciantes

O ponto de partida poderá ser um de muitos que na história e no papel do denunciante encontre caminho para o significado que ao seu papel se possa atribuir.

Ora, se olharmos para a figura, a própria escolha dos termos: denunciante *ou* delator, não deixará de levar denotada a precisa conotação ou o sentido tendencial desta por parte de quem escolha um ou outro dos termos.

Na verdade, não faltará espaço à polarização.

Pois, para uns, em causa está quem desempenha um papel que em tudo se assemelha a uma figura heróica, tanto em coragem, como em risco. Para estes, o denunciante será, não raro, a corporização, em acto, de um princípio deontológico de fidelidade à verdade e à probidade cumpridos a todo o custo

Por outro lado, para outros, no oposto daqueles, será o delator a imagem exemplar da deslealdade, de indignidade de confiança, mesmo do oportunismo daquele que não hesita, a troco de graciosidade no tratamento, em fazer recair noutro ou noutros, a parte correspondente de responsabilidade que lhe cabe a ele delator, pela participação, na verdade, que também ele delator teve na prática do crime. Por aquilo que também ele, delator, fez.

Decerto as circunstâncias e os contextos, desde logo criminógenos, contam no traçar do juízo e no grau de peremptoriedade ou de hesitação com que sejam proferidos.

Tudo isso é ciência, pois que critérios de escrutínio admitidos e experimentados nesse foro permitem, impõem mesmo, uma vez identificado e distinguido cada contexto, a tomada de uma posição.

Também teremos, por isso, de assumir posições.

Sê-lo-ão, no entanto, não enquanto reflexo da inclinação idiossincrática do investigador, mas dos termos que denunciante/delator, no contexto preciso em que faz a

---

Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, disponível em [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37617/1/ulfd137595\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37617/1/ulfd137595_tese.pdf). Última consulta: 29-02-2021. Neste ponto, p. 22. Por isso, MATOS RAMOS, nota que, mesmo no que concerne a menção a corrupção no trabalho citado, se refere «a corrupção em sentido lato, não no sentido técnico-jurídico do crime tipificado no Código Penal.» (*op. cit.*, p. 10, n. 1), abrangendo fraude ou peculato. Acrescentando que a escolha do conceito de «corrupção e crimes conexos», que inclui os ilícitos de corrupção, peculato, participação económica em negócio, fraude, tráfico de influências, abuso de poder, branqueamento de capitais, recebimento indevido de vantagem ou administração danosa, se refere ao universo de um «tipo de criminalidade, que tem por denominador comum a ligação à função pública» (*idem*, p. 22). Neste passo cita em nota DAMIÃO DA CUNHA, «As Alterações Legislativas em Matéria de Corrupção (A Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, e suas consequências)», in *Julgado online*, novembro de 2016, p. 3 (*idem*, p. 22, n. 53).

sua aparição, contribua para dar cumprimento a e, com isso, para a realização dos valores próprios de um Estado de direito democrático.

E logo aí, importará considerar os termos em que se possa assegurar a fidelidade a exigências de lealdade e de legalidade e assim também de igualdade de tratamento. Importando também considerar os termos em que essas exigências se possam compatibilizar com a garantia de eficácia na acção penal e também de realização da justiça. Se bem que de uma justiça, não apenas como tal percebida, mas real.

De todo o modo, relevante ou não a posição que se tome, mais importante será a consideração do estado da arte sobre o papel do denunciante, tendo em particular atenção os termos em que o Direito, em particular, o legislador e julgador, o compreendem hoje.

Porque a dimensão do esforço é limitada, sem prejuízo do muito que, de ontem e de hoje, importaria mencionar em modo de excogitação e sistematização histórica, importa ir ao que, entre nós, no passado recente se apresenta como desafio ao presente e ao futuro próximo em matéria de tratamento do estatuto do denunciante.

O alcance geográfico do que está em causa projecta-nos, desde já, para lá das fontes pátrias e do que, de útil e proveitoso, estas ditam sobre a matéria. A isso iremos a seu tempo. Antes importa tomar em mãos, de imediato, o contributo mais recente do Direito da União Europeia, porque decisivo e de influência determinante nas opções a tomar a muito breve trecho pelo nosso legislador, adaptando as normas em vigor, seja na sistematização e abrangência que, quase certamente, o ordenamento jurídico português exhibirá sobre a matéria.

Referimo-nos à aprovação recente da Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, sobre a protecção de pessoas que denunciam a violação da lei da União<sup>24</sup>.

No espaço da União Europeia, iniciativas recentes foram encetadas no sentido de assegurar um quadro legislativo harmonizado entre os Estados-membros, capaz de assegurar uma resposta única por parte destes no que concerne a protecção de pessoas que denunciem a violação de legislação da União, actuando de acordo com o interesse público e assegurando o nível de controlo e de escrutínio públicos próprios de uma sociedade democrática<sup>25</sup>.

Com esta iniciativa se poderá vir a alcançar, pela primeira vez, um quadro harmonizado de protecção legal de denunciantes/*whistleblowers* que denunciem a violação de legislação europeia contra actos de retaliação de entidades públicas e privadas, num contexto em que, neste momento, apenas dez Estados-Membros beneficiam de protecção legal abrangente neste domínio (França, Hungria, Irlanda, Itália, Lituânia, Malta, Holanda, Eslováquia, Suécia e Reino Unido). Portugal não é um desses países.

A Directiva protegerá denunciantes (*whistleblowers*) que actuem de boa fé, se tiverem razões fundadas (*reasonable grounds*) para acreditar que a informação objecto

<sup>24</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=en>. Última consulta: 28-02-2021.

<sup>25</sup> Já a este ponto nos referimos e de modo desenvolvido, no *nosso*, «Os segredos públicos: Os segredos de justiça e o de Estado», in Carla Amado Gomes, Ana F. Neves e Pedro Lomba (coord.), *Os Segredos no Direito*, AAFDL, 2019, pp. 78 e ss. e, posteriormente, o *nosso*, «O Segredo de Estado – ou Arendt e Maquiavel no Jardim de Tácito», in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maçãs (coord.), *Regulação e Garantia de Direitos: Perspectivas de Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 313 a 383.

de denúncia era verdadeira no momento em que a denúncia se deu e que essa informação cai no âmbito da Directiva.

As áreas actualmente abrangidas, de modo expresse, pela Directiva são: contratação pública, serviços financeiros, de combate ao branqueamento de capitais e de financiamento de contraterrorismo, segurança de produtos, segurança de transportes, protecção ambiental, segurança nuclear, saúde pública, segurança alimentar, saúde animal e bem-estar, protecção do consumidor, protecção de privacidade e de dados pessoais e segurança de redes informáticas e de sistemas de informação.

Sem prejuízo disso, a Comissão compromete-se a ponderar, no futuro, a extensão da protecção de denunciante a outras áreas em que a mesma se venha a mostrar relevante. Além de que, se incentivará os Estados Membros, quando transpõem a Directiva para legislação nacional, a promover tal extensão e a assegurar, a nível nacional, um quadro legal exaustivo e coerente nesta matéria.

Nos termos da Directiva, autoridades públicas e empresas privadas estão vinculadas a obrigações específicas. Estas poderão distinguir-se em duas dimensões essenciais: *i.* Obrigação de estabelecimento de canais internos e de procedimentos para apresentação de denúncias e para acompanhamento do seguimento das denúncias; *ii.* Obrigação dirigida a autoridades nacionais competentes no sentido de estabelecer canais externos competentes para receber denúncias e para proceder ao acompanhamento dessas denúncias.

No que concerne *i.*, estabelece-se, como regra geral, que empresas privadas com mais de 50 empregados ou receitas anuais de mais de € 10 milhões e todos os Estados e administrações regionais e municípios com mais de 10 000 habitantes estão obrigados a estabelecer canais internos para apresentação de denúncias, capazes de assegurar a confidencialidade do denunciante. Com excepção de empresas a actuar nas áreas de serviços financeiros, de combate ao branqueamento de capitais e de financiamento de contraterrorismo, que independentemente da sua dimensão, se encontram vinculadas a estas exigências. Além disso, aquelas estão obrigados a indicar uma pessoa ou departamento responsável para receber e acompanhar o seguimento das denúncias e a disponibilizar informação clara e acessível sobre esses procedimentos e sobre as condições mediante as quais podem ser feitas denúncias externas, dirigidas aos Estados nacionais ou a entidades competentes da União Europeia.

Quanto a *ii.*, cabe aos Estados-membros identificar as autoridades encarregadas de receber e acompanhar as denúncias. Estas autoridades têm de adoptar canais específicos e de acesso fácil para apresentação de denúncias, separados dos sistemas normais de apresentação de reclamações, dotados de funcionários específicos, devidamente formados.

Essas autoridades estão obrigadas a acompanhar as denúncias apresentadas dentro de um prazo de três meses (extensível por seis meses em casos complexos) e de responder ao denunciante (*provide feedback*) nesse mesmo período de tempo. Estão ainda obrigadas a fornecer informação facilmente compreensível e acessível sobre como os denunciante podem beneficiar de protecção.

A Directiva especifica ainda em que termos o denunciante deve proceder à denúncia, estabelecendo, como regra, que deve usar os canais internos acima indicados. Embora estabeleça um conjunto de excepções que, uma vez verificadas, dispensam o denunciante da obrigação de recorrer a esse canal. Entre elas, cabe destacar o direito atribuído ao denunciante de, em último recurso, promover a divulgação

pública da informação denunciada, seja directamente junto do público, seja por via de plataformas de rede ou ainda de redes sociais, seja ainda por recurso aos órgãos de comunicação social ou ainda, entre outros, por recurso a representantes eleitos ou a organizações da sociedade civil. Como referido, por regra, esse direito é reconhecido em último caso, pois que apenas assim poderá proceder se o recurso inicial a canais internos ou externos não tiver produzido resultados e o denunciante não tenha recebido resposta (*feedback*) dentro do prazo de três ou de seis meses estabelecido na proposta.

Neste sentido, apesar da proposta de Directiva insistir na necessidade do denunciante recorrer aos canais internos ou externos de denúncia para poder beneficiar de protecção, admite, no entanto, a possibilidade do denunciante de recorrer directamente aos órgãos de comunicação social quando esses canais não funcionem ou quando não seja razoável esperar que o façam – assim acontecerá, entre outras situações, em caso de conluio entre o denunciado e as autoridades responsáveis por receber e acompanhar as denúncias e ainda em casos de perigo urgente e grave para o interesse público ou de dano irreversível para este.

No que concerne a protecção de denunciantes, a Directiva estabelece a proibição de qualquer medida de retaliação e procede à previsão de sanções eficazes, proporcionais e dissuasórias contra aqueles que tomem aquelas medidas. Caso venham a ser objecto de retaliação, a proposta indica um conjunto de medidas de protecção adicional que incluem: patrocínio judiciário, impondo-se o fornecimento de informação e patrocínio independente, pleno e gratuito; medidas de protecção (tradução livre de *remedial measures*) adequadas, das quais constam a possibilidade de beneficiar de medidas cautelares e de inversão do ónus da prova; determinação de ausência de responsabilidade jurídica em qualquer caso, considerando-se que o seu comportamento não corresponde a uma violação ilícita de cláusulas contratuais ou de normas legais, *v.g.*, aquelas que estabelecem deveres de confidencialidade; e protecção em processos judiciais, determinando que, nesses casos, desde logo quando em causa estejam acções judiciais fora do contexto laboral, como processos de difamação, quebra de direitos de autor e quebra de regras de segredo, os denunciantes beneficiarão da invocação da nova legislação da União Europeia como defesa.

