

O direito premial e o seu contexto

José António Henriques dos Santos Cabral

(Juiz Conselheiro)

I.

A análise do tema da colaboração premial tem inscrita a seu montante, não só a compreensão do ambiente global que permitiu a sua evolução exponencial nas últimas décadas, mas, também, a percepção de que a mesma é apenas uma das formas como hoje os Estados enfrentam desafios que não conhecem fronteiras. A polémica sobre a existência dum direito premial é, em última análise, o fruto, e consequência, dum mundo em transformação acelerada, e nem sempre na melhor direcção.

Efectivamente, nas últimas décadas sobressaiu uma criminalidade substancialmente diversa daquela à sombra da qual se construíram os códigos que são a pedra angular do nosso direito penal. E se tal constatação não pode legitimar uma reacção visando restringir direitos fundamentais, igualmente é exacto que a inadaptação do sistema penal à efervescência criminal dos dias que correm o faz incorrer numa obsolescência, e incapacidade, de enfrentar desafios que transcendam a menoridade.

Na verdade, existe a possibilidade de que, com o nascimento destes novos espaços de exigência, os conceitos e instrumentos clássicos do direito penal perderem a sua consistência, exigindo novas fórmulas, e caminhos, com opções em que directa, ou indirectamente, podem ser colocados em causa princípios, e valores, fundamentais, que vão desde a restrição das liberdades individuais dos

cidadãos até à expansão do direito punitivo como garante da segurança da sociedade.

Não significa o exposto que se aceitem transformações coperniquianas nos dogmas do direito penal ou que se aceite, em sede de combate a formas radicais de criminalidade, uma zona de quase não direito. Porém, igualmente importa que a sedução do politicamente correcto, inscrita no discurso garantístico, não nos faça esquecer a existência duma criminalidade complexa e altamente organizada que, recorrendo a outros meios organizacionais ou tecnológicos e a um poder financeiro de grande dimensão, tem potencialidade para causar danos irreparáveis à escala nacional, regional ou global.

No contexto actual, pretender que o direito penal seja insensível à evolução social é impensável e o mesmo, inexoravelmente, terá de adaptar-se aos sinais dos tempos. A sua expansão deve conciliar as exigências do combate a novas formas criminalidade com a protecção de princípios fundamentais que consubstanciam um património inviolável.

Tal compromisso entre liberdade e segurança tem como pressuposto que inexistente liberdade sem segurança e, também, que, sem liberdade, a segurança tem pouco valor.

Encarar a questão da prova do crime, dentro da qual se inscreve o direito premial, perante tal nova e ameaçadora realidade criminal implica, assim, um redobrado apelo e, eventualmente, uma reformulação de meios e métodos.

II.

É neste ambiente que surge a questão de qual o lugar que se deve outorgar ao direito premial no âmbito do nosso sistema jurídico

Falamos concretamente da colaboração do arguido em termos do contributo para a investigação e descoberta da verdade material o qual, por tal motivo, será objecto dum reconhecimento que se pode consubstanciar numa policromia que vai desde a atenuação da pena até à sua dispensa, passando pela

suspensão do processo¹.

Para quem menospreza as declarações do arguido dificilmente é admissível que, simultaneamente, se possa premiar o mesmo em função da sua colaboração. Temos bem presente, no que concerne, a opinião de Germano Marques da Silva no sentido de que *“uma sociedade organizada na base do respeito pelos valores da dignidade humana, que respeite e promova os valores da amizade e da solidariedade (...) não pode consentir que o exercício de uma função soberana possa constituir a causa da quebra de solidariedade entre os seus membros, possa ser motivo de desconfiança no próximo, conduzir ao egoísmo e ao isolamento.....o “arrependimento” associado ao arguido colaborador com justiça “em nada representa a vontade de conformação com a lei”, porquanto apenas representa uma “exteriorização de pusilanimidade e de traição”, não concebendo que se “possa premiar o criminoso delator”, bem como que se “possa negociar a perfídia em nome da própria Justiça”².*

Numa outra linha de orientação, menos assertiva, se situam aqueles que integram as declarações do arguido num *tertium genus*, admitindo a sua valoração, desde que acompanhada por outros meios de prova. A este propósito, Teresa Beleza refere que o *“depoimento do co-arguido, não sendo, em abstracto, uma prova proibida em Direito Português, é no entanto um meio de prova particularmente frágil, que não deve ser considerado suficiente para basear uma pronúncia; muito menos para sustentar uma condenação”³*. Nesta sequência, outros actores entendem que as declarações do co-réu devem ser corroboradas, isto é o julgador terá de se socorrer de outros meios de prova que lhe permitam confirmar a credibilidade das mesmas⁴ entendendo, também, que,

¹ Neste “separar de águas” é evidente que estão fora das nossas preocupações momentâneas as questões de reconhecimento de outras figuras com eventual relevância em termos de direito premial como as derivadas da assunção confessória e arrependimento ou dos denominados acordos negociados de sentença passando pelo regime as acções encobertas.

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

³ In *Revista do Ministério Público*, n.º 74, pág. 58.

