



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Delação Premiada-
A (in)compatibilidade com o processo penal
português**

Inês Vieira Rocha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Delação Premiada-
A (in)compatibilidade com o processo penal
português

Inês Vieira Rocha

Orientadora:

Professora Doutora **Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria**

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

*À minha mãe, por me ensinar a
acreditar*

*“O maior de todos os erros é
nada fazer por se achar que pouco
pode ser feito.”*

Sydney Smith

Agradecimentos

Desde o dia em que comecei a estudar direito apercebi-me de que, embora seja este um caminho difícil de percorrer, tudo se torna mais fácil se nos rodearmos das pessoas certas. Eu tenho a sorte de ter a meu lado as pessoas certas para os momentos mais incertos e difíceis da minha vida, assim como para os mais vitoriosos.

As minhas primeiras palavras de apreço são para a minha orientadora, a Exma. Senhora Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria. A forma como entende o direito e o expõe foram sempre motivos de admiração da minha parte. Agradeço-lhe por todos os conselhos, revisões e disponibilidade na orientação da presente dissertação.

Ao meu pai, por ser reflexo de esforço e dedicação. Por me ensinar que a sorte dá trabalho. À minha mãe, por nunca duvidar de mim e não deixar as minhas incertezas e anseios limitarem os meus sonhos. Aos dois, por me permitirem fazer o percurso académico que sempre ambicionei.

Ao meu irmão por trazer alegria e sensatez aos meus dias.

Aos meus quatro avós por, de todas as formas, estarem presentes.

Ao André, por acreditar sempre.

Às minhas amigas Raquel Silveira e Catarina Teixeira, pelo apoio incondicional durante todo o mestrado.

Por fim, aos meus amigos. Os de casa e os de Coimbra. Não existem caracteres suficientes para agradecer a cada um de vocês. A vida é bem melhor por vossa causa.

A todos, o meu mais sincero: obrigada!

Resumo

A justiça penal portuguesa tem vindo a relevar-se frágil perante os novos desafios que lhe são colocados pela evolução e transformação da sociedade.

Perante a necessidade de fazer face aos problemas colocados pelo aumento da alta criminalidade e criminalidade organizada, e tendo em conta o aumento da lentidão da justiça, reacende-se a discussão sobre a possibilidade de seguirmos as tendências europeias e internacionais no sentido da opção pela justiça negociada.

Um dos institutos que surge como uma via possível para o combate destas lacunas é o instituto da delação premiada.

Desta forma, a presente dissertação aborda questões como a (in)compatibilidade da delação premiada com o processo penal português e a (im)possibilidade de recorreremos a este instituto de forma a suprir algumas deficiências do nosso sistema, optando por seguir uma lógica de consenso e oportunidade em prol de uma justiça mais célere e eficaz.

Palavras-chave: Delação premiada; Arguido delator; Princípios estruturantes do processo penal.

Abstract

The criminal justice in Portugal has come to show itself fragile towards the new challenges that arise with the evolution and transformation of the society.

Faced with the need to cope with the problems caused by the increase of the already high level of criminality and organized crime, and in consideration of the already slow procedural pace of justice, the discussion resurfaces about the possibility to follow the European and International patterns in the way of negotiated justice.

One of the institutes that is at the heart of the issue and appears as a solution to fight this loophole is the institute of DELAÇÃO PREMIADA.

That being said, the current dissertation approaches issues such as the (in)compatibility of DELAÇÃO PREMIADA with the Portuguese criminal procedure and the (im)possibility to resort to this institute in a way to overcome some weaknesses in our system, by opting to follow a consensus and logical opportunity on behalf of a more swift and efficient justice.

Keywords: Delação Premiada; Arguido Delator; Structuring principles of criminal procedure.

Nota: Não sendo possível traduzir com a exatidão técnico-jurídica os termos delação premiada e arguido delator, de forma a garantir a coerência dos conceitos com a lógica jurídico-penal portuguesa, optou-se pela não tradução.

Índice

Resumo	8
Abstract.....	9
Lista de abreviaturas e siglas	12
1. Introdução.....	13
2. A análise e evolução histórica	15
2.1. O conceito de delação premiada.....	15
2.2. Evolução histórica	16
3. Direito comparado	17
3.1. Itália.....	17
3.2. Brasil: A operação Lava Jato.....	19
3.3. América do Norte – O <i>plea bargaining</i>	22
4. Direito português	25
4.1. O surgimento da discussão sobre a justiça negociada no ordenamento jurídico português	25
4.2. (In)Compatibilidade com princípios estruturantes do Código Processo Penal	28
4.2.1. O princípio da legalidade.....	29
4.2.2. Princípio da lealdade	30
4.2.3. Princípio do contraditório.....	32
4.2.4. Princípio da presunção de inocência	34
4.3. Aproximações à justiça negociada no Direito Português	36
4.4. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção: A mais recente tentativa de introduzir o instituto da delação premiada no Direito Penal Português	39
4.5. A figura do arguido delator	41
4.5.1. Distinção entre a figura do arguido delator e do arguido arrependido	43
4.5.2. Distinção entre a figura do delator e do denunciante - breves notas sobre a DIRETIVA (UE) 2019/1937	45
4.6. A delação premiada enquanto meio de obtenção de prova	46
4.7. O valor probatório das declarações do arguido delator	50
5. Conclusão	54
Bibliografia.....	57

Jurisprudência.....	59
Legislação.....	59
Páginas Web visitadas	60

Lista de abreviaturas e siglas

Al. – Alinea

Art. - Artigo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

EUA – Estados Unidos da América

MP– Ministério Público

N.º – Número

P. – Página

PGDL– Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa

Proc. – Processo

Séc. – Século

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

1. Introdução

Há um fetiche cada vez maior pela justiça. Vive-se um sentimento de urgência no que diz respeito a uma justiça mais célere e com resultados efetivos.

O sistema penal português tem vindo a mostrar-se frágil perante o aumento exponencial da prática de crimes particularmente mais graves e altamente organizados, com os quais o direito tradicional não está familiarizado e não está preparado para combater, sobretudo pela globalização e avanço tecnológico, que vêm permitir um aumento da sofisticação na prática do crime.

Esta evolução aumenta não só a dificuldade de combater o mundo do crime, como acentua a lentidão da justiça em Portugal, refletindo, assim, as deficiências e lacunas do nosso modelo de investigação e de processo penal.

Conscientes das atuais limitações do ordenamento jurídico-penal português, quais são as soluções de que se pode lançar mão?

Apresentando-se, tradicionalmente, como um sistema baseado na legalidade, o sistema penal português tem-se mostrado cada vez mais permeável às influências jurídicas europeias e internacionais na descoberta de um novo caminho na prossecução pela justiça: o caminho do consenso e da justiça negociada.

Neste sentido, o instituto da delação premiada surge como proposta para uma viragem do paradigma do sistema penal português e consequente evolução do mesmo, de forma a mitigar as lacunas que se vêm a tornar cada vez mais evidentes.

Contudo, será este instituto da delação premiada conforme à natureza e aos princípios estruturais do processo penal português?

De forma a encontrar uma solução para esta questão, começaremos por analisar a etimologia e evolução histórica do instituto da delação premiada, passando à análise do direito comparado de países que recorrem a este instituto ou a mecanismos semelhantes.

Posteriormente, procederemos ao estudo do direito português, começando pelo surgimento da discussão sobre a possibilidade de se recorrer à justiça negociada no ordenamento jurídico português, e passando depois à análise dos princípios fundamentais do direito processual penal português.

Mais à frente, dedicamos a nossa atenção às aproximações já existentes no direito português à justiça negociada, onde dedicaremos algumas linhas ao seu mais recente reflexo: a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção.

Faremos, depois, uma análise mais aprofundada da figura do arguido delator, confrontando-a com figuras que se podem mostrar semelhantes.

E, por fim, abordaremos a possibilidade de considerar a delação premiada enquanto meio de obtenção de prova, terminando com a referência ao possível valor probatório a atribuir às declarações do arguido delator.

2. A análise e evolução histórica

2.1. O conceito de delação premiada

Delação, do latim *delatio*, *-onis*, significa transmitir uma informação. Segundo o dicionário português, delatar implica a “revelação de um crime ou de falta alheia, com o fim de tirar proveito dessa revelação”.

De acordo com Nucci¹, o ato de delatar ocorre quando “um suspeito, admitindo a prática criminosa, acusa ou denuncia alguém, no sentido processual, revelando que outra pessoa também esteve envolvido no crime de qualquer forma”.

O conceito de delatar no âmbito do instituto da delação premiada, adequa-se à conduta de um agente que comete um ato ilícito, assumindo, de forma voluntária a sua parte de responsabilidade, colaborando com as autoridades, concedendo informações que são tidas como essenciais para a investigação.

Por outro lado, premiar, do latim *praemio*, *-are*, significa recompensar, premiar, dar um prêmio (do latim *praemiu*, é algo que se concede a uma pessoa ou grupo como reconhecimento da relevância de um serviço prestado).

Combinando o sentido dos dois conceitos, o termo “delação premiada” é usado para definir a conduta do indivíduo que, para além de confessar a prática de um crime que praticou, revela às autoridades competentes informações exclusivas acerca do crime, como por exemplo, quem são os seus coautores, obtendo, como contrapartida, um prêmio penal, que se pode refletir numa redução ou até isenção da pena.

Por esta razão, há quem entenda que a delação premiada é um verdadeiro negócio jurídico bilateral entre o agente do crime que delata e as autoridades competentes pela *persecutio criminis*, através do qual o Estado garante um benefício ao infrator como recompensa às informações confidenciais.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza (2014) - *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, p. 612.

Optando o arguido por delatar, resulta, necessariamente, dessa delação uma colaboração do arguido com a justiça, em prol da obtenção de uma vantagem processual, o tal “prémio”.²

Cabe referir que, tal como todos os conceitos jurídicos, o conceito de delação não é um conceito estanque, podendo discutir-se o seu conteúdo, que resulta densificado com a sua cada vez mais ampla e recorrente utilização.

A delação premiada pode ter outras denominações, tais como por exemplo: “confissão premiada”, “pentitismo”, “*crom-witness*”, “chamamento de cúmplice”, entre outras.

2.2. Evolução histórica

Apesar da discussão acerca da delação premiada ser uma discussão atual, a sua origem remonta à Idade Média, mais precisamente ao Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, onde o acusado poderia ver a sua pena atenuada, se apontasse para outro criminoso.

A introdução do direito premial, numa lógica mais próxima da dos dias de hoje, surge no apogeu do Iluminismo, no Séc. XVIII onde, nas palavras de Beccaria: “certos tribunais oferecem a impunidade ao cúmplice de um grande delito que atraíçoar o seu colega”.³

Mais tarde, no Séc. XIX, Rudolf Von Ihering admitiu que a delação premiada pudesse ser a solução para a incapacidade do Estado em solucionar e combater determinados crimes, tendo em conta não só a sua complexidade, como também a sua modernidade e sofisticação, pelo que poderia oferecer recompensas ao infrator em troca de informações que facilitassem a investigação e posterior julgamento.

² Ainda que haja doutrina, como o jurista brasileiro Luiz Flávio Gomes, que entenda que se deve fazer uma distinção entre o ato de delatar e o ato de colaborar, entendemos que a colaboração acaba por ser uma consequência direta da delação.

³ BECCARIA, Cesare (1998) - *Dos delitos e das penas*, p. 147. Tradução do original italiano *Dei Delitti e Delle Pene*, por José de Faria e Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian

No final do século XX, a delação premiada começou a ser regulamentada, aumentando exponencialmente a sua aplicação, sobretudo no sistema penal norte-americano, onde, seguindo uma lógica de pragmatismo e oportunidade, eram celebrados muitos acordos informais com suspeitos, que eram recompensados com o esquecimento dos delitos cometidos.

