

RLJ

Revista de Legislação e de Jurisprudência

Secção de doutrina

Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal
(também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)

Jorge de Figueiredo Dias

Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo
à cooperação com a operação Lava Jato

J. J. Gomes Canotilho | Nuno Brandão

Simulação e terceiros de boa fé (breve apontamento)

António Pinto Monteiro

Situação e desafios da protecção dos direitos fundamentais na União Europeia

Rui Manuel Moura Ramos

Secção de jurisprudência

Um, Dó, Li, Tá? De quantos/de que gerentes se faz a vinculação de uma sociedade por quotas?

Alexandre de Soveral Martins

Ano 146.º

N.º 4000

Setembro – Outubro

2016

2. No acórdão 198/2004 de que foi relator Rui de Moura Ramos, lançando mão de casos em que a jurisprudência americana tem admitido exceções ou limitações à doutrina do fruto da árvore envenenada, o Tribunal Constitucional salientou que se trata de uma doutrina que abre “espaço à ponderação das situações concretas”. Tal ponderação de interesses justificará que, “em determinadas circunstâncias, se projete a invalidade de uma prova proibida, para além de nela própria, noutras provas e, em circunstâncias distintas, se recuse tal projeção”⁽⁴⁴⁾. O Tribunal Constitucional concluiu, no caso, que “o entendimento do artigo 122.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, (...) segundo o qual este abre a possibilidade de ponderação do sentido das provas subsequentes, não declarando a invalidade destas, quando estiverem em causa declarações de natureza confessória, mostra-se constitucionalmente conforme”⁽⁴⁵⁾. Também aqui parece-me de saudar este entendimento⁽⁴⁶⁾ no sentido de que a doutrina do fruto da árvore envenenada não tem de conduzir necessariamente (e sempre) à invalidação de todas as provas posteriores à prova ilegalmente lograda.

3. Conclusivamente, devo pois afirmar que a pergunta sobre se a proibição de prova constitui ou não o fruto da árvore envenenada, se possui ou não um efeito à distância, não deve ser respondida com um “sim” ou um “não” rotundos. Pode dizer-se que sim, para deste modo se dar a entender que, no caso, a violação da proibição possui um efeito que em princípio *persiste* perante as provas alcançadas por seu único intermédio. Mas também neste enquadramento não deve dizer-se que o efeito à distância seja *absoluto* e se furte por

esta via à aplicação de outros princípios constitutivos fundamentais do processo penal. Nesta medida, o fruto da árvore envenenada ou o efeito à distância sofrem de limitações que, em certos casos concretos, é verdade, acabarão por pôr em questão a própria proibição de prova. Mas seja como for, também a doutrina do efeito à distância, tal como a da prova proibida, não haverá de furtar-se — dentro de limites derivados de posição expressa contrária do legislador ou, sobretudo, de violação da essencial dignidade humana — ao princípio básico da ponderação dos valores conflituantes e eventualmente da otimização do conflito de valorações.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato^(*)

1. A Procuradoria-Geral da República recebeu, em 2015, um pedido de cooperação judiciária internacional apresentado por autoridades da República Federativa do Brasil, no âmbito da operação Lava Jato, para prestação de auxílio judiciário em matéria penal⁽¹⁾.

É por demais sabido que os múltiplos processos penais abertos no contexto da operação Lava Jato — promovida pelo Ministério Público Federal (MPF) brasileiro e contando com a intervenção de várias instâncias judiciais, em especial a 13.ª Vara Federal Crimi-

⁽⁴⁴⁾ Ponto 2.2.4.

⁽⁴⁵⁾ Ponto 2.3.1.

⁽⁴⁶⁾ Em anotação crítica a este acórdão do Tribunal Constitucional e discordando da conclusão a que chegou, Helena MORÃO, «Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessórias — o acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag”», *RPCC* 22 (2012), p. 689 ss.

^(*) O presente estudo contou com a colaboração de Ana Paula Gonzatti, doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁽¹⁾ Cfr. o comunicado do Gabinete de Imprensa da PGR de 21-07-2015, *in*: www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/esclarecimento_lava_jato_e_pt.pdf.

nal de Curitiba e o Supremo Tribunal Federal (STF) — têm sido instaurados e desenvolvidos fundamentalmente mediante recurso a um especial meio de obtenção de prova do direito processual penal brasileiro, o instituto da *Colaboração Premiada*, previsto e regulado pela Lei n.º 12.850, de 2 de Agosto de 2013.