⁴ Medina de Seça, in “O conhecimento probatório do co-arguido”, págs. 212 e segs.

quando as declarações dos arguidos, referentes a co-arguidos não se encontram corroboradas por qualquer outra prova não constituem prova suficiente dos factos relatados⁵.

Em nosso entender, importa precisar alguma confusão que está subjacente à cruzada empreendida contra o arguido que produz depoimento incriminatório. Na verdade, uma coisa são proibições de prova, que são verdadeiros limites à descoberta da verdade, barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo e outra, totalmente distinta, a valoração da prova. Nesta última está implícita uma apreciação da credibilidade da prova produzida em termos legais.

Portanto, a questão que se coloca é tão só, e singelamente, saber se é válida processualmente a admissibilidade do depoimento do arguido, nomeadamente aquele que incrimina os restantes co-arguidos. A resposta é, quanto a nós, frontalmente afirmativa e dimana desde logo da regra do artigo 125 do Código Penal dispondo que são admitidas as provas que não forem proibidas por lei; por outro lado não logra qualquer apoio uma interpretação rebuscada da Constituição que aponte a inconstitucionalidade de uma tal interpretação.

Bem pelo contrário, a consideração de que o depoimento do arguido, que é, antes do mais, um cidadão no pleno uso dos seus direitos, reveste à partida de uma *capitis diminutio* só pelo facto de ser arguido ofende o princípio da igualdade dos cidadãos. Falamos, assim, como em relação a todos os meios de prova, duma questão de credibilidade do depoimento do co-arguido.

Esta credibilidade, como adiante precisaremos, só pode ser apreciada em concreto face às circunstâncias em que é produzida. O que não é admissível é a criação de regras abstractas de apreciação da credibilidade, retornando ao sistema da prova tarifada, opção desejada por um sistema inquisitorial. Assim, dizer em abstracto, e genericamente, que o depoimento do co-arguido só é válido se for acompanhado de outro meio de prova é uma subversão das regras da

⁵ José Luis Vázquez Sotelo, “Presuncion de Inocencia del Imputado e Intima Conviccion del Tribunal”, pág. 134.

produção de prova sem qualquer apoio na letra ou no espírito da lei.

A admissibilidade do depoimento do arguido como meio de prova em relação aos demais co-arguidos não colide minimamente com o catálogo de direitos que integram o estatuto inerente àquela situação e está adequada à prossecução de legítimos e relevantes objectivos de política criminal, nomeadamente no que toca à luta contra criminalidade organizada.

Como refere o Professor Costa Andrade é evidente que ninguém coloca em causa o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, que deriva desde logo da tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência em geral referenciados como a matriz jurídico-constitucional do princípio. A lei processual penal portuguesa contém um conjunto de normas através das quais se assegura acolhimento expresse às mais significativas exigências do princípio *nemo tenetur*. A começar, e em se tratando de factos pertinentes à culpabilidade ou medida da pena, o Código de Processo Penal garante ao arguido um total e absoluto direito ao silêncio (artigo 61.º, n.º 1, al. c))⁶.

A eficácia de tais normas é assegurada através da sanção da proibição de valoração. Porém, a proibição de valoração incide sobre o silêncio que o arguido adoptou como a melhor estratégia processual e, como é evidente, não poderá repercutir-se na prova produzida por qualquer meio legal e que venha a precisar e demonstrar a sua responsabilidade criminal⁷.

Seria necessária uma visão fundamentalista, e unilateral do processo penal, defender que o exercício do direito ao silêncio tivesse potencialidade para

⁶ Um direito em relação ao qual o legislador quis deliberadamente prevenir a possibilidade de se converter num inaceitável *privilegium odiosum*, proibindo a sua valoração contra o arguido quer se tratando de silêncio total (artigo 343.º, n.º 1) quer se tratando de silêncio parcial (artigo 345.º, n.º 1). Para garantir a eficácia e reforçar a consistência do conteúdo material do princípio “*nemo tenetur*” a lei impõe às autoridades judiciais ou órgãos de polícia criminal, perante os quais o arguido é chamado a prestar declarações, o dever de esclarecimento ou advertência sobre os direitos decorrentes daquele princípio (cfr., v. g., artigos 58.º, n.º 2, 61.º, n.º 1, al. a), 141.º, n.º 4, e 343.º n.º 1).

⁷ Manuel da Costa Andrade, “Sobre as Proibições de prova em processo penal”, Coimbra Editora 1992, págs. 126 e segs..

inquinar todo o meio de prova que, não obstante a sua regularidade, viesse a demonstrar a falência de tal estratégia de silêncio.

Esta argumentação não é aceite para quem, nos processos de grande criminalidade organizada, aposta a defesa dos arguidos no seu silêncio conjunto por uma questão de estratégia processual. Porém, não são tais visões parcelares que irão contribuir para elucidar a questão em apreço. Bem pelo contrário, estamos em crer que o eixo fundamental da questão reside no fado de o depoimento incriminatório estar sujeito às mesmas regras de outro, e qualquer meio de prova, ou seja, a sua sujeição à regra da investigação; da livre apreciação e do princípio *in dubio pro reo*. Assegurado que esteja o funcionamento de tais princípios e o exercício do contraditório, nos termos preconizados pelo artigo 32.º da Constituição, nenhum argumento subsiste relativo à invalidade de tal meio de prova.

