

COLABORAÇÃO PROBATÓRIA NO SISTEMA PENAL PORTUGUÊS: PRÉMIOS PENAIS E PROCESSUAIS

NUNO BRANDÃO

Resumo: o estudo incide sobre a figura da colaboração premiada, começando pela sua caracterização nas suas duas dimensões essenciais, relativas à colaboração e à atribuição de vantagens ao arguido colaborador, como contrapartida de um seu contributo probatório. Procedeu-se, depois, a uma análise crítica das soluções premiais previstas na legislação portuguesa, tanto no plano penal, como no processual penal.

Palavras-chave: direito premial; colaboração premiada; arrependido; declarações de coarçuido; suspensão provisória do processo.

I. INTRODUÇÃO: CARACTERIZAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA*

1. Fui desafiado para, nestas Jornadas dedicadas à “Prova nos Crimes de Corrupção e nos Delitos Económico-Financeiros”, apresentar uma comunicação sobre *colaboração premiada*. Tema que, de há uns anos a esta parte, se tornou moda¹ e sobre o qual já muito se debateu e escreveu, nos mais

* Agradeço aos organizadores das V Jornadas Açorianas de Direito, Senhores Drs. José Moreira das Neves, Pedro Soares de Albergaria, Pedro Lima, Francisco de Siqueira, Madalena Aguiar e José Guimarães Freitas, o honroso convite para nelas participar e a sua incedível hospitalidade.

Agradeço ainda ao Senhor Dr. Michele Prestipino Giarritta, magistrado do Ministério Público italiano, com décadas de experiência na condução de processos contra organizações mafiosas, os esclarecimentos gentilmente prestados sobre a legislação e as práticas premiais italianas nesse domínio.

O presente texto corresponde, no essencial, ao teor da intervenção nas V Jornadas Açorianas de Direito, aproveitando-se o ensejo para expor, com um pouco mais de espaço, as ideias aí apresentadas, na comunicação e na discussão que se seguiu.

¹ A título de exemplo, vejam-se os recentes *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, que contam com quatro artigos subordinados a este tema: GUILHERME COSTA CÂMARA, “Colaboração premiada: estratégia de política criminal vocacionada à superação da inerente opacidade do crime organizado” (p. 329 e ss.); PABLO GALAIN PALERMO, “¿Un sistema penal construido sobre la base de la delación? Los arrepentidos que colaboran con la administración de la justicia penal” (p. 385 e ss.); P. SARAGOÇA DA MATTA, “Delação premiada... O regresso da tortura!” (p. 525 e ss.); e MIGUEL TEDESCO WEDY, “A delação premiada, utilitarismo e a racionalidade de princípios” (p. 909 e ss.).

diversos palcos. Eu próprio tive já oportunidade de, em conjunto com o Senhor Doutor Gomes Canotilho, reflectir e escrever sobre o assunto, justamente a propósito do caso que desencadeou toda a actual atenção que é dedicada à figura da delação premiada, a operação brasileira Lava Jato². Não é este nem o momento nem o lugar para voltar a abordar o problema sob uma perspectiva brasileira. Sem prejuízo de uma ou outra eventual referência à experiência premial brasileira, procurarei antes abordar o problema no quadro do sistema penal português. Na análise, procurarei convocar referentes dogmáticos de carácter geral que caracterizam o direito premial e apelar a alguns ensinamentos que podem ser colhidos do direito comparado, dada a sua relevância para uma apreciação crítica das soluções premiais existentes (ou não) no ordenamento penal português.

De forma a delimitar com precisão o tema que me proponho tratar, cumpre começar por caracterizar em traços gerais aquilo que pode designar-se como colaboração premiada.

a) Colaboração

2. Quando me referir a colaboração premiada, terei em vista, no que respeita à *colaboração*, um contributo *processual* de *natureza probatória* prestado por um arguido visado por um processo criminal, mediante o qual dá a conhecer factos penalmente relevantes que poderão determinar a sua responsabilidade penal e a de terceiros. Contributo que poderá ainda traduzir-se no fornecimento de provas ou de informações que permitam a obtenção de provas susceptíveis de levar à identificação de terceiros envolvidos nos factos relatados, dos termos e grau de participação do colaborador e dos denunciados em tais factos, à descoberta de outras realidades criminais conexas e à apreensão e confisco de vantagens de origem criminosa.

A colaboração terá, assim, um *duplo significado* de *auto-* e de *hétéro-incriminação*: o colaborador confessará factos com relevo criminal de que ele próprio tenha sido agente, auto-incriminado-se; e, além disso, delatará terceiros que com ele hajam participado em tais factos ou que hajam tido participação em outros factos que com esses tenham conexão. Por isso, poderá aqui falar-se, com propriedade, não só de colaboração, como de *delação*, nomeadamente na referida vertente de hétéro-incriminação.

² J. J. GOMES CANOTILHO / NUNO BRANDÃO, “Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4000, 2016, p. 16 e ss.; e J. J. GOMES CANOTILHO / NUNO BRANDÃO “Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 133, 2017, p. 133 e ss.

b) Premiada

3. A colaboração dir-se-á *premiada se, em contrapartida* do contributo probatório prestado, for admitida a *concessão de benefícios ao delator*.

Tais vantagens, a atribuir pelo Estado, poderão ser da mais diversa ordem e ter como beneficiários não só o próprio colaborador, mas também pessoas do seu agregado familiar. Entre as contrapartidas que poderão ser conferidas ao colaborador contar-se-ão, por exemplo, a *redução* ou a *isenção das penas aplicáveis* aos crimes que lhe sejam imputados, a aplicação de um *regime de execução de pena mais favorável* ou a *abstenção de procedimento criminal* em relação a suspeitas que sobre ele recaiam. A concessão destas vantagens pode ser, consoante os casos, facultativa, ficando sujeita a uma discricionariedade vinculada da entidade decisora, ou obrigatória, não podendo deixar de ocorrer no caso de verificados os pressupostos legalmente previstos.

Ponto é que possa estabelecer-se uma conexão entre os benefícios concedidos e a matéria criminal confessada e delatada: não deverão admitir-se vantagens fundadas em delações de crimes de terceiros sem qualquer efectiva conexão com a realidade que poderá sustentar uma responsabilização criminal do delator.

A colaboração poderá ser ainda acompanhada da adopção de *medidas assistenciais e de protecção pessoal* do colaborador e dos seus familiares quando haja um fundado receio de represálias graves motivadas pela colaboração prestada.

