

O estatuto do arrependido colaborador no dealbar do (ainda) admirável mundo novo – um novo meio de obtenção da prova a tipificar em Portugal

Ana Raquel Conceição (/**)*

Resumo: a autora reflete sobre a necessidade de criação do estatuto de arrependido colaborador, como novo meio de obtenção de prova, no combate e investigação da criminalidade organizada. Apresentando argumentos para a necessidade da sua criação e expondo as motivações pela qual considera ser possível tal estatuto no processo penal português.

* Professora Auxiliar Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigadora no JUGOV- Centro de Investigação em Justiça e Governação; Advogada; Formadora do Centro de Estágio da Ordem dos Advogados do Conselho Regional do Porto

** O presente texto corresponde, em parte, à nossa tese de doutoramento que defendemos a 6 de setembro de 2018 na Universidade Lusíada – Norte (Porto), intitulada *O Branqueamento de Capitais e o Estatuto do Arrependido colaborador: uma nova exigência no (ainda) admirável mundo novo*.

1. Introdução

Em processo penal probatório, os dois valores em confronto no processo penal estão ainda em maior conflito, ou melhor, a segurança e a tranquilidade públicas que o processo penal promove, ou tenta assegurar, estão constantemente a ser limitadas por uma investigação criminal que tende à obtenção da verdade material e, como tal, tem de respeitar o investigado como pessoa humana e sujeito processual, garantindo-lhe, efetivamente, condições de defesa e de paridade de armas no intuito da obtenção da verdade processualmente possível. Apenas esta é a legítima aos olhos do nosso legislador constitucional. “A realização da justiça exige, pois, a descoberta da verdade material, pressuposto legitimador da necessidade de sujeição da sanção penal, que visa a proteção de bens jurídicos fundamentais, mas também a reintegração do agente do crime na sociedade, sendo certo que, em caso algum, a pena pode ultrapassar a medida da culpa, e ainda o restabelecimento da paz jurídica comunitária, posta em causa através do cometimento do crime”¹.

A dignidade da condição da pessoa humana é o limite intransponível para todo o sistema de justiça e em especial na investigação criminal, uma vez que, aqui a restrição dos direitos dos cidadãos é possível. Todavia o coartar das liberdades depende de critérios muito rigorosos e específicos e jamais poderá perigar sequer a dignidade da pessoa humana. Conceito imanente ao Estado e natural a todos os seus cidadãos. Conforme refere Germano Marques da Silva: “É mais fácil concordar na afirmação da dignidade de qualquer pessoa humana do que defini-la e fundamentá-la. É de modo intuitivo que, por assim dizer, sentimos, diante de qualquer ser humano, estar perante algo sagrado ou profundo. Aprofundando na génesis deste sentimento, somos reenviados para a consciência que temos da nossa própria dignidade pessoal: reconhecemos a dignidade do outro porque nele vemos um outro eu, alter ego”².

¹ Gonçalves, F., & Alves, M. J. *A Prova do Crime, meios legais para a sua obtenção*. Lisboa, Almedina, 2009, p. 15.

² Marques da Silva, Germano. *Ética Policial e Sociedade Democrática*. Lisboa, ISCPsi, 2001, p. 36.

É o princípio e o fim na nossa Lei Fundamental que se encontra plasmado logo no seu artigo 1º. Este postulado é algo que tem sempre de estar presente quando se fala em direito em geral e, em especial, na investigação criminal. Bem reconhecemos a tentação dos atores da investigação criminal na descoberta do crime e do seu autor. Quem está no campo, que contacta diretamente com a vítima, que se apercebe de quão grave são os efeitos do crime, é-lhe muitas vezes difícil resistir ao uso de meios que ofendem a dignidade da pessoa humana. Porém essa tentação poderá ter como consequência inquinar toda a investigação e todo o processo penal. Por mais vontade que se tenha em descobrir o crime, de forma a restabelecer a paz social e compensar a vítima e seus familiares, temos de ter sempre presente que os investigados também são pessoas e como tal merecedores da dignidade de que qualquer pessoa humana é portadora.

Hoje, quanto a nós, a tentação tem outro móbil e um outro caminho. A criminalidade que hoje merece mais atenção ofende não apenas o cidadão comum, mas antes toda a estrutura de estado e conceção da própria humanidade. Os próprios bens jurídicos protegidos com a incriminação são coletivos ou supra individuais. Assim, as exigências de investigação são outras, pois a própria comunidade, o Estado (na conceção administrativa pura), as organizações europeias e internacionais assim o impõem, levando ao uso de instrumentos de investigação dissimulados ou ocultos, baseando-se em presunções de responsabilidade e apostando cada vez mais na prevenção, com a utilização das ferramentas da investigação criminal mais invasivas dos direitos dos cidadãos.

O artigo 18º da CRP possibilita a restrição de direitos fundamentais, os quais estão constantemente em perigo e muitas vezes em lesão efetiva, com a investigação criminal. Daí que a principal preocupação seja legitimar a investigação, permitindo a restrição de direitos fundamentais, na estrita medida do proporcional, necessário e adequado ao fim investigatório pretendido. Se analisarmos os meios de obtenção de prova do ponto de vista dogmático, poderemos afirmar que todos eles, sem exceção, são condutas tipificadas como crime, todavia o respeito pelos seus requisitos de forma e de admissibilidade

legitima a conduta funcionando como causas de exclusão da ilicitude processuais penais.

Logo, sem mais, a legitimidade investigatória está limitada ao referido normativo constitucional pois mesmo o processo penal estando sujeito ao princípio da legalidade em termos probatórios, e por tal permita que se possam utilizar todos os meios de investigação mesmo que não elencados no catálogo legal, desde que não caibam na proibição, não se pode investigar sem respeitar a pessoa humana titular de direitos fundamentais que só podem ser restringidos para proteger outro direito fundamental. A restrição tem de ter sempre carácter subsidiário e tem de se demonstrar ser eficaz. Assim por força do artigo 18.º da CRP a democratização da investigação é o pressuposto para a recolha de prova independentemente do crime a investigar.

O livro das provas é aquele que melhor garante e demonstra o respeito pelas conceções ideológicas de um Estado. Se o Estado assenta a sua autoridade na defesa dos direitos do seu cidadão não pode na investigação criminal vir a coartar-lhe, de forma injustificada ou desmedia, esses mesmos direitos.

O artigo 1.º da CRP, conforme referimos, assim o impõe, quando diz que o nosso Estado se baseia na dignidade da pessoa humana. Este é um dos pilares do nosso país. Todos somos merecedores dessa outorga, mesmo sendo investigados, arguidos ou reclusos. É certo que a nossa liberdade termina quando começa a liberdade do outro e assim, quando uma pessoa atenta contra um bem jurídico ou a sã convivência em sociedade esse mesmo Estado tem de reagir para proteger a coletividade. Contudo, tal reação nunca poderá determinar a aniquilação daquilo em que assenta uma das suas traves mestras. Conforme escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira: “Ao basear a República na **dignidade da pessoa humana**, a Constituição explicita de forma inequívoca que o «poder» ou «domínio» da República terá de assentar em dois pressupostos ou precondições: (1) primeiro está

a pessoa humana e depois a organização política; (2) a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais.”³

Realçamos desta afirmação a referência perentória que a pessoa é o sujeito e o fim e nunca o objeto ou o meio, e, acrescentamos, independentemente do crime em investigação, o alarme social que exista ou as dificuldades investigatórias que se façam sentir. Se assim não for, o que acontece é a negação do nosso Estado de Direito Democrático.

A prova em processo penal deverá assim assentar nesta pedra de toque. E daí a existência de entraves clássicos à investigação criminal que mais não são do que a concretização das linhas condutoras e caracterizadoras da República Portuguesa. Salientam-se, assim, os artigos 18.º, 32.º e 34.º da nossa CRP como concretizadores desta conceção humanista do nosso Estado que por terem assento na Lei Fundamental, vão influenciar todo o direito ordinário, em especial o CPP.