A Directiva em causa surge, de resto, na senda de um caminho já traçado no direito internacional, no contexto de esforços a que Portugal não tem sido alheio.

Assim temos, a título de exemplo, sob a égide das Nações Unidas, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, comumente designada Convenção de Mérida, de 9 a 11 de Dezembro 2003<sup>26</sup>. Cabendo destacar, em particular, o disposto nos seus artigos 8.º, n.º 4, e 33.º

E, no espaço europeu, sob a égide do Conselho da Europa, a Convenção Criminal sobre Corrupção, de 21 de Janeiro de 1999, entrada em vigor a 1 de Julho de 2002, em particular o que resulta do seu artigo 22.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Disponível em [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/united_nations_convention_against_corruption.pdf). Última consulta: 28-03-2021. Entre nós, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007.

<sup>27</sup> Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>. Última consulta: 28-03-2021. Ratificada, entre nós, por Decreto do Presidente da República

Sendo ainda de destacar, precisamente no contexto do Conselho da Europa, a integração de Portugal na estrutura GRECO (*Groups of States Against Corruption*)<sup>28</sup>, beneficiando da sua função enquanto mecanismo de avaliação da legislação e prática dos Estados no que concerne o combate à corrupção. Devendo-se, em parte significativa, ao seu trabalho de avaliação a detecção de insuficiências<sup>29</sup>, desde logo, em sede legislativa, de instrumentos para assegurar de forma eficaz a prevenção e combate à corrupção. Neste contexto, releva, de modo particular, a elaboração e posterior entrada em vigor da Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril, a que nos referiremos *infra* mais em detalhe.

No contexto de direitos nacionais, fazemos mera referência a alguns diplomas legais e também a estrito título de exemplo.

Desde logo, em França, merece destaque a Lei n.º 2016-1691, de 9 de Dezembro, designada comumente *Lei Sapin II* e os termos em que procede aí à protecção de denunciante nos sectores público e privado<sup>30</sup>.

No Reino Unido, mantém-se alguma dispersão de disposições relevantes em matéria de protecção do denunciante, referentes a domínios muito diversos. Assim, por exemplo, temos o *Official Secrets Act*, de 1989<sup>31</sup>, com as alterações sucessivas, em matéria de denúncia de prática de ilícitos em serviços de informações, por funcionários que deles tomem conhecimento no exercício de funções a que nos referiremos mais abaixo. Ou, no específico contexto laboral, o *Public Interest Disclosure Act* de 1998<sup>32</sup>.

Nos Estados Unidos, a dispersão legislativa é também característica, ressaltando, a nível federal, legislação relevante, de forma distinta, nos sectores público e privado. Quanto ao primeiro, importa, de modo particular, os *Whistleblower Protection Act*, de 1989<sup>33</sup>, e o *Whistleblower Protection Enhancement Act*, de 2012<sup>34</sup>. Sendo que, quanto ao sector privado, importa mencionar, no que respeita a protecção do denunciante no âmbito da actividade empresarial, o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer*

---

n.º 56/2001, de 26 de Outubro.

<sup>28</sup> Sobre a estrutura, missão e actividade do GRECO (*Groups of States Against Corruption*), vide <https://www.coe.int/en/web/greco>. Última consulta: 28-03-2021.

<sup>29</sup> De interesse os relatórios de III *round* de avaliação relativos a Portugal. Sendo o primeiro sobre incriminações e o segundo sobre *compliance*, transparência e financiamento de partidos políticos, cfr., quanto ao primeiro, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c7bca>. E quanto ao segundo, cfr. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c7bce>. Última consulta: 28-03-2021.

<sup>30</sup> Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033558528/>. Última consulta: 28-03-2021.

<sup>31</sup> Disponível o diploma em questão em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/6/contents>. Última consulta: 29-03-2021.

<sup>32</sup> Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/section/1>. Última consulta: 29-03-2021.

<sup>33</sup> Disponível em <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/20/text>. Última consulta: 27-03-2021.

<sup>34</sup> Disponível em <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/senate-bill/743>. Última consulta: 27-03-2021.

*Protection Act (Dodd-Frank Act)* de 2010<sup>35</sup>. Em matéria de regulação do sector financeiro, importa salientar o *Sarbanes-Oxley Act* de 2002<sup>36</sup>.

Quanto a Portugal, o quadro não é, na verdade, marcado por um tratamento legislativo geral único ou mesmo uniforme, encontrando-se alguns diplomas com aquela pretensão, mas outros que apenas se propõem trazer soluções tópicas e sectoriais.

Assim, importa, desde logo, com pretensão tendencialmente geral do mero denunciante, a Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril, na redacção actual e, em particular, o seu artigo 4.º

Em causa está legislação que prevê a adopção de um conjunto de medidas de combate à corrupção e, no que concerne a norma em causa, a protecção do denunciante, entendido, desde a revisão de 2015<sup>37</sup>, não apenas como trabalhador da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado, como trabalhadores do sector privado que, no desempenho das suas funções e por causa delas, tomem conhecimento de infracções.

Determina, a propósito, o disposto no artigo citado, a proibição, por qualquer forma, de prejuízo do denunciante, desde logo, por via de despedimento ou de transferência não voluntária (n.º 1); a presunção, até prova em contrário, como abusiva, de sanção disciplinar aplicada ao denunciante até um ano após a apresentação da denúncia (n.º 2); a garantia de anonimato, excepto para os investigadores, até à dedução de acusação [n.º 3, alínea *a*)]; direito, após dedução de acusação, a transferência, a pedido do denunciante, sem faculdade de recusa por parte da entidade patronal; e, de forma muito significativa e também após a revisão de 2015, a possibilidade do denunciante de beneficiar do regime de protecção de testemunhas em processo penal, previsto na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, com as alterações posteriores<sup>38</sup>.

De notar, desde logo, a ausência de previsão de um quadro sancionatório a ter em conta no caso de violação das exigências mencionadas, em particular, daquelas independentes sobre as entidades patronais cuja actividade se vê denunciada por um dos seus funcionários.

Menos ainda, como bem nota Matos Ramos<sup>39</sup>, se topa uma definição sobre o que seja isso de funcionário, não se encontrando fundamento para que se possa lançar mão de uma definição alargada como aquela que constante do artigo 386.º do CP.

No que concerne a possibilidade de benefício do regime de protecção de testemunhas em processo penal, importará sempre considerar as condições legalmente previstas para a adopção de um regime, por definição, excepcional. Estando em causa pessoas que, devido à sua condição de testemunha, vêem a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado colocados em perigo (artigo 1.º, n.º 1, da lei *supra* citada). O mesmo valendo

<sup>35</sup> Disponível em <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4173/text>. Última consulta: 30-03-2021.

<sup>36</sup> Disponível em <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763>. Última consulta: 30-03-2021.

<sup>37</sup> Cfr. Lei n.º 30/2015, de 22 de Março.

<sup>38</sup> Cfr. Lei n.º 29/2008, de 4 de Julho, e Lei n.º 42/2020, de 3 de Setembro.

<sup>39</sup> MATOS RAMOS, *op. cit.*, p. 105. E sobre a dificuldade de identificar o tipo de vínculo, se algum, à entidade onde exerce funções, de particular relevo, pp. 48 e ss.

quando esses bens em perigo respeitem a familiares da testemunha, pessoa que com ela viva em condições análogas às dos cônjuges ou outras pessoas que lhe sejam próximas (artigo 1.º, n.º 2).

Em causa estão aí ainda, entre outras, medidas de ocultação de identidade da testemunha, de ocultação de imagem durante a prestação de depoimento e de distorção de voz.

Tendo em conta as limitações relevantes decorrentes da sua aplicação para o exercício dos direitos de defesa do arguido, em particular, do respeito pelo contraditório, o legislador reveste a aplicação de tais medidas de particulares cautelas, exigindo, em geral, a verificação de razões de necessidade e de adequação à protecção das pessoas e à realização das necessidades processuais (artigo 1.º, n.º 4). E prevendo ainda, para cada uma das medidas previstas, um conjunto de requisitos adicionais a ter em conta pelo julgador.

Em sentido, no fundamental, coincidente com o da citada lei de 2008, cabe ainda mencionar aquela respeitante, em particular, ao combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, nos termos da Lei n.º 83/2007, de 18 de Agosto. Assegurando o anonimato do denunciante, protecção contra represálias, em particular, contra a promoção de procedimento criminal fundado, em exclusivo, na denúncia promovida, contanto não seja ela deliberada e manifestamente infundada (artigo 108.º). Prevendo, com particular importância, em transposição parcial de Directivas da União Europeia relevantes nesta área<sup>40</sup>, que as «autoridades sectoriais devem criar canais específicos, independentes e anónimos que internamente assegurem, de forma adequada, a receção, o tratamento e o arquivo das denúncias efetuadas» (artigo 108.º, n.º 6).

Entre nós, a devida transposição da Directiva (UE) 2019/973, de 23 de Outubro de 2019 poderá ser a oportunidade para que se assegure a possibilidade de generalizar a imposição de adopção por entidades privadas de procedimentos internos de acolhimento e análise de denúncias, desde logo, por colaboradores, já prevista em algumas áreas, como em sede de combate ao branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo<sup>41</sup>.

De modo não diverso ainda, entre outros, o previsto no Código de Valores Mobiliários<sup>42</sup>, no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras<sup>43</sup> e no Regime Geral de Investimento Colectivo<sup>44</sup>.

Também, de outro modo e para denúncias gerais em matéria de corrupção, cabe mencionar – e apenas isso – o portal incluído na página electrónica da Procuradoria-Geral da República, designado «Corrupção: Denuncie aqui»<sup>45</sup>.

Conhecido o normativo importa perguntar o que representa esta Directiva.

Seguramente uma tomada de posição clara no sentido da protecção e apoio a denunciante que tomem conhecimento, no exercício das suas funções, da prática

<sup>40</sup> Cfr. Directivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2016.

<sup>41</sup> Nos termos da Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto. Cfr., em particular, o disposto no artigo 20.º

<sup>42</sup> Cfr. artigo 368.º-A, n.ºs 4 a 8, do Código dos Valores Mobiliários, DL n.º 486/99, de 13 de Novembro.

<sup>43</sup> Cfr. artigos 116.º, n.º 2, e 116.º-AB do DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

<sup>44</sup> Cfr. artigo 87.º-A da Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro.

<sup>45</sup> Sobre este serviço e problemas levantados, cfr., em detalhe, MATOS RAMOS, *op. cit.*, p. 64 e ss.

de ilícitos, desde logo, de relevância criminal, promovidos no interior da estrutura de organização da pessoa colectiva, pública ou privada, em que esses denunciante prestem funções.

Do mesmo, modo e em termos não menos inequívocos, a de imposição, junto de pessoas colectivas, públicas e *privadas*, e não apenas daquelas de maiores dimensões, de medidas, relevantes na estrutura e no funcionamento quotidiano dessas organizações, que assegurem o acolhimento e o *prendre aux sérieux* das denúncias apresentadas por quem presta actividade no seu seio. Implicando um passo em diante significativo no caminho de progressiva intensificação de exigência no que concerne a adopção de medidas de *compliance* e, portanto, do que importe implementar no seio da organização no sentido de assegurar o seu efectivo cumprimento – não apenas formal, mas material. E assim, desde logo, do que, em sede de regulação, se imponha.

Se podemos dizê-lo, importarão, *compliance* e protecção de denunciante, passos no sentido de generalizar o que, na Administração Pública e no Direito que a disciplina, há muito se designava como a legalidade enquanto princípio que, no seu seio, se impunha, não apenas, nem principalmente, como limite à actividade administrativa, mas como princípio que rege e informa cada acto da Administração e cujo *ethos* inspira – deve inspirar – a actuação de quem, na Administração, actua no interesse de todos. Não se trata, à luz da legalidade e da sua eleição como princípio regente da actuação pública, de tudo fazer o que a lei não proíba, mas antes, de tudo fazer o que a lei procura que seja assegurado para melhor satisfação do interesse público.