Aquele que, sendo visado por um processo criminal, assim colabora com a justiça penal distingue-se de quem está em condições de contribuir para a descoberta e esclarecimento de um crime e para a identificação e/ou detenção do seu agente, mas nenhuma participação com relevo criminal teve nesse delito ou em algum outro conexo. Este último constituirá, naturalmente, uma *simples testemunha*. E sê-lo-á ainda que careça de medidas de protecção pessoal similares às concedidas ao delator sujeito a retaliações ou que esteja inserido num meio que de certo modo lhe propiciou a fruição de vantagens económicas obtidas de forma ilícita justamente por quem é visado pela sua delação. Embora, como se percebe pela experiência italiana, designadamente, no que concerne aos familiares dos membros das organizações mafiosas, possa haver casos em que esta distinção de papéis nem sempre seja nítida³, deverá diferenciar-se claramente o delator da testemunha. Pois só para o primeiro fará sentido prever a possibilidade de concessão de vantagens penais ou processuais penais em troca de uma colaboração processual.

³ Cf. o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Fenómeno da Criminalidade Mafiosa ou Similar, aprovado pelo Parlamento italiano em Fevereiro de 2008, p. 44 e ss. (disponível em <http://www.ritaatria.it/documenti/XVTestimoni.pdf>).

II. CONTEXTO E JUSTIFICAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS

4. A concessão das vantagens poderá fundar-se não só numa cooperação processual, isto é, que envolva a identificação de crimes e agentes e o fornecimento de provas, como também em contributos úteis ao *desmantelamento de uma organização criminosa de que o delator faça parte*.

Neste último plano, e perdoe-se-me a linguagem bélica, a colaboração é valorizada como uma forma de *combate à criminalidade organizada*. Foi, de resto, nesse domínio e com esse propósito que a colaboração premiada foi ganhando crescente protagonismo e importância nas últimas décadas. Em Itália, por exemplo, a figura dos *collaboratori di giustizia* aparece na década de 1970 como instrumento de luta contra as organizações terroristas e a partir da década de 1980 contra as organizações mafiosas. E no Brasil, a legislação na base da qual vêm sendo celebrados os acordos de colaboração premiada da operação Lava Jato dirige-se especificamente à tipificação do crime de organização criminosa, sendo a colaboração premiada instituída como meio de obtenção de prova susceptível de utilização na investigação do crime de organização criminosa e das infracções penais correlatas, isto é, os crimes da organização⁴.

Neste contexto da criminalidade organizada, a colaboração é perspectivada, desde logo, à luz da necessidade de obter *inside informations*, que muito dificilmente seriam conhecidas por outros meios, dada a opacidade e a cultura de silêncio, a chamada *omertà*, que caracterizam essas organizações. Frequentemente, só através de dados partilhados por membros da organização conseguirão os investigadores formar uma ideia sobre a estrutura da organização e sobre o seu *modus operandi*. É também por essa via que lograrão tomar conhecimento dos lugares em que os seus líderes se mantêm escondidos, da autoria até aí desconhecida de crimes ainda não desvendados, de empresas que servem de fachada à organização para branqueamento dos proventos da sua atividade criminosa, etc. Tudo o que poderá conduzir à identificação e captura de membros da associação criminosa e ao confisco dos seus bens de proveniência criminosa.

Quando assim suceda, a colaboração poderá ter um duplo significado. Por um lado, numa vertente processual, deterá um *relevo probatório*, servindo como meio de prova e de obtenção de elementos de prova úteis à investigação da organização, dos seus membros e dos crimes por ela cometidos e ao confisco de bens. Por outro lado, poderá contribuir para *pôr termo à própria existência da organização ou para manietar substancialmente a sua actividade*, diminuindo a sua capacidade para cometer novos crimes, operando uma

⁴ Lei n.º 12.850, de 2 de Agosto de 2013 (“define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infracções penais correlatas e o procedimento criminal”).

*neutralização do contexto criminoso*⁵. Na prática, será comum que um e outro efeito sejam inextricáveis.

A virtualidade da colaboração para abater ou enfraquecer a organização e conduzir à responsabilização criminal dos seus membros justifica, a meu ver, a concessão ao colaborador de um tratamento de favor, manifestado na atenuação ou até, em casos excepcionais, na isenção da pena que lhe seria aplicável. Uma colaboração prestada neste contexto e com estes efeitos, em especial o que se traduz no desmantelamento do grupo e na prevenção de novos crimes da organização, contribui para *diminuir a ameaça à paz pública* que a associação criminosa representa, legitimando, de uma perspectiva político-criminal radicada numa concepção preventiva dos fins das penas, um privilegiamento no tratamento penal do colaborador.

Diferente é a situação da *delação de um crime isolado* (v. g., corrupção), praticado à margem de qualquer associação criminosa. Tenho dificuldade em perceber como possa justificar-se, sob o prisma das finalidades preventivas que orientam a aplicação das penas, o tratamento penal de privilégio que eventualmente se conceda ao delator⁶.

III. VANTAGENS PENAIS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

5. O movimento de apelo à institucionalização no ordenamento penal português da figura da colaboração premiada que nos últimos anos vem crescendo entre nós, motivado sobretudo pelo caso Lava Jato e impulsionado por membros de partidos políticos, magistrados, órgãos de comunicação social, etc., poderia fazer supor que se trataria de um instituto desconhecido do nosso sistema penal. Suposição que, não obstante, deverá considerar-se infundada, atenta a previsão legal de numerosas soluções premiais.

Como veremos de seguida, os termos em que essas soluções se encontram previstas na legislação portuguesa geram dúvidas de interpretação de variada ordem. E a experiência mostra que raramente são adoptadas na prática judiciária. Mas nada disso justifica que possam ser desconsideradas no debate que se vem travando neste domínio. Bem pelo contrário, julgo que esta discussão deverá tomar em devida conta os mecanismos premiais admitidos pela nossa ordem jurídico-penal, desde logo, para que assim se evitem reptos, tantas vezes inflamados, à futura consagração de soluções... que afinal já existem.

⁵ A expressão é de MASSIMO DONINI, "Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente", in: *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Napoli: Jovene, 2011, p. 929.

⁶ Cf. MASSIMO DONINI, "Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente", (n. 5), p. 930 e ss.

a) Normas legais premiais

6. A generalidade das normas penais nacionais que instituem benefícios penais dirigidos ao arguido que presta uma *colaboração processual*⁷ assenta no seguinte *binómio*: prevê-se uma atenuação especial da pena ou uma isenção de pena como contrapartida de um concreto auxílio na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Encontramos esta fórmula nos mais variados domínios normativos ligados à criminalidade organizada, à criminalidade económico-financeira e à criminalidade contra o Estado. Concretamente, estabelece-se que se o agente “auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis” beneficiará ou poderá beneficiar de uma atenuação especial da pena ou de uma isenção de pena nos seguintes casos:

- a *atenuação especial da pena é obrigatória* nos crimes de corrupção previstos no CP (artigos 372.º, 373.º e 374.º) e na Lei dos Crimes de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos (artigos 16.º, 17.º e 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho) — cf. artigo 374.º-B, n.º 2, al. a), do CP e artigo 19.º-A, n.º 2, al. a), da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho;
- a *atenuação especial da pena e a isenção de pena são obrigatórias* no crime de financiamento de terrorismo previsto no artigo 5.º-A da Lei de Combate ao Terrorismo (cf. n.º 3 do artigo 5.º-A da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto);
- a *atenuação especial da pena é facultativa* no crime de branqueamento (artigo 368.º-A, n.º 9, do CP), nos crimes de peculato, participação económica em negócio e nas infracções criminais económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (artigo 8.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro), nos crimes constantes do Regime Penal de Corrupção no Comércio Internacional e no Sector Privado (artigo 5.º, al. a), da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril) e nos crimes tipificados no Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos (artigo 13.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto);

⁷ Deixarei fora da análise as vantagens de jaez substantivo filiadas numa ideia de *desistência*, como as que se prevêem, entre outros, no âmbito do crime de *associação criminosa* [artigo 299.º, n.º 4, do Código Penal (doravante, CP): “(...) o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes], e ainda no dos crimes de *organizações terroristas*, de *terrorismo* e de *financiamento do terrorismo* (artigos 2.º, n.º 5, 4.º, n.º 13, e 5.º-A, n.º 3, da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto), de *tráfico e mediação de armas* (artigo 87.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro) e de *tráfico de estupefacientes* (artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro), em geral sob a condição de “o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique”.

- a *atenuação especial da pena* e a *dispensa ou isenção de pena* são *facultativas* 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, de 22 de Janeiro (cf. artigo 31.º desse diploma), no âmbito do terrorismo, na generalidade dos diversos crimes tipificados na Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (cf. artigos 2.º, n.º 5, 3.º, n.º 2, 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 2, dessa Lei), e no crime de tráfico e mediação de armas (artigo 87.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro).

b) O requisito da identificação ou captura de outros responsáveis

7. São diversas as dúvidas com que o intérprete se depara quando confrontado com a fórmula empregue pelo legislador nestes preceitos — “auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”. Para que se torne “credor” dos benefícios legalmente previstos, bastará que o arguido indique os nomes dos outros responsáveis ou o seu paradeiro? Ou, mais do que isso, será necessário que detalhe o que sabe sobre os factos que atribui aos denunciados, conexos aos daqueles de que ele próprio é responsável? Será exigível, para a concessão das vantagens penais, que o delatado seja condenado e que o seja essencialmente com base no contributo do colaborador?

Abordados os preceitos legais a partir de uma perspectiva eminentemente literal, dir-se-ia que para a concessão dos prémios seria suficiente que o arguido desse a conhecer à investigação a identidade e a localização de outros responsáveis até aí dela desconhecidos.

Esta leitura não colhe, porém, a minha adesão.

Começa por parecer fazer pouco sentido que ao arguido possam ser outorgados prémios tão expressivos, que podem chegar à isenção de pena, como contrapartida de um tão parco contributo. Parece-me materialmente injustificado que a simples indicação de comparsas no crime, sem nenhum contributo probatório adicional, possa conduzir a um tão generoso alívio da responsabilidade penal do colaborador. Como bem acentua Inês Ferreira Leite, “o fornecimento de meras declarações incriminatórias para outros agentes do crime, sem qualquer elemento de prova adicional ou complementar que as corrobore, não deverá sustentar um juízo favorável no que respeita à colaboração do arguido, uma vez que tais declarações, por si só e sem qualquer corroboração, nunca poderão ser consideradas como indícios suficientes do que quer que seja”⁸.

Acresce que uma tal interpretação esvaziaria estas normas de grande parte do efeito útil que dá sentido à sua existência, defraudando a teleologia político-criminal que lhes está subjacente. Considerando a finalidade de des-

⁸ INÊS FERREIRA LEITE, “«Arrependido»: a colaboração processual do coarguido na investigação criminal”, in: 2.º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, 2010, p. 400.

coberta da verdade material que norteia o processo penal, o que se espera do colaborador, de modo a que possa beneficiar de vantagens tão substanciais como as previstas legalmente, é que dê ao processo um contributo probatório que vá muito para além da simples identificação de outros responsáveis, entendida no sentido da indicação da sua identidade.

As mais das vezes, na investigação dos fenómenos criminais cobertos por estas normas premiais, a indicação desta ou daquela pessoa como elemento que faz parte da operação criminosa não constituirá propriamente uma surpresa para os investigadores. O natural é que na investigação se faça um mapeamento das pessoas possivelmente implicadas na factualidade sob averiguação, que vai sendo actualizado à medida que o inquérito avança. Por isso, a simples nomeação de outros responsáveis pouca utilidade poderá ter para o esclarecimento dos factos. Da perspectiva da finalidade de descoberta da verdade material, a “mais-valia” que o colaborador poderá trazer para a realização da justiça criminal corresponderá antes à revelação de tudo o que sabe sobre os factos objecto do processo e sobre o contributo pessoal dado por aqueles, dele conhecidos, que neles intervieram. Tratando-se, frequentemente, de uma criminalidade com uma natureza opaca e por isso comprovável sobretudo através do recurso à prova indirecta, um depoimento (completo) do colaborador poderá ser da maior utilidade para deslindar o conteúdo da trama criminosa, levando a que se determine o concreto papel desempenhado pelas pessoas nela envolvidas, e para articular e dar sentido a meios de prova de natureza indirecta cujo significado permaneceria incógnito sem o auxílio elucidativo do colaborador.

É este tipo de colaboração e não uma que consista num mero “apontar o dedo” que se tem em vista em instrumentos normativos internacionais como a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo)⁹, de 2000, e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida)¹⁰, de 2003, que reiteradamente se referem à prestação de uma colaboração substancial na investigação e no julgamento dos crimes nelas previstos e ao fornecimento de informações úteis para fins investigatórios¹¹. Mas não só. Nos diversos ordenamentos onde se admite a concessão de prémios penais e processuais ao colaborador faz-se depender a concessão dessas vantagens de um contributo probatório também ele substancial: o colaborador deverá dar a conhecer, com precisão e com verdade, toda a realidade criminosa objecto do processo de que seja conhecedor¹². Revelações falsas ou incompletas inviabilizam a atribuição de prémios penais ou processuais penais.

⁹ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 02 de abril.

¹⁰ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de setembro.

¹¹ Para um olhar crítico sobre a influência, que parece tomar como alarmista, destas Convenções, PABLO GALAIN PALERMO, “¿Un sistema penal construido sobre la base de la delación?”, (n. 1), p. 387 e s.