Desta forma, e como lembra Jorge de Figueiredo Dias, 80% dos processos criminais passaram a ser resolvidos por transações nos EUA⁴.

Nos dias de hoje, o instituto da delação premiada constitui uma solução penal em diversos países, como Inglaterra, Itália, Brasil e Japão, que optam por recorrer à justiça negociada.

3. Direito comparado

Apesar de se apresentar como novidade para alguns países, o recurso ao instituto da delação premiada é prática corrente em vários ordenamento jurídicos.

Estes países fundamentam o recurso a mecanismos de justiça negociada e consensual em inúmeras razões, sobretudo em razões de economia e celeridade processual, permitindo uma justiça menos morosa, bem como na eficácia processual na luta contra certos tipos de crimes.

3.1. Itália

Itália foi um dos primeiros países cujo direito penal contemplou o instituto da delação premiada.

Na década de 70 do século passado, sentiu-se uma enorme necessidade de se procurar soluções para o combate a crimes ligados a atividades terroristas e à conhecida

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo (2011)- *Acordos sobre a sentença em processo penal - O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?*, Ordem dos Advogados Portugueses, Porto, Conselho Distrital do Porto

“máfia italiana”, o que levou a que despontasse uma legislação de emergência e o consequente surgimento da figura dos *collaboratori di giustizia*.⁵

Já em 1980, a prática da utilização de colaborações processuais foi alargada ao âmbito das organizações criminosas, as conhecidas máfias, e a outros tipos penais tais como o sequestro e o tráfico de estupefacientes.⁶

Reconhecendo as lacunas legais que existiam nesta legislação, a justiça italiana entendeu que era necessário que criar um específico e forte regime para os agentes que optassem por colaborar com a justiça

Foi neste contexto que surgiu a Lei 340/1982⁷.

Esta lei previa que, atendendo à forma de colaboração do agente com a justiça, este poderia ser beneficiado com a alteração da pena.

Foi nesta altura que se definiram as três principais figuras relativas à colaboração com a justiça no Direito Italiano - *Pentito, Dissociato e Collaboratore*⁸- embora inicialmente restritas aos crimes cometidos com finalidades terroristas e crimes de subversão do ordenamento constitucional.

Pentito seria o colaborador que, antes da sentença, optava por dissolver ou determinar a dissolução da organização criminosa, ou, por retirar-se dessa mesma organização, acabando por fornecer todas as informações que tinha sobre esta, de forma a impedir a prática de novos crimes.

Estava previsto no art. 1.º da Lei 340/1982 que, se fosse determinada na sentença a prisão do *Pentito*, esta deveria ser substituída por outros impedimentos ou obrigações.

O outro tipo de colaborador tinha o nome de *Dissociato*.

⁵ Colaboradores da justiça (tradução)

⁶ OLIVEIRA, João Mirando Alves de (2019) - *A delação premiada no sistema jurídico português: breves notas explicativas*, p. 10, Tese de mestrado em Direito e Prática Jurídica. Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa

⁷ Lei 340/1982, disponível em www.normattiva.it

⁸ Arrependido, Dissociado e Colaborador (tradução)

O *Dissociato* era o agente que ao confessar os seus crimes permitia que as suas consequências fossem menos graves, ou chegava mesmo a impedir a prática de novos crimes.

Nestes casos, o art. 2.º do mesmo diploma, previa a substituição da pena perpétua por prisão efetiva de quinze a vinte anos ou a diminuição de 1/3 de outras penas com o limite máximo de quinze anos.

Por fim, surge a figura do *Collaboratore*, que seria o agente que para além de confessar os crimes, auxiliava também as autoridades policiais e judiciárias a angariar provas decisivas, que permitiam a identificação de outros membros da organização ou a reconstituição dos factos.⁹

O art. 3.º previa a diminuição da pena do *Collaboratore* para metade do tempo, das penas ou a substituição da pena perpétua pela reclusão de dez a quinze anos.

Consciente das vantagens para a justiça penal que provêm do recurso à delação premiada, o Estado Italiano sempre entendeu como necessário manter estas políticas legislativas assentes numa lógica de colaboração e negociação processual.

Por esta razão, este ordenamento jurídico foi, ao longo dos anos, limando as arestas deste regime, prevendo inúmeras alterações legislativas e continuando a lançar mão da delação premiada como mecanismo de colaboração no processo penal, assegurando desta forma, o combate à tão conhecida criminalidade organizada italiana.

3.2. Brasil: A operação Lava Jato

A relação do Brasil com a justiça negociada e colaborada conta com uma história bastante densa e com um largo e complexo leque de diplomas que vieram tentar legislar este mecanismo de colaboração do agente do crime com a justiça.

A justiça penal brasileira sofreu uma grande evolução neste domínio, que culminou na Lei n.º 12.850/2013, de 2 de agosto, atualmente em vigor.

⁹ OLIVEIRA, João Mirando Alves de (2019) - *A delação premiada no sistema jurídico português: breves notas explicativas*, p. 10, Tese de mestrado em Direito e Prática Jurídica. Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa

Esta lei veio definir o conceito de organização criminosa, versando “sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal”¹⁰. Esta circunscreveu, ainda, o seu âmbito de aplicação aos crimes praticados por uma organização criminosa, não podendo ser aplicado o mesmo regime a crimes externos à organização.

Dentro deste âmbito, a Lei n.º 12.850/2013 no seu art. 4.º determina qual é o “prémio” que pode o juiz conceder ao colaborador e os requisitos para que o possa conceder, assim como as condições externas que vão relevar para a concessão do benefício; no art. 5.º especifica quais os direitos do colaborador; no art.6.º, as formalidades que devem ser tidas em conta para o termo de colaboração; e, por fim, os art. 7.º e 4.º, n.º 7. e 8.º, dispõem acerca do pedido de homologação a ser apreciado pelo Juiz.

No direito brasileiro, o benefício concedido ao colaborador difere em função do momento em que é feito, pois a lei prevê duas modalidades de acordo: o acordo pré-sentencial e o pós-sentencial.

Numa fase pré-sentencial, o acordo é regulado pelo art. 4.º, n.ºs 2 e 4, da Lei n.º 12.850/2013.

Determina este artigo que podem ser convencionadas, alternativamente e não cumulativamente, uma de três vantagens, de natureza penal ao agente: “conceder perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos (...)” ou ainda, se de o colaborador “I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração (...)” (art. 4º, n.º4), há lugar à abstenção de haver alguma denúncia.

Por outro lado, caso a colaboração seja apenas acordada e efetivada após a sentença “(...) a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.” (art. 4.º, n.º5).

Com isto, entende-se que os benefícios legais passíveis de serem atribuídos ao colaborador estão sujeitos a um catálogo taxativo, não havendo total liberdade do juiz para atribuir o benefício que considerar mais adequado no caso em concreto.

¹⁰ Lei 12.850/2013, disponível em www.gov.br

Para além disto, o juiz deverá ponderar se a colaboração respeita as regras de direito e os padrões dos direitos humanos; se é necessária, ou seja, se não há, *in casu*, meios que restrinjam menos os direitos fundamentais em ordem à obtenção de prova; e ainda, se esta foi feita livre de pressões ou coações por parte das autoridades, isto é, se foi feita de forma voluntária.

Um dos casos mais mediáticos em que teve lugar o recurso ao mecanismo da delação premiada foi o Caso Lava Jato, onde acabaram por ser aplicadas penas menores do que as que estavam previstas e foram feitos acordos para os delatores manterem o património.

A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil, iniciada em março de 2014, onde, de acordo com o Ministério Público Federal do Paraná, até 4 de abril de 2018, foram celebrados 163 acordos de delação premiada com pessoas físicas.¹¹

Neste caso, o recurso ao mecanismo da delação premiada permitiu que o Estado Brasileiro recuperasse onze e meio mil milhões de euros que tinham saído dos seus cofres, devido à prática de crimes de corrupção e lavagem de dinheiro que envolviam os Estados do Rio de Janeiro, Distrito Federal e Paraná.

Contudo, o caso Lava Jato também veio evidenciar as possíveis fraquezas deste instituto, como por exemplo, a elasticidade absurda dos institutos consagrados pela Lei n.º 12.850/13, de onde resultam excessos cometidos por parte das autoridades interessadas nos acordos de delação premiada pelos acusados.¹²

A partir deste caso, o legislador brasileiro teve o cuidado de prever as regras de aplicação deste instituto, como por exemplo, as circunstâncias em que o juiz brasileiro pode recorrer ao mesmo, de forma a garantir que as vantagens que este instituto traz para a justiça, quando bem regulado, se sobrepõem às desvantagens.

Apesar dos erros cometidos na aplicação pouco controlada deste mecanismo, este caso demonstrou o potencial do instituto da delação premiada, tendo sido um dos

¹¹ FERREIRA, Andressa Marta Gomes e Igor de Andrade Barbosa (2017)- “Colaboração Premiada: Análise Crítica na Operação Lava Jato”, Revista Âmbito Jurídico, n.º 167

¹² NETTO, Vladimir (2016)- *Lava jato: O juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil, Rio de Janeiro*, Primeira Pessoa

mecanismos a que a justiça brasileira optou por recorrer de forma a traçar um novo caminho para combater um dos seus grandes problemas enraizados, o da corrupção.

3.3. América do Norte – O *plea bargaining*

O ordenamento jurídico norte-americano talvez seja, de todos os ordenamentos jurídicos, aquele que lança mão de forma mais sistemática do princípio do consenso. Consenso este que se destina a garantir que o processo penal tramite de forma mais célere, o que faz com que a maioria dos casos criminais nos Estados Unidos da América seja resolvida através do *plea bargaining*.¹³

Como refere Paula Ribeiro de Faria, o *plea bargaining*, é um processo de negociação entre Ministério Público e o arguido, que aceita declarar-se como culpado da prática de um crime, renunciando ao seu direito a um julgamento, obtendo, em troca, a aplicação de uma sanção mais favorável do que aquela que lhe seria provavelmente aplicada na fase de julgamento.¹⁴

Na maior parte dos casos, o arguido aceita a culpa de um crime menos grave ou apenas de alguns dos vários crimes dos quais foi acusado em troca de pena mais leve do que aquela que corresponderia à acusação mais grave.

Nem sempre foi assim, mas a verdade é que os tribunais norte americanos começaram a sentir uma grande pressão, inclusivamente económica, pelo aumento constante de números de casos que eram levados a tribunal, acabando por generalizar-se o uso do *plea bargaining*, substituindo o tribunal de júri, que é garantido pela constituição norte-americana.

Em ordem a justificar a adesão norte americana, ao princípio da oportunidade, importa começar por referir que o sistema norte-americano é um sistema de *common law* e não de *civil law*, como o que vigora em Portugal.

¹³ RAPOZA, Hon. Philip (2013)- *A experiência americana do plea bargaininh- a exceção transformadora em regra*, Revista Julgar, nº 19, p. 207-208, Coimbra Editora

¹⁴ FARIA, Maria Paula Ribeiro de Faria- *Cesare Beccaria: A influência do seu pensamento no sistema de justiça criminal norte americano*, p. 187 -188, Repositório UCP

O modelo de *common law* defende que a melhor forma garantir a segurança jurídica do cidadão, e da lei que lhe é aplicada, passa por prever as possíveis decisões através da previsão de precedentes, evitando assim que a interpretação da lei possa levar a resultados diferentes em casos semelhantes. Esta forma de realizar o direito conduz a uma maior independência dos textos normativos.