Esta axiologia constitucional impõe que a verdade, que se procura encontrar com os instrumentos probatórios fornecidos pelo legislador, não é uma verdade a todo o custo, mas a verdade obtida com respeito pelos direitos dos investigados. Voltamos a referir, a frase que consideramos ser pragmática neste âmbito: “a verdade é sempre bem-vinda desde que venha pelo caminho certo.”⁴

Nesta difícil tarefa de harmonização entre o restabelecimento da paz e tranquilidade públicas, e os direitos fundamentais dos investigados ou dos cidadãos em geral, o legislador e o julgador devem sempre ter bem presente que a pessoa é o fim e não o meio de obtenção dessa verdade. Daqui decorre, desde logo, uma outra limitação à investigação criminal: a proibição da autoincriminação, como consequência da presunção da inocência. Ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si próprio ou, no uso da expressão do latim *nemo tenetur se*

³ Canotilho, G., & Moreira, V. *CRP Constituição da República Portuguesa anotada. Artigos 1.º a 107.º*. (4ª edição revista ed., Vol. I). Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 198.

⁴ Meireis, Manuel Augusto, *O regime das provas obtidas através do agente provocador em processo penal*. Coimbra, Almedina, 199, p. 125.

*ipsum acusare.*⁵ Este postulado constitucional deve ser realçado principalmente quando estamos perante a investigação de crimes económicos, pois as suas dificuldades investigatórias levam a que muitas das vezes se criem condições que, em bom rigor, mais não são do que violações do referido comando, quer pelo uso de meios de obtenção da prova, dissimulados ou ocultos, quer pela criação de certos regimes legais cuja consequência prática, em bom rigor, é obter prova com a autoincriminação do arguido. Sendo certo que a par destas garantias o arguido também tem obrigações processuais, uma vez que, como sujeito processual que é deve colaborar na descoberta da verdade material. O que importa saber é onde acaba o seu dever de colaboração processual e começam os seus direitos.

Ora, quando em causa está a investigação criminal na criminalidade organizada, apesar das dificuldades investigatórias que apresenta, estes postulados devem sempre ser mantidos. É certo com outro pendor por força da gravidade do crime e o alarme social que causa, mas nunca podem ser descurados. A exigência de ponderação, admitimos, pode ser outra, mas sem nunca levar à aniquilação das garantias. Não porque se pretenda proteger criminosos, mas antes, porque se pretende proteger as conceções ideológicas do Estado que respeita a pessoa humana e se distingue das conceções extremistas ou radicais onde, por força de uma certa obstinação, tudo é possível e legítimo, sob pena da legitimação da intervenção penal de um Estado de Direito Democrático consistir, de facto, em condutas muito próximas daquelas que mais censura.

Apesar de existirem muitos outros suportes que nos traçam o caminho da descoberta da verdade, entendemos realçar estes dois grandes axiomas pois são estes que, preferencialmente, podem contender ou não com a investigação da

⁵ A Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabelece no seu artigo 6.º o princípio da presunção da inocência surgindo o privilégio da não autoincriminação como uma consequência do mesmo. Assim, tal direito é transversal a qualquer Estado mesmo que oriundo de uma família jurídica anglo-saxónica. Aliás, nos sistemas anglo-saxónicos os postulados garantísticos dos arguidos são enaltecidos de forma mais exponencial do que nos regimes romano-germânicos. Contudo quando admitem a sua restrição, tal também vai muito mais além do que acontece nestes países.

criminalidade organizada, em especial com as novas soluções que têm vindo a ser criadas.

A expressão associada à legitimidade do poder punitivo do Estado *se queres conhecer um povo lê o seu código penal*, no que concerne à investigação criminal ao livro das provas também se aplica. Primeiramente porque o poder punitivo também é manifestado pelas regras orientadoras do Estado na prevenção, repressão e combate da criminalidade e como tal são o espelho dos valores inalienáveis, inderrogáveis daquele. E, em segundo lugar, a caracterização das conceções ideológicas de um povo, como sendo mais securitário, ou mais garantístico também resulta da forma como se legitima a descoberta da verdade material.

2. Das dificuldades no combate à criminalidade organizada e a necessidade da criação do estatuto de arrependido colaborador.

Hoje, o referido crivo constitucional deverá no nosso entender ser ainda mais reforçado, pois as dificuldades investigatórias que hoje se sentem, por força da sociedade evoluída em que vivemos, que possibilitou a evolução técnica e táctica das práticas criminosa, permitem uma tendência para uma maior restrição das liberdades dos cidadãos, desde logo pela proporcionalidade pois, se o crime é grave e se a sua repercussão é exponencial então será legítimo a utilização de meios de investigação também mais graves, intrusivos, dissimulados ou enganosos, só assim se conseguirá a recolha de prova. Contudo nunca podemos descurar que os investigados são pessoas e assim são titulares de direitos, liberdades e garantias que podem ser limitados, mas sem nunca ultrapassar este crivo constitucional. Referimo-nos à “intangibilidade dos direitos fundamentais”, na expressão de Gomes Canotilho e Vital Moreira.⁶

Acresce ainda o facto de hoje este tipo de criminalidade merecer a atenção dos meios de comunicação social. Todos os dias assistimos ao veicular de notícias

⁶ Idem, p. 208.

sobre processos-crime. Não como era anteriormente, no sentido de demonstrar o lado mau inerente à pessoa humana, mas antes uma verdadeira preocupação de investigação jornalística. Hoje, o mundo da comunicação social também já se dedica à recolha de prova, paralelamente ao poder judicial, mas o que ressalta e dá notícia é o mau funcionamento deste. Esta mensagem do mau funcionamento, ou pelo menos da morosidade dos processos judiciais, também cria dificuldades investigatórias. Desde logo por força do alarme social que causa, mas também porque faz criar nos atores investigatórios pré-conceitos sobre a investigação de um processo-crime que judicialmente se está a começar, mas que a comunicação social já divulgou e quase sentenciou. A objetividade que deve caracterizar a investigação criminal é perigada com a *intromissão* da comunicação social. O dever/direito à informação é um direito inalienável dos cidadãos e é um instrumento muito poderoso na formatação de opiniões e vontades e, nessa medida, muito perigoso quando em causa está a investigação criminal e consequentemente, a restrição das liberdades.

A criminalidade organizada, até por razões meramente semânticas, importa que exista por regra comparticipação criminosa. Logo, pressupõe um largo número de diferentes agentes, com um maior ou menor nível de organização. Bem sabemos que quanto maior for o número de arguidos, *ab initio*, mais difícil será a investigação, não tanto pela exigência de mais recursos humanos no processamento do processo-crime, mas principalmente pela maior dificuldade de se estabelecer a recolha de prova para cada um pois, poderão ter participações em diferentes condutas mas todas elas integradoras do de diferentes crimes que compreendam o catálogo de criminalidade organizada, fazendo aparecer os denominados megaprocessos que despoletam uma grave e atual dificuldade investigatória.

De modo a fazer face às referidas dificuldades são criados e utilizados vários instrumentos. Novos mecanismos de prevenção, recolha e produção da prova surgem de forma a atenuar tais dificuldades. Os quais são criados a nível nacional e internacional, no âmbito da sua prevenção e repressão.

Referimo-nos em especial à relevância da prova indiciária em processo penal⁷; à especialização dos conteúdos multidisciplinares⁸; a lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo – Lei 83/2017, de 18 de agosto, por imposição da diretiva 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016⁹; A Lei de combate à criminalidade organizada Lei 5/2002, de 11 de janeiro¹⁰; a união entre os Estados (tal como EUROJUST e Procuradoria Europeia ou o MDE)¹¹.

⁷ No nosso entender seria mais legítimo e até democrático se resultasse em texto de lei as situações da sua admissibilidade. Reduzir a admissibilidade da prova indiciária em processo penal a uma maior necessidade de cuidado aquando da motivação da decisão acaba por determinar uma liberdade de apreciação judicial que em abstrato parece contender com os ditames constitucionais. Assim, a admissibilidade da prova indireta sem a existência de um critério legal permite a inversão da separação de poderes em que o nosso Estado e a estrutura do processo penal português alicerçam os seus pilares: a jurisprudência não é fonte imediata de direito, mas sim a lei.

