

ARTÍCULOS

DELAÇÃO PREMIADA

ADRIANO SQUILACCE E NAIR MAURÍCIO CORDAS
*Advogados**

Delação premiada

No contexto da projecção do recurso à delação premiada no Brasil, surgiram, entre nós, várias vozes de apoio à consagração de um mecanismo de delação premiada na lei portuguesa. Além de uma visão crítica do instituto de delação premiada, não só à luz da lei vigente, mas também de *iure condendo* (i.e., do direito a ser constituído no futuro), este artigo pretende reavaliar determinadas opções práticas na condução das investigações que poderão consubstanciar verdadeiros mecanismos premiais encapotados que são vedados quer pelo actual Código de Processo Penal, quer à luz da Constituição da República Portuguesa.

PALAVRAS-CHAVE

Delação Premiada, Suspensão Provisória Do Processo, Processo Penal.

Whistleblowing

In the context of the projection that the recourse to plea bargaining agreements had in Brazil, several voices emerged in support of the establishment of a plea bargaining mechanism under Portuguese law. In addition to a critical view of the plea bargaining system, both in light of the law in force and *de iure condendo* (i.e., of the law to be established in the future), this article intends to reassess certain practices which may be under covered plea bargaining mechanisms that are prohibited by the Criminal Procedure Code and Constitution of the Portuguese Republic.

KEY WORDS

Plea Bargaining, Whistleblowing, Temporary Stay Of Criminal Proceedings, Criminal Procedure.

Fecha de recepción: 30-7-2017

Fecha de aceptación: 15-9-2017

INTRODUÇÃO

No contexto da projecção (inclusivamente internacional) que o recurso à delação premiada teve no Brasil, houve quem, em Portugal, tenha incentivado, sem reservas e hesitações, a consagração legal do instituto da delação premiada no nosso ordenamento jurídico.

Quando confrontados com a mais do que evidente incompatibilidade do modelo brasileiro da delação premiada com a Constituição da República Portuguesa (CRP), alguns defensores deste instituto vieram esclarecer que, afinal, não pretendiam importar o modelo brasileiro de delação premiada para Portugal, mas sim consagrar um modelo de delação premiada com contornos próprios, ainda que não os especifiquem.

É natural que a ideia da delação premiada seduza os investigadores (que são, humana e compreensivelmente, influenciados pelo contexto que os rodeia, nomeadamente em casos com maior projecção mediática) para a sensação de uma aparente vitória, por estarem convencidos que, no momento da acusação, a delação premiada terá permitido reunir indícios suficientes que permitam sustentar que a condenação em julgamento é mais provável do que a absolvição.

Esta sedução ou sensação de vitória que a delação premiada provoca será tanto maior quando os Magistrados do Ministério Público que investigam e acusam não são aqueles que participarão no julgamento, porque o trabalho (individual) daqueles que investigam culmina com a dedução da acusação.

O problema é que as grandes delações que criam a ilusão de uma grande condenação são as mesmas delações que podem dar lugar a grandes absolvições, quer por assentarem em verdadeiros negócios

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa).

com delatores que praticaram crimes e cuja credibilidade está necessariamente abalada, quer por força de invalidades na forma como a prova foi obtida.

Sem prejuízo disto, a discussão sobre a delação premiada não se deve restringir à perspectiva de *iure condendo* (i.e., do direito a ser constituído no futuro). Esta é uma excelente oportunidade para reavaliar, de forma sincera e crítica, certas opções práticas na condução das investigações que consubstanciam verdadeiros mecanismos premiaiais encapotados que são vedados quer pelo Código de Processo Penal (CPP), quer pela CRP. Aliás, no actual estado de coisas, a discussão do problema nesta segunda perspectiva é muito mais importante do que a primeira, porque se trata de enfrentar, com transparência, questões com que os diversos intervenientes no processo são confrontados, sobretudo na fase de inquérito ou investigação do processo.

O ERRO DE RECONDUZIR A DISCUSSÃO A UMA DIVERGÊNCIA ENTRE DUAS FACÇÕES

Antes de entrar no fundo deste problema, importa desmistificar uma confusão ou um pré-conceito errado que, aparentemente, tem estado subjacente a esta discussão. Alguns apresentam esta discussão como uma divergência entre duas «facções», cujas posições seriam orientadas pelos seus interesses: por um lado, os investigadores que apoiariam a delação premiada e, por outro lado, os Advogados que se oporiam a este instituto.

No entanto, esta divisão assenta num erro elementar e de base: o erro de que os advogados apenas interviriam como defensores de arguidos. Como é evidente, não é assim. Até porque a lei assim o obriga, os assistentes são sempre representados por advogados (artigo 70.º, n.º 1, do CPP). Portanto, os advogados, quando actuam enquanto representantes dos assistentes, têm a posição de colaboradores do Ministério Público, a cuja actividade subordinam a sua intervenção, ressalvadas algumas excepções previstas na lei (artigo 69.º, n.º 1, do CPP).

Esta dimensão ganha ainda uma maior importância nos casos em que a legitimidade para a constituição de assistente pertence a qualquer pessoa, como sucede, a título de mero exemplo, nos crimes de tráfico de influência, corrupção, peculato, participação económica em negócio ou desvio de subsídio ou subvenção (artigo 68.º, n.º 1 - al. e), do CPP).

De resto, mesmo nas jurisdições que consagram o instituto da delação premiada, já se assistiu a uma especialização de um determinado sector da advocacia na representação de suspeitos da prática de ilícitos que exerceram o papel de delatores e de *whistleblowers*.

Portanto, a ideia de que a discussão sobre a delação premiada é uma controvérsia entre o Ministério Público e advogados, na qual estes se orientariam contra a delação premiada em função do interesse egoístico de proteger os arguidos, é um raciocínio incorrecto e que está viciado à partida.

É que os advogados que actuam como defensores hoje são os mesmos que, amanhã, actuarão como assistentes e vice-versa.

Feita esta desmistificação, importa passar ao fundo da questão.

O ESTADO ACTUAL

Na sequência da obra publicada em 2011 por FIGUEIREDO DIAS, intitulada «Acordos sobre a sentença em processo penal – O Fim do Estado de Direito ou um Novo Princípio», inspirada na alteração introduzida em 2009 à lei que rege o processo penal alemão (a StPO), assistimos, entre nós, a um movimento com vista à implementação e aceitação dos chamados acordos sobre sentença em Portugal, em nome da defesa do Estado de Direito.

A via negocial rapidamente começou a ganhar adesão dentro do Ministério Público, primeiro, na Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, que emitiu uma orientação na qual incentivava a criação de procedimentos para a implementação dos acordos sobre sentença (cfr. Orientação n.º 1/2012, da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, de 13 de Janeiro de 2012 – disponível em www.pgdlisboa.pt), a que então se associou o Procurador-Geral Distrital de Coimbra (cfr. memorando de 19 de Janeiro de 2012, disponível em www.oa.pt).