Neste sentido, é mais fácil de justificar o recurso ao mecanismo de consenso, do que nos países de *civil law*, pois é possível garantir, através do funcionamento dos precedentes que, se num caso foi promovido o *plea bargaining*, é previsível que também seja promovido noutro caso semelhante, garantindo, desta forma, a igualdade no recurso a este mecanismo.

Note-se que, apesar do *plea bargaining* não se consubstanciar numa verdadeira delação premiada, pois, no primeiro, o arguido confessa a prática do(s) crime(s), não havendo lugar à delação de outras informações relacionadas com o crime, o estudo deste instituto é essencial para entender a lógica negociada do sistema jurídico-penal norte-americano, e conseqüentemente, a influência desta nos restantes ordenamentos jurídico-penais.

Neste contexto, merece destaque a afirmação do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, que refere que a justiça criminal norte-americana “é, na maior parte, um sistema de *pleas* e não um sistema de *trials*”, sendo que o *plea bargaining* “não é uma parte acessória do sistema de justiça criminal americano. É o sistema de justiça criminal”¹⁵.

Assim sendo, o paradigma de sistema de justiça penal onde se juntavam doze pessoas numa bancada de júri para decidir a sentença de um seu concidadão, mudou radicalmente.

Esta visão cinematográfica e quase megalómana dos processos norte-americanos deu lugar a uma outra imagem da justiça, onde as figuras processuais se restringem ao arguido e o seu advogado, ao juiz, perante o qual comparecem, e ao Ministério Público, que elucida o tribunal sobre o acordo a que as partes chegaram.

¹⁵ RAPOZA, Hon. Philip (2013) - *A experiência americana do plea bargaininh- a exceção transformadora em regra*, Revista Julgar, nº 19, p. 207-208, Coimbra Editora

Desta forma, o sistema norte-americano assenta na lógica da justiça negociada, onde o arguido oferece a sua verdade (ou sua mentira) e o Ministério Público retribui com uma sanção menos gravosa.

Deixa-se assim de lado a ideia da busca incessante pela verdade material e a necessidade da valoração da prova, e substituem-se estes critérios pela aceitação do que o arguido confessa, independentemente o ter praticado, ou não, o facto de que é acusado.

Isto veio abrir novos e perigosos caminhos, como por exemplo, a possibilidade de um arguido acabar por confessar factos que não praticou com o receio de, no caso do processo avançar para julgamento, ver ser-lhe aplicada uma pena muito mais gravosa, do que aquela que lhe foi proposta aceitar pelo MP. Neste sentido, este sistema de *plea bargaining*, em última instância, pode conduzir ao maior erro judicial: condenar um inocente.

Consciente destes perigos, Langbein reconhece que o sistema do *plea bargaining* pode implicar uma ameaça às liberdades do arguido, comparando este sistema com o regime medieval, em que a confissão era elevada a rainha das provas e a coação o meio privilegiado para a obter.¹⁶

Ainda que não envolva uma verdadeira delação, o *plea bargaining* norte-americano vem realçar algumas das vantagens e perigos da colaboração do arguido no processo, encarando-o como a peça chave e, por vezes, única, do grande puzzle que é a justiça.

¹⁶ LANGBEIN, John H.(1978)- *Torture and Pleabargaining*, University of Chicago Law Review, Vol. 46, p. 14

4. Direito português

Ao contrário do que acontece nos países que referimos, a delação premiada não é um mecanismo que tenha uma longa, forte ou recorrente história no processo penal português.

Apesar da solução da justiça negociada não ocupar um papel de relevo na justiça portuguesa, a verdade é que, de uma forma mais discreta, existem já institutos e mecanismos de consenso, o que pode servir de ponto de partida para a discussão acerca do recurso da delação premiada no ordenamento jurídico-penal português.

4.1. O surgimento da discussão sobre a justiça negociada no ordenamento jurídico português

O direito penal português é um direito que toma, por regra, o princípio da legalidade, como forma de assegurar a segurança jurídica e a igualdade, recusando, tendencialmente, figuras jurídicas baseadas no consenso.

Tendo receio pela incerteza do resultado que poderia advir do largar mão de um princípio tão essencial como o princípio da legalidade, o Direito Penal sempre se mostrou muito reticente quanto ao avanço em direção à justiça negociada.

Contudo, à semelhança do que sucede com todos os ramos do direito, também o Direito Penal tem de acompanhar as transformações sociais e adaptar-se às novas exigências das sociedades modernas.

Efetivamente, a globalização e avanço tecnológico têm permitido o aumento da sofisticação do crime, surgindo, também, novos crimes e novas formas de os cometer, com as quais o direito tradicional não está familiarizado.

Com isto, a dificuldade em combater o crime aumenta, o que gera grande complexidade na investigação e conseqüente condenação. Existindo esta grande dificuldade na obtenção da prova, sobretudo nos casos de complexa densidade investigatória, a vida do processo acaba por se prolongar no tempo, protelando-se o seu fim.

Por estas razões, entre tantas outras, a doutrina portuguesa começou a sentir a necessidade de reconsiderar a previsão de medidas baseadas na lógica do consenso.

Consciente da necessidade deste avanço, o legislador procedeu, em 2007, à revisão do Código de Processo Penal, alargando a lógica da oportunidade, tendo sido, com esta, incentivada e promovida a aplicação dos institutos da diversão, da oportunidade, consenso, celeridade e simplificação processual.

É nesta senda da lógica consensual, que se tem vindo a recorrer, de forma crescente, aos institutos do arquivamento em caso de dispensa da pena (art. 280º CPP) e da suspensão provisória do processo (art. 281º CPP), refletindo a nova direção do direito e processo penal: a lógica da oportunidade.

Ora, este aumento gradual do recurso aos mecanismos referidos veio abrir palco a novas discussões sobre uma possível aproximação ao modelo de justiça negociada a que outros tantos ordenamentos jurídicos recorrem.

Como refere Costa Andrade, estes mecanismos deram “expressão a um coeficiente de oportunidade e nessa medida quebrando o monopólio do tradicionalmente irrestrito princípio da legalidade.”¹⁷

Neste sentido, cumpre mencionar que em 2011, Figueiredo Dias, não só em conferências, como num artigo publicado nesse ano¹⁸, promoveu o que já era tendência da justiça penal de países e tribunais penais internacionais: o recurso à justiça negociada.

O autor defendeu que o direito penal português não só podia, como devia lançar mão de todos os mecanismos à sua disposição de forma a garantir a efetivação da tutela judicial, como está previsto nos termos do art.º 20.º da CRP. O objetivo seria dotar o sistema judicial de meios apropriados para a realização da justiça, meios estes que se refletiriam em mecanismos de conversação e realização de acordos sobre a sentença.

¹⁷ANDRADE, Manuel Costa (1988)- Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo”, In Jornadas de Direito Processual Penal, Almedina, Coimbra

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo (2011)- *Acordos sobre a sentença em processo penal - O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio?"*, Ordem dos Advogados Portugueses, Porto, Conselho Distrital do Porto

Figueiredo Dias entendia que tinha de haver uma mudança no processo penal português, de forma a garantir que esta lógica de justiça negociada não colidisse com os princípios essenciais penais e constitucionais, de forma a assegurar a integridade da estrutura acusatória do processo penal que atualmente existe.

De acordo com o seu ponto de vista, estes acordos entre o arguido e o Estado mostravam-se “importante(s) no alargamento das margens e estruturas de consenso no processo penal português, sem por isso afetar os seus fundamentos constitucionais ou sequer o modelo processual penal vigente¹⁹”.

Estas propostas sobre o uso de acordos tiveram eco, surgindo em 2012, a Orientação 1/2012 da PGDL²⁰, que baseada na celeridade e economia processual, enquanto valores inerentes ao princípio constitucional do Estado de Direito, estabelecia que “pensamos que o Ministério Público deve responder afirmativamente ao “apelo” de Figueiredo Dias”. Dever-se-ia considerar a previsão de “soluções inovadoras, que possam contribuir para esse objetivo”, acabando por sugerir que o MP aferisse *in casu* a possibilidade de lançar mão de um acordo com o arguido, fazendo-o constar em ata, sendo o caso findado nesse mesmo acordo.

Nesta mesma linha, a PGDL exortava à criação de ferramentas para a implementação dos acordos sobre a sentença em Portugal.

Contudo, apesar de a doutrina parecer cada vez mais aberta a uma possível previsão de mais e mais intensos mecanismos de consenso, os tribunais rejeitavam veemente essa mudança jurídica.

Neste sentido, podemos ler o Acórdão do STJ²¹, de 10 de abril de 2013, que recusou de forma veemente a aplicação de acordos sobre a sentença penal, bem como a subsequente negociação das penas, estando neste expresso que “o Direito Processual Penal português não admite os acordos negociados de sentença.”

¹⁹ *Ibidem*, p. 20

²⁰ Orientação n.º 1/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, de 13 de Janeiro de 2012, disponível em www.pgdlisboa.pt.

²¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de abril de 2013, proc. n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, relator Santos Cabral, disponível em www.dgsi.pt

Gerou-se, então, uma controvérsia jurídica no sentido de decidir qual o caminho a seguir, tendo sido emitida uma diretiva pela Procuradoria-Geral da República, a Diretiva n.º 2/2014, de 21/02/2014, que proibiu efetivamente a celebração de acordos sobre a sentença penal, devido à necessidade de estudo e análise prévia que a implementação do novo instituto necessitaria, inviabilizando esta solução.

Apesar do acórdão e da diretiva não se referirem diretamente à delação premiada, a argumentação utilizada para a rejeição dos acordos sobre a sentença penal portuguesa, permitia concluir igualmente pela rejeição do mecanismo da delação premiada, pelo ordenamento jurídico português.

Por conseguinte, e tendo em conta a forma como o ordenamento jurídico-penal está organizado e os princípios penais e constitucionais que o regem, a maior parte dos críticos entende que a integração desta nova lógica de justiça negociada no direito português pode comprometer a tradição e *ratio* do Direito Penal, o que leva a manter esta discussão acesa.

4.2. (In)Compatibilidade com princípios estruturantes do Código Processo Penal

Pelo que fomos dizendo, é fácil concluir que o instituto da delação premiada pode atormentar a natureza dos princípios estruturantes do processo penal português, o que leva a que a discussão acerca da sua previsão se mostre mais controvertida do que pacífica.

Cumpra, assim, avaliar se os princípios básicos de processo penal, podem limitar, ou até mesmo, impedir, o recurso à delação premiada.

4.2.1. O princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um dos princípios mais relevantes do processo penal português, pois garante a confiança da sociedade na imparcialidade do sistema (art.219.º, n.º1 CRP).

Este princípio tem na sua génese uma dupla *ratio*: para além de determinar a exigência da prévia concretização dos tipos legais (art. 2.º CPP), obriga ainda à distribuição do poder punitivo a determinado tipo de órgãos do Estado, protegendo os sujeitos no processo penal e assegurando a sua igualdade (art. 13.º CRP).

Quanto a esta última garantia, o princípio da legalidade (em conexão com o da oficialidade), investe o MP, enquanto titular da ação penal, em dois grandes deveres: o dever de abrir inquérito sempre que tenha notícia de um crime (art. 262º, n.º 2 CPP), isto é, o dever de investigar; e o dever de deduzir acusação sempre que tenha indícios suficientes de que certa pessoa praticou um crime (art. 283º, n.º 1 CPP), isto é, o dever de acusar²².

Desta forma, este princípio impõe que o MP não tenha qualquer margem para a discricionariedade, estando completamente adstrito ao dever de defender os interesses da coletividade e do Estado, tendo sido esta a forma do nosso processo penal de assegurar a segurança jurídica e a igualdade na aplicação da lei penal.