Aliás, a partir do momento em que o arguido depõe no exercício do seu direito de defesa é evidente que as suas palavras têm uma dupla conotação pois que, sendo emergentes de um inviolável direito de defesa, elas são também um meio de prova. Não é possível, em termos práticos, separar aquela realidade concreta, que é o depoimento do arguido, considerando, ora como um exercício legítimo de um direito, ora como meio de prova. Tal visão, para além de um inequívoco maniqueísmo, esquece que o processo penal visa a descoberta da verdade material e não de tantas realidades quanto aquelas que interessam aos diversos sujeitos processuais.

Sem embargo, é evidente que é preciso ser muito cauteloso no momento de pronunciar uma condenação baseada somente na declaração do co-arguido porque este pode ser impulsionado por razões aparentemente suspeitas tal como o anseio de obter um trato policial ou judicial favorável; o ânimo de vingança, ódio ou ressentimento ou o interesse em auto exculpar-se mediante a incriminação de outro, ou outros, acusados. Para dissipar qualquer dessas suspeitas objectivas é razoável que o mesmo co-arguido transmita algum dado

externo que corrobore objectivamente a sua manifestação incriminatória com o que a mesma deixará de ser uma imputação meramente verbal e se converte numa declaração objectivada e superadora de uma eventual suspeita inicial.

Assim, estamos em crer que é importante, em sede de credibilização do depoimento, que o mesmo seja corroborado objectivamente. Não se trata de criar, em termos abstractos, uma exigência adicional ao depoimento do co-arguido incriminatório dos restantes arguidos em termos de admissibilidade como meio de prova, entrando, como já se afirmou, num zona de uma inadmissível prova tarifada, mas sim de uma questão de credibilidade daquele depoimento em concreto. Será, pois, a nível de valoração em concreto do depoimento produzido que se coloca a questão da sua relevância. Como refere Carlos Clement Duran⁸ a imputação que um co-acusado realiza contra outro co-acusado tem o grande atractivo de que a faz quem aparece como um directo conhecedor do facto em juízo e está a assumir a sua própria responsabilidade penal.

Porém, pelo seu próprio peso específico, importa efectuar um juízo crítico rigoroso sobre o valor de tal imputação e que permita concluir que a incriminação que a mesma contem não corresponde a um interesse espúrio.

Compreende-se, assim, a importância que se atribui ao facto de tais manifestações incriminatórias estarem acompanhadas de algum dado, ou elemento de carácter objectivo, que lhes dê credibilidade e devam ser uniformes, e reiteradas, evidenciando a credibilidade do acusado que as realiza.

Na esteira do Autor citado entendemos que a credibilidade do depoimento incriminatório do co-arguido está na razão directa da ausência de motivos de incredibilidade subjectiva o que, na maioria dos casos, se reconduz à inexistência de motivos simulados e à existência de uma auto-inculpação.

Igualmente assume uma real importância a concorrência de corroborações periféricas objectivas que demonstrem a verosimilhança da incriminação.

⁸ Carlos Clement Duran, “La Prueba Penal”, 1999.

III.

Determinada a importância, e admissibilidade das suas declarações, a questão que agora constitui o cerne das nossas preocupações é a aceitação duma compensação em relação ao arguido que colabora de forma relevante no apuramento da responsabilidade criminal dos co-arguidos ou dá indicações importantes na descoberta da verdade material.

Para alguns autores, como Marie-Aude Beernaert⁹, é difícil ultrapassar as reservas morais relativas a meios que possam ser consideradas como um incentivo à delação. Numa visão idílica, inspirada em arquétipos românticos, aponta-se a infâmia do comportamento do colaborador da justiça no recebimento de vantagens pessoais como contrapartida da denúncia dos “velhos camaradas” a quem estava ligado por laços de confiança. O que, em última análise, se equaciona é a dignidade do comportamento do sistema de justiça na aquiescência de tais comportamentos e saber se a procura de eficiência justifica que se recorra a métodos cuja moralidade pode ser duvidosa.

Como refere a autora citada, esta é uma objecção de longa data, podendo ler-se em Beccaria, no seu Tratado dos Delitos e das Penas sobre a impunidade oferecida ao autor de uma ofensa que denuncia os seus cúmplices que “*é em vão que eu me atormento para sufocar o remorso que sinto quando permito que as leis sagradas, o monumento sagrado da confiança pública e a base da moralidade humana, usem a traição e a dissimulação*”.

Em nosso entender tal ordem de argumentos ignora a realidade criminal dos tempos que correm, ficcionando laços de solidariedade que inexistem ou, existindo, têm como cimento o crime. Uma sociedade assente em valores não pode admitir no mesmo plano das virtudes da República a fidelidade entre bandidos com o intuito de violar suas as leis.

⁹ Marie-Aude Beernaert, “Repentis ou collaborateurs de justice: quelle légitimité dans le système pénal?”, in *Droit et société*, 2003/3 (n.º 55), págs. 693-711, acessível em <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2003-3-page-693.htm>. V., ainda, José Luis Guzmán Dalbora, “Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 2 (Abril-Junho de 2011).