Foi neste contexto que se seguiram duas decisões jurisprudenciais de tribunais de 1.ª instância que aplicaram acordos sobre sentença em processo penal, às quais se seguiu o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Abril de 2013, no qual a validade da negociação de penas foi expressamente rejeitada.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Abril de 2013, foi muito claro, tendo aí sido entendido o seguinte:

«I - O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença. II - Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar» (processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt).

Por sua vez, e na sequência da publicação deste Acórdão, foi emitida a Directiva n.º 2/2014 pela Procuradora-Geral da República, na qual se proibiu o incentivo e a celebração de acordos sobre sentença em processo penal, atendendo à necessidade de aprofundamento da reflexão sobre o instituto (cfr. Directiva n.º 2/2014, da Procuradoria Geral da República, de 21 de Fevereiro de 2014 – disponível em www.pgr.pt).

Embora o aludido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Abril de 2013, não se reporte especificamente a uma situação de delação premiada, à luz da legislação vigente, é hoje claro que o recurso ao instituto da delação premiada, na vertente contratual ou negocial, não é permitida. Aliás, é precisamente por esta circunstância que os simpatizantes desta modalidade de delação premiada reclamam a alteração do CPP.

Toda a negociação que chega a bom porto envolveu uma determinada promessa, enquanto contrapartida de um determinado acto ou prestação. Com o sucesso da negociação, a promessa transforma-se num compromisso.

No caso da delação premiada, pressupõe-se a existência de um prémio que é definido *anticipadamente* (por ex., a dispensa da pena pré-determinada, antes de qualquer julgamento) e constitui a contrapartida, *concreta e segura*, de uma delação feita por um arguido, após uma negociação bem sucedida com as Autoridades Judiciárias.

No entanto, o CPP determina que a promessa de vantagem legalmente inadmissível é *ofensiva da integridade moral das pessoas* e, nesta medida, constitui um método de prova proibido (artigo 126.º, n.ºs 1 e 2 - al. e), do CPP, o que proíbe a delação premiada, na medida em que não é possível prometer, antecipadamente e de forma pré-determinada, a um arguido a atribuição de uma vantagem específica, como contrapartida da sua colaboração. O n.º 2 do artigo 126.º do CPP determina a proibição absoluta deste método de obtenção de prova, mesmo em caso de haver consentimento do arguido, por

estar em causa a ofensa da integridade moral das pessoas (o que resulta claro da expressão «mesmo com que com o consentimento» que consta desta norma).

Por referência à proibição de «*promessa de vantagem legalmente inadmissível*», INÊS FERREIRA LEITE salienta o seguinte: «no sistema português, o recurso a meios mais “expeditos” de obtenção de confissões – tais como, a promessa de isenção ou atenuação da responsabilidade criminal, a promessa de privilégios injustificados no cumprimento da pena (...) – é proibido e importa a nulidade absoluta das provas assim obtidas (...). (...) na obtenção de declarações do arguido que possam constituir um meio de prova, as autoridades judiciais podem fazer referências aos benefícios substantivos e processuais decorrentes de uma “colaboração processual” útil por parte do arguido ou de um “arrependimento sincero”, mas nunca sob a forma de promessas concretas no que respeita aos precisos contornos da responsabilidade penal do mesmo ou da pena ou medida a aplicar, a final (ou, inversamente, sob qualquer forma de ameaças)» («Arrependido»: A Colaboração Processual do Co-arguido na Investigação Criminal, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, 2010, páginas 393 e 394).

Como vimos, o aludido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Abril de 2013, não se reporta especificamente a uma situação de delação premiada. No entanto, ao proibir a negociação de penas *tout court*, então por maioria de razão resulta daqui que a delação premiada é vedada no nosso sistema jurídico. Aquele Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça aponta alguns elementos essenciais no sentido de que o instituto da delação premiada bate de frente, não só contra a lei hoje vigente, mas também e sobretudo contra princípios fundamentais consagrados na CRP, conforme veremos adiante a propósito do caminho que a lei deve seguir no futuro.

SUSPENSÃO PROVISÓRIA COMO PRÉMIO DA DELAÇÃO?

Ainda no contexto da delação premiada, poder-se-ia questionar se, enquanto manifestação tímida deste instituto, seria possível determinar a suspensão provisória do processo quanto a um dos arguidos – ao abrigo do regime geral previsto nos artigos 281.º e 282.º do CPP –, sujeito à condição de prestar declarações incriminatórias de outro arguido, na fase de julgamento.

Além do regime geral do CPP, a suspensão provisória também está prevista em regime especiais como no artigo 9.º da Lei sobre as Medidas de Combate à Corrupção e Criminalidade Económico e Financeira (aprovada pela Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e subsequentemente alterada), a propósito do crime de corrupção activa, cujos pressupostos assentam no seguinte:

- (a) concordância do arguido;
- (b) ter o arguido denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade; e
- (c) ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

Os dois últimos pressupostos deste regime especial assumem maior relevância, no contexto do tema em análise.

A resposta à questão de saber se a suspensão provisória pode ser sujeita à condição de o arguido incriminar um co-arguido só pode ser negativa, uma vez que a suspensão provisória não pode fixar regras de conduta que ofendam a dignidade do arguido, mesmo que seja obtido o seu consentimento para o efeito (artigo 281.º, n.º 4, do CPP, também aplicável à suspensão provisória prevista para a corrupção activa prevista no artigo 9.º da Lei n.º 36/94). A rejeição desta hipótese é consentânea com a razão de ser do citado artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP.

De facto, a suspensão provisória do processo sujeita à condição de o arguido incriminar outro arguido faria com que as declarações do arguido premiado não fossem verdadeiramente livres e muito menos voluntárias, o que ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP) e consubstanciaria um método proibido de prova (cfr. artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP e artigo 32.º, n.º 8, da CRP).

A este respeito, INÉS FERREIRA LEITE refere o seguinte: *«Igualmente vedada, está a realização de “acordos” entre o arguido e o MP, no sentido de ao mesmo ser aplicada uma medida de diversão processual “em troca” de um depoimento contra co-arguidos na fase de julgamento, sempre que a medida em questão esteja condicionada à efectiva prestação do depoimento. (...) a aplicação do arguido da suspensão provisória do processo, prevista no art. 281.º do CPP, não pode ficar sujeita à condição - sob a forma de injunção - de que o mesmo venha a prestar depoimento contra um co-*

-arguido na fase de julgamento. Uma tal injunção não tem cabimento na alínea m) do n.º 2 do artigo 281.º, (...), pois sempre será contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana que a suspensão (merecida) do processo venha a ficar sujeita a prestação de declarações num sentido ou noutro, em julgamento contra outra pessoa (co-arguido ou não)» («A Colaboração do Co-arguido na Fase de Investigação», in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Almedina, 2014, página 231).

Assim, não podemos aderir à solução final acolhida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Abril de 2010, no qual estava em causa uma suspensão provisória do processo de um arguido que ficou, antecipadamente, sujeito a uma regra de conduta: manter a colaboração com as autoridades judiciárias ou policiais, durante a pendência do processo, com vista à descoberta da verdade material (processo n.º 154/01.9JACBR.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt).