¹² V. g., no ordenamento italiano, o diploma legal que se dirige especificamente à colaboração dos membros de organizações mafiosas com a justiça (Decreto-Lei n.º 8 de 1991, de 15 de

É nesta linha que me parecem dever ser interpretadas as diversas normas legais que prevêm a atenuação especial da pena ou a isenção de pena, facultativas ou obrigatórias, no caso de o agente “auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”. Há-de tratar-se de uma colaboração que dê a conhecer, mediante prestação de declarações (de coarguido) hétero-incriminatórias, os termos da participação desses outros responsáveis no facto penalmente relevante objecto do processo conexo com aquele pelo qual o colaborador responde e que, além disso, permita a obtenção ou valoração de provas que corroborem essa imputação.

Só assim poderá dizer-se que há um concreto auxílio *na recolha de provas*, nomeadamente, como é exigido legalmente, de *provas decisivas*, para a responsabilização penal de outros responsáveis. E só assim, também, será possível compreender a amplitude temporal que, por exemplo, em sede de corrupção, se prevê expressamente para o oferecimento da colaboração: “até ao encerramento da audiência de julgamento” (artigo 374.º-B, n.º 2, al. a), do CP). Se o que estivesse em causa, para a obrigatória atenuação especial da pena que aí se encontra prevista, fosse apenas fornecer a identificação de um outro agente implicado no crime de corrupção pelo qual o colaborador responde, não faria sentido que o auxílio probatório pudesse ser prestado no decurso da fase de julgamento, pois já antes o visado estaria identificado, na acusação ou na pronúncia.

c) O requisito do carácter decisivo do contributo probatório

8. Para que possa conduzir a uma atenuação especial da pena aplicável ao colaborador ou a uma isenção da pena legalmente cominada é, em todo o caso, indispensável que o seu contributo probatório tenha sido *decisivo* para

Janeiro, alterado pela Lei n.º 45 de 2001, de 13 de Fevereiro), os chamados *collaboratori di giustizia*, determina que “la persona che ha manifestato la volontà di collaborare rende al procuratore della Repubblica, entro il termine di centottanta giorni dalla suddetta manifestazione di volontà, *tutte le notizie in suo possesso utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali è interrogato* nonché degli *altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale* di cui è a conoscenza oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori ed altresì *le informazioni necessarie perché possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali essa stessa o, con riferimento ai dati a sua conoscenza, altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente*” (Art. 16-quater, n.º 1). E o artigo 323-bis, n.º 2, do *Codice Penale* prevê, desde 2015, uma atenuação especial, de 1/3 a 2/3, da pena aplicável aos crimes de corrupção, “per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, *per assicurare le prove dei reati e per l’individuazione degli altri responsabili* ovvero *per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite*”. Para mais detalhes sobre o largo leque de crimes para os quais se prevê uma atenuação da pena em caso de colaboração processual, MASSIMO DONINI, “Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente”, (n. 5), p. 930 e ss.

a responsabilização penal de outros responsáveis ou para a sua detenção¹³. Deverá o tribunal avaliar, face à prova que sustentou a condenação dos outros responsáveis, se tal se deveu fundamentalmente ao auxílio probatório do coarguido colaborador.

Se nenhum dos coarguidos alvo das declarações do colaborador acabar por ser condenado não haverá razão para falar, no que a esses visados diz respeito, em outros responsáveis. E como tal, à partida, parece não haver razão para que o colaborador beneficie da aplicação da norma premial. Posição que será de manter mesmo que o tribunal não aponte falsidades ao depoimento do colaborador.

d) A aplicação das normas premiais

9. Se o tribunal concluir que o contributo do colaborador foi determinante para a afirmação da responsabilidade de outros responsáveis ou para a sua captura, deverá então dar cumprimento à norma premial aplicável. A falta de tomada de posição sobre a questão, ainda que para concluir que não deve haver lugar à atenuação especial ou à isenção da pena aplicável ao colaborador, representará uma omissão de pronúncia que implicará a nulidade da sentença [artigo 379.º, n.º 1, al. c), do Código de Processo Penal (doravante, CPP)].

Quando a atenuação especial da pena for obrigatória, deverá atenuá-la, nos termos definidos no artigo 73.º do CP.

Quando essa atenuação e/ou a isenção de pena forem facultativas, deverá ponderar se confere ou não ao arguido colaborador estas vantagens legalmente previstas. Aqui chegado, face ao silêncio do legislador, o intérprete enfrenta uma nova dúvida: que critério deverá o tribunal adoptar nesta sua tomada de decisão? Se a questão só se põe porque, em momento anterior, a colaboração probatória do coarguido (já) foi considerada decisiva, não há-de ser essa a razão para se atenuar ou isentar a pena. Determinantes serão antes, a meu ver, as necessidades preventivas, de natureza geral e especial, que se fazem sentir quanto ao crime pelo qual o coarguido colaborador é condenado, abstractando, tanto quanto possível, do seu contributo hétero-incriminatório.

e) A questão do procedimento negocial premial

10. A ambiguidade da fórmula que dá corpo às normas premiais e o carácter facultativo da atribuição das vantagens tornam a sua efectiva concessão uma incógnita na generalidade dos casos.

¹³ Para INÊS FERREIRA LEITE, «Arrependido», (n. 8), p. 399 e s., bastará, todavia, que, numa avaliação *ex ante*, realizada através de um juízo de prognose póstuma, se possa considerar que do «auxílio concreto na recolha da prova, se tenham conseguido obter «indícios suficientes» de que tais agentes se constituíram como autores ou comparticipantes de um determinado crime».

Com excepção dos crimes de corrupção e de financiamento do terrorismo, em que, pelo menos, a atenuação especial da pena é obrigatória, em todos os demais casos nunca o arguido que esteja na posse de dados de relevo para a descoberta da verdade material susceptíveis de incriminar outros responsáveis estará seguro de que de uma sua eventual colaboração resultará necessariamente uma mitigação substancial do seu próprio sancionamento.

E mesmo quando a atenuação especial da pena seja obrigatória poderá acontecer que o contributo haja de ser prestado logo aquando da etapa inicial de investigação criminal, durante a fase de inquérito, de forma a que possa ulteriormente ser considerado como decisivo e assim accionar a norma premial. Ora, daí até uma eventual condenação de outros responsáveis, necessariamente em julgamento, vai, por regra, uma longa e incerta distância. Além de que, ainda que colabore, não haverá garantias de que o seu contributo venha a ser considerado pelo tribunal como decisivo para a responsabilização dos visados pela sua delação que acabem por ser condenados. A imprevisibilidade será, pois, uma tal que dificilmente o potencial colaborador poderá estar seguro de que, no futuro, irá mesmo beneficiar do prémio que a lei obrigatoriamente prevê para a colaboração que se propõe prestar.

Todas estas circunstâncias adensam a imprevisibilidade e geram uma insegurança que, como é natural, inibe a colaboração: a predisposição para colaborar será tanto menor quanto mais incerta for a atribuição das vantagens previstas para a colaboração.