O que assegura, então, o diploma mencionado? Seguramente a protecção do denunciante, desde logo, mas não só, colocando-o ao abrigo de represálias pela denúncia promovida. Garantindo-lhe ainda o que importe de apoio em sede do patrocínio judiciário que se justifique assegurar em razão da necessidade de defesa de iniciativas promovidas em reacção à sua denúncia.

E o que se procura assegurar? Além do que já ficou dito, numa palavra, arriscamos: a probidade das instituições.

E assim por via da compreensão do princípio da legalidade como fonte de uma exigência material de fidelidade aos fins de realização do interesse da comunidade a que, instituições públicas e privadas, nos termos do que a lei lhes imponha, se encontram vinculadas.

De uma probidade institucional co-essencial à afirmação do império da lei enquanto condição de garantia e de reforço da expectativa comunitária do cumprimento generalizado da lei. Condição mínima de igualdade de que depende a afirmação, não apenas nominal, mas que se sinta presente na existência quotidiana de membros de uma comunidade que se diga pertencente a um Estado *de Direito*. Condição, em suma, da auto-compreensão de cada um e da sua afirmação, reivindicante perante todos e perante o poder – do Estado e também, no seio da economia privada e da sociedade civil –, como *cidadão*.

Por fim, cabe perguntar o que caracteriza *este* denunciante, previsto *nesta* Directiva e que *esta* Directiva pretende proteger? O que distingue *este* denunciante ao qual *esta* Directiva reconhece um papel particular merecedor de tutela?

O denunciante a que *esta* Directiva aparentemente se refere, nos termos dos estritos limites em que aí se vê reconhecido, denuncia ilícitos de que toma conhecimento no exercício das suas funções, em cuja prática não participou. Em causa está quem – é certo, apenas quem integra a estrutura da pessoa colectiva no seio da qual se

desenvolve a actividade denunciada – não praticou quaisquer crimes, antes sim quem tomou conhecimento de prática de um ou mais crimes em cuja prática se não encontra envolvido.

O que pode, por isso, significar esta Directiva e as opções normativas que nela vão implicadas?

Em causa estará uma *re-forma*, no preciso sentido mencionado de conferimento de *nova forma*, que atribua um papel necessário ao denunciante, na precisa medida em que promova o interesse público. Importando uma opção pela sua protecção, pela precisa razão e na precisa medida em que, considerando os termos em que o diploma em cuidado considera o denunciante como figura, estamos a falar de alguém que deve entendido como não participante, menos ainda beneficiário, do crime ou crimes que denuncia.

Compreendidos estão, então, os termos da novidade e relevância da Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, mas também os seus limites de âmbito de aplicação e mesmo de entendimento do conceito mesmo de denunciante ao qual está disposta a estender protecção.

Cabe agora avançar, pois que a ambição que aqui nos traz é outra.

Em causa está a apreciação das propostas da *Estratégia Nacional Anti-Corrupção (ENAC)* mencionada, não apenas uma análise crítica que lhe faça justiça, mas mais ainda.

Em causa está a assunção do risco de apresentação de propostas que para o debate, mas sobretudo, para o direito positivo a constituir, possa trazer um contributo palpável.

O esforço é de procura de uma *re-forma*. Uma *nova forma* que, adiantamo-lo, promova a definição de um regime único e unitário sobre o estatuto do denunciante. Trata-se, de resto, de um objectivo explícito da *Estratégia Nacional Anticorrupção* mencionada.

E pede-se aqui um contributo proveniente da *dogmática* para essa mesma reforma.

Ora, antes de avançar, importa proceder a um reparo de fundo (mais que metodológico).

Quando se peça a uma abordagem dogmática um contributo para uma *re-forma*, na forma de uma proposta ou de mais que uma, seja na forma que for, mesmo que desprovida da forma explícita de articulado legislativo, quando isso seja pedido, dizíamos, não cabe esconder o dilema que se apresenta à dogmática.

E assim porque, não cingida à sua função originária – e vocacional – de *apenas* reflectir sobre a realidade que se lhe apresenta, compreendendo-a e criticando-a pelo que é, propõe-se essa mesma dogmática alterá-la, modelá-la, à semelhança de uma pré-compreensão que adopta e se empenha em defender.

Ora, quando assumo esse papel transformador, é a dogmática desafiada, na precisa medida em que se vê arrancada da sua posição de observadora, atenta, sim, mas desinteressada e, sobretudo, não envolvida.

E, arrancada dessa posição, vê-se a dogmática implicada na posição de parte e na conseqüente escolha. Numa escolha que, fundada, certamente, na boa razão do seu contributo (positivo) para (o futuro) da comunidade e, com isso, para o (seu) bem, importa, no entanto, o abandono de um ponto de observação neutro – que não neutral. O abandono, portanto, do único lugar possível para quem tenha a pretensão de tudo alcançar, de todos poder ouvir e, com isso e na medida em que isso seja possível, de tudo compreender (que não se confunde com tudo justificar).

E, fazendo-o, decerto, pelas melhores razões, vê-se a dogmática investida de um papel que não dispensa, antes exige, o comprometimento com um quadro normativo feito de escolhas que se empenhará em justificar na sua bondade.

E quando assim seja, à dogmática, a quem se veda a opção por se colocar à margem da liça, se aponta o dedo, na forma de um questionamento radical da sua função. Assim KAHN:

«Ao assumir o projecto de reforma legislativa, no entanto, o académico torna-se participante na prática jurídica [*legal practice*] e, por isso, parte do preciso objecto que ele ou ela se propõe investigar. Este colapso [*collapse*] da distinção entre o sujeito que estuda a lei e a prática jurídica que é o objecto do estudo é a fraqueza central do estudo académico jurídico contemporâneo [*contemporary legal scholarship*]. “Colapso” não acontece em determinado momento do tempo [...]. A académica jurista [*legal scholar*] aborda o estudo do Direito [*comes to the study of law*] entendendo-se já como cidadã na república da lei [*as a citizen in law’s republic*]. Ela está comprometida em “fazer o trabalho da lei [*making law work*]”, em melhorar o sistema legal do qual ela é parte. Colapso refere-se à falha de uma possibilidade analítica, não a algum tipo de experiência transitória.»<sup>46</sup>

Fazendo-o, muito embora, e no contexto normativo proposto pela Directiva, centrados por isso, no conceito de denunciante que no-lo propõe, propomos, em forma de diagnóstico e de *re-forma* o que importe em protecção e tomada a sério do denunciante tomado em sentido aproximado do indicado naquele diploma. Ou seja, daquele que, *de dentro* e, como veremos num direito a *re-formar*, também *de fora* da instituição leva a conhecimento a suspeita de ocorrência passada ou presente de factos de relevância criminal, nos termos e condições a detalhar em baixo. Sem que, como aspecto decisivo que, também, por isso, se deixa para último, tenha tomado ou esteja a tomar parte na sua prática. E ainda sem que qualquer ilícito, desde logo, criminal, que tenha o denunciante como autor ou participante, tenha estado na origem da tomada conhecimento dos factos denunciados ou do acesso a elementos que indiciem a sua prática.

Apenas em momento posterior daremos o passo no sentido da consideração do *denunciante* que, apesar de com aquele, partilhar a designação, sem menoscabo desse papel, participou ou se encontra a participar na prática de ilícitos criminais, desde logo, dos ilícitos objecto de denúncia. Denunciando, por isso, a prática de ilícitos, desde logo, criminais, de que é agente, a título de autoria ou de participação.

Aos primeiros chamaremos os *denunciantes-denunciantes apenas*. Os segundos designaremos de *denunciantes-participantes no crime denunciado*.

Deixaremos para o final uma terceira categoria de denunciante. Os que designaremos de *autores de crimes transformados em denunciante de crimes praticados por outros*.

Começemos, então, pelos primeiros, aproveitando, para os segundos o que com aqueles é comum.

<sup>46</sup> PAUL W. KAHN, *The Cultural Study of Law – Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago/Londres: University of Chicago Press, 1999, p. 7.

### 1. Os *denunciante-denunciante apenas*

Chamemos-lhes assim, na falta de conceitos precisos e autónomos para designar as realidades mencionadas. Três por ora identificadas, todas susceptíveis de se ver confundidas numa só realidade que amalgame preocupações de índole jusmaterial, processual e de política criminal que urge autonomizar.

O denunciante que não pratica crimes, que denuncia crimes em cuja prática não participa e que deles toma conhecimento de forma lícita, nomeadamente no exercício de funções, o *denunciante-denunciante apenas* não se confunde com aqueles acima mencionados. Do mesmo modo que se não confundem as preocupações de tratamento juscientífico que urge considerar.

A dispersão normativa no Direito em vigor surge como traço indelével a considerar, traduzindo-se numa multiplicidade de fontes que importou identificar. Respigámos acima apenas algumas.

A conveniência de um regime tendencialmente unitário importará a necessária imposição de cumprimento de exigências específicas em matéria de organização institucional de entidades públicas e privadas, de molde a assegurar que denúncias respeitantes ao seu funcionamento interno e, em particular, à prática de ilícitos, desde logo criminais, ocorridos no seu seio, encontrem acolhimento e devida consideração.

O que a mencionada Directiva nos traz de opções a que o legislador e Administração não podem ser indiferentes no esforço de adequada transposição, importará, decerto, exigências que importarão, no futuro próximo, modificações profundas, não apenas na estrutura organizativa das entidades visadas, públicas e privadas, mas também e, sobretudo, de um *ethos* de funcionamento, traduzido num sistema eficaz e cuidadoso de consideração de denúncias e de pronta assunção das consequências jurídicas e reputacionais que delas possam resultar. E assim, como parte de uma prática e de uma ética organizativa marcada pela plena transparência de procedimentos, apenas possível quando sujeitos a suficiente e permanente escrutínio interno e ainda promovido por entidades externas, dotadas para o efeito de meios humanos devidamente formados e meios materiais em natureza adequada e dimensão suficiente. A isto já nos referimos acima.

Neste ponto, o acompanhamento e melhoria das medidas propostas pela União encontrarão paralelo em esforços anteriores promovidos, desde logo, pelo Reino Unido.

Falamos, desde logo, do *Official Secrets Act* de 1989, com as alterações posteriores<sup>47</sup>, pautado por opções de promoção de escrutínio interno de funcionamento de serviços do Estado dedicados à garantia da segurança nacional que atribuem ao denunciante interno, funcionário nos seus serviços, papel determinante.

Reconhecendo a sua importância na garantia de legalidade e de probidade de instituições marcadas por uma compreensível cultura de segredo, impõe, ainda assim, a definição de um procedimento rigoroso capaz de assegurar o acolhimento e a análise de denúncias internas de forma eficaz, dela retirando consequências jurídicas, reputacionais e mesmo políticas.

O facto de incidir sobre uma área de actuação do Estado marcada por particulares preocupações de segurança nacional e de inerente secretismo não representaram óbice, pelo contrário, impuseram-se como razão adicional para a escolha desta área,

<sup>47</sup> Vide menção *supra*.

com preferência sobre qualquer outra, para a consagração de procedimentos de denúncia credíveis e de não menos credível protecção do denunciante, tornando-o uma referência, nada menos do que paradigmática e, por isso, um exemplo a seguir.