Neste Acórdão, foi reconhecido o seguinte quanto à condição a que ficou sujeita a suspensão provisória do processo: *«Não se pode dizer que seja uma regra de conduta muito escurrita, do ponto de vista dos direitos fundamentais»*. Não obstante isto, esta decisão entendeu não invalidar as declarações do arguido a quem foi concedida a suspensão provisória, com fundamento de que este teria prestado declarações nesta mesma qualidade – arguido –, e foi advertido que poderia recusar responder e, ainda assim, decidiu prestar declarações livremente.

Ora, o facto de se reconhecer que a assunção de um compromisso formal do arguido no sentido de «colaborar» (ou, diremos nós, delatar) não é *«muito escurrita do ponto de vista dos direitos fundamentais»* é incompatível com a afirmação de que as declarações do delator no âmbito desta colaboração são livres e válidas. Esta conclusão está em frontal contradição com aquela premissa, o que determina a incongruência do raciocínio em causa.

A questão em causa não pode ser solucionada através do cumprimento de uma mera formalidade (a advertência formal de que o arguido não está obrigado a prestar declarações), ignorando-se o fundo do problema.

Existem, pelo menos, três aspectos que impõem a inadmissibilidade de a suspensão provisória do processo ficar sujeita à conduta de um arguido incriminar outro co-arguido, na medida em que viola a dignidade da pessoa humana e, em rigor, não promove a prestação de declarações livres na

sua essência ou, pelo menos, suscita sérias dúvidas a este respeito.

Em primeiro lugar, se prestadas neste específico contexto, importa questionar até que ponto as declarações do arguido contra outro co-arguido serão livres de uma perspectiva substancial.

De um ponto de vista formalista, dir-se-ia que o arguido que beneficia da suspensão provisória assinou o respectivo termo de suspensão e, portanto, prestou o seu acordo à condição de prestar declarações incriminatórias contra outro co-arguido. Nesta medida, as declarações que viessem a ser prestadas seriam voluntárias. Caso não se pretenda questionar o fundo do problema, dir-se-ia que seria assim.

No entanto, a liberdade e a voluntariedade na prestação de declarações do arguido a que a lei se reporta não são apenas formais. Trata-se antes de uma liberdade substancial ou material.

Quando se concede a alguém a possibilidade de «escolher» entre incriminar outrem e se livrar de um «problema próprio» ou rejeitar fazê-lo, mas continuar com este «problema próprio» (que implicará custos com a defesa, sujeição à pressão de enfrentar um processo criminal e até poder ser condenado a uma pena de prisão), será que está em causa uma escolha verdadeiramente livre ou, ao invés, uma «escolha» condicionada?

Esta questão pode ser colocada de um modo ainda mais pertinente: será que quando os arguidos forem confrontados com esta «escolha», todos eles decidirão de forma efectivamente livre ou, ao invés, estarão condicionados?

Ainda que se admita que o voluntarismo de alguns arguidos pudesse ser livre e verdadeiro (o que se afigura, no mínimo, duvidoso), será que todos os arguidos reagirão a esta «escolha» com um voluntarismo livre e esclarecido?

Naturalmente que não, sobretudo nos casos em que os arguidos estejam submetidos a uma maior pressão e «tenham mais a perder» (independentemente das razões subjacentes a estas condicionantes particulares, sejam estas de natureza profissional, económica, mediática, reputacional, familiar ou qualquer outra).

Em segundo lugar, conforme já referido, as provas, directa ou indirectamente, obtidas mediante coacção são nulas, por força do artigo 126.º, n.º 1, do CPP. Esta norma tem a particularidade de referir que são nulas as provas obtidas mediante «coacção,

ou em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas».

Portanto, quando se fala em proibir a utilização de coacção não se trata apenas de coacção física, mas também – e obviamente – de coacção moral ou psicológica. Está em causa não só uma proibição legal, mas sobretudo constitucional (artigo 32.º, n.º 8, da CRP), por ofender a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, o princípio do Estado de Direito.

No específico contexto da suspensão provisória em causa, a coacção moral consiste na condição ou regra de conduta que foi dada a «escolher» ao arguido de incriminar um ou mais co-arguidos, de forma a poder ver o seu processo arquivado (artigo 282.º, n.º 3, do CPP). Se o arguido não aceitar esta condição, fica sujeito à «ameaça» de o processo prosseguir também quanto a ele.

Note-se que o tipo objectivo do crime de coacção contempla precisamente a acção de alguém constranger uma pessoa a um determinado comportamento, por meio de uma «ameaça com mal importante», não tendo que existir, necessariamente, violência (artigo 154.º, n.º 1, do Código Penal).

Um dos critérios orientadores da definição concreta de coacção é o da *«adequação da ameaça a constranger o ameaçado a comportar-se de acordo com a exigência do ameaçante. Isto é, deverá considerar-se mal importante aquele mal que é capaz de fazer “dobrar” a vontade do ameaçado. Há, portanto, que relacionar a importância ou a gravidade do mal ameaçado com a exigência típica da adequação (imputação objectiva) deste a constranger o ameaçado»* (FIGUEIREDO DIAS, in *Comentário Conimbricense do Código Penal - parte especial*, Tomo 1, Coimbra, 1999, página 358, e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 7 de Março de 2012, processo n.º 110/09.9TATCS. C1, disponível em www.dgsi.pt).

Assim, o fundo da questão consiste em saber se o facto de um arguido se ver confrontado com a «ameaça» de o processo prosseguir contra ele é capaz de o fazer «dobrar», levando-o a incriminar outro co-arguido. Naturalmente, recorremos a este raciocínio de forma meramente analógica (e não por estar em causa o tipo legal de crime de coacção), na estrita medida em que o arguido premiado tem a possibilidade de evitar o que, para ele, seria a concretização de um «mal importante»; ou seja, a continuação do processo-crime e a dedução de uma acusação.

Em terceiro lugar, a liberdade e o voluntarismo do arguido, neste específico contexto, não podem ser

avaliados apenas no momento em que este presta o seu assentimento à suspensão provisória do processo, mas devem-no ser também em todos os momentos em que as declarações sejam prestadas, independentemente das fases processuais em que tenham lugar.

Isto porque, caso o arguido não cumpra as regras de conduta a que a suspensão provisória ficou sujeita, o processo-crime prosseguirá contra aquele (artigo 282.º, n.º 4 – al. a) do CPP).

Assim, caso o arguido premiado com a suspensão não mantivesse o seu propósito de incriminar outro arguido (mesmo que essa incriminação possa não corresponder à verdade), aquele perderia o benefício certo com que já teria sido premiado. É que, no momento da efectiva prestação de declarações, a suspensão provisória já não é uma mera proposta do Ministério Público ou um incentivo de desfecho incerto, mas sim uma salvação garantida, que o arguido premiado sabe de antemão que apenas depende da sua «mera» conduta em incriminar um co-arguido.

Neste contexto, tem toda a pertinência questionar, novamente, o seguinte: no momento em que lhe cabe incriminar o co-arguido e tendo já por certa a sua «salvação», será que o arguido premiado não se sentirá minimamente condicionado a incriminar o co-arguido?