Por contraposição, a delação premiada assenta na lógica da oportunidade, onde o impulso processual e o poder de acusar são sustentados num poder discricionário do MP que lhe permite escolher a solução que entende melhor realizar o interesse público.

Este instituto contraria totalmente o princípio da legalidade, por permitir ao MP lançar mão de critérios de discricionariedade, preterindo o seu dever de promoção processual, ao optar por promover oficiosamente a delação premiada em prol de critérios de conveniência, oportunidade, eficiência económica, entre outros.

²² CAEIRO, Pedro- “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema”, Repositório FDUC

Contudo, *in veritas*, o sistema penal português é cada vez mais marcado por uma legalidade aberta, não podendo o princípio da legalidade ser encarado como um princípio absoluto, podendo sofrer limitações, admitindo espaços de oportunidade.

Reflexo desta abertura é o facto do MP não ser obrigado a submeter o arguido a julgamento sempre que considere haver indícios da prática de crime. Em vez dessa sujeição imediata, há a possibilidade do MP poder decidir (desde que cumpridos os respetivos requisitos) recorrer a mecanismos de consenso, como os já referidos (suspensão provisória do processo e o arquivamento em caso de dispensa de pena).

A grande novidade do instituto da delação premiada em relação a estes mecanismos de consenso é a possibilidade de fazer funcionar a lógica da oportunidade não só para a pequena e média criminalidade, como também para a alta criminalidade.

Em face deste romper de tradições, têm aumentado as correntes doutrinárias que defendem a justiça negociada e lógica do consenso, e, conseqüentemente, à consagração da delação premiada.

4.2.2. Princípio da lealdade

O princípio da lealdade é um princípio com contornos mal definidos, tendo em conta que o próprio conceito de lealdade não corresponde a uma noção jurídica autónoma, tendo natureza ética e deontológica.²³

Podemos analisar este princípio no âmbito de três tipos de relações: relação Estado-cidadão, relação Estado-comunidade e relação coarguido-coarguido.

Na relação Estado-cidadão, este princípio limita a atuação do Estado por estar diretamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º CRP).

Sobretudo no âmbito do direito penal, por ser este um direito de *ultima ratio*, a lei fundamental limita fortemente a ação do Estado, pelo que o princípio da lealdade tem

²³ SILVA, Germano Marques da (1994) – *Bufo, infiltrados, provocadores e arrependidos – o princípio democrático e da lealdade em processo penal*, p. 30, Direito e Justiça, Lisboa

consagração constitucional no art.º 32, n.º 8 da CRP, com o objetivo de assegurar a conformidade da investigação e obtenção de meios de prova com os direitos da pessoa.

Como tal, o Estado assume um compromisso com os seus cidadãos na realização da justiça, prontificando-se a lançar mão de todos os meios que, dentro dos limites impostos, tenha à disposição para alcançar a tão desejada justiça, estando adstrito a critérios de compromisso e lealdade para com aqueles que estão sujeitos à mesma justiça.

O princípio da lealdade, em respeito pela dignidade das pessoas e da justiça, é o grande fundamento das proibições de prova.²⁴ A dignidade humana representa o limite intransponível e a pedra angular de todo o sistema penal.

Neste sentido, e num Estado de Direito democrático que prevê um leque alargado de direitos, liberdades e garantias, o cidadão nunca pode ser instrumentalizado. O Estado não pode encarar o arguido de acordo com uma lógica utilitarista, utilizando-o para suprir dificuldades que possa ter na investigação criminal, pelo que estão proibidas as autoincriminações inconscientes, forçadas, ou conseguidas através de meios “enganosos”.

Mais do que um dever, é obrigação do Estado assegurar o respeito de todos os direitos inerentes à existência humana, independentemente de o seu titular se tratar de um criminoso.

Ora, é inquestionável que a colaboração premiada assenta numa lógica utilitarista, a partir da relação custo-benefício, fazendo uso do arguido de forma a conseguir obter informações que dificilmente descobriria ou às quais nunca teria acesso. Daí que muitas vezes se refira a pouca ou nenhuma dimensão ética e moral deste instituto, por se permitir usar o arguido para colmatar lacunas de investigação, que decorrem da incapacidade do Estado.

Contudo, será que o arguido não pode concordar, de forma livre, em participar ativamente na dinâmica investigatória de forma a obter benefícios processuais, sem nunca ver os seus direitos, liberdades e garantias a serem mais limitados do que aquilo que consentiu?

²⁴ SILVA, Germano Marques da (1994) – *Bufo, infiltrados, provocadores e arrependidos – o princípio democrático e da lealdade em processo penal*, p.31, Direito e Justiça, Lisboa

Entendemos que pode, pois, sendo o arguido o máximo titular do seu amplo leque de direitos, liberdades e garantias, pode optar por recorrer a este instituto, desde que de forma livre e esclarecida. A própria liberdade de poder optar é também um direito (veja-se o infra referido, no ponto 4.2.4).

Já no âmbito da relação Estado-comunidade, a delação premiada poderá interferir também com o princípio da lealdade, uma vez que é capaz de levantar dúvidas quanto à capacidade investigatória do Estado, colocando-se em causa a credibilidade deste último na perseguição do crime, ao mostrar-se depender da colaboração do arguido para alcançar a verdade que pretende desvendar.

Mas será que a sociedade ficará com uma visão tão negativa da justiça por recorrer a uma justiça negociada em prol do combate criminalidade organizada e da celeridade processual, como tanto ambiciona?

Creemos que não. Mais não é do uma reação por parte da justiça que, ao identificar uma maleita jurídica, procura formas de que possa dispor para a solucionar.

Por fim, na relação coarguido-coarguido, o princípio da lealdade pode também ser beliscado pela delação premiada, no contexto da lealdade devida entre todos os arguidos.

Repare-se que a delação premiada assenta na colaboração entre o arguido e a justiça, onde o arguido opta por delatar, prejudicando os seus “companheiros do crime” em troca de vantagens processuais, violando, desta forma, os critérios de lealdade que aparentemente comandam o mundo do crime organizado.

Mas será que existe uma verdadeira relação de lealdade entre coarguidos, que se entenda como necessária de proteger? Não será esta visão fraterna dos “companheiros do crime” mais idílica do que verdadeira?

Creemos que sim, tal e qual como aprofundamos no ponto 4.5.

4.2.3. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório, para além da importância jurídico-penal de que se reveste, tem também relevância constitucional ao estar intimamente relacionado com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, no âmbito processual.

De acordo com a segunda parte do n.º 5 do art. 35º da CRP, a audiência do julgamento e os atos instrutórios têm, inevitavelmente, de se subordinar a este princípio, fazendo com que sejam ouvidos todos os participante processuais que possam vir a ser afetados por qualquer decisão tomada no decorrer do processo.

Este princípio está constitucionalmente consagrado ainda, nos arts. 327.º, 321.º/3, 323.º, al.g), 341.º, 348.º/4, 360.º/1/2 do CPP (audiência do julgamento); e arts. 298.º, 289.º/1/2, 301.º/2 e 302.º do CPP. Toda a tramitação processual é marcada por este princípio, subordinando todas as fases do processo e não apenas a fase do julgamento, tendo em conta que a prossecução processual deve decorrer de forma a ressaltar as razões da acusação e as razões da defesa, como se tratasse de um debate.²⁵

Além disso, integra o estatuto processual do arguido (art. 61.º, alíneas a), b) e g) e art. 194.º, n.º 4, ambos do CPP), que lhe atribui o direito a ser ouvido em qualquer fase processual, desde que este assim o queira.

Evidencie-se, ainda, que o princípio do contraditório tem uma relação intrínseca com o princípio da imediação, que prevê a obrigatoriedade de a decisão jurisdicional ser proferida por quem tenha assistido à produção de prova e à discussão da causa entre a acusação e defesa, de forma a garantir uma proximidade (física e temporal) entre os intervenientes processuais e o tribunal. Desta forma, estes princípios em comunhão garantem que ninguém é condenado com base em provas que não foram objeto de debate em audiência de julgamento.

O princípio do contraditório assegura que nenhuma prova é aceite na audiência, ou nenhuma decisão é tomada, sem que antes tenha sido dada ampla e efetiva possibilidade de a valorar e de a contestar ao sujeito processual a quem esta diz respeito, em plena condição de igualdade em relação aos outros sujeitos processuais.

Pelo exposto, compreende-se que este princípio possa ser entendido como um travão à introdução da delação premiada em Portugal, por se considerar que quando o arguido opta por recorrer a esta figura, é dispensado da audiência, ficando, assim, os seus direitos de defesa limitados.

²⁵ ANTUNES, Mª João (2019) - *Direito Processual Penal*, p. 78-79, 2ª Edição, Almedina, Coimbra

Para além disso, há quem entenda que essa dispensa da presença na audiência prejudica também o direito de defesa dos demais coarguidos, prejuízo esse que será intensificado se o coarguido ausente for o arguido delator, pondo em causa a igualdade entre todos os coarguidos por não poderem lançar mão do contraditório (art. 327.º CPP).

Esta questão mostra-se, porém, ultrapassada, por se encontrar hoje expressamente regulado no art. 345.º, n.º 4 CPP que o depoimento do coarguido tem de ser objeto de contraditório, como condição necessária para a sua valoração²⁶. Isto é, caso haja a impossibilidade de se contraditar as declarações do coarguido, em prejuízo de outro coarguido, então, não se atribui qualquer valor às mesmas.

4.2.4. Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência é mais do que um princípio. É um direito fundamental do arguido, com força constitucional. Como determina o n.º 2 do art. 32.º da CRP “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação”.

Este é um princípio/ direito extremamente ramificado e que contém inúmeras dimensões de proteção da posição do arguido que se espelham noutros princípios, como o *nulla poena sine culpa*, *in dubio pro reo*, não valoração da prova indireta, entre tantos outros.

Tendo em conta as várias dimensões, este princípio também garante o respeito absoluto pela dignidade humana, impedindo que o Estado persiga a realização da justiça a todo o custo, não olhando a meios para atingir os fins, obrigando a que o arguido seja respeitado dentro e fora do processo.

Ora, quando o arguido lança mão do instituto da delação premiada, de forma a obter uma vantagem, pretere por completo a presunção de inocência de que é titular, uma vez

²⁶PAULOS, André da Silva (2021) - *O regime da delação premiada como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico português*, Tese de Mestrado em Direito, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada

que, quando delata, acaba inevitavelmente por confessar, fazendo imediatamente uma assunção de culpa.

Contudo, se no momento em que o arguido optar por delatar e afastar a presunção da inocência de que beneficia, se garantida que esta opção é livre, clara e esclarecida, estando este elucidado de tudo o que esta renúncia comporta, incluindo as vantagens, mas também, e imprescindivelmente, as desvantagens, então, entendemos que estará a sua posição assegurada, tal e qual como no mecanismo já previsto da confissão no art. 344º CPP.

Aliás, a própria valoração da confissão é reflexo do entendimento da disponibilidade do direito da presunção da inocência e, como tal, a possibilidade de o seu titular poder optar por limitá-lo.

Tal como já referido, o arguido é o titular máximo deste direito, pelo que não se anteveem razões para que não possa optar por renunciar o direito de que é detentor, em prol de um benefício que sabe que pode obter, ainda que para obter essa vantagem, tenha de suportar alguma vantagem.

Neste sentido relembremos o que o nos ensina o brocardo latino *ubi commoda ibi incommoda*²⁷: quem retira proveito de uma situação, terá também de suportar as desvantagens que desta advierem.