A propósito, são particularmente interessantes as preocupações expendidas pelo colectivo da Câmara dos Lordes, no seu antigo Ramo Judicial, em *Regina v. Shayler*<sup>48</sup>. Já a este assunto nos referimos, mas, pela sua pertinência, de forma sucinta, a ele regressamos<sup>49</sup>.

Está aí em causa, precisamente, a consideração da divulgação por um funcionário dos serviços secretos britânicos de documentos confidenciais, alguns considerados segredo de Estado, a órgãos de comunicação social, com a invocação por parte daquele de razões de interesse público.

Tendo sido confirmada, por unanimidade, a condenação do arguido pela prática de diversos crimes cometidos por funcionários, previstos no mencionado *Official Secrets Act (OSA)*, desde logo, por ter procedido à divulgação de documentos confidenciais junto de órgãos de comunicação social sem, em momento algum, ter feito uso dos mecanismos internos para apresentação formal e apreciação de denúncias de ilícitos cometidos no seu seio, é, no entanto, de particular interesse a preocupação manifestada pelo colectivo quanto à compatibilização dessas restrições com a garantia de liberdade de imprensa, numa democracia.

Remetendo para o disposto no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em particular no que concerne a questão de saber se a restrição à liberdade de imprensa em causa é proporcional tendo em conta os fins que pretende promover, damos a palavra a um dos juízes do colectivo, *Lord Hope of Craighead*. Nota, então que, as restrições em causa apenas serão compatíveis com a Convenção, satisfazendo «o segundo e o terceiro requisitos da proporcionalidade», se, na sua natureza, forem «sensíveis aos factos de cada caso». Assim, insiste que, tendo as restrições em causa de ser «racionais, justas e não arbitrárias e não podem impedir o direito fundamental além do estritamente necessário»<sup>50</sup>, o sistema previsto na Lei [*Official Secrets Act de 1996*], que exige da parte de funcionários a promoção de denúncia interna de factos que considere ilegais, «é vulnerável à crítica com fundamento de que carece do grau necessário de sensibilidade»<sup>51</sup>. Pois, diz, «tem de haver dúvidas sobre se um denunciante [*whistle-blower*] que acredita ter bom fundamento para afirmar que abusos estão a ser cometidos por serviços de segurança ou de informações será capaz de convencer aqueles a quem pode fazer essas divulgações a levá-lo a sério, a persistir junto deles e a lograr produzir as alterações que, se tiverem alguma substância, são necessárias»<sup>52</sup>.

Assim, acrescenta, se é verdade que «[o] sistema de autorização oficial proporciona a última oportunidade», «tem de ser eficaz, caso as restrições não sejam

<sup>48</sup> Cfr. Decisão da Câmara dos Lordes, ramo judicial, *Regina v Shayler* (On Appeal From The Court of Appeal (Criminal Division)), [2002] UKHL 11, de 21 de Março de 2002, disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020321/shayle-1.htm> (Última consulta: 31-09-2019).

<sup>49</sup> O nosso, *O Segredo de Estado*, cit., p. 29.

<sup>50</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>51</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*.

consideradas arbitrárias e como tendo impedido um direito fundamental para além do necessário»<sup>53</sup>.

E remata, de forma lapidar: «há que ser realista, como o Tribunal de Recurso [Court of Appeal] reconheceu. As instituições tendem a proteger os seus e a resistir a críticas, de onde quer que provenham». Pelo que, sublinha, mais que a consagração de um sistema eficaz de apresentação e promoção de denúncias promovidas por funcionários, impõe-se «exigir a injeção de ar fresco do exterior, antes que defeitos institucionais sejam reconhecidos e rectificad»<sup>54</sup>.

O caminho está, então, traçado. E assim aquele de uma proposta de futura *re-forma*.

Importa:

1. A definição de procedimentos internos credíveis e eficazes de recepção, seguimento e análise de denúncias.

Neste sentido e na senda do que já se viu ser proposto pela Directiva de 2019 e de forma não dissemelhante do que encontramos no *OSA*.

A propósito, importará considerar a necessidade de escrutínio judicial substantivo e relevante do processo de denúncia, em particular dos actos administrativos ou de entidades privadas no seio das quais aquele decorra, em relação ao andamento e destino daquelas denúncias.

Neste contexto, importa notar o que, no *OSA* britânico, foi objecto de opção expressa: a possibilidade de escrutínio judicial da decisão administrativa de recusa de divulgação pública do objecto de denúncia.

Mesmo estando em causa domínio que contende com a preservação (e consequente possibilidade de revelação) de segredos de Estado, nota o Tribunal, como mencionámos noutra sede<sup>55</sup>, na decisão já referida que, o «defeito encontra-se no facto da Lei [Act] não identificar os critérios que funcionários devem ter em conta quando tomam a decisão sobre a questão de saber se a divulgação deve ou não ser autorizada»<sup>56</sup>. Além disso, nota, como elemento adicional de crítica e de dúvida, que, se é verdade que qualquer «decisão de declinar uma autorização oficial será sujeita a apreciação judicial», importa perguntar, em relação a esta lei e ao escrutínio judicial que autoriza, se o processo de apreciação judicial é «capaz de assegurar a intensidade de apreciação necessária para satisfazer as exigências da Convenção [Europeia dos Direitos Humanos]?»<sup>57</sup>.

2. O alargamento do conceito de funcionário quando em causa esteja a definição do denunciante que integra a estrutura interna da entidade, no seio da qual é promovida actividade que se suspeita ilícita e que aquele pretende denunciar.

E assim de modo a nesse conceito integrar todo o que preste actividade na entidade, independentemente do vínculo laboral a essa entidade ou mesmo que preste actividade para essa entidade, não integrando formalmente a sua estrutura;

3. A exigência de que actue de boa fé, fundado em suspeitas razoáveis e convicto da veracidade dos factos que denuncia;

<sup>53</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>54</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>55</sup> O nosso, *O Segredo de Estado*, cit., *ibidem*.

<sup>56</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>57</sup> Idem, *ibidem*. Parêntesis rectos nossos.

#### 4. A garantia de efectiva protecção do denunciante contra represálias.

Neste sentido, será bem-vinda a generalização de medidas no sentido da inversão ou de reforço do ónus da prova impendente sobre a entidade patronal denunciada de que medidas disciplinares ou outras desfavoráveis dirigidas contra o denunciante não resultam de represália pela denúncia.

Nessa senda se justificará a opção legal pela proibição de transferência do denunciante, no período de um ano após a denúncia.

Assim como também se imporá a extensão a todos os denunciantes das condições de protecção previstas pela lei de protecção de testemunhas mencionada, beneficiando de garantia de protecção de identidade, mesmo até de garantia de anonimato, quando verificadas as condições gerais previstas na lei.

Importará também proceder à limitação das condições em que o denunciante possa ser responsabilizado por difamação da entidade ou da pessoa denunciadas. Vedando-se a possibilidade, nesses casos, de punibilidade com pena de prisão.

5. Impor-se-á a garantia de patrocínio judiciário, com a cobertura dos correspondentes custos, ao denunciante assegurando a sua defesa efectiva perante reacções decorrentes da sua denúncia;

6. A consagração da denúncia como notícia de crime, não valendo, em si, como meio de prova.

#### 1.1. O que propõe a ENAC

Neste sentido, é de saudar a afirmação inequívoca na actual ENAC da intenção de dar cumprimento à Directiva (UE) 2019/1937 mencionada, assegurando, a muito breve trecho, a sua transposição para o ordenamento jurídico português, garantindo, por essa via, a criação de «canais de denúncia», também designados de *Whistleblower pipelines*. E ainda de saudar será também que, conjugado com o compromisso de incremento da implementação de programas de *compliance*, designados de *planos de cumprimento normativo*, assegure uma «adequada protecção dos denunciantes de violações dos planos normativos», reconhecendo ser isso «essencial para garantir que quem cumpre a lei não se torna alvo de retaliações»<sup>58</sup>.

Urge ainda o documento que corporiza a ENAC, referindo-se à Directiva citada, a que instituições, serviços públicos e organismos criem «canais para denúncia interna de incumprimentos normativos ou atos de corrupção»<sup>59</sup>. E reforça esse propósito ao comprometer-se generalizar a institucionalização de canais de denúncia, respondendo à «necessidade de articular e compatibilizar» as normas dispersas em vigor, «designadamente através de um diploma que estabeleça o regime jurídico de protecção dos denunciantes»<sup>60</sup>.

Em causa está um esforço que se estende para além dos fins estabelecidos na Directiva mencionada, limitada que está esta à prática de ilícitos que coloquem em causa os interesses da União. Desse modo a ENAC dá voz ao incentivo explicitamente assumido naquela Directiva no sentido de que os Estados-membros, em

<sup>58</sup> Cfr. Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, Governo de Portugal, República Portuguesa, Justiça, documento de 19 de Março de 2021, inédito, p. 44.

<sup>59</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 66.

particular, no caso, Portugal, levem a sério o desafio de estender a exigência de canais de denúncia e de norma de protecção de denunciante para lá daquele domínio estrito de ilicitude e de interesses em vista.

Naturalmente, a plena justificação de extensão de medidas desta natureza importa a identificação da natureza dos ilícitos, desde logo de natureza criminal, que justificam a garantia daquelas formas de protecção do denunciante. Desde logo, quando em causa estejam medidas de protecção de testemunha que envolvam restrições relevantes ao exercício pleno do contraditório, sobretudo em fase de julgamento.

A importância associada à protecção do denunciante não justifica a indeterminação total dos ilícitos que devam merecer acolhimento e consideração uma vez denunciados.

Neste sentido, a referência na ENAC a «denúncia interna de incumprimentos normativos»<sup>61</sup> peca aqui por insuficiente. Estando aqui em causa liberdades fundamentais, torna-se necessária a exigência de delimitação clara pelo legislador dos ilícitos cuja denúncia merece a consideração daquelas medidas. A natureza criminal dos actos denunciados será uma exigência mínima. A delimitação, de entre eles, dos tipos relevantes, será também de se impor. O conjunto de tipos indicados acima como exemplos do que deve preencher a designação genérica de *corrupção e criminalidade conexa* surge como ponto de partida para uma reflexão que urge fazer, como condição para que o encaminhamento em canais de denúncia e a justa protecção do denunciante se não tornem instrumentos de perseguição de pessoas singulares e colectivas.

Naturalmente as preocupações que presidem às propostas indicadas em cada ponto em cima ficam ainda por responder na ENAC, esperando-se a sua consideração atenta em sede de trabalho legislativo posterior.

## 2. Os denunciante-participantes no crime denunciado

Estabelecidos os termos do que pode estabelecer-se como a matriz da protecção legalmente assegurada ao denunciante, importa agora ir mais fundo na consideração do contexto real que subjaz à oportunidade de assegurar, em processo criminal em curso, desde logo na fase de inquérito, a colaboração de um denunciante, tirando proveito, na medida em que isso seja constitucionalmente admissível, do que possa trazer ao processo, em meios de prova susceptíveis de ser legalmente conhecidos e valorados.

Tocamos, por ora, na figura daquele que se dispõe a dar a conhecer a prática de factos e, em casos de actuação complexa, em particular no contexto de organizações criminosas e de estruturas complexas de poder, o modo de funcionamento e estrutura interna da organização envolvida na sua prática. Sendo que, em qualquer dos casos, quem a isso se dispõe participou, a título de autoria ou de participação, na prática da totalidade ou de parte dos factos denunciados.