⁸ A criação de núcleos de investigação das procuradorias e da polícia judiciária, direcionados à prevenção e combate dos diversos tipos de crime que se enquadram no conceito de criminalidade organizada, muito especialmente, os crimes de direito penal económico, com grande atenção ao branqueamento de capitais e os seus crimes precedentes.

A sua criação permite uma especialização por parte das autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal nas referidas áreas, promovendo uma maior eficácia na sua prevenção e combate, pois os operadores judiciários têm conhecimento cabal dos seus métodos e percursos. Basta atentarmos ao disposto no artigo 47.º n.º 1 e) e n.º 4 a) da lei n.º 47/86, de 15 de outubro, relativa ao Estatuto do MP, o qual determina a competência do Departamento Central de Investigação e Ação Penal (doravante DCIAP) na coordenação na direção das investigações e na realização de ações de prevenção relativas ao branqueamento de capitais.

⁹ A lei 83/2017, de 18 de agosto prevê uma abordagem holística, assente em bases sólidas, para que os Estados-Membros e a União possam identificar, compreender e reduzir esse risco atempadamente e, consequentemente, prevê que as entidades societárias e outras pessoas coletivas constituídas no seu território são obrigadas a obter e conservar informações suficientes, exatas e atuais sobre os seus beneficiários efetivos, incluindo dados detalhados sobre os interesses económicos detidos, podendo ser consultadas por várias entidades internas e europeias.

A referida lei cria um conjunto de deveres e consequências pelo seu incumprimento a certas atividades e profissionais nas quais, a possibilidade de deteção de condutas branqueadoras será mais fácil de acontecer. Assim, no espírito da lei, encontra-se a necessidade de impor a certo tipo de instituições ou particulares a obrigação de cumprimento de certos deveres na prevenção do branqueamento, sob pena da prática de contraordenações com montantes de coimas muito elevadas ou, em certas circunstâncias, a própria expulsão da ordem profissional onde está inserido, ficando assim inibido do exercício da sua atividade profissional.

¹⁰ Consiste numa lei eclética na medida em que determina regras especiais em relação a alguns meios de prova; estatui um novo meio de obtenção da prova e determina um regime muito especial de arresto com vista a perda alargada de bens a favor do Estado. Apesar de ser uma lei cuja eficácia se verifica, em grande monta, aquando da existência de uma investigação criminal, alguns dos seus institutos podem operar para fins de prevenção criminal.

¹¹ A união entre os Estados é imprescindível no combate à criminalidade organizada. Esta união na Europa iniciou-se com o Tratado de Amesterdão e sucessivamente tem vindo a ser reforçado com outros tratados, em especial com a Convenção de Palermo subscrita no ano 2000 no combate à criminalidade organizada.

Por outro lado as novas tecnologias permitem uma maior erudição na sua prática, como referimos antes, ou seja, o ambiente informacional apetrecha os agentes do crime com novos instrumentos e formas na sua execução, todavia, paralelamente, também outorga às autoridades novos e mais eficazes meios para a sua investigação e prevenção. Importa desde já referir que todos estes novos instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para recolher meios de prova, de forma transversal, têm uma característica em comum: são meios ocultos ou dissimulados o que lhes outorga, necessariamente, uma maior eficácia.

Apesar de todos os esforços da *law in books* e da *law in action* as dificuldades investigatórias ainda se mantêm. A estratégia interna e internacional vai no sentido de se focarem nas medidas de prevenção deste tipo de criminalidade e da união entre os Estados, contudo, mesmo com este esforço, é um facto que o crime continua a acontecer de forma exponencial e as suas dificuldades investigatórias ainda persistem. Assim, têm surgido manifestações da necessidade de se colocar no seio do direito probatório em processo penal, a necessidade de colaboração do próprio investigado na recolha de prova do crime. Não que tal já não aconteça com a prova por declarações, contudo, o que nos parece é que estará em causa um meio da obtenção dessas declarações, ou seja, a existência de benefícios ou benesses, ao arguido que, prestando declarações, decide colaborar com a investigação.

É inequívoco que o arguido não é obrigado a colaborar na sua própria investigação, por força do *nemo tenetur ipsum acusare*, constante da nossa lei fundamental, em especial como uma consequência da presunção da inocência e da estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal português.

A criação da referida procuradoria, bem como a reforma da Eurojust resultou do Tratado de Lisboa, também denominado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que determinou a participação do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais na avaliação das atividades da Eurojust sendo a Procuradoria Europeia instituída a partir da mesma. Apesar da Procuradoria Europeia apenas terá competência para a investigação de crimes que atentem contra os interesses financeiros da EU, de um modo geral, é a criminalidade organizada, nos moldes que a temos vindo a descrever, que pode atentar seriamente os referidos interesses.

O mandado de detenção europeu revela-se de extrema utilidade quando em causa estão crimes plurilocalizados, praticados por uma multiplicidade de agentes e com um vasto carácter organizado. Tal determinação, nos moldes em que existe, traz às investigações criminais europeias uma maior facilidade e aplicabilidade da lei adjetiva e substantiva dos respetivos Estados-Membros.

Mas se o quiser poderá fazê-lo. Nada o impede de colaborar na investigação, na recolha de provas ou que confesse de forma integral e sem reservas o crime por si perpetrado, que no julgamento equivale à renúncia da produção da demais prova, ou ainda que se arrependa da continuação da execução do facto ou que tente evitar a produção dos danos dele decorrentes. Resta saber em que condições o faz, qual a sua motivação e que implicações terá tal colaboração, quando este não seja o único investigado ou arguido.

Conforme refere Costa Andrade o direito à não autoincriminação, impõe que em prol da presunção da inocência do arguido e seus respetivos corolários, o arguido não tenha de contribuir para a sua própria investigação e de ser obrigado a depor sem que tal resulte da sua vontade livre e esclarecida, que não possa ser compelido a prestar declarações, e que tal garantia impeça que, desta falta de colaboração, não se possa retirar qualquer juízo de assunção de responsabilidade ou de culpa.¹² Em suas palavras uma verdadeira e efetiva “liberdade de declaração”¹³. Esta “liberdade” contém uma dupla dimensão: uma positiva, que implica que “(...) tenha de se garantir ao arguido a oportunidade efetiva de se pronunciar contra os factos que lhe são imputados, em ordem a infirmar as suspeitas ou acusações que lhe são dirigidas (...)” e uma negativa, que “(...) veda toda e qualquer tentativa de obtenção de declarações autoincriminatórias, através de coação ou meios enganosos (...)”¹⁴, sendo esta ultima dimensão a que se associa ao brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*. Em súmula, refere o autor que o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua «defesa», quer no que diga respeito aos factos que relevam para a questão da «culpabilidade», quer em relação aos respeitantes à medida da pena, e isto porque em qualquer um

¹² Referimo-nos ao contrário do vocábulo popular de que *quem cala consente*. Este princípio impõe exatamente, que tal construção não possa acontecer. Não é pelo facto de o arguido não falar, não colaborar com a investigação que, deste comportamento omissivo, se possa retirar que praticou os factos, ou parte deles, que indiciariamente lhe imputam.

¹³ Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 120.

¹⁴ Idem.

dos domínios não impende sobre o arguido um dever de colaboração, sendo necessário garantir que “(...) qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade.”¹⁵ Sendo até algo naturalisticamente associado ao ser humano. Contudo, como já referimos, poderá fazê-lo desde que tal decisão seja livre e esclarecida, principalmente no que concerne aos efeitos jurídicos que, de tal declaração, ou melhor, colaboração, se possam retirar.

A jurisprudência do TEDH tem vindo a determinar, como linhas interpretativas da CEDH, muito sérias e seguras, que este diploma admite a negociação entre arguido e autoridades judiciais. Mais, tem entendido que essa colaboração merece uma atenção especial e que deve ser enaltecida pelas autoridades judiciárias dos países da Europa. Tem, inclusivamente, reconhecido que o *plea bargaining* tem vindo a ser utilizado como um recurso comum na investigação criminal na Europa¹⁶.