Defrauda qualquer concepção que se detenha sobre os valores do Estado de Direito afirmar que existe uma indignidade, ou até uma natureza infra-humana, naquele que colabora com a justiça, expondo à luz do sol os desmandos criminais dos seus comparsas no crime e as teias da organização em que foram companheiros. Não há que respeitar lealdades forjadas na prática do crime e ensombradas, quantas vezes, pelo sangue das vítimas.

Como refere Inês Ferreira Leite, em termos que merecem nossa total adesão, no que respeita aos próprios autores da denúncia importa desde logo desmistificar a proclamada ideia de deslealdade para com os companheiros do crime. Como refere a mesma autora¹⁰, *“esta ideia parte da convicção generalizada de que, até no seio de uma “sociedade criminosa” – ou seja, no seio de um grupo social que partilhe, entre si, a prática de crimes destinados a fins de satisfação de necessidades ou interesses comuns – deverá reconhecer-se a existência de princípios de lealdade e ética.”* Nessa sequência *“fará parte das regras implícitas de uma actuação criminosa coordenada, o dever de, uma vez terminada a associação, não denunciar os “colegas” às autoridades”, pois que, “a prática de crimes em comparticipação ou sob a forma de associação criminosa corresponde à existência de fortes laços de amizade e companheirismo entre os agentes do crime”*. Tal versão idílica da comparticipação criminosa não é real e credível pois que, quando falamos de criminalidade organizada, situada num patamar superior, a mesma assume, muitas vezes, uma estrutura quase empresarial, assente na construção de relações de subordinação e hierarquia quando não, também, em relações resultantes de ambientes internos de intimidação generalizada.

No combate a grandes organizações criminosas foi determinante o papel de arguidos que se dispuseram a colaborar com o sistema de justiça. Acusar as denúncias dos *pentiti* italianos em relação à Mafia ou de Kurt Gerstein em relação à actuação dos SS nos campos de concentração nazis, como uma ofensa à

¹⁰ Inês Ferreira Leite, “Arrependido – A colaboração processual do co-arguido na investigação criminal”, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, ed. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Almedina, 2010, págs. 381 e segs.

lealdade, e à camaradagem, é uma inversão total de valores.

Uma segunda ordem de argumentos aduzida pelos críticos da possibilidade de colaboração filia-se na imputação duma interferência injustificável no direito ao silêncio, ou seja, na consideração de que a possibilidade duma colaboração processual inevitavelmente mina o direito ao silêncio do acusado. Nessa perspectiva, embora formalmente o mesmo direito seja respeitado, a capacidade de opção do arguido em fazer prevalecer o seu direito de defesa e, em particular, seu direito ao silêncio, é colocada em causa. O mesmo terá de escolher entre dois comportamentos de sinal contrário-colaborante ou não colaborante- a que irão corresponder respostas totalmente distintas do sistema de justiça. A pressão psicológica que exerce a compreensão das consequências da opção a tomar constitui, para alguns, uma forma moderna de revisitar uma cultura inquisitorial.

Tal crítica ignora em absoluto o pressuposto Kantiano de que a afirmação da liberdade do homem significa pressupô-lo como portador de uma vontade pura, ou seja, uma vontade capaz de agir segundo princípios práticos que ela mesma se impõe, ou seja, a vontade é determinada pela razão¹¹⁻¹².

Uma última objecção, reflectindo-se no plano processual, é a constatação do interesse pessoal e, como tal, da necessidade duma especial atenção à credibilidade, e valoração, das declarações do arguido. Nesta perspectiva o colaborador seria um interveniente processual não fiável que procura minimizar o seu próprio envolvimento nos fatos relatados e, na procura dum tratamento privilegiado, procura ir ao encontro daquilo que entende o sistema de justiça esperar da sua atitude.

Também aqui, e como referido, estamos em crer que a questão da credibilidade do colaborador da justiça não surge de forma diferente de qualquer outro depoimento. A ponderação da sua credibilidade é, antes do mais, uma

¹¹ Immanuel Kant, “Crítica da razão prática”, São Paulo: Martin Claret, 2003.

¹² Neste capítulo, particularmente sensível é a crítica formulada por alguns autores no sentido de existir uma tendência a penalizar o acusado que não cooperou o que poderá ter reflexos a nível do seu estatuto processual, nomeadamente pela sujeição, ou não, a prisão preventiva.

afirmação de capacidade de valoração por parte dos magistrados, sendo certo que, como referia Bentham, é óbvio aqui são patentes as razões para um maior cuidado na avaliação do depoimento.

Globalmente, importa referir que, mais do que considerações genéricas, e sem consistência precisa, importa equacionar a delação premiada em função de princípios processuais que constituem limite e, paralelamente, têm uma função de garantia em relação ao arguido que colabora, autor da delação e, também, daqueles que são visados por esta. Para além da questão ética estão em causa princípios estruturantes como o princípio da imediação da prova, o princípio da livre obtenção dos meios de prova, o princípio da livre apreciação da prova e o princípio do contraditório.