Quanto a estes, a pergunta impõe-se, constituindo um passo adiante em relação ao que sobre isto se disse já: pode a figura de denunciante ser instrumento de recolha de prova, com a inerente utilização como instrumento da pessoa que assuma esse papel, desde logo, quando em causa esteja a possibilidade de oferta de tratamento mais favorável ou mesmo de não perseguição penal, em troca da informação prestada

<sup>61</sup> Idem, *ibidem*.

e da sua utilidade no esclarecimento dos factos sob investigação, na descoberta de novos factos de índole criminal, no conhecimento do modo de funcionamento da organização criminosa e na conseqüente aferição de responsabilidade criminal de pessoas individuais e colectivas pela sua prática? Pode essa visão instrumental da figura e da pessoa que surja no processo nessas vestes ser justificada, seja em sede de política criminal, seja de exigências de índole material e processual, a ponto de legitimar a sua adopção, assim como as transformações que essa adopção, inevitavelmente, implicará no edifício principiológico do Processo Penal e do próprio Direito Penal material, tal como hoje os conhecemos?

Os termos da compreensão do problema não dispensam a necessidade de um raciocínio de índole utilitarista. Na verdade, as razões aventadas discorrem nesses precisos termos. Lembra-nos Reale Júnior, a propósito:

«No plano ético, pode-se perspectivar ser negativo o Estado valer-se da confissão do culpado, do “dedo-duro”, para desvendar a trama delituosa. De outro ângulo, todavia, é positivo auferir os benefícios que interessam a toda a sociedade, não só por se desvelar a autoria e o processo da prática criminosa, mas por permitir obter a redução dos danos, prevenindo novos fatos, a recuperação de parte dos prejuízos e a reparação das conseqüências, com a imposição de multas vultosas, bem como a responsabilização dos demais co-autores.»<sup>62</sup>

É sob a «ótica utilitarista», tomando-se «por medida da aprovação de uma ação a sua tendência geral de aumentar ou diminuir a felicidade, o bem-estar»<sup>63</sup>, que os termos do problema se colocam.

Apenas matizada, nessa dimensão de utilidade, nos casos, seguramente comuns, em que o denunciante que havia participado na prática de crimes que ora denuncia, o faça manifestando arrependimento. Nesta dimensão, pauta verdade Marques da Silva, ao mencionar que:

«Aquele que erra e se arrepende merece ter um tratamento penal mais favorável, enquanto o arrependimento deva ser considerado como um primeiro passo para a sua conformação aos valores que as leis consagram e tutelam, enquanto o arrependimento representa para a sociedade a esperança de que aquele seu membro não mais afrontará pela via do crime, ou constitui, pelo menos, um voto de confiança na pessoa e no arrependimento como meio de recuperação: está desde então atingida uma das finalidades da pena criminal.»<sup>64</sup>

Naturalmente, ir mais longe neste domínio implicaria, não apenas não confundir, como traçar as devidas diferenças entre essa forma de arrependimento e aquela que conhecemos no âmbito do regime da desistência, nomeadamente, em matéria de

<sup>62</sup> MIGUEL REALE JÚNIOR, «Colaboração Premiada: Natureza, Dilemas Éticos e Conseqüências», in GIOVANA BENETTI, ANDRÉ RODRIGUES CORRÊA, MÁRCIA SANTANA FERNANDES, GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE, MARIANA PARGENDLER, LAURA BECK VARELA (ed.), *Direito, Cultura, Método – Leituras da Obra de Judith Martins-Costa*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, pp. 60 a 85, neste ponto, pp. 79 e 80.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>64</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, «Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos – Os Princípios Democrático e da Lealdade em Processo Penal», in *Direito e Justiça*, Volume VIII, Tomo 2, 1994, pp. 27 a 24, neste ponto, p. 32.

comparticipação. Desde logo, no que concerne a consideração da voluntariedade, do momento em que o arrependimento se pode manifestar em razão das fases do *iter criminis* percorridas, da relevância ou da falta de relevância do esforço sério, do regime de benefício reconhecido, num caso e no outro, ao arrependido. E, finalmente, dos princípios materiais não coincidentes que regem a opção pelo benefício do desistente no regime geral de desistência, por um lado, e do colaborador arrependido, por outro. Trata-se, na verdade, de distinções que teremos de deixar por aqui, pois que se projectam para além do escopo imediato do nosso esforço.

De todo o modo, o recurso a denunciante neste contexto não ilude de compatibilização com aquilo que, no processo penal, caracteriza um Estado considerado como *de Direito* e democrático. E assim, na forma da falência da refração, no processo penal, dos precisos valores que definem a *praxis* desse Estado de Direito democrático. Valores esses que o interpelam, impondo-se perguntar se, em nome da sua protecção, não será ele – o Estado de Direito democrático – em dimensão crucial da sua existência atingido, e assim porque aquela em que a liberdade, em face da forma mais aflitiva da sua interferência, se não verá reduzida a pouco mais que mera presença simbólica.

Mas a dificuldade da prova de comportamentos em certos contextos crimínógenos, em que não raro é crucial o recurso a denunciante para assegurar a viabilidade de esclarecimentos dos factos sob investigação, surge como ponto de arrimo para a defesa do compromisso, em não pequena medida, com a afirmação e respeito plenos daqueles valores e princípios na *praxis* concreta de um processo penal próprio de um Estado de Direito democrático.

Em causa poderá, porventura, estar, com Reale Júnior, uma *luta justa com resultado justo*. Tocando em citação longa, por fidelidade ao preciso contexto em que o Autor se refere à questão:

«A meu ver, promover o retorno do agente à área de licitude, motivado por uma ameaça de pena justa imposta em processo justo não atinge a dignidade da pessoa, nem repugna [...].

Além do mais, é relevante a análise do caso concreto para a exata ponderação, pois a traição aos comparsas de uma organização criminosa promotora do tráfico de drogas ou de esquema de corrupção em largo prejuízo da sociedade é de pequeno peso sob o prisma ético, mesmo porque a ameaça sofrida pelo colaborador é de *receber uma pena justa decorrente de um processo justo*, respeitando o devido processo legal e imposta uma sanção dentro dos limites da lei penal.»<sup>65</sup>

Porventura, assim será. Mas importa saber se, mais que um *compromisso*, não estaremos antes perante um verdadeiro *comprometimento*.

Notemos no que já vigora, entre nós, na matéria. Disperso que se encontra o que temos poderá, no entanto, vir a ser considerado como parte de um todo unitário a regular nos termos de um único regime jurídico.

Temos, desde logo, no que concerne a consideração do denunciante no contexto da corrupção e criminalidade conexa, desde logo, a possibilidade de consideração

<sup>65</sup> *Op. cit.*, pp. 81 e 82. Itálicos no original

da aplicação dos regimes de dispensa de pena, de atenuação especial de pena e mesmo de suspensão provisória de processo.

Neste contexto, a relevância da dispensa e da atenuação de pena prevista em particular no âmbito da prática dos tipos de ilícito de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e de corrupção activa, previsto no artigo 374.º-B do CP. Importando o benefício do agente quando, no prazo máximo de 30 dias após a prática do facto e sempre antes da instauração do procedimento criminal, voluntariamente restitua a vantagem ou, em caso de coisa fungível ou animal, o seu valor [alínea *a*]); ou quando, antes da prática do facto, proceda ao repúdio de oferecimento ou promessa que aceitara, à restituição de vantagem ou de valor quando se trate de coisa fungível ou animal; ou quando, antes dessa prática, retire promessa ou recuse oferecimento de vantagem ou ainda solicite a sua devolução [alínea *c*]).

Fora destes casos, no entanto, e para efeitos de consideração da aplicação da dispensa de pena, nos termos gerais previstos no artigo 74.º do CP, será ela inaplicável à generalidade dos crimes de corrupção e criminalidade conexas, por se tratar de crimes que prevêem a aplicação de prisão superior a 6 meses.

No que concerne a possibilidade de atenuação especial de pena, quanto àqueles três tipos mencionados e com particular importância para o tema que aqui nos traz, importa atender ao disposto no *supra* citado artigo 74.º, desta feita ao n.º 2. Assim, nos termos da alínea *a*) prevê-se a obrigatoriedade de se proceder a essa atenuação, nos termos do artigo 73.º do CP, quando, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, o agente auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis [alínea *a*]); ou caso tenha praticado o acto a solicitação de funcionário, directamente ou por interposta pessoa [alínea *b*]).

Naturalmente, a possibilidade de consideração de circunstâncias atenuantes gerais, nos termos do artigo 72.º do CP poderá sempre ser considerada.

A ponderação da suspensão provisória de processo, nos termos gerais, encontra limitação relevante na exigência de que em causa esteja crime que preveja pena diferente da de prisão ou de prisão não superior a 5 anos (artigo 281.º, n.º 1, do CPP), vedando a sua aplicação ao tipo de ilícito de corrupção passiva, peculato ou branqueamento.

## 2.1. O que propõe a ENAC

Reconhece-se na actual ENAC a previsão no ordenamento jurídico nacional da «concessão de tratamento penal menos severo», mediante a inscrição no seu seio de «institutos de direito premial» respeitantes aos crimes de corrupção e criminalidade conexas<sup>66</sup>.

Considera, no entanto, a necessidade de introdução de alterações que tenham em conta «uma aplicação mais eficaz e uniforme do denominado “direito premial” em matéria de corrupção»<sup>67</sup>, superando entraves injustificados e incorrecções.

De modo geral, a opção vai no sentido de estender o instituto de dispensa de pena aos arguidos que «resolvam quebrar o pacto corruptivo», denunciando crime

<sup>66</sup> Cfr. Estratégia Nacional Anticorrupção, *doc. cit.*, Março de 2021, p. 57.

<sup>67</sup> *Idem, ibidem.*

«antes da instauração do procedimento criminal»<sup>68</sup>. Será ela obrigatória e exige sempre a intervenção do juiz, de instrução ou de julgamento, na verificação dos pressupostos. Estabelecendo a possibilidade dessa dispensa quando a denúncia seja promovida pelo arguido após a instauração do procedimento criminal e este contribua «decisivamente para a descoberta da verdade»<sup>69</sup>. Nestes casos, admitir-se-á essa possibilidade, uma vez verificados os pressupostos do artigo 74.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), do CP.

A dispensa de pena manter-se-á, assim propõe o documento, como resultado de uma sentença condenatória, de acordo com o artigo 375.º, n.º 3, do CPP, importando que não ficam prejudicados o regime de perda alargada de bens e a possibilidade de aplicação de penas acessórias ou os efeitos das penas<sup>70</sup>.

Assim e mais em detalhe, procurando a previsão de um regime unitário, propõe a ENAC, no caso de omissão do acto mercadejado, a eliminação do limite correspondente 30 dias após a prática do facto para benefício de dispensa de pena, mas sempre quando se verifique colaboração<sup>71</sup>. Distingue entre corrupção envolvendo actos e omissões ilícitos e lícitos. Determinando, quanto aos primeiros, a possibilidade de benefício com dispensa de pena apenas no caso do acto ou omissão contrários ao dever legal não ter sido praticado. Sendo que, quando em causa esteja corrupção para prática de actos ou omissões não contrários aos deveres do cargo, se prevê a possibilidade daquela dispensa<sup>72</sup>.

Propõe ainda que o regime de dispensa de pena se estenda a crimes que, não sendo cometidos contra bens eminentemente pessoais, sejam efeito dos crimes de recebimento ou oferta indevida de vantagem ou de corrupção ou que se tenha destinado a continuar ou a ocultar estes crimes ou as vantagens dos mesmos provenientes<sup>73</sup>. Importando sempre, nestes casos, que o arguido tenha contribuído decisivamente para a sua descoberta<sup>74</sup>.

No que concerne a atenuação especial de pena, prevê a sua promoção, aparentemente obrigatória, se os arguidos «colaborarem activamente na descoberta da verdade até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, contribuindo de forma relevante para a prova da sua responsabilidade ou para a prova da responsabilidade dos outros»<sup>75</sup>.