Repare-se que este entendimento está associado ao direito a um julgamento justo – *fair trial* – e assim a valoração da colaboração do arguido na investigação criminal é tida, à luz da CEDH, como uma manifestação de uma justiça penal equilibrada, imparcial e equitativa.

E são dois os grandes argumentos, ambos com natureza de política criminal. É entendimento do TEDH que a colaboração do arguido na recolha e produção de prova, para além de trazer importantes benefícios de resolução rápida de processos, e, consequentemente, aliviar o volume de processos nos tribunais, é uma ferramenta, se aplicada corretamente, poderá ser essencial no combate ao crime organizado e à corrupção.¹⁷ E esta renúncia não é vista pelo TEDH como ofensa à

¹⁵ Idem, p. 121.

¹⁶ No processo Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia (dec.), no. 9043/05, ECHR, 29 de abril de 2014, o TEDH aprecia e decide, pela primeira vez que o *plea bargaining* não ofende o direito a um processo justo e a presunção da inocência. Estabelecendo assim uma linha jurisprudencial interpretativa da CEDH no sentido da sua admissibilidade.

¹⁷ No processo Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, § 90, referindo-se ao *plea bargaining* em geral e a sua admissibilidade de forma genérica escreve-se: «subscribes to the idea that *plea bargaining*, apart from offering the **important benefits of speedy adjudication** of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also be, if applied correctly, a

CEDH, muito pelo contrário, desde que se preencham os dois pressupostos essenciais, a colaboração é permitida¹⁸.

Aliás, é este o pano de fundo do direito interno e também do direito internacional¹⁹. Trata-se da identificação de um meio de investigação eficiente para o entendimento do *modus operandi* das organizações criminosas, as quais representam uma nova forma de criminalidade capaz de produzir situação de risco à vida em sociedade.

Não negamos que esta forma de colaboração consiste, de facto, numa traição para com os outros comparsas do crime, mas devemos admitir que essa mesma traição é uma forma que o Estado usa para suprir a deficiência das suas capacidades de investigação, atenta a criminalidade organizada, que pelo pacto de

successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences handed down and as a result to the number of prisoners.» Negrito nosso.

¹⁸ Assim foi determinado no processo Navalnyy and Ofitserov v. Russia (dec.), nos. 46632/13, §100 de 23 de fevereiro de 2016 onde se escreve: «As regards plea-bargaining, the Court has previously found it to be a common feature of European criminal justice systems allowing an accused to obtain a lesser charge or receive a reduced sentence in exchange for a guilty or *nolo contendere* plea in advance of trial or for substantial cooperation with the investigative authority. Where the effect of plea-bargaining is that a criminal charge against the accused is determined in an accelerated form of judicial examination, these amounts, in substance, to a waiver of a number of procedural rights. To be effective for Convention purposes, therefore, any waiver of procedural rights must always be established in an unequivocal manner, must be attended by minimum safeguards commensurate with its importance and must not run counter to any important public interest.». Repare-se que numa outra decisão, Deweer v. Belgium (dec.), n.º [6903/75](#), § 51, 27 February 1980, o Tribunal entendeu que não há violação da CEDH quando à celebração de um acordo está subjacente a possibilidade de ter de se apresentar em julgamento. Entendeu o Tribunal que a “ameaça” de uma provável condenação futura, apesar de ter pendor na tomada de decisão não retira a livre vontade e consciência numa tomada de decisão pelo arguido, não sendo, consequentemente, inadmissível: «The Court points out that while the prospect of having to appear in court is certainly liable to prompt a willingness to compromise on the part of many persons "charged with a criminal offence", the pressure thereby brought to bear is in no way incompatible with the Convention.».

Texto disponível em:

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805bocf7 .

¹⁹ Basta atentarmos a várias resoluções do Conselho da Europa em especial Rec.(2005) 9, relativa à proteção de testemunhas e aos colaboradores da justiça que mais não são do que o nosso conceito de arrependido colaborador. Segundo a definição constante da recomendação, colaborador da justiça é: “any person who faces criminal charges, or has been convicted of taking part in a criminal association or other criminal organization of any kind, or in offences of organized crime, but who agrees to cooperate with criminal justice authorities, particularly by giving testimony about a criminal association or organization, or about any offence connected with organized crime or other serious crimes”. Texto disponível em:

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805bocf7 .

silêncio que em muitas delas existe, mostram-se refratárias aos modelos tradicionais de prevenção e repressão.

O arrependido colaborador representará uma busca por um instrumento investigatório adequado à nova estruturação e sofisticação das condutas criminosas que operam nas organizações criminosas do nosso tempo. Restará determinar entre a traição e a impunidade, qual delas deverá prevalecer.

Numa análise imediata e meramente superficial deste novo meio de obtenção da prova a tendência é responder negativamente à sua admissibilidade, a qual assenta, basicamente, na dificuldade de se aceitar que a investigação criminal seja prosseguida, através da colaboração de um arguido que atraiçou os seu comparsas ou comparsas do crime; ou que se aceite que a investigação criminal conformada pelo seus ditames constitucionais – em especial a própria separação de poderes, a proibição da autoincriminação e da presunção da inocência – admita que se utilizem arrependidos de forma a conseguirem obter elementos de prova.

Desde há já algum tempo a doutrina portuguesa produz artigos científicos onde a manifestação dessa recusa é muito clara.

De todas as obras que analisamos realçamos a de Teresa Pizarro Beleza e Germano Marques da Silva, pelos seus conteúdos claros e os seus títulos esclarecedores.

Teresa Pizarro Beleza revela exatamente essa ideia de traição, pois “*tão amigos que nós eramos*”. Esta autora defende que a sua admissibilidade seria criar danos irreversíveis à legalidade democrática resultantes: “(...) de uma excessiva colagem das nossas leis e prática judiciária aos modelos «inquisitoriais» estrangeiros de *pentiti* (arrependidos) e infiltrados. Neste contexto alguns processos podem ser facilmente vistos como «processos exemplares» e por isso a tentação legitimadora de condenações baseadas em «homens de confiança» ex

ante (os propriamente ditos) ou *ex post* (os «arrependidos») deve ser, pelas implicações constitucionais e legais que pode ter, cuidadosamente controlada.”²⁰

Outro texto, relativamente, contemporâneo do citado, da autoria de Germano Marques da Silva, cujo título também é elucidativo – *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos* – em que as conotações negativas são uma constante, e onde refere: “ (...) 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.”²¹ E numa publicação mais recente volta a demonstrar o seu total desacordo em relação aos arrependidos, referindo-se aos crimes de corrupção, mas que se estende ao n.º 9 do artigo 368.º-A, por ter exato conteúdo e fim. Onde escreve: “ É que a lei exige que o “(...) arrependido “contribua para a identificação ou captura de outros responsáveis” e assim teremos que o delinquente se pode dispor a colaborar, denunciando os seus parceiros na criminalidade, só para obter o prémio da atenuação ou do arquivamento do processo e pode até acontecer que este “arrependido” forje provas para obter esse prémio”²²

Ou ainda Muñoz Conde quando escreve: “ (...) se desarrollando un Derecho Penal premial; el palo y la zanahoria, el látigo y el terrón de azúcar; conceder la impunidad al arrepentido, al testigo de cargo que tuviera el valor, y ya veremos hasta qué punto es importante ese problema de declarar contra sus antiguos militantes o amigos, camaradas de la organización terrorista, en la que él también intervenía y que, por lo tanto, ya de por sí ese mismo hecho la hacía acreedor de penas, e incluso de penas muy graves. El que se le rebajaran esas penas o que, incluso se les pudiera eximir completamente de las mismas, siempre que prestaram

²⁰ Beleza, Teresa Pizarro «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de coarcido no Processo Penal português. In, SMMP, *Revista do Ministério Público*, 1998, pp. 39-60.

²¹ Silva, Germano Marques. *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal*. In A. F. Sousa, *Direito e Justiça* , Vol. VII Tomo 2, Lisboa, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, 1994. , pp. 27-34.