Se a delação pode visar, e visa efectivamente, uma tentativa de atenuação da responsabilidade perante ao poder punitivo do Estado e, por tal forma, pode corporizar um interesse próprio e egoísta, igualmente é exacto que, objectivamente, a mesma pode consubstanciar um arrependimento e uma inflexão de vida pelo arguido. Mas, mesmo partindo do pressuposto de que a colaboração é procurada de forma interesseira, com o objectivo dum benefício ao nível da pena a aplicar, tal facto terá de ser equacionado em função dum valor fundamental no processo penal que é a procura da verdade.

Esta procura tem de ser efectuada com regras fundamentais, como é o exercício do contraditório, competindo ao juiz controlar e comprovar a validade e a credibilidade da confissão. Asseguradas as condições de total liberdade na denúncia, denúncia essa acompanhada de provas que demonstrem a sua veracidade, cabe ao denunciado a possibilidade de demonstrar que os factos que contra si foram dirigidos não correspondem à verdade.

IV.

A questão do direito premial é susceptível de ser analisada em vários planos sendo certo que a nossa atenção é, por vezes, convocada por exemplos de

direito comparado apontados como portadores duma apreciável eficácia em termos de combate à criminalidade organizada. Todavia, independentemente do mérito que deve ser atribuído a figuras de outras latitudes e longitudes, que têm o respaldo duma prática jurisprudencial consistente¹³, ou de uma eficiência estimável, importa-nos aqui, e agora, sopesar o que a propósito encontramos no nosso direito penal.

Nesta apreciação importa ter presente que a preocupação com a procura de fontes de informação localizadas no interior das organizações criminosas é hoje uma preocupação, não só dos Estado, como, também, das instituições internacionais. Neste conspecto o direito premial constituirá um instrumento precioso em paralelo com outros, como a protecção dos denunciante, figura em relação à qual os mais fundamentalistas formularão as mesmas reservas de violação dum “inquieta” princípio da lealdade. A relevância destes instrumentos está bem patente na Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 2018, e relativa à protecção das pessoas que denunciam infracções ao direito da União que se justifica dizendo que *“a partir de inquéritos como o Eurobarómetro Especial sobre a Corrupção de 2017, é possível extrair indicações sobre a amplitude da subnotificação dos denunciante: 81% dos europeus referiram que não comunicaram casos de corrupção de que terão sido alvo ou testemunhado, 85% dos inquiridos na consulta pública de 2017 realizada pela Comissão acreditam que os trabalhadores raramente ou muito raramente comunicam as suas preocupações relativamente a ameaças ou situações que prejudiquem o interesse público por receio de consequências jurídicas e financeiras. Um estudo de 2017, realizado para a Comissão, estimou que, só no âmbito dos contratos públicos, as perdas anuais de potenciais benefícios para o conjunto da UE devido à falta de protecção dos denunciante seriam da ordem de 5,8 a 9,6 mil milhões de euros, ilustrando os seus impactos negativos no bom funcionamento do*

¹³ Cfr. “Les repentis face a la justice penal”, estudo do Senado Francês consultável em <https://www.senat.fr/lc/lc124/lc124.html>. Consultar a respectiva síntese em José António Rodrigues da Cunha, “A colaboração do arguido com a justiça” consultável em <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/2066/1/TMD%2063.pdf>.

mercado único”.

No âmbito dos tratados internacionais igualmente é evidente a noção da importância da colaboração, e da protecção, de quem está dentro da organização, criando instrumentos que permitam favorecer a investigação e repressão da criminalidade mais grave. É nesse sentido que encontramos a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, núcleo foco do combate ao crime organizado transnacional¹⁴, bem como se considera exemplar a Resolução do Conselho de 20 de Dezembro de 1996 relativa à protecção das pessoas que colaborem com a justiça na luta contra a delinquência organizada, recordada na acção comum de 21 de Dezembro de 1998. Também o conselho da Europa elaborou um código de boas práticas sobre programa de protecção de testemunhas – *Best Practice Survey-Witness protection programs* – em que ressalta a importância das medidas de protecção de testemunhas para lutar contra o crime organizado, conjugada com um sistema de recompensa em relação aos co-arguidos que colaboram com a justiça. No mesmo sentido aponta a resolução do Comité de Ministros sobre os princípios estruturantes da luta contra o crime organizado datada de 19 de

¹⁴ “Article 26 – Mesures propres à renforcer la coopération avec les services de détection et de répression 1. Chaque État Partie prend des mesures appropriées pour encourager les personnes qui participent ou ont participé à des groupes criminels organisés: a) À fournir des informations utiles aux autorités compétentes à des fins d’enquête et de recherche de preuves sur des questions telles que: i) L’identité, la nature, la composition, la structure ou les activités des groupes criminels organisés, ou le lieu où ils se trouvent; ii) Les liens, y compris à l’échelon international, avec d’autres groupes criminels organisés; iii) Les infractions que les groupes criminels organisés ont commises ou pourraient commettre; b) À fournir une aide factuelle et concrète aux autorités compétentes, qui pourrait contribuer à priver les groupes criminels organisés de leurs ressources ou du produit du crime. A/RES/55/25 24 2. Chaque État Partie envisage de prévoir la possibilité, dans les cas appropriés, d’alléger la peine dont est passible un prévenu qui coopère de manière substantielle à l’enquête ou aux poursuites relatives à une infraction visée par la présente Convention. 3. Chaque État Partie envisage de prévoir la possibilité, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, d’accorder l’immunité de poursuites à une personne qui coopère de manière substantielle à l’enquête ou aux poursuites relatives à une infraction visée par la présente Convention. 4. La protection de ces personnes est assurée comme le prévoit l’article 24 de la présente Convention. 5. Lorsqu’une personne qui est visée au paragraphe 1 du présent article et se trouve dans un État Partie peut apporter une coopération substantielle aux autorités compétentes d’un autre État Partie, les États Parties concernés peuvent envisager de conclure des accords ou arrangements, conformément à leur droit interne, concernant l’éventuel octroi par l’autre État Partie du traitement décrit aux paragraphes 2 et 3 du présent article”.