Do ponto de vista formal e desligado do mais puro instinto de «sobrevivência» egoístico, dir-se-á que não, porque o arguido beneficiado sempre seria livre para incumprir a regra de conduta e voltar atrás.

No entanto, a natureza humana e a motivação subjectiva de cada um (compreensível do ponto de vista emocional e psicológica) mostram o contrário: inexistentes ou muito raros seriam os casos em que um arguido que teria como certo a sua «salvação», voltaria atrás no seu «compromisso» de incriminar um co-arguido, ainda que o pudesse fazer formalmente.

Portanto, a inadmissibilidade desta condição não equivale a passar qualquer atestado de capacidade diminuída ao arguido premiado. Trata-se antes de analisar as verdadeiras circunstâncias ou condicionantes que levam o arguido premiado a prestar declarações (ou melhor, que o fazem «dobrar»), ainda que com o seu assentimento formal.

Por último, saliente-se também que a suspensão provisória sujeita à conduta de o arguido incriminar um co-arguido viola as finalidades subjacentes às penas, pelo que sempre seria inadmissível.

Com efeito, como ensina GERMANO MARQUES DA SILVA, «as injunções e regras de conduta oponíveis ao arguido na suspensão provisória do processo são, de certo modo, medidas alternativas da pena e visam realizar os mesmos fins, embora por outros meios menos gravosos para o arguido. Não é isso, porém, que sucede nos casos em que a suspensão é, antes de tudo, um prémio pela delação» («Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos», in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume VII, Tomo 2, 1994, página 33).

Como é lógico, uma regra de conduta que vise que um arguido preste declarações incriminatórias contra um co-arguido não cumpre as exigências de prevenção geral e especial sujeitas às finalidades das penas.

Por tudo isto, afigura-se inadmissível que a suspensão provisória do processo fique sujeita à condição de o arguido prestar declarações incriminatórias contra outro co-arguido (seja directamente, seja indirectamente, através da indicação de supostos meios probatórios), porque, na sua essência, essas declarações não serão totalmente livres. Ou, pelo menos, sempre se suscitarão muitas dúvidas que assim seja.

OS MECANISMOS DE DELAÇÃO PREMIADA ENCAPOTADA

Conforme já referido, o mecanismo da delação premiada é, indiscutivelmente, inadmissível à luz da lei portuguesa. De outro modo, não se entenderia que os adeptos deste mecanismo em Portugal reclamem uma alteração legislativa (isto sem prejuízo de, mais adiante, importar apreciar a desconformidade destes mecanismos face à CRP).

Contudo, evidencia-se que certos mecanismos processuais previstos na lei podem, por vezes, ser utilizados como verdadeiros instrumentos premiais encobertos.

Embora contra a sua natureza e finalidade, na prática, certos mecanismos previstos no CPP podem ser aplicados para conceder um prémio ou, pelo menos, um tratamento privilegiado a arguidos ou outras pessoas que deveriam ser arguidas (mas não são), como contrapartida da sua aparente colaboração no processo (já se explicará mais adiante a razão da expressão «aparente colaboração»).

Esta circunstância torna-se ainda mais evidente quando, na fase de inquérito, a aplicação prática de

certos mecanismos legais supõe um tratamento desigual face a outros arguidos «menos colaborantes» que contrariam a visão em construção da investigação ou que, simplesmente, decidem exercer o direito ao silêncio consagrado no artigo 61.º, n.º 1 - d), do CPP e que decorre do princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP).

Não se pretende aqui discutir se esta aplicação enviesada de certos mecanismos processuais se reflecte num número expressivo de casos. Aliás, acredita-se que nem sequer é assim. No entanto, o simples facto de se propiciarem situações em que, pelo menos, se suscitam sérias dúvidas a este respeito é, por si só, motivo de reflexão.

Avancemos, então, com alguns exemplos.

Em primeiro lugar, atente-se no seguinte exemplo: apesar de os indícios já recolhidos poderem justificar que se interrogue uma certa pessoa como arguida, a sua audição como mera testemunha pode constituir um caminho mais fácil para que esta pessoa «se sinta livre» e motivada para incriminar outrem, como contrapartida de ela própria – a «testemunha» – não enfrentar os inconvenientes de ser investigada (ou, em rigor, mais investigada) e acusada.

No entanto, a constituição de alguém como arguido é um acto vinculado e obrigatório nas situações previstas na lei (artigo 58.º, n.º 1, do CPP).

Desde logo, é obrigatória a constituição como arguido quando corre inquérito contra «*pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime*» e esta preste declarações no processo (artigo 58.º, n.º 1 - al. a), do CPP). Este pressuposto foi introduzido pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, alterando o quadro legal anterior em que a constituição como arguido se bastava com a existência de um inquérito contra pessoa determinada e esta prestasse declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal.

Naturalmente, pode suceder que a avaliação da existência, ou não, de «*suspeita fundada da prática de crime*» pela pessoa que se pretende ouvir não seja um juízo isento de dúvida ou controvérsia. No entanto, estas dúvidas não podem ser resolvidas em função do teor das declarações que a pessoa ouvida esteja disposta a prestar, nomeadamente se estas declarações forem convenientes à incriminação de certos e determinados arguidos.

Por maioria de razão, quando não haja qualquer dúvida quanto à existência de «*suspeita fundada da*

prática de crime» por parte de quem será ouvido, a constituição como arguido não pode ser omitida para abrir caminho a uma suposta colaboração.

Um dos indícios da possível utilização premial deste mecanismo revela-se quando, no início do inquérito, uma pessoa é ouvida na qualidade de testemunha e não incrimina qualquer arguido, mas quando entretanto são carreados mais elementos para o processo que podem implicar fundadas suspeitas contra essa testemunha, esta volta a ser ouvida nesta qualidade e, desta vez, incrimina um ou mais arguidos. Esta mudança súbita para um ímpeto colaborador não pode ser ignorada na hora de avaliar a (i)legalidade da prova trazida para o processo.

A omissão da constituição de uma pessoa como arguido que o devesse ser é cominada com a impossibilidade de utilização da prova que daí resulte, quer se trate de prova obtida directamente (artigo 58.º, n.º 5, do CPP), quer indirectamente (isto é, carreada na sequência e por força de elementos obtidos na inquirição da testemunha que deveria ser arguida), no quadro da tese dos frutos da árvore envenenada.

De resto, esta circunstância consubstancia um método proibido de prova, por derivar de uma promessa – ou efectiva atribuição – de vantagem legalmente inadmissível (artigo 126.º, n.º 2 - al. e), do CPP), o que é de conhecimento officioso.

Por conseguinte, qualquer arguido (sobretudo os arguidos directamente afectados) tem legitimidade para suscitar esta invalidade, não estando apenas em causa aspectos jurídicos restritos à esfera da «testemunha» premiada, que, na maioria dos casos, não terá qualquer incentivo prático para requerer a sua própria constituição como arguido. Antes pelo contrário.

Não se pretende com isto dizer que aquele que, na qualidade de testemunha, incrimina outrem, nunca o fará se for investido na qualidade de arguido. No entanto, nestes casos, as declarações incriminatórias de um arguido relativamente a um co-arguido serão valoradas de outra forma, desde logo, no que diz respeito à menor credibilidade de quem as proferiu (artigo 127.º, do CPP).