²² Silva, G. M. (2005). Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?). In *Lusíada. Direito*, Fundação Minerva, Lisboa, 2005, pp. 69-81.

esse tipo de colaboración era una espécie de derecho premial, una zanahoria que frente el palo del aumento de la represión punitiva podría ser eficaz para conseguir es tipo de colaboración.”²³

Reside, assim, a ideia da imoralidade e deslealdade na investigação criminal, com a colaboração do arguido, que até colocaria em causa a credibilidade do Estado na perseguição do crime, pois dependeria da colaboração daquele que pretende perseguir.

A grande preocupação, conforme se constata, consiste em aferir da compaginação com a estrutura e modelo de processo penal português, a possibilidade de arguidos, colaborando com a investigação delatando os demais arguidos e investigados, serem merecedores de um prémio.

O facto do nosso processo penal delimitar, muito bem, as diferenças entre quem pode investigar e julgar, por força do princípio da separação de poderes que a nossa CRP consagra em sede de processo penal, determinando que as diferentes fases do processo serão dirigidas e têm princípios informadores diferentes, impede que a investigação possa ser feita por particulares; mas não impede que seja feita por sujeitos processuais e até mesmo por alguns particulares, basta pensarmos no regime das ações encobertas, nas declarações de arguido e do assistente. Deve promover-se que a investigação seja feita pelo MP coadjuvado pelos OPC, mas nada impede que o arguido colabore na investigação, pois este, como sujeito processual, que é, tem também o mesmo fim: a descoberta da verdade material.

Não se diga também que a figura do arguido colaborador periga a presunção da inocência ou a proibição da autoincriminação, pois, tal como já referimos antes, tal colaboração, desde que livre e esclarecida dos seus contornos e efeitos não gera qualquer tipo de proibição de prova. Mas importa determinar quais são os efeitos e de facto em que consiste essa mesma colaboração. Desde já, adiantamos, não poderá reduzir-se à compensação ou reparação dos danos, mas deverá antes

²³ Conde, Muñoz, *Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada*. In F. G. Conradi (Org.), *La criminalidad organizada ante la justicia*. 1996, Sevilla, Universidade de Sevilla, pp. 143-156.

resultar num auxílio importante ou até decisivo na investigação, terá de haver a demonstração de eficácia probatória com esta forma de investigação.

As novas exigências de investigação, despoletadas pela nova sociedade que vivenciamos permitiu a erudição e apetrechamento tecnológico dos agentes na prática do crime e, necessariamente, acarretou uma maior necessidade investigatória. Surgindo epistemológica, social e juridicamente a necessidade da criação desta nova figura. Conforme já referimos, e voltamos a realçar, este novo meio de prova só deverá ser admitido, quando estas dificuldades se fazem sentir e, necessariamente, quando em causa esteja a criminalidade organizada altamente evoluída.

Já não são novas as manifestações da oportunidade em processo penal português, mas sempre direcionadas à pequena e média criminalidade e com o crivo judicial.²⁴ As novas exigências de eficácia e necessidades investigatórias parecem tender a cada vez maior premência da sua utilização e validade. Aliás, é este o pano de fundo do direito interno e também do direito internacional.²⁵

O estatuto de arrependido colaborador, que desenharemos no ponto seguinte do presente trabalho, deverá passar sempre pelo crivo da autoridade judicial. Os termos e contornos desse controlo judicial será mais aprofundada

²⁴ Basta atentarmos ao arquivamento por dispensa de pena (artigo 280.º CPP); a suspensão provisória do processo (artigo 281.º do CPP) e o processo sumaríssimo (artigos 392.º e seguintes do CPP) ou até mesmo a lei da mediação penal, a lei 21/2007, de 12 de junho que vem a promover uma verdadeira desjudicialização do conflito penal. Esta lei resultou da execução do artigo 10.º, da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. As conceções contemporâneas do abolicionismo penal vão cada vez mais no sentido de certo tipo de criminalidade sair do sistema tradicional de justiça e ser resolvido através de mecanismos mais céleres, informais e menos onerosos. Contudo essencial é que exista consentimento de todos os intervenientes para esse mesmo efeito. Em Portugal esta lei, em termos práticos tem vindo demonstrar o seu grande insucesso. Raros são os processos penais que se resolvem através da lei da mediação penal.

²⁵ Basta atentarmos a várias resoluções do Conselho da Europa em especial Rec. (2005) 9, relativa à proteção de testemunhas e aos colaboradores da justiça que mais não são do que o nosso conceito de arrependido colaborador. Segundo a definição constante da recomendação, colaborador da justiça é: "any person who faces criminal charges, or has been convicted of taking part in a criminal association or other criminal organization of any kind, or in offences of organized crime, but who agrees to cooperate with criminal justice authorities, particularly by giving testimony about a criminal association or organization, or about any offence connected with organized crime or other serious crimes". Texto disponível em:

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=o9000016805bocf7.

nesse momento do nosso trabalho, porém não podemos deixar de referir que nunca o Juiz de julgamento ficará limitado na determinação da medida concreta da pena. O que proporemos será uma atenuação especial da pena que apenas se repercute no limite abstratamente aplicável.

Atendendo aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade que trespassam todas as regras no processo penal e em especial no direito probatório, e que são manifestações do nosso Estado de Direito Democrático, será inadmissível tal novo meio de obtenção da prova?

No nosso entender não, desde que verificados alguns requisitos e pressupostos. Em especial a proporcionalidade, a necessidade estrita e a eficácia. E sobre o seu exato conteúdo, nos dedicaremos no ponto seguinte do presente trabalho aquando do desenho de um estatuto positivo do arrependido colaborador, não sem antes fazer uma pequena referência ao prémio possível e compaginável com esses princípios e ditames constitucionais.

No nosso entendimento, mesmo atendendo às exigências de política criminal que se fazem sentir, consideramos que a impunidade do arrependido colaborador atenta contra os nossos ditames constitucionais e o nosso modelo de processo penal. Pois, o arguido pratica o crime, arrepende-se do seu cometimento e auxilia a investigação, mas é um dos seus autores. O seu arrependimento e colaboração não impedem a emissão de um juízo de culpa, determinam, antes, uma atenuação nessa emissão, mas culpa existe e necessidade de pena também, primordialmente por força de exigências de prevenção especial. Mas as exigências de prevenção geral também se fazem sentir, pois, não obstante a colaboração com a justiça e a perseguição criminal conseguida já salvaguardar em certa medidas os bens jurídicos protegidos, é também certo que estes crimes causam um grave alarme social que carece de ser atenuado, com a aplicação de uma pena, mesmo àquele que colabora não deixando, contudo, de ser um agente do crime.

Quando o agente apenas se limita a colaborar com a investigação, sem mostrar esforços no sentido de impedir a consumação do crime ou diminuir o seu perigo, não há fundamento político-criminal ou dogmático para a sua não

punibilidade. O que se verifica nos artigo 374.^º- B n.^º1 e 299.^º n.^º 4 do CP, a par do n.^º 5 do artigo 2.^º da Lei 53/2003, é exatamente a desistência e o arrependimento ativo que mais não são do que a concretização na parte especial da desistência que origina a tentativa inacabada e o arrependimento ativo que origina a tentativa acabada.

Nestes crimes a não punibilidade assenta no esforço sério em evitar que o crime aconteça ou que se produzam os seus danos e não em qualquer auxílio na investigação do mesmo ou de outros, que caracteriza e esgota o arrependido colaborador. Não nos parece que possa existir qualquer outro prémio a ser atribuído a este arguido que não seja os termos da atenuação especial, sob pena de vermos arredada, de forma irremediável, a conceção de processo penal que temos e que é a única compaginável com o nosso Estado de Direito Democrático.

Assim, desde logo, o resultado que o arrependido colaborador pode almejar é uma atenuação especial da pena. Significando, consequentemente, que o julgamento quanto ele também prosseguirá mas, o seu arrependimento, colaboração ativa na recolha de prova neste tipo de criminalidade, poderá determinar uma pena mais leve do que aquela que será aplicada aos seus comparticipantes, por revelar uma diminuição do juízo de censura que sobre ele se possa emitir, atenta a sua colaboração com a justiça e a manifestação do seu arrependimento, como veículo necessário a essa colaboração.