Cumprindo ainda referir que, o princípio da presunção de inocência também se destina a garantir que o arguido é julgado no menor espaço de tempo possível.

Como bem se sabe, atenta a lentidão processual característica do processo penal português, um processo demorado cria uma ideia pré-concebida de desconfiança em relação ao arguido, ficando este marcado pela visão social inerente à figura do criminoso.

Neste sentido, a delação premiada surge como uma aliada desta garantia pretendida pelo princípio da presunção de inocência, por permitir que o arguido delator veja todo o seu percurso processual findar-se de uma forma muito mais rápida e sumária, por colaborar essencialmente numa das fases mais demoradas do processo penal: fase investigatória (inquérito).

²⁷Apesar da origem deste princípio ter raiz no Direito Civil, em matéria de responsabilidade civil, esta parece-nos ser uma inferência útil para o instituto em análise.

4.3. Aproximações à justiça negociada no Direito Português

Apesar de se mostrar reticente em relação às mudanças mais radicais, o direito português, ainda que de forma tímida, tem mostrado uma aumento da predisposição para a justiça negociada e conseqüente recurso ao instituto da delação premiada.

Com efeito, um dos primeiros reflexos da delação premiada surge no direito concorrencial, com o chamado Regime Jurídico da Clemência.

Neste âmbito, o legislador, conhecedor dos acordos ilegais que existiam entre grandes empresas, sentiu a necessidade de reformular o Direito da Concorrência, de forma a “abandar” as fundações dos perigosos cartéis.²⁸

Estes cartéis existem sob uma grande nuvem de secretismo o que conduz a uma grande dificuldade na sua deteção, investigação, punição e, conseqüente, desmantelamento.

Assim, por forma a combater estas dificuldade, o Regime da Clemência oferece imunidade total ou redução das sanções que seriam impostas a um participante num cartel, em troca da revelação voluntária de informações sobre o cartel, antes ou durante a fase de investigação.²⁹

Seguindo a tendência, surge o Direito Penal.

Como já vimos, há uma abertura cada vez maior a uma mudança de paradigma em direção a uma lógica de consenso e oportunidade, tendo esta vindo a aumentar mais recentemente, sobretudo por ser a justiça penal portuguesa confrontada com novos

²⁸ Os cartéis foram definidos pela Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e Conselho de 26 de novembro de 2014 enquanto “um acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes.”

²⁹ SILVEIRO, Fernando Xarepe (2012) - *O regime jurídico da clemência na nova lei da concorrência: novas valências, novos desafios*, p. 253, Revista de concorrência e regulação, n.º 10, Coimbra

desafios, nomeadamente, com um aumento exponencial da alta criminalidade e da criminalidade organizada. Falamos de crimes como o crime de corrupção, o crime de tráfico de estupefacientes, o crime de tráfico de seres humanos, o crime de terrorismo, entre outros.

Estes demonstram-se mais difíceis de se investigar, não só devido ao avanço tecnológico, mas também devido ao aumento da sofisticação na prática do crime, mostrando-se a justiça incapaz de os resolver adequadamente, devido (não só, mas também) à falta de meios para investigar e combater, de forma eficaz, este tipo de crimes mais graves e altamente organizados, com os quais o direito não está familiarizada.

Segundo a Iniciativa Global contra a Criminalidade Transnacional Organizada, Portugal dispõe de "mecanismos limitados" e está "especialmente vulnerável ao crime organizado".³⁰

Associada a esta falta de meios de investigação, surge a tão temida e criticada, morosidade processual.

Segundo as Estatísticas da justiça, estudo realizado pela Direção-Geral da Política de Justiça³¹, em 2020, a duração média de um processo-crime em fase de inquérito foi de 6 meses, sendo que a fase de julgamento foi de 8 meses, por isso, em média, um processo-crime em Portugal demora 14 meses para ficar concluído.³²

Esta lentidão acaba por gerar múltiplos efeitos nefastos, para as vítimas e para os arguidos, que vêm as suas vidas paralisadas, culminando num descrédito da comunidade

³⁰ MOREIRA, Roberto Bessa, "Portugal é dos países com menos crimes mas não faltam casos de corrupção e tráfico", Jornal de Notícias, Porto, 31 de setembro de 2021, disponível em <https://www.jn.pt/justica/portugal-e-dos-paises-com-menos-crimes-mas-nao-faltam-casos-de-corrupcao-e-traficados-14174908.html>, visitado em 2 de março

³¹ Estatísticas da justiça, in <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Duracao-media-de-processos.aspx>, visitado em 4 de fevereiro

³² Sem contar com a possível eventualidade de se acrescentar a estas duas fases, a fase de instrução, que inevitavelmente, aumenta o período de tempo médio do processo. Acrescendo que este número não representa de forma nenhuma a duração média de um processo de especial complexidade, sendo a duração destes muito mais elevada.

no sistema penal e na sua capacidade de combater violações dos bens jurídicos que as normas penais tutelam.

Nesta simbiose de lacunas e problemas penais, surge a delação premiada como possível instituto a recorrer de forma a colmatar esses mesmos *handicaps*.

Ora, apesar do recente movimento de apelo à previsão no ordenamento penal português da delação premiada nos levar a presumir que este seria um instituto desconhecido do nosso sistema penal, a verdade é que há já uma previsão legal de várias soluções premiaias.

Estas soluções surgiram como resposta ao apelo não só interno, como europeu, no sentido de uma viragem consciente em direção a uma lógica de consenso e justiça negociada, e que levou o legislador português a optar por prever as chamadas “normas legais premiaias”³³ também no Direito Penal.

Estas normas preveem, *mutatis mutandis* como no instituto da delação premiada, uma lógica sinalagmática em que existe um negócio penal entre o Estado e o arguido, onde este último auxilia na recolha de provas decisivas, beneficiando de uma atenuação especial da pena, ou até mesmo de uma isenção desta última.

No Código Penal Português esta lógica negociada do direito está sobretudo patente na criminalidade organizada, criminalidade económico-financeira e criminalidade contra o Estado.

Então veja-se: se um agente colaborar com a justiça no sentido de fornecer informações totalmente relevantes para o caso, este pode beneficiar de uma atenuação especial da pena ou de uma isenção de pena facultativa³⁴ no âmbito do tráfico de estupefacientes, nos crimes previstos nos artigos 21.º, 22.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, no âmbito do terrorismo, na generalidade dos diversos crimes tipificados na Lei n.º 52/2003, nomeadamente nos artigos 2.º/5, 3.º/2, 4.º/1 e 5.º/2, e no crime de tráfico e mediação de armas (art. 87.º/3, da Lei n.º 5/2006).

³³ BRANDÃO, Nuno (2019)- *Colaboração Probatória no Sistema Penal Português: prémios penais e processuais*, Revista Julgar, n.º 38, p. 120, Coimbra, Almedina

³⁴ O legislador faz uma distinção entre as atenuações e/ou isenções de pena obrigatórias e facultativas.

Quanto aos crimes de peculato, de branqueamento (art. 368.º-A/9 CP), participação económica em negócio e nas infrações criminais económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (art. 8.º, da Lei n.º 36/94), assim como os crimes constantes do Regime Penal de Corrupção no Comércio Internacional e no Setor Privado (art. 5.º, al. a), da Lei n.º 20/2008) e aqueles que estão tipificados no Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos (art. 13.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 50/2007), apenas se prevê como benefício penal a atenuação especial da pena, sendo esta também facultativa.

Já no crime de financiamento de terrorismo previsto no art. 5º-A, da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003) a atenuação especial da pena e a isenção de pena serão obrigatórias.

Por fim, a atenuação especial da pena é obrigatória nos crimes de corrupção previstos nos arts. 372.º, 373.º e 374.º do CP e na Lei dos Crimes de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos (arts. 16.º, 17.º e 18.º, da Lei n.º 34/87).

Contudo, cumpre referir que estas normas premiais, apesar de já consagradas no nosso sistema penal, acabam por ser ignoradas na prática judiciária, não havendo a aplicação destas. Isto faz com que estas não ganhem vida nos processos e, por isso, sejam tão desconhecidas, não sendo dado espaço à descoberta das vantagens ou desvantagens que este instituto possa trazer ao Direito Penal Português.

4.4. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção: A mais recente tentativa de introduzir o instituto da delação premiada no Direito Penal Português

A corrupção apresenta-se como um dos maiores crimes da atualidade e é visto como uma das principais causas do atraso no desenvolvimento e da prevalência de desigualdade económica e social em Portugal.

De acordo com o Índice de Perceção da Corrupção (CPI), a mais antiga e abrangente ferramenta de análise e medição de níveis de corrupção no setor público de 180 países, numa escala de 0 (país percecionado como muito corrupto) a 100 (país visto como muito

transparente), Portugal teve a pontuação de 62 pontos em 2021, empatado com a Coreia do Sul, ocupando a 32.^a classificação.³⁵

Ora, os crimes de corrupção, que fazem parte do leque de *white-collar criminality*, são extremamente difíceis de se investigar, não só pelo, em regra, poder social e económico das pessoas que estão envolvidas, pela opacidade tradicional da trama corruptiva, pelas manobras de diversão de que estas lançam mão, como também pelo facto de não existir a vítima que denuncia os crimes às autoridades. Isto faz com que apenas tenham conhecimento do crime os próprios autores.

Neste seguimento, e atendendo à urgência sentida para solucionar um problema que se tem vindo a agravar, foi aprovada, em 18 de março de 2021, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção³⁶.

Esta prevê "um conjunto de medidas direcionadas para o aumento da transparência e da responsabilização nas dimensões política, administrativa e no setor privado, e para a melhoria da qualidade da informação, bem como um investimento na resposta aos fenómenos corruptivos", através de apoio à investigação criminal, para que esta decorra em tempo razoável e "se garanta a efetividade da punição".

Entre o vasto leque de medidas impostas pela nova estratégia, surge, entre estas, a delação premiada, que é especificamente prevista de forma a permitir afastar o manto de secretismo debaixo do qual se pratica o crime de corrupção.

De acordo com a Estratégia de Combate à Corrupção “os arguidos que resolvam quebrar o pacto corruptivo veem a sua pena dispensada quando denunciem o crime antes da instauração do procedimento criminal ou especialmente atenuada se colaborarem ativamente na descoberta da verdade.”³⁷

Esta foi uma das forma que esta Estratégia Nacional encontrou para “garantir uma aplicação mais eficaz e uniforme dos mecanismos legais em matéria de repressão de

³⁵Transparência Internacial- *Índice de perceção da corrupção 2021*, disponível em <https://transparencia.pt/corruption-perception-index/>, visitado em 15 de janeiro

³⁶ Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, disponível em www.portugal.gov.pt

³⁷*Ibidem*, p. 53

corrupção, melhorar o tempo de resposta do sistema judicial e assegurar a adequação e efetividade da punição.”³⁸

Tal como seria expectável, esta solução premial suscitou novamente a discussão sobre uma viragem do direito português no sentido da justiça negociada, apesar de, como já referido, esta já prever reflexos não só no Código Penal, como em lei avulsa.

Porém, parece existir uma reticência jurídica a lógicas de oportunidade, por se entender que estas descuram a lógica legalista que sempre caracterizou o sistema penal português.

Neste sentido, Francisca Van Dunem, ministra da justiça à data, fez questão de frisar, no final do Conselho de Ministros de que estas novas medidas não visam “legislar a delação premiada”³⁹.

Ainda assim, admite que esta nova estratégia prevê "um conjunto de medidas direcionadas para o aumento da transparência e da responsabilização nas dimensões política, administrativa e no setor privado, e para a melhoria da qualidade da informação, bem como um investimento na resposta aos fenómenos corruptivos", através de apoio à investigação criminal, para que esta decorra em tempo razoável e "se garanta a efetividade da punição"⁴⁰.