É que, como foi salientado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de Fevereiro de 2014: «*Aquilo que pode minar a força probatória das declarações do co-arguido é uma suspeição, baseada no interesse pessoal que o declarante pode ter no resultado da sua própria declaração: o arguido incrimina o outro*

para se defender (“não fui eu, foi ele”) ou para dividir a sua responsabilidade (“não fui apenas eu, fomos os dois”))» (processo n.º 1/07.8GASTS.P1, disponível em www.dgsi.pt).

É, precisamente, por este motivo que a utilização enviesada destes mecanismos processuais leva a uma «aparente colaboração», já que o interesse egoístico e a reduzida credibilidade de quem depõe dificilmente conduzirão à descoberta da verdade dos factos.

Em segundo lugar, outro exemplo sensível que pode levar ao encobrimento da utilização de um verdadeiro instrumento premial ainda no decurso do inquérito tem a ver com o estatuto coactivo dos arguidos, oscilando-se entre um tratamento mais favorável na aplicação de medidas de coacção ou medidas mais gravosas, consoante os arguidos estejam, ou não, dispostos a «colaborar» na incriminação de outros co-arguidos.

A prova obtida através da utilização premial das medidas de coacção, enquanto contrapartida prática de uma aparente colaboração, determina a sua invalidade e é de conhecimento oficioso, porque configura um método proibido de prova (artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP).

Desde logo, o facto de um arguido poder ser confrontado, ainda que implicitamente, com uma medida de coacção mais gravosa se não colaborar configura uma manifesta situação de coacção ou ameaça com medida legalmente inadmissível (artigo 126.º, n.º 2 - als. a) e d), do CPP).

De outra perspectiva, a promessa de uma medida de coacção mais leve ou mera sujeição a termo de identidade e residência, em contrapartida de uma colaboração que contribua para a incriminação de um co-arguido, também constitui um método proibido de prova, porquanto configura a promessa de uma vantagem legalmente inadmissível (artigo 126.º, n.º 2 - al. e), do CPP).

Sucede que a demonstração da utilização das medidas de coacção como um inadmissível instrumento premial se depara com sérias dificuldades de prova. E, desde logo, não se espere que exista uma prova directa, porque naturalmente não constará do processo o reconhecimento expresso de que determinado arguido apenas ficou sujeito a termo de identidade e residência ou a uma outra medida de coacção menos gravosa, como contrapartida da colaboração prestada na incriminação de um co-arguido.

A aferição desta utilização inadmissível das medidas de coacção terá de resultar da conjugação de

diversas circunstâncias (raciocínio que, aliás, é frequentemente utilizado para efeitos muito mais gravosos). Por exemplo, não pode ser totalmente ignorada a circunstância de um arguido, que antes se recusou a prestar declarações e foi sujeito a uma medida privativa da liberdade, subitamente se predispor a incriminar outrem num curto espaço de tempo e, neste contexto, o seu estatuto coactivo for favoravelmente alterado.

Naturalmente, esta circunstância pode não significar, por si só, que a alteração do comportamento do arguido foi fruto de uma contrapartida premial.

No entanto, tal mudança de comportamento – acompanhada da alteração das medidas de coacção – deve ser enquadrada em diversos factores que têm de ser ponderados de forma conjugada para avaliar se estamos perante um «prémio», como, por exemplo: a «magnitude» da alteração do comportamento do arguido, eventuais incoerências de diferentes declarações para o arguido se ajustar ao fito acusatório, eventual interesse do arguido premiado na incriminação de um co-arguido, período de tempo entre as diferentes declarações do arguido premiado (ou entre o exercício do direito ao silêncio e a prestação de declarações) e, ainda, a oportunidade da alteração das medidas de coacção, etc.

De um ponto de vista realista, jamais se encontrará num processo o reconhecimento explícito de que as medidas de coacção foram aplicadas de modo a premiar a colaboração do arguido, o que não significa que, em certos casos, estes mecanismos não sejam susceptíveis de ser utilizados com esta natureza.

A verdade é que não é necessário que exista um reconhecimento expresso para se chegar a esta conclusão, até porque os factos – ainda que relativos a aspectos processuais – não podem ser apreciados de uma perspectiva formalista. Caso contrário, fechar-se-ia a porta, mas deixar-se-ia a janela aberta para utilizar métodos de prova proibidos.

Em síntese, é verdade que, na prática, a identificação da utilização de certos mecanismos processuais como verdadeiros instrumentos premiaiais envolve muitas dificuldades. No entanto, esta circunstância não pode levar a que este problema seja ignorado.

A REJEIÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA PARA O FUTURO

Do lado da investigação criminal, têm aparecido vozes de apoio à consagração de um mecanismo de

delação premiada na lei portuguesa, pese embora não definam os contornos específicos do modelo vago e abstracto que defendem (alguns destes apoiantes apenas ressaltam que não pretendem a importação da delação premiada prevista no sistema brasileiro).

Contra as críticas que, geralmente, são apontadas aos mecanismos de delação premiada, os apoiantes deste instituto apontam os seguintes aspectos:

- (a) a delação premiada não se afiguraria inconstitucional, desde logo, porque a lei portuguesa já prevê certos mecanismos que beneficiam o arguido pela sua colaboração no processo;
- (b) não se pretenderá consagrar a delação premiada, enquanto mero meio de prova (isto é, as próprias declarações do arguido), mas também enquanto um método de obter outras provas, que poderão ser trazidas para o processo por indicação do arguido;
- (c) sem a delação premiada, a investigação não terá meios suficientes e adequados para descobrir a verdade dos factos, nomeadamente nos casos complexos de criminalidade económico-financeira.

No entanto, estas razões invocadas pelos apoiantes da delação premiada assentam em pressupostos errados e, além disso, batem de frente com princípios fundamentais previstos na CRP.

Aliás, tudo o que acima já foi dito quanto à inadmissibilidade, do ponto de vista dos princípios fundamentais, de sujeitar a suspensão provisória do processo à condição de o arguido «premiado» incriminar outro co-arguido determina, igualmente, a inadmissibilidade da delação premiada face à CRP.

Nesta perspectiva, grande parte da essência do problema já foi analisada acima. Assim, será interessante avaliar a questão de outro ponto de vista, em particular por referência aos três argumentos acima referidos que, frequentemente, são invocados pelos apoiantes da delação premiada.

Em primeiro lugar, é verdade que a lei penal (quer o Código Penal, quer a legislação especial) prevê certos mecanismos que poderão levar – sublinhe-se o «poderão» – à atenuação ou mesmo à dispensa de pena, caso o arguido tenha colaborado na descoberta da verdade.

No entanto, a essência dos casos previstos na lei, em que o arguido pode ser beneficiado pela sua

colaboração, é substancialmente diferente da delação premiada.

A título de exemplo, nos casos dos crimes de recebimento indevido de vantagem e corrupção passiva ou activa (artigos 372.º a 374.º do CP), o agente que praticou o crime «pode ser» dispensado da pena sempre que tiver denunciado o crime em 30 dias após a prática do acto relevante e sempre antes da instauração do inquérito-crime, desde que voluntariamente restitua a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor (artigo 374.º-B, n.º 1 - al. a), do CP).