Resta assim determinar e justificar a necessidade de positivação da sua regulamentação.

3. O estatuto de arrependido colaborador

No nosso entender deverá existir a sua regulamentação em direito positivo para que seja utilizado em obediência aos já referidos e analisados ditames constitucionais, mas, principalmente, para que seja claro, para o intérprete, para o próprio arguido e demais sujeitos processuais, como pode funcionar e quais são os efeitos que daqui possam decorrer. Só com a sua positivação ficaremos seguros da existência de um novo meio de obtenção de prova que, pressupondo uma

colaboração ativa de um sujeito processual, com a atribuição de uma compensação, não destrói o nosso modelo de processo penal, nem determina soluções de oportunidade excessivas ou incomportáveis, ou ainda promessas legalmente inadmissíveis.

Assim, entendemos que é premente a necessidade da regulamentação legal do estatuto do arrependido colaborador. Não obstante o princípio da legalidade das provas não obrigar à positivação dos meios de obtenção da prova, a criação, na letra da lei, do estatuto do arrependido colaborador tornaria mais segura a sua aplicação prática, delimitando com rigor o respeito estrito pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação.

O arrependido colaborador será um meio de obtenção da prova e as declarações de coarguido o meio de prova que dele é resultante. Isto, porque através do arrependido colaborador, poderão resultar outros meios de obtenção de prova e meios de prova, como acontece com os que se encontram descritos no título III do livro das provas do CPP. E como o seu prémio é apenas, e tão só, uma atenuação especial da pena, deverá sempre ser sujeito a julgamento e continuar a colaborar com a justiça prestando declarações.

A admissibilidade deste novo meio de obtenção da prova estará circunscrita ao respeito e obediência pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação. E, nessa medida, estes devem constar, claramente, do seu regime jurídico.

Respeitando o princípio da proporcionalidade este meio de obtenção da prova só se poderá utilizar para investigar a criminalidade organizada entendida num âmbito objetivo e subjetivo. Pressupondo assim a existência de vários participantes do crime. Os seus crimes do catálogo correspondem aos crimes que se encontram descritos nas alíneas i) a m) do artigo 1.º do CPP.

Respeitando o princípio da necessidade deverá existir no processo penal uma grave dificuldade investigatória, onde a referência, por exemplo, à expressão, *se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter,*

deve constar. O que lhe outorga um carácter de última *ratio* ou de intervenção mínima, conforme já referimos antes, em outros trabalhos: “ Inerente ao princípio da necessidade está a subsidiariedade, ou seja, os resultados probatórios almejados não podem ser alcançados por um meio de obtenção de prova menos restritivos dos direitos fundamentais. O sentido da necessidade consiste em limitar ao estritamente indispensável o prejuízo para o exercício dos direitos fundamentais do arguido, que o mesmo é dizer, limitar ao mínimo possível a danosidade. A limitação do prejuízo, o limite da menor danosidade possível é conseguida em prol da descoberta da verdade material e da investigação criminal.”²⁶

Aqui a danosidade a ter em conta não se pode reduzir aos direitos fundamentais, mas também à estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal onde a investigação é informada por critérios de legalidade, mas aberta a espaços de oportunidade, com assento na nossa Lei Fundamental (artigo 219.^º n.^º 1 *in fine*) onde reside uma ideia de legalidade aberta, como refere Costa Andrade que, no arrependido colaborador, se manifestam na própria recolha da prova.

Respeitando o princípio da adequação, a sua colaboração terá de demonstrar ser de grande relevância investigatória e efetivamente ser profícua na obtenção desses elementos de prova, fazendo-se cumprir a expressão que tem vindo a constar do texto da lei, recolha das provas decisivas. Para tal é necessário, tal como acontece no regime brasileiro, a concretização dessa eficácia investigatória, podendo criar-se um padrão de tipos de resultados probatórios que terão de decorrer da colaboração do arrependido. A técnica utilizada para os identificar no texto da lei seria a dos exemplos padrão onde se criariam exemplos de resultados probatórios, podendo neles caber outros desde que dentro dos conceitos normativos enumerados.

Como meio de obtenção de prova que o é não poderá ser utilizado para fundamentar a aplicação ou não de uma medida de coação, nem essa pode ser a

²⁶ Conceição, Ana Raquel, Escutas telefónicas. Regime processual penal, Lisboa, Quid Iuris, 2009, p.89.

contrapartida do arrependido colaborador. Contudo, não podemos descurar que a colaboração do arguido poderá relevan na decisão (e respetiva) fundamentação da escolha da medida de coação a aplicar pelo juiz. Em abstrato, um arguido colaborante com a justiça criará menos perigos à tramitação processual que arguido que não colabora. Mas com isto não se entenda a colaboração com a investigação se consubstancia em dever, dado que de um direito se trata. O arguido pode exercer ou não essa colaboração e, consequentemente, da mesma se podem tirar ilações quanto à investigação criminal e ao juízo de valoração do julgador.

Mais uma vez, sendo meio de obtenção da prova, operará nas fases investigatórias, mas sempre mediante autorização judicial. Nesta outorga judicial, o JIC aferirá do preenchimento dos seus requisitos e ajuizará a aplicação do seu prémio pelo Juiz de Julgamento.

Entendemos que, apesar de não ser, em rigor, uma obrigação de resultados, no sentido em que deverá resultar uma acusação ou uma condenação, deverá, todavia, advir algum elemento probatório relevante descrito na lei. Sob pena, face à ausência da tal catalogação, de o arguido poder vir a utilizar esse estatuto apenas porque sabe que é a única forma que terá para vir a beneficiar da atenuação da pena, sem que a sua colaboração seja, de facto e no processo em curso, verdadeiramente eficaz. Deverá ser uma “*colaboração integral e sem reservas*”. Uma colaboração total por parte do arguido, ou seja, como acontece na confissão integral e sem reservas, onde o arguido confessa e assume a prática de todos os factos de quem vem acusado ou pronunciado, na colaboração integral e sem reservas o arguido tem de retratar à investigação tudo aquilo que à mesma seja útil e que tenha conhecimento direto. Mais do que as suas declarações, a grande eficácia probatória poderá resultar de outros meios de obtenção da prova que podem ser utilizados em função das informações por aquele prestadas. Desta forma, evitar-se-á situações em que o arguido, ao abrigo do arrependido colaborador, apenas fornece informações sobre parte da investigação ou parte dos arguidos, por alguém (ou alguns) destes o ter (em) aliciado para o efeito. Deverá ser, reiteramos, uma “*colaboração integral e sem reservas*”.

Não nos parece que limitar o Juiz, na aplicação dos termos de atenuação especial da pena, ao arrependido colaborador, ponha em causa a sua imparcialidade e independência como *dominus* de uma fase autónoma – o julgamento-, nem do princípio do Juiz natural. Desde logo, porque é uma também autoridade judiciária que o determina e principalmente porque há outras manifestações de delimitação do poder decisório, quanto ao quantum da pena, sem que delas resulte alguma inconstitucionalidade.

Referimo-nos em especial ao disposto nos n.^{ºº} 3 e 4, do artigo 16.^º do CPP, em que, mesmo que o crime possa ser punido com uma pena de prisão superior a cinco anos, poderá o MP remeter o processo para ser julgado em tribunal singular, limitando imediatamente o Juiz de Julgamento a uma pena até aos cinco anos, sob pena de se verificar uma incompetência em razão da matéria.