4.5. A figura do arguido delator

Quem é, então a principal figura da delação premiada? Quem é o arguido delator?

A figura do arguido delator surge com o aumento da prática de crimes pertencentes à grande criminalidade e à criminalidade organizada.

Estes grupos criminosos tornam-se verdadeiras sociedades, que têm por finalidade a prática do crime. Trata-se de estruturas organizadas de forma piramidal, com amplo

³⁸*Ibidem*, p. 50

³⁹ Imprensa Ordem dos Advogados (2021) - “*Governo aprova estratégia de combate à corrupção com vantagens para quem colabora com a justiça*”, disponível em <https://portal.ao.pt/comunicacao/imprensa/2021/03/18/governo-aprova-estrategia-de-combate-a-corrupcao-com-vantagens-para-quem-colabora-com-a-justica/>, visitado em 5 de fevereiro

⁴⁰ *Ibidem*

leque de regras, de forma a garantir o maior sigilo possível da atividade criminosa e a opacidade que lhes é característica, sendo que a regra mais importante, e totalmente inquebrável, é a obrigação de não denunciar os colegas do crime.

Neste sentido, Germano Marques da Silva, no livro “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos”, refere que no seio de uma sociedade criminosa, todos aqueles que estão envolvidos no crime são movidos pelos mesmo objetivos e correm atrás do mesmo fim, existindo entre eles um sentido de lealdade e ética, ainda que subvertidos pela ótica criminosa.

A utilização de expressões como as acima referidas, nomeadamente “bufos”, revela a imagem social extremamente negativa associada ao arguido delator. Este acaba inevitavelmente por ser associado ao traidor que opta por atraiçoar os seus companheiros do crime, de forma a obter vantagens processuais.⁴¹ É aquele que que retira vantagens do mal sofrido pelos outros.

Sugerem os críticos que o instituto da delação vem ainda acentuar a imagem negativa já preconceituada do arguido: para além deste ser um criminoso, é também um traidor do seus “companheiros do crime”.

Contudo, entendemos que as organizações criminosas não podem ser vistas como um grupo de amigos com fortes laços de companheirismo e lealdade. Como tal, consideramos não poder aderir à visão utópica da existência de critérios de lealdade, em sentido ético, entre os agentes que estão envolvidos na prática do mesmo crime. Esta visão é intensionalmente repercutida nas organizações criminosas, de forma a garantir o silêncio por todos aqueles que estão envolvidos. Sendo assim, o único reflexo da lealdade é o silêncio.

É óbvio que, quando o arguido opta por delatar, o faz apenas em seu benefício e em desfavor dos outros coarguidos. Ainda assim, não podemos condenar essa opção por considerarmos a sua atuação pouco ética para com os restantes agentes, quando já vimos não haver qualquer base ética no crime.

A delação premiada permite ao arguido auxiliar e tentar restabelecer a sua relação com a justiça, que anteriormente quebrou, criando um compromisso com esta,

⁴¹ LEITE, Inês Ferreira (2010)- “Arrependido”: *A colaboração processual do co-arguido na investigação Criminal*, p. 377, 2º Congresso de Investigação Criminal

colaborando no combate do crime que cometeu em troca de um prémio penal. O arguido torna-se, assim, num verdadeiro agente ativo na investigação do crime.

Esta participação e o(s) contributo(s) dados pelo arguido delator podem tornar-se numa das chaves essenciais na descoberta de informações imperiosas e indispensáveis no âmbito investigatório, tendo em conta o seu anterior envolvimento direto no crime.

Preferimos, então, ver o arguido delator como aquele que, consciente das vantagens que a delação lhe pode trazer, opta por cortar os laços com a associação criminosa onde se inseria, passando a colaborar com a justiça, permitindo até demonstrar uma tentativa de adotar comportamentos que se coadunam com o sentimento de respeito pelas normas jurídicas que violou ao praticar o crime.

4.5.1. Distinção entre a figura do arguido delator e do arguido arrependido

Não é objetivo da presente dissertação analisar outras figuras jurídicas para além do arguido delator e do instituto da delação premiada. Contudo, parece-nos essencial dedicar algumas linhas a duas distinções, de forma a densificar o conceito de arguido delator.

Começaremos por analisar a distinção entre o arguido delator e o arguido arrependido.

Paulo Pinto de Albuquerque considera “o auxílio concreto das autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação e captura de outros responsáveis” como “um acto demonstrativo de adesão à ordem jurídica e do arrependimento sincero do agente”⁴², entendendo desta forma que o arguido quando opta por auxiliar as autoridades fá-lo com base no seu arrependimento.

Ora, apesar de se reconhecer que a lei portuguesa distingue e confere um tratamento diferenciado entre estas duas figuras, há quem considere, como Inês Ferreira Leite e Paulo

⁴²ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2015)- *Comentário do Código Penal*, p.367, Universidade Católica Editora, 3ª Edição

Pinto de Albuquerque, que os conceitos são permeáveis e se misturam, concluindo que a “distinção será tendencialmente irrelevante”, pois “todo o arguido “colaborador” terá de ser “arrependido”.⁴³

No que concerne ao arguido arrepido, o art. 72.º CP, que tem como epígrafe “atenuação especial da pena”, prevê expressamente na alínea c), como fator de atenuação da pena, os “atos demonstrativos de arrependimento sincero do agente”.

Este artigo é, segundo Figueiredo Dias, uma “válvula de segurança”, pois contém critérios e circunstâncias que não foram num primeiro momento consideradas pelo legislador, aquando da fixação da moldura penal.

Neste sentido, o arrependimento é valorado na determinação da pena, enquanto fator de atenuação, por haver o entendimento de que o arguido arrependido demonstra adesão à ordem jurídica e, conseqüentemente, uma menor carência de socialização.⁴⁴ Isto porque, o arrependimento é entendido como um sentimento partilhado pelo agente do crime de desvalor pela conduta adotada anteriormente e pelo resultado provocado.

Dito isto, não nos parece correta a associação direta entre a colaboração e o suposto (e conseqüente) arrependimento. O facto de o arguido optar por colaborar não implica necessariamente que esteja arrependido. Em momento algum, o arrependimento é critério atendível na opção do arguido pela delação. São conceitos e momentos que não se podem confundir.

Quando o arguido opta por delatar, nada permite concluir que esta opção, que se espera consciente, assente no sentimento de arrependimento, tratando-se sim de uma opção criteriosa feita pelo mesmo na celebração de um acordo entre si e o Estado/justiça de forma a obter uma vantagem processual. Esta opção pela delação é sempre uma opção interessada. O delator sabe que vai obter algum tipo de vantagem como moeda de troca pelas informações que fornece à investigação.

⁴³ LEITE, Inês Ferreira (2010)- “Arrepido”: *A colaboração processual do co-arguido na investigação Criminal*, p. 380-382, 2º Congresso de Investigação Criminal

⁴⁴ BARROS, Inês Tamissa de (2016)- *A relevância da colaboração do arguido na determinação da pena*, p. 17-19, Tese de mestrado forense. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa

No entanto, nada impede que haja a fusão do arguido arrependido com o arguido colaborador num só, podendo até ser este arrependimento a razão para o arguido optar pelo acordo. Contudo, neste caso, entendemos haver uma cumulação de figuras, acabando por existir um arguido delator e arrependido.

Dito isto, e apesar de aparentemente semelhantes, estas duas figuras jurídicas são bastante diferentes, o que acaba por justificar o tratamento jurídico-penal distinto que o direito penal lhe confere.

4.5.2. Distinção entre a figura do delator e do denunciante - breves notas sobre a DIRETIVA (UE) 2019/1937

A delação premiada pressupõe que o delator seja uma pessoa inserida no seio da organização criminosa que, de modo voluntário e efetivo, delata os seus cúmplices, revelando o modo de atuação da organização criminosa, auxilia na identificação de todos os envolvidos, entre outros.

O delator é, necessariamente, alguém que participa ativamente no crime e opta por partilhar informações que se afirmam essenciais na prossecução penal em troca de benefícios legais.

An passant, o denunciante não é participante do crime que denuncia, tendo apenas conhecimento da prática do crime e de acaba por transmitir esse conhecimento às autoridades⁴⁵.

Desta forma, não é atribuído ao denunciante qualquer benefício processual, uma vez que o mesmo nada tem a ver com o crime que denunciou, contrariamente ao delator. Aliás, o próprio tratamento processual difere: o agente do crime para além de delator é também arguido, e o denunciante é só e apenas uma testemunha.

Na senda das possíveis confusões que podem surgir entre os conceitos de delator e denunciante, é necessário referir a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do

⁴⁵ A aquisição da notícia do crime está prevista no CPP no art. 241º onde se prevê a denúncia como uma das formas de notícia do crime: “o Ministério Público adquire a notícia do crime (...) ou mediante denúncia (...)”.

Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União.⁴⁶ Apesar das interpretações e entendimentos sobre a mesma, esta diretiva desenvolve um regime jurídico à volta da figura do denunciante e não do delator.

Esta nova diretiva visa conferir uma proteção mais eficiente aos denunciante na União Europeia que desempenhem funções nos setores públicos e privados e que tenham adquirido as informações em contexto profissional. Além destes, incluem-se também, neste regime de proteção, pessoas com uma relação ao denunciante que possam ser vítimas de represálias (colegas, família, etc.).

Ora, tanto denunciante, como o arguido delator, têm uma grande influência na descoberta do crime. Apesar do denunciante não fornecer detalhes essenciais como o delator, reveste-se de grande valor, pois, em alguns casos, são estas denúncias a única forma das autoridades tomarem conhecimento de vários crimes.

Desta forma, podemos afirmar que, apesar de figuras jurídicas bastantes diferentes, com um tratamento jurídico-penal diferente, tanto o denunciante como o delator mostram-se figuras essenciais no combate do crime, sobretudo de crimes altamente organizados.

4.6. A delação premiada enquanto meio de obtenção de prova

Considerando o recurso à delação premiada, qual será a sua natureza jurídica, no âmbito do direito penal probatório?

O direito penal probatório revela-se como uma das matérias mais sensíveis no Direito Penal, por haver uma constante tentativa e necessidade de garantir a harmonização das finalidades do processo penal, muito particularmente, a de realização da justiça e de descoberta da verdade material e a de proteção dos direitos fundamentais do investigado como pessoa humana e sujeito processual.

⁴⁶ Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019, in eur-lex.europa.eu

Nesta bipolaridade de aspirações conflitantes, a legalidade dos meios de prova, as regras gerais de produção de prova e as chamadas proibições de prova, são condições de validade processual da prova.⁴⁷

O art. 125º do CPP prevê o princípio da legalidade da prova, que determina que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”.

Desta forma, o legislador delimita negativamente o elenco de provas admitidas no processo penal, admitindo não só os meios probatórios tipificados, como também todos aqueles que, ainda que atípicos, não sejam proibidos, não sendo a lista do art. 125.º do CPP uma lista taxativa e fechada.

Daqui resulta a distinção entre as chamadas provas típicas, aquelas que estão expressamente previstas no leque legal, como os testemunhos, documentos, perícias, entre outros; e as provas atípicas, aquelas que não constam no catálogo legal, mas são idóneas à verificação do *thema probandum* e não proibidas pelo legislador⁴⁸.

Contudo, e apesar desta abertura penal, dada a sensibilidade do tema, surge, como limite intransponível, a dignidade humana do investigado. Nenhum fim será justificação plausível para fundamentar a violação da dignidade humana, ainda que seja este fim o de combater e erradicar o crime investigado. Apesar de suspeito ou arguido, este é sempre uma pessoa revestida de direitos invioláveis.