Esta situação pressupõe que o agente actue com um arrependimento sincero e não guiado, em primeira linha, por um qualquer interesse egoístico no sentido de atirar de responsabilidade para outros agentes, porque a colaboração apenas valerá para a dispensa da pena se for feita, numa altura em que o risco de o arguido ser descoberto é, em regra, diminuto, já que decorreu pouco tempo desde o crime e nem sequer há processo.

Portanto, em princípio, o arguido não se sentirá compelido ou pressionado a colaborar para se salvar, a todo o custo. Por outras palavras, se o arguido colaborar, em princípio, fá-lo-á livremente e porque tem um arrependimento sincero, o que inclusivamente lhe confere maior credibilidade. Até porque, quando o arguido denuncia o crime, em princípio, nem sequer saberá se existe, ou não, um inquérito-crime relativo aos factos que denunciará. Assim, em rigor, quando se faz a denúncia, o arguido não terá a certeza que beneficiará da dispensa de pena.

De facto, como salienta GERMANO MARQUES DA SILVA, «Aquele que erra e se arrepende merece ter um tratamento penal mais favorável, enquanto o arrependimento deva ser considerado como um primeiro passo para a sua conformação aos valores que as leis consagram e tutelam, enquanto o arrependimento representa para a sociedade a esperança de que aquele seu membro não mais a afrontará pela via do crime, ou constitui, pelo menos, um voto de confiança na pessoa e no arrependimento como meio de recuperação: está desde então atingida uma das finalidades da pena criminal. Não assim quanto o “arrependimento” nada representa de vontade de conformação com a lei, mas traduz tão-só a exteriorização de pusilanimidade e de traição» (ob. cit., página 32).

Contrariamente, na maioria das delações premiadas, o agente vê-se confrontado pelas autoridades com indícios contra ele ou antevê essa possibilida-

de como muito próxima ou provável e, portanto, sente-se compelido a colaborar em troca de uma salvação certa de antemão ou uma atenuação da pena determinada quando se firma o acordo de delação, que lhe confere um «direito contratualmente vinculado» e certo.

O carácter certo (a que subjaz um conhecimento antecipado) ou incerto do benefício da colaboração pode, de facto, marcar a diferença entre uma colaboração livre ou não. Saliente-se que o facto de haver consentimento formal do arguido na delação não a torna, necessariamente, livre, porque ao assentimento aparente pode não corresponder uma escolha inteiramente voluntária na sua essência.

Como já salientado, a prestação de declarações do arguido que não seja livre ofende o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP) e consubstancia uma ofensa à integridade moral da pessoa e, como tal, é a própria CRP que determina a nulidade da prova assim obtida (artigo 32.º, n.º 8, da CRP).

Deste modo, a delação premiada não é vedada apenas por uma mera barreira legal, mas também e sobretudo por se afigurar inconstitucional. Este é, de facto, o ponto nevrálgico da questão.

Neste sentido, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Março de 2009, foi referido o seguinte: «Assumindo uma configuração de verdadeiras “garantias de processo criminal” as denominadas “proibições de prova” constituem concretizações processuais de direitos fundamentais (...). Em última instância, está em causa a tutela de direitos pessoais que se reconduzem à dignidade da pessoa humana - princípio transversal da ordem jurídica com raiz na consciência colectiva» (processo n.º 09P0395, disponível em www.dgsi.pt).

Por outro lado, ainda nos casos de corrupção no sector público, a lei prevê que a pena é especialmente atenuada se o agente, até ao final do julgamento em 1.ª Instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis (artigo 374.º-B, n.º 2 - al. a), do CP).

De resto, também para o crime de branqueamento e certos crimes previstos na Lei de Combate à Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira, se prevê que a pena pode ser especialmente atenuada se o agente do crime «auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis» (artigo 368.º-A, n.º 9, do CP e artigo 8.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro). Mediante a verificação dos mesmos

pressupostos, no caso do terrorismo, a pena também pode ser especialmente atenuada ou a punição pode nem sequer ter lugar (artigo 2.º, n.º 5, da Lei de Combate ao Terrorismo, aprovada pela Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto).

No entanto, em todos estes casos, quando o agente decide colaborar, fá-lo-á de forma livre e tudo aponta para um arrependimento sincero, porque não tem garantia certa e antecipada que, no final do julgamento, o Tribunal considerará que a sua colaboração preencheu os conceitos gerais e abertos previstos na lei quanto à prestação de um auxílio «na recolha das provas decisivas» para a identificação ou captura de outros responsáveis. Com efeito, o Tribunal pode vir a entender que as provas cuja recolha o arguido auxiliou não levou à identificação ou captura de outros responsáveis ou que, apesar da sua identificação ou captura, as provas recolhidas em função do auxílio do agente do crime não foram «decisivas».

Ou seja, ainda que o auxílio do agente colaborador seja apreciado de acordo com um juízo de prognose póstuma (colocando-se o juiz à data e no contexto em que o auxílio foi prestado e, desta perspectiva, avaliar se este seria adequado a ser decisivo e levar à identificação ou captura de outros responsáveis), tal não assegura ao arguido colaborador um prémio certo e antecipado antes do julgamento e, nesta medida, a colaboração será, em princípio, livre na sua essência.

Por tudo isto, o argumento de que a lei já prevê mecanismos que beneficiam o arguido colaborador não colhe para defender a consagração da delação premiada, na lei portuguesa.

Em segundo lugar, em consequência do que se acaba de dizer, a credibilidade das declarações do arguido, ao abrigo de um mecanismo de delação premiada, estará irremediavelmente afectada, para não dizer que é inexistente.

Aliás, se já é assim quando estão em causa declarações de co-arguido em geral (sem qualquer contrapartida garantida) e no caso dos aludidos mecanismos de dispensa ou atenuação de pena hoje previstos na lei, então imagine-se nos casos de delação premiada, em que o arguido colaborador se sentirá compelido, a troco da salvação certa ou de um generoso benefício assegurado de antemão, a incriminar os co-arguidos quer pelos eventuais crimes que estes terão cometido, quer pelos crimes que estes não terão cometido. É que quanto maior for a delação, maior será o prémio.

A este propósito, mesmo quanto aos mecanismos de dispensa ou atenuação de pena em vigor actualmente, recorde-se que o já citado Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de Fevereiro de 2014, sublinhou o seguinte: «*Aquilo que pode minar a força probatória das declarações do coarguido é uma suspeição, baseada no interesse pessoal que o declarante pode ter no resultado da sua própria declaração (...). Pode ainda ter um interesse geral de pseudocontribuição para a descoberta da verdade, com eventual peso atenuativo na escolha e medida da sua pena*» (processo n.º 1/07.8GASTS.P1, disponível em www.dgsi.pt).

Nesta sede, note-se que a (des)credibilidade das declarações do co-arguido premiado não pode ser analisada de forma desligada da questão relacionada com o valor probatório das declarações do co-arguido em geral (não premiado).