Setembro de 2001.

V.

Em causa numa abordagem do direito premial a colaboração, ou delação premiada, que existirá sempre que um arguido informa sobre factos penalmente relevantes que têm aptidão para fundamentar a responsabilidade penal de terceiro. A colaboração assumirá, assim, o duplo significado de auto- e de hétero-incriminação: o colaborador, em princípio, confessará factos com relevo criminal de que ele próprio tenha sido agente e, aliciado pela expectativa dum prémio em termos da sua menor responsabilização criminal, delatará terceiros que com ele hajam participado em tais factos ou que tiveram participação noutros factos que com os mesmos estejam relacionados.

As contrapartidas legais que poderão advir para o mesmo arguido podem ser múltiplas, incidindo a maior parte das vezes na redução, ou isenção, das penas aplicáveis aos crimes que lhe sejam imputados, na aplicação de um regime de execução de pena mais favorável ou na dispensa de procedimento criminal ¹⁵.

O direito penal português contem hoje normas que consubstanciam o núcleo dum direito premial. Fundamentalmente, tais normas visam a contrapartida de uma colaboração directa, e frontal do arguido na recolha de provas decisivas para a identificação, ou a captura, de outros responsáveis.

Tais normas incidem em áreas que englobam a criminalidade organizada, a de natureza económico financeira e a criminalidade contra o Estado. Genericamente tal núcleo normativo aponta para aquele que “*auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis*” o qual 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 Código Penal (artigos 372.º, 373.º e 374.º) e na Lei dos Crimes

¹⁵ Cfr., a propósito, Nuno Brandão, “Colaboração Probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais”, Revista Julgar, n.º 38, págs. 115 e segs.

de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos (artigos 16.º, 17.º e 18.º da Lei n.º 34/87) – cf. artigo 374.º-B, n.º 2, al. a), do Código Penal e artigo 19.º-A, n.º 2, al. a), da Lei n.º 34/87;

– 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);

– a atenuação especial da pena é facultativa no crime de branqueamento (artigo 368.º-A, n.º 9, do Código Penal), 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), 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) 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);

– 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 (cf. artigo 31.º desse diploma), no âmbito do terrorismo, na generalidade dos diversos crimes tipificados na Lei n.º 52/2003 (cf. artigos 2.º, n.º 5, 3.º, n.º 2, 4.º, n.º 13, 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)¹⁶.

Importa referir a propósito que existe uma diferença estrutural entre este tipo de benefícios, cuja génética assenta na colaboração, e os previstos nos artigos 71.º e 72.º do Código Penal, cuja fonte é a figura do arrependido, assente na auto-confissão. Para além da diferença em que está inscrita a auto e hetero-incriminação importa salientar que as normas que se inscrevem naquele domínio têm aplicação apenas a formas de criminalidade considerada especialmente

¹⁶ Cfr. Nuno Brandão, “Colaboração Probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais”, cit..

complexa, ou organizada.

VI.

A aplicação das referidas normas premiaias suscita duas ordens de questões práticas: por um lado definir o que se deve entender por “*provas decisivas*”, conceito que consubstancia um pressuposto essencial da eventual isenção, ou dispensa da pena; e, por outro, definir qual o momento em relação ao qual se deve avaliação do carácter decisivo das provas produzidas pelo “colaborador”, ou seja, se em relação ao inquérito, se em relação ao julgamento

Efectivamente, pressuposto nuclear da aplicação das citadas normas de direito premial é a circunstância do arguido ter auxiliado na recolha de provas decisivas para a identificação e captura de outros responsáveis. O que está em causa é que o mesmo arguido, que pretende beneficiar dum benefício em troca da sua colaboração, colabore na investigação, fornecendo, sem quaisquer subterfúgios, elementos decisivos para a mesma, os quais, sem tal colaboração, seria difícil, ou impossível, obter.

Falamos, assim, duma postura frontal, sem ambiguidades, que, pela sua relevância, merece ser valorada em termos penais, e não de meras indicações sem relevo probatório, ou colaterais, em relação aos factos sobre investigação e julgamento. Como refere Inês Ferreira Leite¹⁷, “*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*”. Igualmente Nuno Brandão¹⁸ se pronuncia no sentido de que “*a “mais-valia” que o colaborador poderá trazer para a realização da justiça criminal corresponderá antes à revelação*

¹⁷ “Arrependido – A colaboração processual do co-arguido na investigação criminal”, cit., págs. 395 e segs.