Não se trata aqui de proteger o alegado criminoso, mas sim proteger as concepções ideológicas do Estado de Direito Democrático que tanto custaram a alcançar.

Desta forma, o direito probatório não pode ser visto como um *no man's land*, onde não há regras e que o fim justifica sempre os meios.

Ora, como refere Manuel Meireis “a verdade é sempre bem-vinda desde que venha pelo caminho certo.”⁴⁹

⁴⁷ SILVA, Sandra Oliveira e Silva (2011)- *Legalidade da prova e provas proibidas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 4, p. 1

⁴⁸ *Ibidem*, p. 5

⁴⁹ MEIRES, Manuel Augusto (1999)- *O regime das provas obtidas através do agente provocador em processo penal*, p.125, Coimbra, Almedina

Será, então, a delação premiada o caminho certo de obter informações relevantes que, se não fosse através deste mecanismo, não conseguiríamos obter? Esta é a questão-chave que levanta tantas divergências doutrinárias e que gera tantas opiniões de recusa.

A recusa da delação premiada assenta em vários pontos, sendo um deles o entendimento de que esta se trata de um meio proibido de prova por os críticos considerarem que assenta numa “promessa de vantagem legalmente inadmissível” (art.126º/2, alínea e) CPP).

Cumpra, primeiramente referir que a vantagem que será obtida após a delação do arguido não será meramente uma promessa, mas sim uma garantia. Se a entendêssemos como mera promessa, poderia, perigosamente, abrir caminhos à possibilidade de o arguido, depois de delatar, não obter a vantagem processual que lhe ficou assegurada com a delação. Ou seja, permitir-se-ia que a vantagem processual pudesse ser concedida ou não, ficando o arguido num vácuo de incertezas.

Contudo, não é isso que deve acontecer no recurso à delação.

De forma a garantir a posição do arguido delator, que por si só é já delicada, entendemos como necessária e obrigatória a intervenção do juiz para que possa conferir segurança jurídica ao acordo celebrado. A concordância judicial pela opção pela delação é essencial para atribuir força jurídica ao acordo celebrado, homologando-o.

Quanto à (i)legalidade da vantagem trazida pela delação, veja-se os casos já previstos na lei penal de atribuição de vantagens processuais, como por exemplo, quando legislador permite ao tribunal atenuar especialmente a pena, quando o arguido demonstra arrependimento, ou seja, oferece uma vantagem processual (art. 72.º, n.º 2, al. c) CP).

Quando na delação premiada se fala em vantagens processuais mais não é do que a possibilidade de atenuar ou até mesmo isentar o arguido da pena, tal e qual como as vantagens já previstas e, portanto, legalmente admissíveis, como o exemplo suprarreferido e os restantes casos previstos no art. 72º, n.º 2 do CP.

Desta forma, e face ao exposto, resta-nos concluir pela legalidade da vantagem processual conferida pelo instituto da delação premiada.

Por outro lado, Inês Ferreira Leite alerta para a necessidade de refletir acerca da possível equiparação da delação premiada ao recurso a “meio enganoso” de obtenção da prova, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 126.º do CPP ⁵⁰.

Na verdade, quando analisada de forma imediata, pode a delação premiada ser entendida como um meio enganoso de obtenção de prova, por aparentar ser um meio de ludibriar o arguido de forma a que este conceda informações fulcrais para investigação, sem que depois lhe sejam garantidas e concedidas as vantagens prometidas como moeda de troca para essas mesmas informações.

Contudo, entendemos que a forma de garantir a transparência deste mecanismo será a solução suprarreferida: para além da intervenção do MP, como representante dos interesses do Estado no acordo e, como tal, figurando enquanto contraparte acordo celebrado com o arguido, será imprescindível a intervenção do juiz para validar este mesmo acordo, atribuindo-lhe a força jurídica necessária para conferir segurança ao acordo, de forma a proteger o arguido delator.

Para além disto, entende-se que a delação premiada apenas deveria valorar enquanto meio de obtenção de prova quando se garantisse que esta foi feita de forma totalmente livre, esclarecida, sem reservas e sobre os factos que o arguido quisesse de forma livre delatar, tal e qual, *mutatis mutandis*, como o previsto na confissão (art. 344º CPP). Além de que, o acordo terá de ser o mais transparente possível, sabendo o arguido delator com exatidão os benefícios que poderá obter com a delação.

Posto isto, e assegurando a transparência do acordo, assim como a forma completamente livre e esclarecida da opção do arguido pela delação premiada, entendemos não poder aderir a esta tese.

Resta-nos, então, entender a delação premiada como meio de obtenção de prova atípico, mas lícito, desde que se garanta a proteção, esclarecimento e liberdade do arguido no momento em que opta por delatar.

⁵⁰ LEITE, Inês Ferreira (2010)- “Arrependido”: *A colaboração processual do co-arguido na investigação Criminal*, p.379, 2º Congresso de Investigação Criminal

4.7. O valor probatório das declarações do arguido delator

A delação premiada conta com uma gigante amplitude de consequências práticas, não só para quem lança mão dela como para os restantes, pois apesar de o arguido delator optar individualmente pela delação, esta sua opção irá ter influência processual nos restantes coarguidos.

Ora, a opção pela delação premiada terá duas repercussões imediatas: uma autoincriminação, tendo em conta que o agente terá de confessar factos com relevância penal e criminal; e uma hétero-incriminação, visto que terá de incriminar aqueles que participaram na prática do crime⁵¹.

Neste sentido surge outra questão fundamental em termos de prova: qual será o valor probatório das declarações do arguido delator e quais os consequentes efeitos probatórios perante os coarguidos?

Para se saber qual o valor probatório das declarações do arguido delator é necessário, inevitavelmente, avaliar o regime das declarações do coarguido, tendo em conta que a delação premiada assenta, sobretudo, nessas mesmas declarações.

A doutrina, como já nos habituou, diverge quanto ao valor probatório a atribuir às declarações do coarguido.

Rodrigo de Santiago⁵² entende que não se admite a valoração do depoimento do coarguido, por entender que o arguido não poderá, em caso nenhum, ser desfavorecido, por se fazer valer do seu direito ao silêncio⁵³. Considera que valorar o depoimento do coarguido enquanto meio de prova, desfavorecendo o coarguido que fez uso do seu direito ao silêncio, acaba por preterir não só este seu direito ao silêncio, como da presunção de inocência e, consequentemente, o princípio da dignidade humana.

⁵¹ BRANDÃO, Nuno (2019)- *Colaboração Probatória no Sistema Penal Português: prémios penais e processuais*, Revista Julgar, n.º 38, p. 116, Coimbra, Almedina

⁵²SANTIAGO, Rodrigo de (1994)- Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987, p-59-61, RPCC, ano 4, Fascículo 1

⁵³ A opção pelo silêncio é um direito do arguido, não podendo este ser valorado positiva ou negativamente, sendo uma exceção ao princípio da livre apreciação da prova (art. 61º e 127º, ambos do CPP).

Quanto ao possível desfavorecimento do arguido que opta pelo silêncio, bem sabemos que o princípio da igualdade exige um tratamento igual para o que é igual. Como tal, não sendo igual o arguido que opta por colaborar com a justiça e o arguido que, na mesma situação, opta por não o fazer, deverão os arguidos ser tratados de forma distinta porque distinta é, precisamente, e por opção própria, a sua situação em termos processuais. Comportamentos diferentes exigem um tratamento penal diferente.⁵⁴

Quanto ao direito ao silêncio, atente-se que este assenta na máxima de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si próprio, ou, no uso da expressão do latim *nemo tenetur se ipsum accusare*, estando completamente vedado o recurso a métodos coativos ou imposições de sanções para obrigar o arguido a falar sobre os factos que lhe foram imputados.

Contudo, se o direito ao silêncio, que permite ao arguido não responder sobre factos que lhe são imputados, fosse levado até às últimas consequências, como parece esta tese querer levar, converter-se-ia num direito de veto do arguido a qualquer meio de prova, pois, se o arguido optasse por não se pronunciar quanto a um meio de prova, não só poderia, como conseguiria abalar a eficácia da convicção atribuída ao mesmo⁵⁵.

Por outro lado, existem autores que admitem a valoração das declarações do coarguido.

Teresa Beleza e Inês Ferreira Leite concordam que esta valororação é permitida à luz do art. 125.º do CPP, entendendo, contudo, que o depoimento de coarguido é, inevitavelmente, um meio de prova frágil.

Ainda neste sentido, surgem Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques que adotam uma posição que acaba por ser partilhada pelo STJ. Estes autores defendem que as declarações do coarguido não só podem, como devem ser valoradas no processo⁵⁶.

⁵⁴ De forma a assegurar o cumprimento do princípio da igualdade, o que temos de assegurar é a isonomia dos coarguidos no recurso ao mecanismo da delação premiada.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 87

⁵⁶ SANTOS, Manuel Simas e Manuel Leal-Henriques - *Código de Processo Penal-Anotado*, Vol. I, 3º Edição, p.727, Rei dos Livros

Contudo, alertam para o facto de que o tribunal não deve esquecer que quem as prestou ocupa a posição de arguido, ou seja, parte interessada e como tal, demonstram-se perigosas.

Em referência a este alerta, o STJ admite que é preciso ser muito cauteloso no momento de pronunciar uma condenação baseada apenas na declaração do coarguido, por este poder ter sido impulsionado por motivos desonestos, entendendo como razoável que o coarguido transmita alguma prova externa que corrobore objetivamente as suas declarações, de forma a dissipar essas suspeitas⁵⁷.

Conclui-se, então, que o depoimento do coarguido é valorado enquanto prova, mas dada a sua fragilidade, sobretudo pelo facto de ser um depoimento tendencioso e por não ter o arguido o dever de colaboração com a justiça⁵⁸ e, conseqüentemente, não ter um dever de verdade⁵⁹, não pode ser causa única para a decisão de condenação, por não revelar valor probatório autossuficiente.

Assim sendo, e segundo o STJ, “as declarações de coarguido, sendo um meio de prova legal, cuja admissibilidade se inscreve no art. 125.º do CPP, podem e vem ser valoradas no processo”, contudo reconhece que “questão diversa é a da credibilidade desses depoimentos”⁶⁰ e esta só pode como tem, obrigatoriamente, de ser valorada casuisticamente⁶¹.

Segundo a mesma linha de raciocínio, e sendo as informações delatadas pelo arguido delator verdadeiras declarações de coarguido, estas, enquanto meio de prova podem e devem ser valoradas. Contudo, enquanto prova única valem de pouco, precisando de ser corroboradas por outras provas externas, assegurando a veracidade das mesmas e a posição dos restantes coarguidos.

⁵⁷ Acórdão do STJ de 3 de dezembro de 2008, Proc. N.º 08P694, relator Santos Cabral, disponível em www.dgsi.pt

⁵⁸ Ao contrário de outros sujeitos e participantes processuais, o arguido não tem o dever de colaborar com a justiça (art. 345º, n.º1 CPP), podendo optar pela solução que, para a sua estratégia processual, se apresente mais vantajosa .

⁵⁹ O arguido não presta juramento e, como tal, a mentira por ele proferida não conduz ao crime de falsas declarações, com a exceção prevista no artigo 359.º, n.º 2 do CP.

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ Segundo o princípio da livre apreciação da prova, cf. art. 127.º CPP.