Sobre a inconstitucionalidade desta norma, por violação do princípio da independência dos juízes e da legalidade da sua atuação , se pronunciou, várias vezes, e sempre negativamente o TC. Neste sentido, entende o TC que “(...) também a competência do MP é legal e, ao exercê-la, está apenas a dizer ao Juiz que, naquele caso concreto e face à factualidade apurada, a colectividade que ele representa não pretende que seja aplicada pena superior a cinco anos. Assim, não está a impor uma pena ao Juiz mas a limitá-la.”²⁷

Apenas se limita o julgador à pena abstratamente aplicável. A sua autonomia decisória de determinação da medida concreta da pena, atendendo à culpa do agente, continua intocável e exclusiva. Contudo, se o arguido não cumpre o estatuto, que o obrigará a renunciar ao seu direito ao silêncio prestando declarações em julgamento, o Juiz de julgamento não fica limitado a essa atenuação da pena pois já não existirá arrependido colaborador.

A renúncia ao seu direito ao silêncio será uma das condições de aplicação do estatuto de arrependido colaborador. Devendo o arguido, sempre que solicitado, prestar declarações.

²⁷ Acórdão do TC n.^º 67/2006, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060067.html>.

Apesar deste estatuto se aplicar à grande criminalidade, ao contrário da suspensão provisória do processo, entendemos que a sua renúncia ao silêncio não periga o modelo acusatório. Aqui, em abstrato, não vai deixar de haver acusação ou condenação, por força da colaboração o arguido. Ao contrário do que se verifica no artigo 281º do CPP, em que há uma verdadeira substituição da acusação, com consequente arquivamento se cumpridas as regras ou injunções de conduta. A renúncia ao direito ao silêncio funcionará como mais uma manifestação da “autonomia da sua vontade individual.” Aliás, é entendido por alguns autores, na ponderação entre o tipo de criminalidade a perseguir e os direitos fundamentais dos investigados, que o direito ao silêncio deve ceder por não ser a única garantia da proibição da autoincriminação, sobretudo quando em causa está o direito penal secundário.

O estatuto do arrependido colaborador deverá ser encarado como um meio de obtenção da prova que consiste num processo que começa na fase investigatória e se prolonga até ao julgamento. Se em qualquer momento não for cumprido, não produz qualquer tipo de efeito e, consequentemente, o prémio a atribuir pela sua colaboração não se aplicará.

Importa referir assim que, se o arguido não cumprir o acordo, exercendo o seu direito ao silêncio no julgamento, as declarações que prestou aquando da sua colaboração, deverão merecer o mesmo tratamento processual que as declarações de arguido prestadas no inquérito perante autoridade judicial. Ou seja, deverão as suas declarações ser guardadas em suporte áudio, ou audiovisual, e podendo merecer valoração “ultra-ativa”. O que determinará um papel ativo ao JIC que, deverá inquirir o arguido, aferir da admissibilidade do acordo e, se for o caso, homologá-lo. O arguido deverá prestar uma colaboração integral e sem reservas como já referimos. Em sentido semelhante à confissão integral e sem reservas que opera na fase do julgamento, mas que aqui nunca se poderá aplicar. Quer porque estamos na fase do inquérito, quer porque, mesmo quando proferidas em sede de julgamento, a “confissão”, poderá ser incompatível com o direito ao silêncio de

outro coarguido, ou até mesmo das suas declarações. A colaboração do arguido deve ser total. Cabendo ao JIC, aferir do cumprimento da mesma.

Seria mais uma manifestação de oportunidade rigorosamente limitada na sua extensão e efeitos.

Vigorando o estatuto, como meio de obtenção da prova que é, está sujeito à sindicância e contraditório de todos os sujeitos processuais, nunca podendo ser a única fonte de recolha da prova, nem o seu resultado probatório o único meio de prova para a condenação de qualquer arguido.

Mais, apesar de ser especial, como vimos, não deixa de ser um dos termos de atenuação da pena prevista no artigo 72.º, n.º 2, c) da CP: o arrependimento que o arrependido colaborador tem necessariamente de demonstrar.

O arrependido-colaborador já aparece, aliás, na nossa lei em vários preceitos, porém esparsa e casuisticamente regulado (v. g. 368.º-A e 374.º-B) não sendo o seu regime jurídico coerente. Por vezes, o juiz pode atenuar a pena (artigo 368.º-A), o que inviabiliza qualquer acordo antes do julgamento, por não poder vincular o mesmo a essa determinação concreta da pena. Outras vezes, a norma é vinculativa, impondo ao juiz essa atenuação (artigo 374.º-B), tornando possível a promessa do MP anteriormente ao julgamento. Na medida em que, se resulta do tipo o MP pode assegurar o arguido que tal dispensa de pena lhe será aplicada por força do princípio da legalidade estrito.

Dadas estas assimetrias e descontinuidades, impõe-se uma regulamentação própria e congruente da figura do arrependido colaborador. Um estatuto. Razão pela qual apresentamos uma proposta de texto legal que teria a seguinte configuração:

Estatuto do Arrependido Colaborador

1 – O estatuto de arrependido colaborador é aplicável quando se mostre estritamente necessário à descoberta da verdade material, a colaboração ativa do agente, concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos do crime que se suspeita ter (com) participado.

2 – Só tem lugar nos casos de terrorismo, criminalidade violenta, especialmente violenta ou altamente organizada e apenas quando houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter.

3 – É suscetível de configurar recolha de provas decisivas, entre outras, aquelas que da colaboração do arguido resultar:

- a) Identificação dos demais autores ou participantes dos crimes sob investigação descritos em 2.
- b) Revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas dos crimes sob investigação descritos em 2.
- c) Prevenção de infrações penais decorrentes dos crimes sob investigação descritos em 2.
- d) Localização de eventuais vítimas dos crimes sob investigação descritos em 2.

4 – Tal colaboração permite a atribuição do estatuto de arrependido colaborador ao arguido, que deverá ser decretada pelo Juiz de Instrução Criminal após a redução a escrito do acordo de colaboração investigatório realizado entre o Ministério Público e o arguido.

5 – Com o estatuto de arrependido colaborador o agente irá beneficiar, em julgamento, dos termos da atenuação especial da pena, bem como as medidas de proteção de testemunhas consignadas em legislação especial, em qualquer fase do processo.

6 – Do acordo resultará a renúncia ao direito ao silêncio por parte do arguido que se verificará em qualquer momento processual, em especial na fase do julgamento.

7 – São nulas todas as provas decorrentes desta colaboração que não sirvam apenas os interesses investigatórios referidos em 1, bem como todas outras vantagens propostas ao colaborador que não sejam as que resultam do n.º 5.

8 – Incumprido o acordo de colaboração, por parte do arguido, resultará a revogação do estatuto de arrependido colaborador e dos seus efeitos.

9 – A eficácia probatória decorrente do presente estatuto não prejudica as regras aplicáveis à aquisição da notícia do crime.

Com a positivação do referido regime jurídico consideramos que ponderados os interesses investigatórios, entre as expectativas comunitárias e os direitos dos investigados, se verifica uma concordância prática dos interesses conflituantes.

Conforme se constata, defendemos a positivação do estatuto do arrependido colaborador inspirado no *cooperation agreement* dos Estados Unidos da América, com auxílio do regime da *delação premiada brasileira*, por sua vez influenciada pelo regime dos *collaboratores de giustizia* italiana.

Apesar de ser inovador no âmbito da investigação acaba por ser muito semelhante ao acordo que está subjacente à nossa suspensão provisória do processo. Um acordo de colaboração na investigação criminal outorgado entre todos os sujeitos processuais, bastando existir a vontade livre e esclarecida do arguido bem como o respeito pelo cumprimento exígua dos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação. O *dominus* da investigação determinará a necessidade e adequação da colaboração pelo arguido, pois este sujeito processual é que melhor está habilitado para aferir do grau de necessidade e o carácter decisivo da colaboração do arguido, cabendo ao JIC apreciar o cumprimento desses mesmos princípios atenta a sua função no processo penal português, que lhe atribui a categoria de – em jargão dos tribunais – “Juiz das liberdades”. O efeito dessa homologação será determinado por este Juiz, mas só o Juiz de julgamento a concretizará, se o arguido cumprir o acordo desde a sua outorga até ao encerramento da audiência de discussão e julgamento.