A este respeito, TERESA PIZARRO BELEZA defende o seguinte: «*É meu entendimento, como disse, que não obstante a regra geral da livre apreciação dos meios de prova, se pode retirar da regulamentação da lei portuguesa uma ideia de diminuída credibilidade do depoimento do co-arguido, o que em alguma medida “afecta” aquela liberdade de convicção (...). Ainda que não se trate, claramente, de um meio de prova em abstracto proibido (...) trata-se, em meu parecer, de uma prova que merece reservas e cuidados muitos especiais na sua admissão e valor, dada a sua fragilidade*» («Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português», in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 19, n.º 74, 1998, páginas 48 e 49; no mesmo sentido, INÊS FERREIRA LEITE, «Arrependido»: A Colaboração Processual do Co-arguido..., ob. cit., página 406).

As reservas associadas ao valor probatório das declarações do co-arguido derivam, desde logo, do facto de, por força do princípio da não auto-incriminação, os arguidos nunca prestarem juramento aquando da prestação de declarações (artigo 140.º, n.º 3, do CPP). Assim, as declarações daqueles revelam uma menor garantia de veracidade face às declarações de uma testemunha (esta sim, sujeita a juramento e à cominação prevista na lei para a falsidade de declarações).

Acresce que, em caso de declarações de co-arguido, o direito ao contraditório é notoriamente limitado. Por um lado, os defensores dos demais co-arguidos não podem formular directamente perguntas ao arguido declarante, tendo de solicitar que as mesmas sejam formuladas pelo Juiz (que decide, ou não, formulá-las; cfr. artigo 342.º, n.º 2, do CPP).

Por outro lado, o direito ao silêncio do arguido impossibilita a certeza de que o arguido premiado se submeterá ao contraditório da defesa. Aliás, actualmente, não podem valer como meio de prova as declarações de um arguido em prejuízo de outro quando o declarante se recuse a responder a perguntas formuladas pela defesa do arguido prejudicado (artigo 345.º, n.º 4, do CPP).

Estas circunstâncias levam INÊS FERREIRA LEITE a pugnar pelo diminuto valor probatório das declarações do co-arguido, nos seguintes termos: «*tratando-se de declarações não ajuramentadas, prestadas com limitação do contraditório e por pessoa com interesse pessoal na causa e especialmente vulnerável a situações de intimidação, estas nunca poderão fundamentar, de modo exclusivo, uma decisão condenatória para os restantes arguidos*», (in «Arrependido»: A Colaboração Processual do Co-arguido..., ob. cit., página 406).

Neste contexto, TERESA PIZARRO BELEZA vai mais longe, defendendo a ilegalidade e inconstitucionalidade da valoração do depoimento de um arguido contra co-arguidos, com base no seguinte: «*O depoimento de 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. Não tendo esse depoimento sido controlado pela defesa do co-arguido nem corroborado por outras palavras, a sua credibilidade é nula. Na medida em que esteja totalmente subtraído ao contraditório, o depoimento de co-arguido não deve constituir prova atendível contra o(s) co-arguido(s) por ele afectado(s)*» (ob. cit. página 57).

Como é evidente, as fragilidades associadas à valoração do depoimento de co-arguidos são potenciadas no caso em que as declarações de um dos co-arguidos são prestadas ao abrigo de um acordo de delação premiada.

É neste contexto que se adverte que grandes delações podem conduzir a grandes absolvições. De facto, as acusações construídas sobre delações premiais deparar-se-ão com um problema de falta de credibilidade na hora da decisão final, dando lugar à absolvição dos arguidos, desde logo, porque não será lograda prova para além da dúvida razoável. Afinal, uma delação premial não deixa, na sua versão mais elementar, de ser um acordo com um criminoso que, na prática, reconhece que cometeu um crime. Portanto, a opção pela delação premiada leva o Estado a assumir que está disposto a «assinar contratos» com o agente que praticou um crime e,

por isso, reconhecidamente actuou contra a lei penal.

Quanto a este aspecto, ANABELA RODRIGUES refere o seguinte: «a opção do processo penal português por ideias como o consenso não foi fruto ocasional ou de uma intenção desesperada de atacar estrategicamente problemas característicos do nosso tempo, como a lentidão da justiça ou a massificação de determinadas formas de delinquência. (...) O que não significa que o processo penal fique inteiramente nas mãos das partes. Nem o processo penal se estrutura em termos de consensualidade absoluta, nem isso seria tão-pouco desejável» («Celeridade e eficácia: uma opção político-criminal» in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, 2003, páginas 42 e 43).

Este ponto suscita, ainda, uma questão de (in)constitucionalidade, à luz do n.º 5 do artigo 32.º CRP, que consagra que «o processo tem estrutura acusatória».

A este respeito, MAFALDA SANTOS adverte para «o facto de o instituto da delação premiada e os seus mecanismos colaboracionistas poderem trazer riscos a um modelo de matriz acusatória mista, uma vez que introduzem momentos tipicamente inquisitórios, nomeadamente a celebração de um acordo entre o Ministério Público e o arguido que não é conhecido, valorado ou sujeito ao contraditório» (in *O Direito Premial no Combate ao Crime de Corrupção*, Universidade Católica, 2013, página 13; cfr., ainda, FREDERICO DE LACERDA COSTA PINTO, in *Direito Processual Penal - Curso Semestral*, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1998, páginas 216 a 219).

De resto, os mecanismos de delação premiada podem provocar alterações à verdade processual que, num sistema que se rege pelo princípio do acusatório, implica que a verdade seja obtida mediante uma interacção justa entre a acusação e a defesa, com a intervenção do tribunal, em conformidade pelo princípio de *due process*. Ora, conforme refere MAFALDA SANTOS, «a introdução de mecanismos colaboracionistas típicos do direito premial permitirá a criação de acordos entre o Ministério Público e o arguido que fugiram ao controlo do tribunal, hipotecando a dialéctica acusação-juiz-defesa» (ob. cit., página 13).

Precisamente por este motivo, o Juiz Conselheiro EDUARDO MAIA COSTA, alerta para o perigo de os acordos de sentença infligirem ao processo equitativo «lesões tão profundas que o atingiriam no seu cerne, de que faz parte, como figura central, o juiz inde-

*pendente e terceiro relativamente às partes. Ora, é precisamente o papel central do juiz que a justiça negociada põe em crise, relegando-o para mero “homologador” do acordo já estabelecido entre o Ministério Público e o arguido, ou, talvez pior ainda, convertendo-o num “promotor” de um acordo ainda não alcançado. Em qualquer dos casos, o seu papel de decisor imparcial, supra-partes, é completamente desvirtuado. Os seus poderes transferem-se, em grande medida, para o Ministério Público, assim se administrativizando o processo» («Justiça Negociada: Do Logro da Eficiência à Degradação do Processo Equitativo», in *Julgarg*, N.º 19, Coimbra editora, 2013, p. 94).*

Assim, as declarações do arguido a coberto do instituto de delação premiada acarretam problemas sérios não só quanto à falta de credibilidade que contamina a investigação, mas também em sede de inconstitucionalidade.