¹⁸ “Colaboração Probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais”, cit..

de tudo o que sabe sobre os factos objecto do processo e sobre o contributo pessoal dado por aqueles, dele conhecidos, que neles intervieram”. Para o mesmo Autor, “uma colaboração que dê a conhecer, mediante prestação de declarações (de co-arguido) hétero incriminatórias, os termos da participação dos 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”.

Efectivamente, falamos de domínios de criminalidade de difícil investigação, não só pela sua complexidade, opacidade e dimensão dos interesses envolvidos, como, também, pela circunstância de mobilizarem organizações criminosas em que um dos esteios é a existência duma lei do silêncio cujos códigos apenas com recurso à colaboração de quem está no seu interior podem ser quebrados.

Todavia, saliente-se que tal circunstância não nos leva à exigência, como pressuposto da invocação premial, que o arguido, que colabora, informe de tudo quanto sabe sobre os factos criminosos de terceiro ou que seja exigível que o mesmo, adicionalmente, forneça qualquer outro tipo de prova, v.g. documental. Em nosso entender ponto é que a informação fornecida seja decisiva, e decisiva no que toca à indicação de factos susceptíveis de fundamentarem a responsabilização criminal de terceiro¹⁹.

Uma outra questão cinge-se à definição do momento processual em relação ao qual deverá ser apreciada, e valorada, a natureza decisiva da

¹⁹ Para Inês Ferreira Leite, “Arrependido – A colaboração processual do co-arguido na investigação criminal”, loc. cit., “para que se pondere a aplicação dos benefícios processuais e penais previstos na lei, o tribunal terá que concluir que as informações prestadas pelo arguido: a) Constituíram, conjugadas com outros meios de prova, prova indiciária suficiente para sustentar uma acusação contra, pelo menos, um outro agente do crime; b) Constituíram, através de uma actividade de recolha de prova levada a cabo pelas autoridades, um elemento relevante para a construção de um “pacote probatório” susceptível de sustentar uma acusação contra, pelo menos, um outro agente do crime (um elemento sem o qual tal construção não teria sido possível, ou teria sido extremamente difícil e muito mais morosa); c) Conduziram, isoladamente ou através de uma actividade de recolha de prova levada a cabo pelas autoridades, à identificação de outro ou outros agentes do crime e à posterior captura dos mesmos, permitindo, de modo imediato, a cessação da actividade criminosa”.

colaboração. Para Nuno Brandão²⁰, deverá “o tribunal avaliar, face à prova que sustentou a condenação dos outros responsáveis, se tal se deveu fundamentalmente ao auxílio probatório do co-arguido colaborador. Se nenhum dos co-arguidos alvo das declarações do colaborador acabar por ser condenado não haverá razão para falar, no que a esses visados diz respeito, em outros responsáveis. E como tal, à partida, parece não haver razão para que o colaborador beneficie da aplicação da norma premial”.

Entende-se o nível superlativo de exigência apontado pelo referido Autor, mobilizando a comprovação judicial em sede de decisão proferida da importância do contributo do arguido. Todavia, entendemos que a relevância do mesmo contributo deverá ser valorada em função do contributo à investigação e da posterior corroboração do mesmo comportamento de colaboração nos diversos momentos processuais, nomeadamente em audiência de julgamento.

Na verdade, não obstante a importância decisiva da colaboração do arguido, a informação que prestou poderá não conduzir à condenação de terceiro em julgamento, por razões processuais ou substanciais, e nem por isso deverá o mesmo ser excluído do referido benefício.

A valoração das declarações de arguido “colaborador” deverá, assim, ter lugar após a prestação das mesmas em audiência de julgamento com sujeição ao princípio do contraditório, valoradas em função da sua contribuição para a descoberta da verdade material no decurso do processo e nas diversas fases que o mesmo comporta. Como refere Inês Ferreira Leite²¹, “o tribunal deverá avaliar da relevância do contributo do arguido na fase de investigação, tendo em vista a sua eficácia para a descoberta de outros agentes do crime, tendo em consideração apenas o valor intrínseco destas e não outras circunstâncias que tenham ocorrido posteriormente, ainda que estas tenham descredibilizado ou inutilizado as “provas” obtidas”.

Entendemos, assim, que o juízo a efectuar, necessariamente em sede

²⁰ “Colaboração Probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais”, cit..

²¹ “Arrependido – A colaboração processual do co-arguido na investigação criminal”, cit..

jurisdicional será um juízo de prognose em que se equaciona, essencialmente, a adequação dos elementos de prova fornecidos pelo arguido no que concerne ao momento da investigação²².

VII.

É linear que, num processo penal fundado no princípio da legalidade, não há lugar, nem respaldo, para uma negociação em que o Ministério Público, em nome do Estado, assumia um compromisso em termos de pena como contrapartida da colaboração.

Para além do princípio da legalidade, o acordo dirigido a uma fixação antecipada da pena colide com o princípio da jurisdicionalidade, bem como o princípio da culpa. A determinação da medida concreta da pena do juiz compete ao juiz, e não ao Ministério Público, e deve obedecer ao disposto no artigo 59.º do Código Penal, consagrando a culpabilidade como factor relevante para a fixação do *quantum* da pena. Na sequência das palavras de Figueiredo Dias, *"um acordo sobre a medida concreta da pena não pode ser considerado admissível, pois que tal significaria uma violação do princípio da culpa e aproximaria de novo o acordo da troca, negócio ou barganha. Ao tribunal, e só a ele, pertence ponderar todas as circunstâncias do caso que relevam para a culpa e a prevenção e, em função delas, encontrar o exacto quantum de pena"*²³.