Para além disso, e garantindo assegurar a posição dos coarguidos, cumpre também voltar a referir que estão sempre estas informações delatadas sujeitas ao contraditório, pois, tal como já referido no ponto 4.2.3, o art. 345.º, n.º 4 CPP determina que o depoimento do coarguido tem de ser objeto de contraditório, como condição necessária para a sua valoração⁶². Isto é, no caso de haver uma impossibilidade de se contraditar as declarações do coarguido, em prejuízo de outro coarguido, então, não se atribui qualquer valor ao mesmo.

Isto porque, se o arguido optou por prestar declarações, delatando, a forma de assegurar o respeito não só pelo contraditório, como também pela posição jurídica e processual dos coarguidos, passa por assegurar a possibilidade lhe serem pedidos esclarecimentos quanto às mesmas.

Conclui-se, então, pela possibilidade de se valorar as declarações do arguido delator, isto é, das informações delatadas, desde que, se assegure a veracidade das mesmas, através de corroboração destas por outras provas externas e se assegure que sejam estas sujeitas ao contraditório.

⁶²PAULOS, André da Silva (2021) - *O regime da delação premiada como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico português*, Tese de Mestrado em Direito, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada

5. Conclusão

Perante o quadro acima exposto, parece-nos correto afirmar que, apesar da justiça penal portuguesa, atualmente se confrontar com novos desafios para os quais não está preparada, apresenta-se relutante em lançar mão de mecanismos que se propõe a colmatar essas lacunas. Falamos, nomeadamente, de mecanismos direcionados para uma lógica de consenso e oportunidade, que rompem tradições jurídico-penais portuguesas.

Deste grupo de mecanismos, emerge a delação premiada que, dada a sua natureza, visa permitir atenuar problemas como a demora e as dificuldades de investigação, que atormentam a justiça.

Neste sentido, pese embora a já existente previsão das já referidas “normas premiais” no CPP, não é possível concluir acerca das possíveis vantagens, ou até mesmo desvantagens, que aplicação destas normas pode trazer para solucionar problemas como aqueles que já referimos. E porquê? Porque estas normas são autênticas normas-fantasma.

Há uma tendência no Direito Penal Português para a aversão à mudança, e a delação premiada é literalmente uma proposta de subversão de vários paradigmas estruturais do processo penal. Há este receio de inovar, sobretudo no âmbito do direito probatório, por se tratar de um conjunto normativo que se pode revelar perigoso para um conjunto de princípios que se mostram essenciais ao nosso Estado de Direito.

Neste sentido cumpre responder à pergunta que deu origem a esta dissertação: será a delação premiada compatível com os princípios fundamentais do Código Processo Penal?

No nosso entender, sim. Aliás, o próprio Direito Penal também assim o entende, tendo em consideração as já referidas e previstas “normas premiais”.

Contudo, reconhecemos a necessidade de criar uma estrutura forte e sólida da aplicação da delação premiada. Consideramos, por isso, essencial criar o estatuto do arguido delator, de forma a regular toda a aplicação prática deste instituto, garantindo, ao mesmo tempo, a essência do processo penal português, a posição do arguido delator, assim como de todos aqueles que poderão ser afetados pelo recurso à delação premiada.

Este eventual estatuto deve limitar o tipo de crimes nos quais se pode recorrer à delação premiada, nomeadamente, os crimes altamente organizados e de alta

criminalidade, que justificam a existência dos megaprocessos. Estes envolvem uma enorme dificuldade de investigação, legitimando a utilização de meios de investigação mais intrusivos, permitindo que a investigação entre no seio das associações criminosas, de forma a atingir o topo da pirâmide da associação, só assim, conseguindo erradicar o crime praticado.

Consequentemente, deve prever que o recurso a este instituto assentaria sempre em critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, garantindo-se desta forma um que a sua aplicação seja feita de forma ponderada e casuística.

De forma a assegurar a posição do arguido delator, mostra-se essencial garantir que a opção pela delação, seria totalmente livre e esclarecida. Tem de se assegurar ao arguido o total conhecimento das implicações surgidas pela opção pela delação de forma, assim como das vantagens processuais que obterá, podendo lançar mão desta por considerar ser o caminho mais vantajoso.

Por fim, em consideração à amplitude dos efeitos da delação, não só tem de assegurar a posição do delator, como de todos os coarguidos, garantindo que as informações que delata, apenas ganhariam força probatória ao serem corroboradas por provas externas e que os coarguidos poderiam a qualquer momento lançar mão do direito do contraditório, ao pedir esclarecimentos pelo que foi delatado.

Importa ainda referir o nosso entendimento quanto à vantagem processual concedida.

A delação premiada deve resultar para o arguido num fator de atenuação especial da pena e nunca numa isenção da pena, isto é, numa pura impunidade, garantindo-se, desta forma, o respeito pelas finalidades da pena (art. 40.º, n. 1º CP) que podiam ser subvertidas por este instituto.

De facto, a colaboração não impede a emissão de um juízo de culpa e necessidade da pena, pois as exigências de prevenção geral ainda se fazem sentir pela gravidade dos crimes em relação aos quais defendemos que pode haver o recurso a este instituto, nomeadamente a crimes que se inserem no leque da alta criminalidade.

Dito isto, cumpre terminar reiterando a nossa posição em relação à previsão e recurso a este instituto.

Estamos conscientes das dificuldades que regulação da delação premiada pode trazer, assim como da facilidade que pode existir em subverter este instituto numa ameaça para a justiça, que se ambiciona segura, geral e abstrata e que privilegia sempre a igualdade perante aqueles a quem a lei é aplicada.

Mais: bem sabemos que, sendo o Direito Penal um direito de *ultima ratio*, tão sensível e possível limitador daquilo que são direitos fundamentais, como a liberdade, é difícil e intimidante abrir caminho para o desconhecido, como é a justiça negociada.

Ainda assim, entendemos que, perante a novidade e a incapacidade, têm de ser procuradas respostas que nos permitam garantir e alcançar a tão ambicionada justiça.

Defendemos, então, que a fórmula para o sucesso do recurso à delação premiada passa, sobretudo, pela previsão pormenorizada do seu regime, de forma a não abrir espaço para uma possível desvirtuação da lei penal como a conhecemos. Tornando-se previsível a sua aplicação, conseguir-se-á assegurar a segurança jurídica e, conseqüentemente, a igualdade na aplicação da lei, assim como o tão desejado equilíbrio entre o respeito pela dignidade humana (assim como todos os corolários que florescem desta) e o objetivo da prossecução da justiça de uma forma mais rápida e eficaz.

A justiça penal não é um jogo do vale tudo. Contudo, também não pode ser uma realidade estanque e reprimida face aos anseios da mudança, correndo o perigo de se tornar obsoleta e incapaz de responder aos novos desafios que surgem pelo constante evoluir da sociedade, de que a justiça não se pode alhear.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2015)- *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, 3ª Edição

ANDRADE, Manuel Costa (1988)- *Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo*, In Jornadas de Direito Processual Penal, Almedina, Coimbra

ANTUNES, M^a João (2019)- *Direito Processual Penal*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra

BARROS, Inês Tamissa de (2016)- *A relevância da colaboração do arguido na determinação da pena*, Tese de mestrado forense. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa

BRANDÃO, Nuno (2019)- *Colaboração Probatória no Sistema Penal Português: prémios penais e processuais*, Revista Julgar, n.º 38, Coimbra, Almedina

CAEIRO, Pedro- *“Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema”*, Repositório FDUC

CRUZ, Liliana Sofia Canudo (2014)- *Os acordos sobre sentença em processo penal- reflexões sobre a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português*, Tese de mestrado forense, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa

DIAS, Jorge de Figueiredo (2011)- *Acordos sobre a sentença em processo penal - O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio?*, Ordem dos Advogados Portugueses, Porto, Conselho Distrital do Porto

FARIA, Maria Paula Ribeiro de Faria- *Cesare Beccaria: A influência do seu pensamento no sistema de justiça criminal norte americano*, Repositório UCP

FERREIRA, Andressa Marta Gomes e Igor de Andrade Barbosa (2017)- *Colaboração Premiada: Análise Crítica na Operação Lava Jato*, Revista Âmbito Jurídico, n.º 167

LANGBEIN, John H.(1978)- *Torture and Pleabargaing*, University of Chicago Law Review, Vol. 46

LEITE, Inês Ferreira (2010)- *Arrependido”*: *A colaboração processual do co-arguido na investigação Criminal*, 2º Congresso de Investigação Criminal

MEIRES, Manuel Augusto (1999)- *O regime das provas obtidas através do agente provocador em processo penal*, Coimbra, Almedina

NETTO, Vladimir (2016)- *Lava jato: O juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*, Rio de Janeiro, Primeira Pessoa

NUCCI, Guilherme de Souza (2014)- *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, Rio de Janeiro, Editora Forense

OLIVEIRA, João Mirando Alves de (2019) - *A delação premiada no sistema jurídico português: breves notas explicativas*, Tese de mestrado em Direito e Prática Jurídica. Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa.

PAULOS, André da Silva (2021)- *O regime da delação premiada como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico português*, Tese de Mestrado em Direito, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada

RAPOZA, Hon. Philip (2013) - *A experiência americana do plea bargain- a exceção transformadora em regra*, Revista Julgar, nº 19, Coimbra Editora

SANTIAGO, Rodrigo de (1994)- *Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987*, RPCC, ano 4, Fascículo 1

SANTOS, Manuel Simas e Manuel Leal-Henriques - *Código de Processo Penal-Anotado*, Vol. I, 3º Edição, Rei dos Livros

SILVA, Germano Marques da (1994) – *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos – o princípio democrático e da lealdade em processo penal*, Direito e Justiça, Lisboa

SILVA, Sandra Oliveira e Silva (2011)- *Legalidade da prova e provas proibidas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 4

SILVEIRO, Fernando Xarepe- *O regime jurídico da clemência na nova lei da concorrência: novas valências, novos desafios*, Revista de concorrência e regulação, n.º 10, Coimbra

Jurisprudência

Acórdão do STJ de 3 de dezembro de 2008, proc. n.º 08P694, relator Santos Cabral, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de abril de 2013, proc. n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, relator Santos Cabral, disponível em www.dgsi.pt

Legislação

DIRETIVA (UE) 2019/1937 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 23 de outubro de 2019, disponível em eur-lex.europa.eu

Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, disponível em www.portugal.gov.pt

Lei 12.850/2013, disponível em www.gov.br

Lei 340/1982, disponível em www.normattiva.it

Orientação n.º 1/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, de 13 de Janeiro de 2012 – disponível em: www.pgdlisboa.pt.

Páginas Web visitadas

D'ALMEIDA, André Corrêa- *“Corrupção em Portugal: definições, sinais e principais fontes,* Fronteiras XXI, RTP3, disponível em https://fronteirasxxi.pt/causas_da_corrupcao/, visitado em 18 de fevereiro

Estatísticas da justiça, in <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Duracao-media-de-processos.aspx>, visitado em 4 de fevereiro

Imprensa Ordem dos Advogados (2021) - *“Governo aprova estratégia de combate à corrupção com vantagens para quem colabora com a justiça”*, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2021/03/18/governo-aprova-estrategia-de-combate-a-corrupcao-com-vantagens-para-quem-colabora-com-a-justica/>, visitado em 5 de fevereiro

MOREIRA, Roberto Bessa, *“Portugal é dos países com menos crimes mas não faltam casos de corrupção e tráfico”*, Jornal de Notícias, Porto, 31 de setembro de 2021, disponível em <https://www.jn.pt/justica/portugal-e-dos-paises-com-menos-crimes-mas-nao-faltam-casos-de-corrupcao-e-traficis-14174908.html>, visitado em 2 de março

Transparência Internacional- *Índice de percepção da corrupção 2021*, in <https://transparencia.pt/corruption-perception-index/>, visitado em 15 de janeiro