Deste modo, o argumento dos apoiantes da delação premiada no sentido de que a delação premiada não teria como propósito único a obtenção de declarações incriminatórias do arguido premiado contra outro co-arguido, mas também que aquele indicasse outro tipo de provas ou forma de as obter cai por terra. A prova que pudesse ser obtida na sequência e por força da delação premiada também seria inválida à luz da teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que seriam obtidas à custa da ofensa da integridade moral, que o mecanismo da delação premiada supõe (neste sentido, INÉS FERREIRA LEITE, «Arrependido»: A Colaboração Processual do Co-arguido..., ob. cit., páginas 394 e 395).

Acresce que, em diversos casos, a prova obtida com a colaboração do arguido a coberto da delação premiada seria contaminada pela falta de credibilidade do arguido. A título de exemplo, no caso de prova documental, os documentos entregues pelo próprio arguido colaborante sempre suscitarium, muito provavelmente, sérias dúvidas quanto à sua autenticidade, para além de que a sua contextualização ficaria dependente das declarações do próprio arguido colaborante.

Ainda a este respeito, a abertura da porta à delação premiada levaria, certamente, a potenciar evidentes abusos quanto à conjugação das declarações incriminatórias do arguido premiado com o recurso às famigeradas regras da «experiência comum» ou «máximas da experiência» (e mesmo às máximas da «experiência especializada»), com o propósito de corroborar as declarações do arguido premiado ou melhor colmatar a sua falta de credibilidade. No entanto, a «experiência comum» não constitui um

meio de prova em si, mas um mero método de avaliação da prova. Assim, as regras da «experiência comum» nunca poderiam ser mobilizadas para colmatar os buracos das declarações incriminatórias do arguido premiado da restante prova contaminada que poderia advir daí.

Em terceiro lugar, não tem acolhimento o argumento dos apoiantes da delação premiada no sentido de que, sem este mecanismo, a investigação não teria meios suficientes para descobrir a verdade dos factos, nomeadamente nos casos complexos de criminalidade económico-financeira.

Isto não corresponde à verdade, até porque a prática tem demonstrado que a criminalidade económico-financeira é das áreas mais férteis na produção de elementos documentais e informáticos, os quais podem ser obtidos através de buscas e apreensões e sindicados até ao ínfimo detalhe, nomeadamente através de perícias no que diz respeito a ficheiros e trocas de e-mails, que deixam um histórico, que a evolução informática tem permitido reconstruir.

Por outro lado, a evolução positiva assinalável dos mecanismos de cooperação internacional permite, na grande maioria dos casos, coligir elementos probatórios com grande eficácia e rapidez. Além das tradicionais cartas rogatórias, a criação de equipas de investigação conjuntas entre autoridades de diferentes jurisdições permite a comunicação de elementos de prova quase em simultâneo – ou mesmo em simultâneo – com a sua obtenção (cfr. artigo 13.º, n.º 1 - alíneas a) e b), da Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia, de 29 de Maio de 2000, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 53/2001, de 16 de Outubro, e na Decisão-Quadro 2002/465/JAI, de 13 de Junho de 2002, e artigos 145.º, 145.º-A e 145.º-B, da Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, aprovada pela Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto). De resto, a constituição destas equipas no âmbito da União Europeia beneficia da experiência e coordenação da Eurojust.

Por fim, os mecanismos de prevenção de branqueamento de capital e financiamento ao terrorismo hoje implementados a nível internacional constituem meios muito eficazes no combate à criminalidade económico-financeira, contando, desde logo, com o facto de as instituições financeiras cumprirem procedimentos de *Know Your Customer* e *Know Your Transactions*, bem como os deveres de comunicação e abstenção de realizar operações suspeitas (entre nós, previstos na Lei de Combate ao Branquea-

mento de Capitais, aprovada pela Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto).

Por fim, a delação premiada suscita reacções negativas no sentido de este mecanismo poder gerar desigualdades entre arguidos, na negociação dos próprios instrumentos de delação premiada.

A este respeito, RENATA RODRIGUES ABREU FERREIRA sublinha o seguinte: «*Ainda que se alegasse que a solicitação da iniciativa do entendimento pudesse partir de qualquer das entidades que do acordo devam obrigatoriamente participar – incluindo-se, aqui, o arguido -, isso não supriria a possibilidade deste ser negado por qualquer das outras partes, especialmente em se considerando o vácuo legislativo, fazendo com que os acordos fossem praticados em alguns tribunais e noutros não*» («Acordos sobre a sentença em processo penal. Uma análise sob a perspectiva jurídico-constitucional e processual penal», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 26, N.ºs 1 a 4, IDPEE – Instituto de Direito Penal e Económico e Europeu, Jan-Dez 2016, página 427).

Como explica esta Autora, a questão da (des)igualdade pode ainda ser perspectivada do ponto de vista do tratamento processual oferecido ao arguido que confessa, no contexto de um acordo, em contraposição ao tratamento oferecido ao arguido que o faz sem qualquer acordo subjacente (RENATA RODRIGUES ABREU FERREIRA, ob. cit., páginas 429 e 430).

Nesta sede, ANABELA RODRIGUES alerta ainda para o seguinte: «*a liberdade para negociar é mais ilusória do que real. Longe de contribuírem para a igualdade das partes, estes processos negociados reforçam a desigualdade, já que “o contrato é também o instrumento privilegiado de domínio do forte sobre o fraco”. Um problema crucial em todos os sistemas que conhecem este tipo de justiça negociada é o da qualidade da defesa e das possibilidades que o arguido tem de beneficiar de um advogado de qualidade. (...) o “prémio” que se oferece ao arguido para o incentivar a que renuncie ao processo comum não tem correspondência, nem com a gravidade do crime (...), nem tão pouco com exigências de prevenção especial, porque a renúncia do arguido ao processo comum não reflecte qualquer adaptação social, mas apenas um desejo geral de rapidamente “ajustar as suas contas” com a justiça*» (in *Estudos em Homagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, «Celeridade e eficácia: uma opção político-criminal», Coimbra, 2003, página 51).

Todos estes factores contribuem para uma clara rejeição da delação premiada, quer do ponto de vis-

ta constitucional, quer do ponto de vista da descoberta da verdade e credibilidade da Justiça.

CONCLUSÃO

À luz da legislação vigente, o recurso ao instituto da delação premiada, na vertente contratual ou negocial, não é permitida. E, salvo melhor opinião, a delação premiada deve, mesmo de *iure condendo*, ser rejeitada, por violação dos princípios fundamentais consagrados na CRP, desde logo, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito.

À luz do direito constituído, não restam dúvidas de que as provas obtidas mediante um acordo de delação premiada – quer as declarações propriamente ditas, como as obtidas na sequência da delação – serão nulas, por força do artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, mesmo quando esta delação premiada é levada a cabo, de forma encoberta, pela utilização ilegal de mecanismos previstos no CPP.

Por fim, e sendo natural que a ideia da delação premiada seduza os investigadores, a reduzida credibilidade das declarações do arguido premiado conduziria, na maior parte das vezes, à absolvição dos demais co-arguidos, desde logo, por não ser lograda prova para além da dúvida razoável.