Daí que em diversos sistemas processuais, como o norte-americano¹⁴ ou o brasileiro, se tenham instituído procedimentos para que os investigadores entabulem conversações com o arguido potencial delator, no âmbito das quais serão discutidos e acordados os benefícios a que este poderá aspirar no caso de prestar uma colaboração efectiva. No fundo, procedimentos destinados a negociar e pactuar os prémios que o Estado concederá ao delator em troca da sua colaboração probatória¹⁵.

É esta *natureza negocial* da delação premiada que, a meu ver, sobretudo distingue os modelos estrangeiros referidos do modelo premial português. É essa faceta que, num paradigma processual orientado pelo princípio da legalidade da promoção processual, neles se mostra mais impressiva e é ela,

¹⁴ Para uma primeira aproximação aos mecanismos processuais norte-americanos através dos quais é possível premiar a colaboração probatória, como a *plea bargaining* e sobretudo a *transactional immunity*, vd. WILLIAM J. BAUER, "Reflections on the role of statutory immunity in the criminal justice system", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 67, n.º 2, 1976, p. 143 e ss., e JEROLD H. ISRAEL / WAYNE R. LAFAYE, *Criminal Procedure Constitutional Limitations in a Nutshell*, 7.ª ed., St. Paul: Thomson/West, 2006, 8.2(e) e 9.5.

¹⁵ É o que muito claramente se depreende do regime brasileiro dos acordos de colaboração premiada definido no artigo 4.º e ss. da Lei n.º 12.850/13: o acordo deverá ser precedido de negociações realizadas entre as partes (*sic*), nas quais não participará o juiz, e uma vez alcançado um entendimento deverá ser ele formalizado por escrito, especificando-se, *inter alia*, as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia e a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor.

estou em crer, um dos motivos determinantes para a oposição que, fundadamente, vem merecendo entre nós. Da minha parte, além das reservas já manifestadas em relação à concessão de vantagens penais que incidam sobre fenómenos criminais não integrados na esfera de uma organização criminosa, é com muita desconfiança que encaro a admissão destes procedimentos negociais.

A eles vai associado um evidente risco de desgaste da *imagem de imparcialidade e neutralidade* que, sem falhas ou descontinuidades, deve ser projectada pela autoridade judiciária que dirige a investigação. Risco que deriva da aproximação que neste contexto se estabelece entre investigadores e investigado e da percepção que naturalmente acabará por poder formar-se de que actuam como membros de um mesmo bloco que se opõe aos potenciais visados pela delação. Concomitantemente, ao procedimento é inerente uma dificilmente refreável tentação de selecção de alvos por parte dos investigadores, com tudo o que de negativo daí pode decorrer para uma efectiva observância do princípio da igualdade. E como revela a experiência brasileira¹⁶, a ligação que se forma entre as partes não deixará ainda de gerar um ambiente propício ao favorecimento indevido do colaborador, mediante promessa de vantagens que vão para além do que é legalmente consentido, não raro através da mobilização do procedimento em domínios que estão à margem da realidade criminal para a qual foi previsto. Projectado como mecanismo excepcional de investigação de certos fenómenos criminais de elevada gravidade e de averiguação complexa, o procedimento de colaboração premiada banaliza-se e transforma-se num meio corrente de obtenção de prova.

Face a todos estes perigos, a institucionalização de um tal procedimento negocial pode já considerar-se vivamente desaconselhável. Contra essa consagração legal depõe ainda a desnecessidade da sua adopção para que as normas premiais adquiram efectividade na prática judiciária. O exemplo italiano está aí para demonstrá-lo.

O regime legal relativo aos *collaboratori di giustizia*, dirigido aos arrependidos das organizações mafiosas, os chamados *pentiti*, prescinde de qualquer tipo de negociação entre o Ministério Público e o arguido¹⁷. Nesse regime, além de medidas de protecção pessoal, o arguido colaborador poderá ainda beneficiar de uma atenuação das penas aplicáveis aos crimes por que for condenado. Pressuposto da concessão destas vantagens, todas elas detalhadas legalmente, é que o arguido dê um contributo probatório logo na fase preliminar de investigação, num prazo de 180 dias a contar da manifestação do intuito de colaborar, que o reitere na fase de julgamento e que a sua colaboração seja tida como genuína, completa e nova. Se se concluir que o

¹⁶ GOMES CANOTILHO / NUNO BRANDÃO “Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato”, (n. 2), p. 156 e ss.

¹⁷ Cf. GIUSEPPE AMARELLI, “L’attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)”, in: Vincenzo Maiello (org.), *La Legislazione Penale in Materia di Criminalità Organizzata, Misure di Prevenzioni ed Armi*, Torino: Giappichelli, p. 209 e ss.

agente faltou à verdade no seu depoimento, deixou de revelar factos tidos como relevantes ou que o seu contributo não trouxe nenhuma novidade, por não ter dado a conhecer factos até aí ignorados pelos investigadores, a concessão das vantagens legalmente previstas ficará comprometida. Caso contrário, estará aberto o caminho a que o colaborador beneficie de protecção pessoal e dos prémios que a lei lhe reserva. Prémios que, em todo o caso, só serão decididos a final, no termo do julgamento, *pelo tribunal*. Não há, portanto, qualquer prévia negociação entre Ministério Público e arguido em ordem a convencionar e garantir as vantagens que derivarão da colaboração. A falta de previsão legal de um tal procedimento negocial não tem constituído obstáculo nem à obtenção de colaborações de membros das organizações mafiosas nem à outorga de benefícios relativos à determinação da medida da pena e, eventualmente ainda, depois, à execução da pena aplicada.

A realidade italiana, num domínio tão complexo e pesado como é o das organizações mafiosas, dá, enfim, a perceber que a inexistência de um procedimento negocial como aquele que caracteriza a colaboração premiada brasileira está longe de poder considerar-se como óbice decisivo à efectivação de soluções premiais penais como as que se prevêm no ordenamento legal português.

11. Não se prevendo na legislação processual penal portuguesa qualquer mecanismo negocial destinado à formação de um trato entre o Estado e o delator no qual o Estado prometa ao arguido que lhe outorgará certo prémio penal caso colabore com a investigação, tais conversações ou negociações são proibidas. Antes de mais, porque, atendendo ao *princípio da legalidade do processo* (artigo 2.º do CPP), só seriam admitidas no caso de disporem de uma habilitação legal, que não existe. E proibidas ainda em função do *princípio da reserva de juiz*: permitir que o Ministério Público predefinissem e garantisse ao arguido a (medida abstracta da) sanção a aplicar-lhe em caso de colaboração significaria uma violação da reserva absoluta de jurisdição confiada aos tribunais em matéria de aplicação de sanções criminais. O Ministério Público não pode prometer nada que diga respeito à competência do tribunal.