Caso o Ministério Público garantisse ao arguido a aplicação duma determinada pena existiria uma violação da reserva absoluta de jurisdição confiada aos tribunais em matéria de aplicação de sanções criminais.

Perante a impossibilidade legal duma negociação com vista à colaboração

²² Cfr. Margarida Barahona, "As dificuldades de prova nos crimes de corrupção: em especial, a Corrupção Passiva e Ativa e a Delação Premiada", acessível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/25587/1/Tese%20-%20Mestrado%20Forense%20-%20Margarida%20Barahona%20-%202003.04.2018.pdf>, e Mafalda Matos "O direito premial no combate ao crime de corrupção", acessível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16884/1/Trabalho%20Final%20de%20Mestrado.pdf>.

²³ Acordos sobre a sentença em Processo penal, ed. da Ordem Advogados Portugueses – Conselho Distrital do Porto, Novembro de 2011, pág. 51.

não admira que as normas que respeitam ao direito premial no nosso ordenamento jurídico pouca utilidade prática tenham demonstrado até hoje.

Tal sucede porquanto o arguido colaborador é solicitado a auxiliar concretamente na obtenção, ou produção de provas decisivas, sem que exista uma contrapartida certa, e concretizada, ou meramente previsível em relação à sua situação processual e ao benefício decorrente da pretendida colaboração.

Perante a perspectiva de colaboração permanecerá sempre uma incógnita sobre a concessão do benefício e nunca o arguido poderá estar seguro sobre a mesma. Não obstante a sua colaboração o arguido não tem qualquer garantia de que o seu contributo venha a ser considerado como decisivo. Repescando as palavras de Nuno Brandão, *“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”*²⁴.

No direito penal português o arguido-colaborador é, assim, colocado numa situação de incerteza que o leva, na maior parte das vezes, a não assumir os riscos duma colaboração em troca do nada que lhe é oferecido²⁵.

Em última análise é uma questão de ponderação económica em termos custo-benefício em que o custo é o próprio risco.

Para além de tal constatação importa acentuar que a construção dum direito premial com um mínimo de eficácia passa, necessariamente, por uma prática policial, e judicial, que reconheça a relevância da colaboração do arguido no domínio duma criminalidade de patamar superior. Na prática judiciária faltam uma postura, e estratégias, consequentes, bem como uma articulação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, no sentido de, ponderando as características de cada processo, se procurar de forma assertiva, e proficiente, a colaboração do arguido.

²⁴ “Colaboração Probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais”, cit..

²⁵ Maria Pereira Eleutério Silva, “A perseguição da corrupção: delação premiada: um caminho legítimo?”, Dissertação de mestrado em Direito Judiciário, acessível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/51828>.

Por igual forma não é compreensível a renitência que existe por vezes, e em sede de julgamento, de reconhecer a importância do contributo do arguido.

O reconhecimento da importância da colaboração deverá ter respaldo numa admissão formal de tal importância pelo Ministério Público que, ao encerrar o inquérito, e em face da valoração da prova que foi produzida na sequência da prestação do arguido colaborador, reclamará para este um estatuto processual próprio que conduzirá à atenuação especial, ou dispensa da pena, face às normas de direito premial que se encontram contempladas no direito substantivo. Na verdade, a valoração da colaboração só poderá ser feita pelo detentor da acção penal o qual tem a capacidade para, globalmente, equacionar o contributo do arguido colaborador. O reclamar de tal estatuto de colaborador arguido deverá ser expresso e constar do próprio libelo acusatório ali se aduzindo a respectiva fundamentação.

Em sede de julgamento, com sujeição ao exercício do contraditório o arguido, que ali confirmará o seu contributo, será alvo da concessão de tal estatuto com as inerentes consequências a nível da pena aplicável e/ou da sua execução. Caso entenda que não se verificam os pressupostos da concessão do estatuto processual de colaborador, com as consequências reclamadas a nível de atenuação, competirá ao juiz do julgamento justificar a sua divergência em relação ao proposto pelo Ministério Público.

Esta solução respeita aquele que deve ser o núcleo essencial da construção dum direito premial eficaz e que, para além das concessões que necessariamente terá de fazer ao princípio da legalidade e do contraditório, tem em atenção a necessidade dum controle jurisdicional²⁶.

²⁶ Como refere Nuno Brandão, “Colaboração Probatória no sistema penal português: prémios penais e processuais”, cit., “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 arguido. 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

Por qualquer forma não temos dúvidas de que nos encontramos num domínio em que a própria força das circunstâncias irá provocar no futuro próximo uma transformação radical, eventualmente tocando princípios constitucionais e processuais que tínhamos por imutáveis.

Como dizia Kennedy, *“a mudança é a lei da vida. E aqueles que apenas olham para o passado ou para o presente irão com certeza perder o futuro”*.

(Lisboa, 1 de Setembro de 2019)

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 (...)”.