Propõe ainda a extensão do instituto de suspensão provisória do processo ao crime de recebimento indevido de vantagem, procurando a igualização de tratamento em relação à corrupção, bem como tornar admissível a sua utilização na fase de instrução.

Além disso e ainda quanto a este instituto, no que respeita as pessoas colectivas ou entidades equiparadas, propõe a inclusão, entre as medidas previstas, da injunção de adoptar ou de implementar programas de cumprimento normativo adequados a prevenir a prática dos crimes acabados de indicar.

<sup>68</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>69</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>70</sup> *Idem, p. 58.*

<sup>71</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>72</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>73</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>74</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>75</sup> *Idem, p. 57.*

Importando as decisões que apliquem esta medida a sua publicitação na base de dados jurídicos do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça. De publicidade carecendo ainda as decisões judiciais que declarem a perda de bens a favor do Estado.

O que dizer das propostas?

A extensão do âmbito de aplicação de institutos de direito premial no que respeita à denúncia de corrupção e criminalidade conexa não implica o levantamento de objecções de princípio. No entanto, a previsão dos termos em que o arguido denunciante possa vir a deles beneficiar e a dependência que, nessa decisão tenha, do juízo que faça a autoridade judiciária, assim como o risco de ausência ou de carência de escrutínio judicial suficiente dessa decisão, importa, sim, objecções de maior.

Veja-se que a dispensa de pena ocorrida após a instauração do procedimento criminal não se basta com a quebra do «pacto corruptivo» por parte do arguido, antes ocorrerá apenas se este, além disso, contribuir «decisivamente para a descoberta da verdade». Ora, conceito indeterminado que é e sem mais esforço de concretização legal na norma a criar, dependente se tornará, portanto, de quem no caso decida e dos termos em que o faça.

De modo não menos problemático se apresentam os termos de reconhecimento da atenuação especial da pena, dependente não apenas da colaboração «activa na descoberta da verdade», mas, sobretudo, da conclusão da autoridade judiciária no sentido de que o arguido contribui «de forma relevante para a prova da sua responsabilidade ou para a prova da responsabilidade dos outros».

E a objecção prende-se com o facto de que, do mesmo modo que esse regime implica aquele mesmo traço de dependência e de carência de escrutínio assinalado quanto ao novo regime proposto para a dispensa de pena, fá-lo em termos que importam a percepção de que algo de fundamental se perde, suscitando as maiores reservas quanto à sua compatibilidade com os princípios que, em matéria de processo penal, regem num Estado de Direito democrático.

Mas mais se pode perder, afinal. Assim quando consideremos formas outras de acolhimento do direito dito premial.

Caminhamos olhando para outros exemplos de ordenamentos jurídicos e de experiências processuais próximas na adopção de um direito premial relevante em matéria de corrupção e criminalidade conexa.

Temos, na verdade, a oportunidade de considerar, em sede de direito comparado, caminhos que importam um incremento substancial dos termos em que a atribuição de tratamento mais favorável se vê estendida a quem se disponha a denunciar a prática de crimes em que tenha participado, total ou parcialmente.

Assim, desde logo, daquilo que nos regimes acima mencionados ainda não está em causa, mas que, como veremos, a ENAC prevê também e com o qual partilha as premissas fundamentais de justificação e conferimento de legitimidade.

Falamos da possibilidade de acordo de pena, explicitamente assumida naquele documento e reflexo de uma cultura de *plea bargaining* ainda sem tradição, porventura, sem mandato constitucional, entre nós. Meio aventado como admissível à luz do nosso Código de Processo Penal em vigor por Figueiredo Dias<sup>76</sup>, foi, de

<sup>76</sup> Por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal – O «Fim» do Estado de Direito ou um Novo «Princípio?»*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, *passim*.

resto, a partir de então ensaiado como expediente de resolução de litígios penais em processos individuais.

Determinante se torna agora voltar a trazer o problema no contexto presente de combate à corrupção.

De modo particular, enquanto expressão paradigmática dessa possibilidade de benefício, reflexo de uma verdadeira afirmação de um direito premial nesta sede, temos no direito brasileiro a admissão da própria possibilidade de não promoção de acusação por parte do Ministério Público, mesmo quando recolhidos, no seu entendimento, indícios suficientes da prática de factos de índole criminal e da participação neles do denunciante. Possibilidade de decisão que passa pela aparente garantia de decisão de vontade livre por parte do arguido no sentido de colaborar no processo na qualidade de denunciante. Dependerá, como veremos, da necessidade de revelação cabal dos factos e do modo de actuação habitual das pessoas singulares e colectivas envolvidas na sua prática e da apreciação, pelo Ministério Público, da relevância dessa colaboração para a descoberta da verdade. Dependendo a decisão de controlo judicial, sob a forma de homologação de um juiz.

Em causa está a consideração da Lei n.º 12.850/2013, em particular o disposto nos §§ 2.º e 4.º do artigo 4.º e a possibilidade que abre, no contexto do direito processual penal brasileiro vigente, de acordo de pena ou de não dedução de acusação pelo Ministério Público, mesmo quando reunidos indícios suficientes da prática do facto e da participação nele pelo arguido beneficiado.

Isto, para além da possibilidade de redução de pena, na forma de perdão judicial, a requerimento das partes, e após ponderação dos termos em que ocorreu e da relevância da colaboração, prevista no corpo do mesmo artigo, bem como ainda no seu § 1.º<sup>77</sup>

Quando se atente nos §§ 2.º e 4.º do artigo 4.º do diploma, em causa estará, nos termos do § 2.º, a possibilidade do Ministério Público, a qualquer tempo, ou do delegado de polícia, nos autos de inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, de, considerando a relevância da colaboração prestada, requererem ou representarem ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador. Assim, ainda que esse benefício não tivesse sido previsto na proposta inicial e em conformidade com a aplicação, quando se justifique, do artigo 28.º do CPP brasileiro.

Nos termos do § 4.º do mesmo artigo, nas mesmas hipóteses dos §§ anteriores, nomeadamente do § 2.º, prevê-se ainda a possibilidade do Ministério Público «deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I – não for líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo».

<sup>77</sup> Nos termos do corpo do artigo 4.º do diploma citado o perdão judicial, importará a redução até 2/3 da pena privativa da liberdade ou a substituição por uma pena restritiva de direitos. De todo o modo, depende sempre da colaboração efectiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal e exige que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – A identificação dos demais co-autores e participantes na organização criminosa e dos crimes por eles praticados; II – A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – A prevenção dos crimes decorrentes da actividade da organização criminosa; IV – A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos crimes praticados pela organização criminosa; V – A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Nos termos do § 1.º do artigo citado, a concessão do benefício importará a consideração da personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do facto criminoso e a eficácia da colaboração.

Além disso e no contexto desta reforma, integrada na proposta de acordo sujeita a negociação, «criou», como lembra Reale Júnior, «o Ministério Público Federal um novo sistema de penas, especificando formas de cumprimento não previstas no Código Penal e na própria Lei de Execução Penal»<sup>78</sup>.

O que fica, no entanto e mais uma vez, pelo caminho?

Seguramente, e no contexto específico da legislação brasileira em vigor e, de novo, dando a palavra a Reale Júnior, reconhece estar em causa a consagração de um entre vários métodos novos de obtenção de prova integrados na «mudança de paradigma» a nível internacional, sob a égide, nomeadamente, da ONU e da UE, no combate ao «crime globalizado organizado»<sup>79</sup>.

Em causa estando, no entanto, uma opção marcada pelo rompimento com o princípio basilar da legalidade «ao se impor penas não previstas na lei», com o que se «quebra efetivamente o paradigma *pena sem lei anterior*, tão ciosamente cultivado pelo Direito Penal a partir do Iluminismo»<sup>80</sup>. Posto em causa ainda pelo facto de, por iniciativa do Ministério Público na proposta de formas de cumprimento de pena não previstos na lei, se instituir um sistema de execução de penas «fruto do acordado na convenção de colaboração premiada» e da «imaginação criadora do Ministério Público federal»<sup>81</sup>, capaz de criar regimes de execução de pena não previstos na lei (*v.g.*, sistema fechado diferenciado, aberto diferenciado, semiaberto diferenciado), autorizando a «progressão de regime mesmo que os dados objectivos, como tempo de pena ou reincidência, segundo o Código Penal»<sup>82</sup> o não permitam.

Em sede de processo penal, também partindo do específico contexto do direito brasileiro, em causa está o fim da «aplicação do princípio da obrigatoriedade da acção penal», mediante a prevalência da «análise da conveniência, em face da colaboração, de se propor a Acção Penal»<sup>83</sup>.

E também assim, diríamos, sempre sob condição de consideração dos termos específicos em que cada direito nacional preveja ou se proponha vir a prever acordos de pena, em causa poderá vir a estar a lealdade de tratamento processual.

Sempre de difícil delimitação, padece certamente este princípio – a considerá-lo princípio de índole processual penal – de «contornos mal definidos, o que afecta a sua operacionalidade jurídica»<sup>84</sup>. Pode, no entanto, sempre propor, em modo de crivo director, aquilo que de um verdadeiro princípio se espera. De modo sugestivo e convincente, propõe Marques da Silva, que «a lealdade não é uma noção jurídica autónoma, é sobretudo de natureza essencialmente moral e traduz uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça»<sup>85</sup>. Sob esta égide, seguiremos.

<sup>78</sup> *Op. cit.*, p. 70, n. 3.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>81</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>82</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>83</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>84</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 30. Referindo-se, neste passo, a CRISTIAN DE VALKENER, «Limites et Importance de la Provocation en Droit Pénal», in *Le Journal der Proces*, de 14/10/94, pp. 26 a 30.

<sup>85</sup> *Idem, ibidem*.

Também e em não menor medida, coloca em causa, por razões óbvias, a igualdade de tratamento entre arguidos no mesmo processo ou em processos diferentes, dependente que se torna, não da solidez dos indícios da prática do crime recolhidos em relação a cada um, mas, sobretudo, da negociação. O prémio será, por isso, atribuído em razão da utilidade conjuntural de cada um tenha, em função do juízo, sempre subjectivo, que cada magistrado faça da sua relevância para a descoberta da verdade.

A própria garantia de liberdade no exercício de vontade do arguido em tornar-se denunciante pode ser, a justo título, colocada em dúvida. Questão que se não esgota na consideração da dúvida – não mais que metódica – sobre a própria possibilidade da afirmação dessa vontade livre em face das consequências associadas à alternativa de não colaboração.

Antes e indo mais longe, fundada essa dúvida na certeza de que, aceite a instrumentalização da liberdade a uma *teoria dos jogos*, se vê ela reduzida, de um princípio fundacional do Estado de Direito, a uma estratégia.

Se insistirmos na questão: como garantir o acto de vontade livre de colaborar em face das consequências associadas à alternativa de não colaboração?

Persistirá a dúvida sobre se, de facto, será possível assegurar essa liberdade, num contexto que o seja de abandono da legalidade pelo Ministério Público, no exercício de um poder que pode bem tornar-se arbítrio.

E assim bem poderá ser, em particular, quando, tomando o exemplo do disposto no direito brasileiro, se atribua ao Ministério Público o poder de considerar a relevância do revelado pelo denunciante como *moeda de troca* para a atribuição do *prémio* e para a decisão, sempre nas mãos daquele, do que será ele, se algum, assim como da dimensão do benefício.