O máximo que os órgãos de polícia criminal e o Ministério Público poderão fazer será *informar* o potencial colaborador das vantagens penais que, estando previstas legalmente, lhe poderão ser concedidas, a final, no caso de auxiliar a investigação na identificação e detenção de outros responsáveis pelos crimes objecto do processo conexos com aquele que lhe é imputado¹⁸. Se forem mais longe do que isto, prometendo-lhe vantagens cuja efectiva concessão não estão em condições de garantir ou que não são legalmente admitidas, assim conseguindo a sua colaboração na delação de terceiros, será violada uma proibição de prova, mais precisamente a prevista na alínea

¹⁸ INÊS FERREIRA LEITE, «Arrependido», (n. 8), p. 394.

e) do n.º 2 do artigo 126.º do CPP, dada a ofensa à integridade moral do arguido. Utilizado um tal método enganoso, as provas obtidas através deste arguido não poderão ser utilizadas e valoradas, nem contra ele mesmo, nem contra os terceiros delatados (artigo 126.º, n.º 1, do CPP)¹⁹.

IV. VANTAGENS PROCESSUAIS

12. Além de benefícios penais, um sistema premial pode abarcar ainda *vantagens processuais*, como, por exemplo, a abstenção de perseguição penal do colaborador, poupando-o à investigação ou à acusação, ou a sua não subordinação a um certo regime coactivo, tendo em conta a sua colaboração processual.

A única vantagem processual com carácter premial que se divisa no ordenamento legal português é a prevista no artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, no qual se admite a *suspensão provisória do processo relativo a crime de corrupção activa* no caso de o arguido ter denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade.

Vejamos, não obstante, se as demais vantagens mencionadas são processualmente admissíveis e, em caso negativo, quais os reflexos que uma colaboração assim indevidamente obtida tem sobre a prova adquirida através da colaboração.

a) Abstenção de procedimento criminal

13. Por vezes, os investigadores concedem um tratamento processual privilegiado a alguém que teve participação no crime sob investigação, na expectativa ou já em troca de um contributo probatório incriminador de outras pessoas nele envolvidas. O favorecimento consiste em, de forma consciente e deliberada, *não dirigir a investigação contra essa pessoa*, que assim nem sequer é constituída arguida e colabora com o processo na qualidade de testemunha.

Quando tal suceda, é violado o *princípio da legalidade da promoção processual* [artigo 219.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) e artigo 262.º, n.º 2, do CPP], que impõe a investigação de todos aqueles em relação aos quais haja sido adquirida notícia de terem tido participação num crime. Este princípio, bem assim como o princípio da igualdade na administração da justiça penal (artigo 13.º da CRP), a que aquele

¹⁹ GOMES CANOTILHO / NUNO BRANDÃO, "Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal", (n. 2), p. 35 e ss. Ainda nesta direcção, INÉS FERREIRA LEITE, "«Arrependido»", (n. 8), p. 394 e s., e PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *in: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, II, Almedina, 2018, Art. 126.º, § 26.

se liga²⁰, opõem-se a que o titular da acção penal escolha os alvos da investigação, dirigindo-a contra uns e desviando-a de outros. Recolhidos indícios que impliquem o (potencial) colaborador no crime sob investigação, é legalmente obrigatório, sob pena de violação do dever de promoção processual e assim de nulidade do inquérito (artigo 119.º, al. b), do CPP), direccionar o inquérito (também) contra ele²¹.

A indevida abstenção de procedimento criminal contra o colaborador tornar-se-á patente quando, recaindo sobre ele uma suspeita fundada de participação penalmente relevante nos factos sobre os quais é instado a depor, lhe sejam tomadas declarações em qualidade processual diferente da de arguido (v. g., como testemunha). Se, objectivamente, face aos elementos de prova constantes do processo, uma tal suspeita não puder deixar de ser afirmada, é legalmente obrigatória a sua (imediata) constituição como arguido quando preste declarações perante o Ministério Público ou um órgão de polícia criminal (artigos 58.º, n.º 1, al. a), e 59.º, n.º 1, do CPP). A violação deste dever implica a proibição da utilização como meio de prova das declarações colhidas (artigos 58.º, n.º 5, e 126.º, n.ºs 1 e 2, al. e), do CPP)²², à qual, em princípio, será de reconhecer um efeito à distância. Consequência que, a meu ver, deverá valer não apenas para o depoimento prestado em inquérito, mas também para aquele que é produzido em audiência de julgamento.

A subtracção injustificada do delator à acção penal constituirá uma fraude à lei que deverá, pois, ser sancionada com uma terminante proibição de valoração probatória das suas declarações incriminatórias dos seus companheiros no crime, bem como ainda dos meios de prova imediata ou mediata obtidos através da sua colaboração.

b) Utilização de medidas de coacção como moeda de troca da colaboração

14. Será igualmente inadmissível a prova obtida mediante colaboração prestada como *contrapartida da não promoção de medida de coacção* ou da *promoção de atenuação de medida de coacção que se encontre em execução*.

A ameaça de medidas de coacção, sobretudo se privativas da liberdade, é um meio de forte persuasão à colaboração tanto auto-incriminatória, como hétero-incriminatória. Transformar as medidas de coacção em instrumentos de obtenção de delações significa, porém, deturpar o seu sentido e finalidades processuais, representando um uso abusivo de meios processuais coactivos. Tratar as medidas de coacção como moeda de troca de uma colaboração

²⁰ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2.ª ed., Almedina, 2018, p. 70.

²¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, "Uma instrução inadmissível", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 4/2009, p. 666 e ss.

²² Nesta conclusão, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo. Considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 381.

probatória manchará indelevelmente as provas através dela produzidas e obtidas. Provas que, sendo fruto de coacção, não poderão ser utilizadas (artigo 126.º, n.ºs 1 e n.º 2, al. d), do CPP).

Diferente será o caso de uma colaboração do arguido não previamente condicionada por promessas daquela natureza. Se um arguido voluntária e espontaneamente colabora na descoberta da verdade material, esse comportamento processual deverá, em princípio, ser tido em conta no juízo sobre a existência e a intensidade das exigências processuais de natureza cautelar previstas no artigo 204.º do CPP que poderão justificar a sua sujeição a uma medida de coacção.

c) *Suspensão provisória do processo: o caso especial previsto no artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro*

15. Uma outra forma de obtenção de colaboração processual poderá passar pelo recurso ao instituto da *suspensão provisória do processo*. Poderá, com efeito, existir a tentação de fazer depender a sua aplicação do comportamento processual do arguido.