Sendo um processo, o incumprimento poder-se-á verificar ao longo da sua ocorrência, ou seja, o arguido com o estatuto de arrependido colaborador deverá, sempre que solicitado, em qualquer fase do processo penal, prestar declarações concretizando a máxima: colaborar de forma integral e sem reservas. Não o fazendo o estatuto é revogado e, consequentemente, os seus efeitos.

Por fim, em termos sistemáticos entendemos que a sua positivação deveria constar em último lugar no elenco dos meios de obtenção da prova, logo após o regime jurídico das escutas telefónicas. Pois, tal como a sistemática da parte especial do CP não é axiologicamente neutra, como já referimos num outro contexto, também a sistemática do livro das provas não o é. O catálogo dos meios de obtenção da prova é revelador do cumprimento pela proporcionalidade e, principalmente, pela necessidade, ou seja, só se deverão utilizar os últimos meios

de obtenção da prova quando os anteriores demonstrem ser insuficientes, considerando as exigências de investigação em presença. Logo, ao colocar-se este estatuto no fim do livro das provas, se revelará, desde logo, ao intérprete a sua natureza de última *ratio*.

4. Conclusões

Mercê dos vários fenómenos sociológicos que hoje se apresentam, constatamos as graves e inexoráveis dificuldades que a investigação da criminalidade organizada comporta. Tanto mais quando o regime probatório português implica, e bem, por imperativos constitucionais, o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos e, consequentemente, um caminho de lisura na obtenção, valoração e produção das provas.

A superação destas dificuldades tem passado por vários soluções, mecanismos e estratégias de ação. Desde logo, a própria descrição típica privilegiou a adoção de conceitos abertos e conjugada com a admissibilidade de um leque alargado de condutas que colocam no limite a legitimidade da intervenção punitiva do Estado passando para a especialização e criação de equipas multidisciplinares na investigação criminal.

Face a todas as dificuldades investigatórias encontradas, e não obstante as novas soluções que têm vindo apresentar-se, urge, pelo menos desde já, pensar o arrependido colaborador no quadro do processo penal do Estado de Direito.

Em Portugal, atendendo ao nosso modelo de processo penal de estrutura essencialmente acusatória, num primeiro momento a figura do arrependido colaborador parece atentar contra vários dos seus princípios estruturantes. Em especial, a separação de poderes, o princípio da investigação ou descoberta da verdade material e, o princípio da presunção da inocência que impõe a proibição da autoincriminação. Contudo, após uma análise mais cuidada, afigura-se-nos como possível a concordância prática de princípios e valores que enquadram a figura do arrependido-colaborador, nos limites jurídicos do constitucionalmente legítimo.

Não temos qualquer dúvida de que a colaboração do arrependido significa uma delação e, por isso, uma traição para com os outros agentes do crime. A traição de um coarguido ainda é aceitável no quadro do Estado de direito, ou será que atenta contra garantias essenciais e inultrapassáveis deste modelo de Estado? Obviamente que a delação em si não atenta; a recompensa já é outro problema.

Há hoje uma clara tendência, em sede de política criminal nacional e estrangeira, no sentido da criação das condições e adoção de medidas destinadas a combater a impunidade dos agentes da criminalidade organizada, a qual tem sido responsável por um vasto conjunto de alterações legislativas. Porém, a grande dificuldade está em conciliar as exigências constitucionais nacionais, nomeadamente em matéria de processo penal, com a concessão de um prémio à delação; se bem que, salientamos desde já, a concretização legislativa deste instituto, ao definir de forma clara as condições da sua admissibilidade e os seus efeitos, sempre traria a imediata vantagem de ajudar a prevenir atropelos ao nosso modelo de processo penal.

Quanto à compensação a conceder ao delator, entendemos, por duas razões, que não pode ir para além de uma atenuação especial da pena: por um lado porque, apesar de o arrependido colaborador ser substantivamente um arrependido, o seu arrependimento não impediu a produção dos danos nem demonstrou um sério esforço nesse sentido – o crime já está consumado. Assenta apenas na colaboração investigatória e, assim, poderemos eventualmente afirmar que, no limite, ele ajudará a prevenir outros danos ou danos maiores pois, ao ajudar a condenar os culpados, poderá estar a ajudar a combater a continuação da atividade criminosa. Por outro lado, atendendo ao tipo de criminalidade em causa e às exigências de política criminal já expostas, a dispensa de pena é algo que se nos afigura como não admissível. Seria um prémio desproporcionado face a outras exigências punitivas – as expectativas comunitárias no respeito pela norma e a devolução da paz social. Não podemos esquecer que, apesar do seu arrependimento e da sua colaboração na obtenção de provas, o arrependido colaborador praticou o crime e pode ter usufruído das suas vantagens.

A proposta de estatuto de arrependido colaborador que oferecemos está em estrita consonância com os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade que norteiam e são o alicerce do regime jurídico da prova em processo penal, bem como o respeito pelos ditames constitucionais. Nessa medida, o estatuto do arrependido colaborador só poderá ser desencadeado na investigação dos crimes de terrorismo, criminalidade violenta, especialmente violenta ou altamente organizada, e apenas quando houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter.

O estatuto de arrependido colaborador não é uma “delação premiada”, não corresponde aos “*cooperation agreements*” e também não é um “*collaboratori de giustizia*”. É um meio de obtenção da prova que deve ser encarado com um processo que se inicia na fase da investigação típica de um processo penal e que se prolonga até ao final do julgamento. Limitado por estritos critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, permite a aplicação de uma atenuação especial da pena ao arguido que colabore de forma integral e sem reservas na investigação da criminalidade grave e cuja dificuldade investigatória tem vindo a demonstrar ser latente e resistente a todos os instrumentos jurídicos preventivos e repressivos.

A teoria da prova tem vindo a demonstrar ter uma posição preponderante no papel punitivo do Estado. Sem a sua existência poderíamos ter uma justiça kafkiana ou completamente arbitrária e, enquanto tal, incompatível com a dignidade humana. Os limites inalienáveis da condição da pessoa humana deverão ser sempre a bússola que orienta o legislador e o aplicador da lei e jamais poderão ser postas em causa, apesar de as necessidades de prevenção e de repressão da nova criminalidade sempre nos tentarem seriamente. Mas se não lhe resistirmos, passaremos a utilizar meios idênticos àqueles que pretendemos combater, traindo as finalidades últimas do nosso modelo processual.

As exigências do (ainda) *admirável mundo novo* abrem-nos caminhos a novas formas de entender o referido papel do Estado. Abramos as possibilidades a

O estatuto do arrependido colaborador no dealbar do (ainda) admirável mundo novo...

Ana Raquel Conceição

essas construções, mas sempre norteados pelos principais fins do processo penal: a descoberta da verdade com respeito pelo novo Homem. Que, tal como todos os outros, é um filho da democracia e titular de direitos que não podem nunca esmorecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2013

Beleza, Teresa Pizarro «*Tão amigos que nós éramos*»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português. In, SMMP, *Revista do Ministério Público*, 1998.

Canotilho, G., & Moreira, V. *CRP Constituição da República Portuguesa anotada. Artigos 1.º a 107.º*. (4ª edição revista ed., Vol. I). Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

Conceição, Ana Raquel: Escutas telefónicas. Regime processual penal, Lisboa, Quid Iuris, 2009.

Conde, Muñoz , *Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada*. In F. G. Conradi (Org.), *La criminalidad organizada ante la justicia*. 1996, Sevilha, Universidade de Sevilha.

Gonçalves, F., & Alves, M. J. *A Prova do Crime, meios legais para a sua obtenção*. Lisboa, Almedina, 2009.

Marques da Silva, Germano. *Ética Policial e Sociedade Democrática*. Lisboa, ISCPSI, 2001.

Meireis, Manuel Augusto, *O regime das provas obtidas através do agente provocador em processo penal*. Coimbra, Almedina, 1999.

Silva, Germano Marques. *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal*. In A. F. Sousa, *Direito e Justiça* , Vol. VII Tomo 2, Lisboa, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, 1994.

Silva, G. M. (2005). Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?). In *Lusíada. Direito*, Fundação Minerva, Lisboa, 2005.