Notando-se a propósito e no preciso contexto do espaço de discricionariedade que é concedido ao Ministério Público neste contexto, a notícia que nos traz Reale Júnior, criticando de forma veemente, a intenção, num caso particular apenas, aparentemente manifestada por um procurador de fazer uso da prisão preventiva, enquanto medida de coacção, como instrumento útil ao convencimento dos arguidos afectados a colaborar na qualidade de denunciante – esclarece, «por entender [o procurador] que a segregação cautelar tem a importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais»<sup>86</sup>.

Importa, a propósito, lembrar as palavras do Autor em crítica que exigem, pela sua pertinência e em face do momento que vivemos, ser relembradas:

«Transformar a prisão, sem culpa reconhecida por sentença, em instrumento de constrangimento para forçar a delação é, patentemente uma proposta que repugna ao Estado de Direito [...].

Evidentemente, não se compadece com o regime democrático o Estado se valer do uso da violência para extrair confissões, pois que atinge direito fundamental de não se oprimir psíquica e fisicamente o investigado ou réu por meio de encarceramento incabível, imposto apenas para forçar uma confissão ou mais gravemente com a ameaça ou a efetividade da tortura.»<sup>87</sup>

<sup>86</sup> *Op. cit.*, p. 75.

<sup>87</sup> *Idem, ibidem.*

E assim num contexto de prática processual agravado pelo risco de uma homologação judicial meramente formal. Por isso, no contexto específico do direito brasileiro, a insistência no sentido de que, devendo, à luz das normas em vigor, o juiz «homologar o Acordo»<sup>88</sup> e que na «homologação do Acordo não adentra o juízo no mérito do avençado», não participa o juiz, no entanto dele. Apesar disso, insiste Reale Júnior, «nem por isso realiza uma mera adesão ao convencionado, pois pode, conforme edita o art. 4.º, § 8.º, “adequar a proposta ao caso concreto»<sup>89</sup>.

Ora, entre nós, onde semelhante caminho se venha a seguir, que lugar fica para o *juiz das liberdades*? Em especial, no contexto das competências hoje atribuídas ao juiz de instrução criminal na fase de inquérito?

Um juiz, onde semelhante caminho e prática se vissem adoptadas, num processo de onde essas liberdades se vêem evolucionadas, nada terá para assegurar.

Mais. Nessa estratégia e em seu nome, o denunciante que, a troco de benefícios, colabora no combate à *corrupção 1*, não só não combateu, como, na verdade, se alimentou da *corrupção 2*, contrastando com o *denunciante-denunciante apenas* que simboliza a precisa intransigência com uma e outra.

Ora, na presença daquele *denunciante-denunciante apenas* e no jogo que se joga de cada vez que se beneficia o *denunciante participante nos crimes que denuncia* actualiza-se a pergunta pela reminiscência, na contemporaneidade, dos precisos regimes decadentes que Aristóteles descreve e se propõe reformar. E decadentes porque feito do benefício de quem, como outros, beneficiou do próprio crime e por ele não responde – consoante a medida em que venha a prever a concessão de prémio – por razões que se vêem mergulhadas em estrita e consumada funcionalidade.

Mais ainda. Sem verdadeira garantia de liberdade, menos ainda de independência ou de autonomia na vontade que o arguido declara ter de colaborar; à mercê do critério do Ministério Público – ou da falta dele – e da sua aplicação équa ou diferenciada em função da utilidade para o processo de quem escolha falar – utilidade essa que, não raro, não depende do próprio e do seu empenho na e intensidade da colaboração; sujeito à *alía* estratégica de se saber parte de um conjunto de investigados/arguidos/suspeitos a quem também se dá a possibilidade de *jogar o mesmo jogo* a troco da promessa difusa e sempre incerta dos mesmos ou maiores benefícios; a *teoria de jogos*, o cálculo estratégico a que se reduz o processo, a ele a reduz o sentido a atribuir ao inquisitório como princípio regedor da fase de inquérito.

E, ao fazê-lo, nele absorve o *modicum* de contraditório que, nesta fase, se possa realizar. Será ele dominado pela barganha e pelo cálculo de risco envolvido em cada decisão de falar ou não falar e, pior, de dizer ou não dizer o que *eles* querem que eu diga, *se não*.

No contexto de uma realidade processual em que denunciar – falar – se oferece como possibilidade e alternativa à consequência mais nefasta de não o fazer; num cálculo de probabilidades sempre incerto pois que essa é a lei dos jogos em que se tornam os processos; também à lei desses jogos se sujeita e lê o silêncio de quem assim se mantenha. A essa lei se lendo, na mesma medida, a afirmação do silêncio como um direito. Perdido o momento certo para aceitar falar – mesmo que fale, se outro o fizer antes dele e for mais lesto no fornecimento de informações que ele – o silêncio o que será então? Ainda um direito?

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 83.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 84.

Sem qualquer garantia de que, quando exercido pelo arguido e pelo simples facto de por ele ter sido exercido, dele se não possa retirar consequências desfavoráveis para a sua posição no processo, será mais que figura de retórica?

E, no todo, a perda do que importa:

Comecemos pelo contexto habitual em que o *denunciante de crimes em que participou* é não só, nem sobretudo, beneficiado, mas antes e acima de tudo, protegido.

Em causa está, tantas vezes, *denunciante-participante* no crime denunciado que, na estrutura criminosa em que se encontra integrado, não raro será pouco mais que uma peça.

Ainda quando o seja, e no contexto de actuação pluri-subjectiva, mesmo quando considerada a sua participação no âmbito de autoria mediata no contexto de estruturas complexas de poder, não deixa ver aferida a sua responsabilidade individual em cada um dos factos em que tenha participado.

De todo o modo, sempre se tratará de quem possa ser uma mera peça numa estrutura complexa de poder, sujeito, por isso, a um significativo condicionamento de vontade decorrente dessa integração. De quem, por isso, não raro, vinculado se encontra a regras de lealdade e a códigos morais conflituantes com aqueles do ordenamento jurídico de um Estado de Direito. Sujeito, por isso, quando os quebre e da estrutura se afaste, a risco de vida, à integridade pessoal e à liberdade incidente não apenas sobre ele, mas também sobre os seus. Trata-se, tantas vezes e por fim, de alguém, dominado por uma realidade institucional, criminosa, paralela ao Estado e mais forte que este.

O benefício do arguido, ora denunciante, seja a que título vier a ser, em particular na forma de acordo de pena que reduza substancialmente a ponto de tornar simbólica a pena ou que a substitui por formas de cumprimento particularmente benévolas, surge neste contexto, como o passo necessário indispensável à sua sobrevivência e à garantia de sobrevivência dos seus. Moeda de troca que o é menos – de troca – na medida em que se mostra indispensável à possibilidade mesma de uma outra vida fora e para além daquela única, em que, restrito a mera peça, lhe era permitido existir.

No entanto, algo de fundamental se perderá quando se promova a extensão da protecção e de atribuição de benefício daquela realidade que modela aqueles denunciante – o *denunciante-denunciante* apenas e o *denunciante-participante* no crime denunciado – para uma outra: a dos, chamemos-lhes à falta de melhor expressão, a *autores de crimes transformados em denunciante de crimes praticados por outros*.

### 3. Os autores de crimes transformados em denunciante de crimes praticados por outros

Participantes, tantas vezes a título de autoria, em crimes para a promoção de fins individuais, não raro não menos ilícitos, beneficiam estes denunciante do acaso, feito de fragilidade dos meios de investigação do Estado ou da necessidade de recolha célere de prova em face da dificuldade ou de impossibilidade de acesso a prova lícita.

Caso venha essa a ser a opção do legislador, a extensão de regras de acordo de pena a estes casos poderá esse regime vir a beneficiar quem pratica crimes quando, na sequência da sua prática venha a tomar conhecimento da prática de crimes praticados por outros e quando o êxito na tomada de conhecimento da prática de crimes

por outros se venha a revelar, no caso, fundamental para o sucesso da investigação criminal.

Na sequência do acordo de pena que permitam a barganha e a importância do seu contributo para a investigação, serão estes beneficiados como denunciadores, apesar de nada os aproximar daqueles denunciadores acabados de descrever.

Em claro contraste, desde logo, com o *denunciante-participante* no crime denunciado, de nenhuma peça numa estrutura complexa de poder se trata aqui. Tão-pouco de alguém sujeito a qualquer condicionamento de vontade. Menos ainda cabe falar aqui de regras de lealdade ou de códigos morais de estruturas criminosas que dominam a existência do arguido e aquela dos seus mais próximos. Antes, cabe falar de crimes resultantes de actuação individual, tantas vezes a título estritamente singular, por iniciativa do próprio, sendo ele alguém integrado na sociedade. Nem sequer em causa está qualquer risco para vida, integridade pessoal ou liberdade para si ou para os seus no caso de quebra de um pacto (que jamais existiu). Muito menos tem cabimento a referência a qualquer realidade paralela ao Estado, na forma de uma qualquer estrutura criminosa que, na sua aparente ubiquidade, aquele supera em força e determinação.

Não se trata disso. Apenas e só de contornar regras de afirmação e tutela de liberdade – nas diversas formas em que se vê assegurada por via da consagração constitucional de direitos fundamentais, seja na vertente de direitos, liberdades e garantias, seja na de direitos económicos, sociais e culturais. De regras de liberdade que limitam o acesso a e conhecimento lícito de provas em sede de processo penal e cujo conhecimento apenas por via ilícita se tornou possível. E do contornar destas para fortuna de quem poderia, então, contar com a desistência do Estado na tutela dos precisos princípios que o identificam como *de Direito*.

### 3.1. O que propõe a ENAC

Tomando a «justiça negociada» como solução possível aos entraves à celeridade na resolução de «certo tipo de processo-crime» e uma «tendência irreversível da justiça penal em alguns países»<sup>90</sup>, propõe o documento sob análise a adopção, de forma explícita, da possibilidade de acordo de pena entre nós.

No entanto, fá-lo com limitações, pois que o acordo «deverá incidir sobre a questão da sanção e não sobre a questão da culpabilidade»<sup>91</sup>. Notando ainda que o acordo não prejudicará a perda de bens, mantendo-se a especial relevância preventiva deste instituto num contexto de criminalidade em que importa combater o lucro ilícito<sup>92</sup>.

Acrescenta, por fim, e em modo de reprodução, que os objectivos da celebração do acordo deverão centrar-se, de modo fundamental, na economia e celeridade processuais, dispensando a prova respeitante aos factos imputados e dando como provados os confessados, importando, por isso, a passagem imediata à produção da prova relevante para a determinação da pena<sup>93</sup>. Acrescenta, então e a finalizar, que «deverá ficar afastada uma configuração do instituto que premeie, através

<sup>90</sup> Cfr. *Estratégia Nacional Anticorrupção, 2020-2024*, doc. cit., p. 68.

<sup>91</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>92</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>93</sup> *Idem, ibidem*.

da redução da pena aplicável, quem colabore responsabilizando outro ou outros arguidos»<sup>94</sup>.

O que dizer sobre o caminho proposto?

Importa notar o laconismo do texto que tanto, na verdade, quase tudo deixa por dizer.

Apesar disso e talvez por causa disso, impõe que se pergunte: a troca de quê se propõe um acordo de pena? Não deverá sê-lo daquilo que justificaria a dispensa de pena, no caso de colaboração após a instauração do processo, bem como de atenuação especial de pena? Que outras condições dependeriam da chegada a *acordo* se não aquelas em que o arguido contribua «decisivamente para a descoberta da verdade», «contribuindo de forma relevante para a prova da sua responsabilidade ou para a prova da responsabilidade dos outros»? E que outra forma de colaboração e de contributo para a descoberta da verdade que não os decisivos, porventura, essenciais para a descoberta da verdade poderiam justificar que, em vez, da dedução da acusação pelo(s) crime(s) indiciados, mesmo que com possibilidade de dispensa de pena, se chegue a acordo com o arguido por outro ou outros crimes, sempre e naturalmente bem menos graves do que o que resulta(m) indiciado(s)?