A este propósito, deve sublinhar-se, a traço grosso, que, no regime legal vigente, a colaboração *probatória* do arguido é irrelevante para o decretamento da suspensão provisória do processo. Só podendo a ela recorrer-se no caso de terem sido recolhidos indícios suficientes da prática de crime pelo arguido, não se vê a que título poderá erigir-se esse tipo de colaboração a pressuposto da suspensão provisória do processo. Na verdade, nada impede que se enverede por esta via processual mesmo no caso de o arguido exercer o seu direito ao silêncio sobre os factos que lhe são imputados: a confissão não constitui pressuposto de aplicação da suspensão provisória do processo. E menos ainda a delação de terceiros. Em geral, não há base legal para instituir a colaboração com vista à incriminação de terceiros como condição para ser decretada a suspensão provisória do processo. E como tal, será inadmissível colocar a suspensão provisória do processo na dependência de uma colaboração probatória do arguido.

16. Há, não obstante, um *caso excepcional* em que essa colaboração poderá relevar para a suspensão provisória do processo. Refiro-me ao previsto no artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. De acordo com este preceito, no crime de corrupção activa, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode suspender provisoriamente o processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos: a) concordância do arguido; b) *ter o arguido denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade*; c) ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

A suspensão está aqui dependente não de um comportamento processual futuro do arguido, mas de um comportamento passado: que o arguido, anteriormente, tenha denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade. O agente de um crime de corrupção activa que, no decurso do inquérito, *tenha dado* um contributo decisivo para a descoberta da verdade — *v. g.*, identificando os demais envolvidos, na vertente activa e passiva da corrupção, e concretizando e fornecendo elementos de prova susceptíveis de demonstrar elementos essenciais dos tipos incriminadores de corrupção, designadamente, os relativos à vantagem, à sua solicitação, promessa ou entrega e ao acto funcional mercadejado — poderá, deste jeito, ser poupado ao julgamento e a uma subsequente condenação criminal.

Ao contrário do que se verifica no regime geral previsto no artigo 281.º, n.º 1, do CPP, na hipótese especial prevista no artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, poderá recorrer-se à suspensão provisória do processo mesmo que o crime de corrupção activa em apreço seja punível com pena de prisão superior a 5 anos, como sucederá no caso de corrupção activa para acto ilícito agravado pelo valor elevado ou consideravelmente elevado da vantagem (artigos 374.º, n.º 1, e 374.º-A, n.ºs 1 e 2, do CP). Isto, sem prejuízo da aplicabilidade deste artigo 9.º ao crime de oferta indevida de vantagem (artigo 372.º, n.º 2, do CP) ou de corrupção activa para acto lícito (artigo 374.º, n.º 2, do CP), puníveis com penas de prisão não superiores a 5 anos, mesmo nas suas formas agravadas (artigo 374.º-A, n.ºs 1 e 2, do CP).

Ainda diferentemente do previsto no n.º 1 do artigo 281.º do CPP, não será necessário colher a concordância do assistente para que se suspenda provisoriamente o processo em relação ao agente do crime de corrupção activa.

Uma vez que esta suspensão provisória do processo tem como pressuposto que o arguido indiciado por crime de corrupção activa tenha denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade, o Ministério Público disporá da possibilidade de transmitir ao arguido que caso preste uma colaboração desta natureza promoverá, quanto a ele, a suspensão provisória do processo. Não lhe poderá garantir essa aplicação, dado que ela dependerá ainda da concordância do juiz de instrução, mas poderá comprometer-se a propô-la se o arguido der um contributo probatório que vá ao encontro do previsto na alínea *b*) do artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. Vislumbra-se aqui uma diferença mais desta forma especial de suspensão provisória do processo face ao quadro normativo geral definido pelo artigo 281.º do CPP, no âmbito do qual se proíbem compromissos desta índole.

17. Como se referiu, o artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, não condiciona a suspensão a uma futura colaboração processual do arguido. Nessa medida, não poderá essa norma ser mobilizada como base legal para a prática, que, todavia, de quando em vez faz curso, de sujeitar o arguido a quem é aplicada a suspensão provisória do processo à *injunção* de prestar

declarações em julgamento na qualidade de testemunha²³ ou de contribuir para a descoberta da verdade²⁴.

A colaboração probatória *future* do arguido poderia integrar esta modalidade especial de suspensão provisória do processo se fosse instituída como pressuposto da sua aplicação ou se pudesse figurar como injunção a impor ao arguido. Já se viu que esta suspensão não pressupõe um compromisso de uma colaboração futura, antes assenta numa colaboração já prestada. Julgo, além disso, que não poderá sujeitar-se o arguido, a título de injunção, ao dever de, em julgamento, depor com verdade sobre os factos objecto do processo.

Condição de aplicação da suspensão provisória do processo instituída pelo artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, é que se possa “prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que *no caso se façam sentir*” (alínea c)). Ora, não vejo de que forma possa um contributo probatório futuro do arguido satisfazer as *necessidades preventivas* que se façam sentir em relação ao crime de corrupção activa que lhe é imputado. Não encontro no artigo 281.º, n.º 2, do CPP, nomeadamente, na sua alínea m), *base legal* para a imposição deste dever — a delação de outros responsáveis não é comportamento que possa entender-se como exigido pelo caso. E duvido que possa considerar-se inteiramente livre e isenta de coacção uma futura eventual anuência do colaborador em prestar depoimento no processo. Tudo o que conduz à conclusão de que será inadmissível o decretamento da suspensão provisória do processo, mesmo com base no artigo 9.º da Lei n.º 34/96, na condição de o arguido doravante colaborar com o processo através da prestação de declarações incriminatórias de coarguidos que respondam pelo facto de corrupção de que ele se encontra indiciado²⁵.

²³ Cf. Ac. do TRC de 25 de Junho de 2008, (Proc. 1522/02.4TACBR.C1, www.dgsi.pt): “A fls. 1652 e ss., o Digno Magistrado do Ministério Público, nos termos do art. 281.º, do C. Processo Penal e da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, propôs a suspensão provisória do processo relativamente aos arguidos — corruptores activos — (...) *com a condição de, além de outras, consentirem em prestar depoimento na qualidade de testemunha, nos termos do art. 133.º, n.º 2, do C. Processo Penal, em julgamento que vier a realizar-se sobre a matéria investigada nos autos*. Esta proposta obteve a concordância da Mma. Juíza de Instrução Criminal (fls. 1662) — que não é já a Sra. Dra. ... — pelo que o processo ficou suspenso provisoriamente, relativamente a tais arguidos. E assim, foi apenas deduzida acusação contra os arguidos (...)”.

²⁴ Cf. Ac. do STJ de 15 de Abril de 2010 (Proc. 154/01.9JACBR.C1.S1, www.dgsi.pt): “Resulta ainda dos autos, com relevo, que: — CC foi constituído arguido na fase de inquérito preliminar dos presentes autos, tendo sido interrogado nessa qualidade, por indiciado como corruptor activo num dos crimes de corrupção passiva que vieram a ser imputados ao ora recorrente na acusação; — ainda na mesma fase de inquérito preliminar, o MP, em decisão fundamentada [nos termos dos artigos 9.º da Lei n.º 36/94 de 29 de Setembro — Medidas de Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira], 281.º, n.º 2, e 282.º, n.º 1, do CPP, com a concordância da M.ª JIC, determinou a suspensão provisória do processo em relação ao aludido CC, *com imposição do dever de contribuir para a descoberta da verdade*; — nesse mesmo despacho o MP deduziu acusação contra os restantes arguidos (o ora recorrente e aqueles que vieram a ser absolvidos na decisão final nos termos supra referidos) e determinou a separação de processo quanto a CC”.