Ou pior. Como contrariar o risco de que, por deficiência ou carência de escrutínio da iniciativa da autoridade judiciária competente, as mais das vezes o Ministério Público, não seja a possibilidade de acordo ocasião propícia para assegurar uma condenação, mediante aceitação de uma proposta para confissão por um crime menor, sob a ameaça do risco de condenação por um crime mais grave, quando prova indiciária alguma esteja recolhida, sem que disso arguido e seu defensor, num processo marcado segredo de justiça e pelo inquisitório, possam tomar conhecimento?

As lacunas da proposta nesta matéria são mais que muitas. Por isso, as reservas se mantêm. E com elas as perguntas que, mantidas irrespondidas, suscitam aquela, fundamental, pela sobrevivência mesma do Estado de Direito democrático, no processo penal do futuro.

E, em face do questionamento, surgem à memória as *memórias* de Tácito.

Narrando o processo movido contra Libo Drusus, em 16 d.C., perante o Senado, por incitamento à revolta contra Tibério, sustentado na denúncia de diversos *delatores* que identifica em detalhe. Nota o momento em que a condenação de Libo dependia da confissão, sob tortura de escravo seu. Legalmente vedada esta prática quando a sua confissão pusesse em causa a vida do seu dono, conta Tácito que Tibério intervém, inventando uma «nova lei» – «*callidus et novi iuris repertor Tiberius*»<sup>95</sup>, pela qual os escravos de Libo eram vendidos a um agente do estado (*actor publicus*), de modo a que, então, pudessem ser interrogados sob tortura, sem que, desse modo, se violasse a lei.

Mais que o relato em si, é o motivo de Tácito, indicado de início em termos ainda imprecisos que importa notar – «foi o primeiro exemplo de manobras que há muito anos [consumiam/erodiam/devoravam] a coisa pública (*quae per tot anos rem publicam exedere*)»<sup>96</sup>. Que coisas são essas que consomem/erodem/devoram o Estado

<sup>94</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>95</sup> TACITUS, *Annales*, Livros I a III, Edição bilingue latim e francês, Editado e traduzido por PIERRE WUILLEUMIER, Societé d'Édition "Les Belles Lettres", 2.<sup>a</sup> edição, original *circa* ano 117 d.C., 1978., neste ponto, II.XXX.

<sup>96</sup> *Idem*, II.XXVII. Tradução e parêntesis rectos nossos.

há já tantos anos? Nota Bhatt, que nos trouxe à atenção este fascinante passo de um Autor que tanto nos tem dito, que, apesar da posição inicial de Tibério ter sido no sentido de que as leis devem ser cumpridas – assim na obra citada em I.LXXII –, neste caso «um paradoxo é revelado: de modo a sustentar a lei, é necessário evadir a lei, mediante a invenção de uma nova lei»<sup>97</sup>, sublinhando, neste contexto, a posição *supra leges* de Tibério.

Pelo que, do mesmo modo que Tácito torna explícito, no epílogo da narração do episódio, que relatou as *propostas (auctoritates)* e *adulações (adulationes)* para que um velho mal na coisa pública seja revelado (*rettuli ut sciretur vetus id in re publica malum*)»<sup>98</sup>. Entender esse mal como sendo a «subserviência do Senado e as acções dos *delatores*».

Ora, de novo com Bhatt, esse mal «não é a perversão da vida política [ ], nem este mal torna a política impossível; antes é uma parte integrante do funcionamento da política – não em termos de crime ou de violações da lei, mas em apoio da lei e para lá dela de modo a preservar a lei do Estado imperial»<sup>99</sup>.

Por isso, assume Bhatt o risco de *re*-ler a conhecida afirmação de Tácito «quanto mais corrupto o Estado, mais numerosas as leis (*corruptissima re publica plurimae leges*)»<sup>100</sup>. Fá-lo, lendo-a *às avessas* «quanto mais numerosas as leis, mais corrupto o Estado»<sup>101</sup>.

Voltando aos nossos tempos cabe perguntar, de novo, com Tácito: não será este um Estado que sofrerá de leis, não já de crimes? De um Estado que altera as leis para as fazer cumprir? E que, de novo com ele, denota uma decadência associada às leis, não já a crimes?

Perguntas que, na pena e no mundo de Tácito, revolvem à volta, precisamente, da figura sintética e simbólica dos – não de todos, porventura, *destes da última categoria que delineámos – delatores*.

E a sua pergunta derradeira – ou o sentido do que se retira dos seus *Anais* III. LV, *in fine*: Em face das mudanças de então e de hoje: seriam os hábitos do passado melhores que os do presente?

### III. Conclusão

A pergunta é retórica.

Mas como aplacar as preocupações acima expendidas, em particular ao âmbito e extensão do direito premial a consagrar entre nós?

Desde logo, no que concerne a valoração da prova, sempre importará afirmar que se não deve ela bastar com a do depoimento denunciante e do que, por via das suas declarações como meio de obtenção de prova, resulte denunciado.

No entanto, dependendo sempre dele, pode bem encontrar-se na *praxis* quotidiana que, com o beneplácito da lei, para uma rotina de actuação do Estado que, na Modernidade representara já um desafio e que hoje é tornado tão vivo como antes.

<sup>97</sup> SHREYAA BHAAT, «Useful Voices: Tacitus's Critique of Corruption», in *Arethusa* 50 (2017), Johns Hopkins University Press, pp. 283 a 310, neste ponto, 317.

<sup>98</sup> *Idem*, II.XXXII

<sup>99</sup> BHAAT, *op. cit.*, p. 318.

<sup>100</sup> *Idem*, III, XXVII

<sup>101</sup> *Idem, ibidem*.

Parte essa rotina de uma *virtus* que, com Maquiavel, não é mais o que fora na sua origem judeo-cristã medieval, passando à Modernidade como mero produto da habilidade de quem – o Príncipe ou quem afirme e exerça o poder -, saiba impor a sua vontade, ante a complacência geral.

De uma rotina que, então, se torna passo primeiro de um Estado em processo de decadência. Daquela decadência que Platão tão bem nos transmitirá já no Livro VIII, da *República*, num retrato impressionante com mais de 2300 anos.

De uma rotina que, a manter-se, arrisca vir a dar-lhe razão quando nos quer convencer que democracia cairá sempre, de modo inevitável, numa ditadura – «Ora aqui está, portanto, amigo», começa Sócrates, pela pena de Platão, em diálogo com Gláucon, «o belo e soberbo começo de onde nasce a tirania»<sup>102</sup>; e, no fim da narração, a surpresa de Gláucon: «Que queres dizer? O tirano ousará exercer violência sobre o pai, e bater-lhe, se ele não obedecer?», Seguida do remate na voz de Sócrates: «Ousará, mas depois de o despojar das armas.»<sup>103</sup>

Duma rotina, portanto, que na violência bem-intencionada (sempre, quando não) afirmadora de uma benjaminiana *preservação da lei* tacitamente (metafórica e literalmente) se pode tornar sinal mesmo daquela platónica decadência. Afirmando, nesse processo de possível degenerescência, o risco de um poder que não se explica a si próprio e se não obriga, na *praxis* quotidiana do seu exercício – pois que a pensa nos termos de uma abstracta justificação, sempre funcional na sua índole –, a explicar-se.

E nessa violência bem intencionada se arrisca fazer surgir aquela de uma anestesiantes dinâmica já denunciada por Tácito, trazendo à luz do dia a presença de uma obsidante *malaise* que, entre os nossos antecessores romanos, já Gibbons notara, apelidando-a de «veneno lento e secreto [*slow and secret poison*]» – «seria quase impossível que os olhos dos contemporâneos discernissem na felicidade pública as causas latentes da decadência e da corrupção. Esta longa paz e o governo uniforme dos Romanos introduziu um lento e secreto veneno nos centros vitais do império»<sup>104</sup>.

Mas que agora nos não é permitido ignorar, pois que, mais próximo de nós, parecendo falar de nós, hoje, já antes Tocqueville identificara.

No capítulo que abre com «Que tipo de despotismo as nações democráticas têm a recear [*ont à craindre*]» (Cap. VI, Parte IV, Tomo IV), sublinha:

“Acima desses [homens] eleva-se um poder imenso e tutela que se encarrega, sozinho, das suas alegrias e dos seus destinos. Ele absoluto, minucioso, regular, previdente e manso. Assemelha-se ao poder paternal [...]; mas procura apenas [ao contrário daquele], fixá-los irrevogavelmente na infância. [...] Trabalha afincadamente para a sua felicidade, mas quer ser o único agente e árbitro do que isso seja; ele providencia a sua segurança, assegura a satisfação das suas necessidades, regula as suas sucessões e divide as suas heranças; como não

<sup>102</sup> PLATÃO, *A República*, tradução do original em grego da edição utilizada por J. Burnet, *Platonis Opera*, T. IV, Oxonii e typographico Clarendoniano, 1949, para idioma português e notas de Maria Helena Rocha Pereira, 6.ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990 (também utilizada, versão traduzida para idioma francês por ÉMILE CHAMBRY, *La République*, Société d'édition "les belles-lettres", Paris, 1948), nm. 563e, p. 399.

<sup>103</sup> *Idem*, nm. 569b, p. 410.

<sup>104</sup> EDWARD GIBBON, *História do Declínio e Queda do Império Romano*, I, Edição preparada por D. M. Low, tradução para português do original em língua inglesa de Maria Emília Ferros de Moura, original de 1776, Silveira: Book Builders, 2020, p. 64.

poderá deixar de os poupar inteiramente da dificuldade do pensamento e das penosidades da vida? [*que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre?*]»<sup>105</sup>

O caminho está, no entanto, traçado. O seu êxito, estratégico que é na forma e na natureza, medir-se-á – sempre e só – pelos resultados. De todo o modo, o diagnóstico, esse, está feito há muito.

Do que se trata, na verdade, quando falamos de corrupção? Nas palavras do poeta (e com a indulgência devida pela amputação):

«Th' expense of spirit in a waste of shame  
Is lust in action; and till action, lust  
Is perjured, murd'rous, bloody, full of blame,  
Savage, extreme, rude, cruel, not to trust,  
[...]  
On purpose laid to make the taker mad;  
Mad in pursuit and in possession so,  
Had, having, and in quest to have, extreme;  
[...]  
All this the world well knows; yet none knows well  
To shun the heaven that leads men to this hell.»<sup>106</sup>

De tudo o que aqui em causa está, todos nós sabemos. *All this the world well knows* nas suas palavras. E, no entanto, como a combater?

Fica a proposta *à contrecœur* de uma dogmática que, a assumir um papel que, regressando a KAHN, não é o seu, se confronta, queira ou não, consigo mesma. É possível que a doutrina se desincumba bem desse papel de proponente de uma *re-forma*? Aqui, por estas mãos, não o fará. Porque não é esse o papel da doutrina talvez. Ou por não ser esse papel a que, teimosamente, eu queira aderir. É o mais certo.

<sup>105</sup> ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, 12.<sup>a</sup> edição revista aumentada e corrigida do original de 1835-40, edição digital, Paris: Institut Coppet, 2012, p. 606. Disponível em <https://www.institutcoppet.org/wp-content/uploads/2012/01/De-la-d%C3%A9mocratie-en-Am%C3%A9rique.pdf>. Última consulta: 28-03-2021. Tradução nossa.

<sup>106</sup> SHAKESPEARE, *Sonnet 129*.