²⁵ Assim, já INÊS FERREIRA LEITE, “A colaboração do coarguido na fase de investigação”, *in: Direito de Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 231. Apesar de ter

18. Se, não obstante, a suspensão provisória do processo for avante nesses termos e o colaborador for depois chamado a depor em julgamento, importará avaliar se a sua eventual decisão de prestar declarações é, de facto, livre e incondicionada.

Persistindo a suspensão provisória do processo, aquele que é dela beneficiário mantém o estatuto processual de *arguido*. Se a suspensão se mantiver agregada ao processo originário onde foi decretada e esse processo tiver entretanto transitado para a fase de julgamento, o colaborador não poderá ser ouvido como testemunha (artigo 133.º, n.º 1, al. a), do CPP), só podendo ser inquirido na qualidade de arguido. Caso em que, naturalmente, poderá invocar o seu direito ao silêncio e recusar-se a depor (artigo 61.º, n.º 1, al. d), do CPP). Se a sua imputação, objecto da suspensão provisória do processo, tiver sido separada do processo originário, poderá depor como testemunha, mas só se nisso expressamente consentir (artigo 133.º, n.º 2, do CPP). Assim, seja qual for a qualidade em que é chamado a prestar depoimento, aquele a quem foi aplicada a suspensão provisória do processo ao abrigo do artigo 9.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, poderá sempre recusar-se a depor.

Estando ainda em curso uma suspensão provisória do processo condicionada ao dever de que colabore com a descoberta da verdade material, não será, porém, de excluir que uma eventual recusa de prestação de declarações possa vir a ser qualificada como uma violação de injunção dela integrante. Nestas circunstâncias, não sendo a injunção dada como inaplicável, como poderá ser²⁶, a decisão do arguido sobre quem pende a suspensão de prestar ou não declarações em julgamento dificilmente poderá considerar-se inteiramente livre. É que sobre ela pairará o risco de revogação da suspensão provisória do processo e de prosseguimento do mesmo (artigo 282.º, n.º 4, al. a), do CPP), com todo o cortejo de consequências, até para a sua liberdade, que daí poderão advir. Uma ameaça que me parece afectar substancialmente a liberdade (negativa) de declaração deste arguido e que deverá, por isso, determinar a proibição de valoração do depoimento que porventura seja por ele prestada em audiência de julgamento (artigo 126.º, n.º 1, e n.º 2, al. d), do CPP)²⁷.

reconhecido, em relação ao “dever de contribuir para a descoberta da verdade”, que “não se pode dizer que seja uma regra de conduta muito escorregia, do ponto de vista dos direitos fundamentais”, o STJ, no referido acórdão de 15 de Abril de 2010 (n. 24), não concluiu, no entanto, pela ilegalidade da suspensão provisória do processo aplicada.

²⁶ Sustentando a possibilidade de o tribunal de julgamento afastar a injunção, com fundamento na sua ilegalidade, INÊS FERREIRA LEITE, “A colaboração do coarguido na fase de investigação”, (n. 25), p. 234 e s. Parece ter sido esse também o entendimento do STJ no mencionado acórdão de 15 de abril de 2010 (“Dessa forma, [tendo CC sido ouvido não como testemunha, mas na qualidade de coarguido] a pretensa coacção consistente na vinculação a colaborar na descoberta da verdade foi arredada, por essa via tendo o tribunal retirado todo o efeito à condição imposta”).

²⁷ Nestes termos, INÊS FERREIRA LEITE, “A colaboração do coarguido na fase de investigação”, (n. 25), p. 233 e s.

Se a suspensão provisória do processo tiver já chegado ao seu termo e o processo tiver sido arquivado em relação ao arguido a quem foi aplicada (cf. artigo 282.º, n.º 3, do CPP), a questão da prestação de declarações já deverá ser encarada de modo diferente. Neste caso, no julgamento dos outros responsáveis, o colaborador *já não será ouvido como arguido*, dado que essa qualidade cessou com o arquivamento do processo (artigo 57.º, n.º 2, do CPP). Será chamado a depor como *testemunha*, sendo-lhe reconhecida a prerrogativa de recusa de prestação de depoimento (artigo 133.º, n.º 2, do CPP)²⁸. A decisão de depor já não se mostrará aqui afectada por um constrangimento como aquele que incide sobre o arguido ainda sujeito à suspensão provisória do processo subordinada ao dever de colaboração com a descoberta da verdade material. Como tal, não vejo razão para pôr em causa a validade das declarações que o colaborador eventualmente preste, como testemunha, depois de, nos termos do n.º 2 do artigo 133.º do CPP, manifestar expressamente a sua concordância à prestação de depoimento testemunhal.

V. CONSIDERAÇÃO CONCLUSIVA

19. Os institutos premiais referenciados dão a perceber quão equivocada é a ideia, muito difundida entre nós, de que a legislação penal portuguesa é avessa ao pensamento premial e assim priva o processo penal de um “instrumento” de investigação que muitos pretendem fazer crer ser indispensável à repressão da criminalidade económico-financeira. Ideia que, não raro, é acompanhada do lançamento do anátema da complacência, quando não mesmo da convivência com essa criminalidade sobre todos aqueles que se opõem ou manifestam reservas à introdução de mecanismos premiais extremamente negociais.

Apesar de todas as dúvidas suscitadas pelas formulações das normas legais premiais, não será, por certo, a sua ambiguidade que constitui obstáculo a uma sua efectiva e expressiva aplicação. A explicação para tal estará porventura antes numa cultura judiciária, ela sim, avessa ao espírito negocial que impregna as práticas premiais.

Se as normas premiais que temos são ignoradas na prática judiciária, não se vislumbrando um real empenhamento para que “ganhem vida” nos processos, só podem tomar-se a título de aventureirismo os reptos à importação de exóticas e aparentemente milagrosas poções processuais estrangeiras. Em vez de se ir por aí, será preferível dar atenção e aplicação às normas premiais já consagradas no nosso sistema penal, explorando, de facto, as suas potencialidades.

²⁸ Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa: Verbo, 2008, p. 166. Considerando, porém, dispensável o consentimento expresso se se tratar de coarguido entretanto definitivamente absolvido ou em relação ao qual o processo haja sido, por qualquer motivo, arquivado, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa: Univ. Católica Editora, 2011, Art. 133.º/2c., p. 372.