Constitui ainda facto público e notório que, ao menos inicialmente, as pedras basilares da investigação Lava Jato foram os acordos de colaboração premiada firmados entre o Ministério Público Federal, de um lado, e Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, do outro, no âmbito de várias acções penais da operação Lava Jato em que os mesmos figuram como réus⁽²⁾. De facto, foi através da colaboração probatória prestada por aqueles réus Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, assente em acordos de colaboração premiada⁽³⁾, que o Ministério Público Federal alargou a amplitude da investigação, dirigindo-a a novos factos e a novos sujeitos, fundamentalmente na esfera da empresa brasileira Petrobras⁽⁴⁾.

Neste estudo procuraremos evidenciar as graves desconformidades do conteúdo desses acordos de colaboração premiada em relação ao instrumento normativo brasileiro que regula tal instituto, a já referida Lei n.º 12.850,

e à própria Constituição Federal brasileira. Tendo a operação Lava Jato sido edificada essencialmente a partir desses acordos, os vícios que os afectam não poderão deixar de ser tidos em conta na avaliação da admissibilidade das prestações de auxílio judiciário que ao Estado português sejam requeridas pelo Estado brasileiro no seu âmbito, mormente à luz do *princípio da ordem pública*.

Ressalve-se que a nossa apreciação crítica não versará sobre a bondade constitucional da colaboração premiada instituída pela Lei brasileira n.º 12.850/13 no quadro do sistema jurídico brasileiro ou sequer do português, mas tão-só, e muito mais singelamente, sobre a compatibilidade dos referidos *concretos* acordos de colaboração premiada com princípios estruturantes das ordens jurídico-constitucionais do Brasil e de Portugal, atenta a relevância da ordem pública como obstáculo à cooperação judiciária em matéria penal solicitada ao Estado português.

§ 1. *Localização do problema: a ofensa à ordem pública como fundamento da recusa de auxílio*

2. De há muito que soa como consensual a necessidade da cooperação judiciária internacional para o processamento penal. Uma necessidade que no contexto da internacionalização do crime⁽⁵⁾ numa era de um mundo globalizado se exasperou ao ponto da imprescindibilidade. Não obstante, como é evidente, a sua materialização deve concretizar-se de acordo com as regras e dentro dos limites estabelecidos pelos instrumentos normativos, nacionais e internacionais, que lhe são aplicáveis.

Os actos interestaduais de cooperação devem conformar-se com as normas imperativas de direito internacional público (*ius cogens*)⁽⁶⁾,

⁽²⁾ É o próprio MPF que, no seu *site* dedicado ao caso Lava Jato, apresenta Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa como as figuras centrais do esquema de corrupção objecto da investigação (<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>).

⁽³⁾ O “Termo de Acordo de Colaboração Premiada” de Paulo Roberto Costa encontra-se disponível *online*, in: <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>. Poderá igualmente ser consultado *online* o “Termo de Colaboração Premiada” de Alberto Youssef: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>

⁽⁴⁾ Cfr. <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico>. O acordo de colaboração premiada firmado entre o MPF e Paulo Roberto da Costa (27-08-2014) foi homologado pelo STF, por decisão do Ministro Teori Zavascki, em 29-09-2014; e o acordo celebrado entre o MPF e Alberto Youssef (24-09-2014) foi homologado pelo STF, também por decisão do Ministro Teori Zavascki, em 19-12-2014.

⁽⁵⁾ ANABELA MIRANDA RODRIGUES / JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, *Para uma Política Criminal Europeia: Quadro e Instrumentos Jurídicos da Cooperação Judiciária em Matéria Penal no Espaço da União Europeia*, Coimbra Editora, 2002, p. 15.

⁽⁶⁾ Cfr. o art. 53.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados assinada em 23 de Maio de 1969.

nelas avultando os direitos humanos⁽⁷⁾ como limites à cooperação. Outro elemento relevante a considerar em matéria de cooperação são os tratados entre as nações. Instrumentos que, em todo caso, devem estar em conformidade com as referidas regras de *ius cogens*, que, por incorporarem valores supremos do ordenamento jurídico internacional, são inegociáveis⁽⁸⁾.

Além de conforme ao direito internacional público, a cooperação deve ainda observar igualmente os ordenamentos jurídicos dos Estados cooperantes. É nesta última vertente que encontramos o *punctum saliens* do problema objecto da presente reflexão: a exigência de respeito pela ordem pública estadual que lhe é inerente como princípio rector da cooperação judiciária internacional estatal. Uma exigência que é há muito tida entre nós como imperativa⁽⁹⁾, determinando a inadmissibilidade de aplicação de instrumentos jurídicos incompatíveis com os princípios fundamentais do direito nacional vigente⁽¹⁰⁾. Dela decorrem, na realidade, limites à cooperação interestadual⁽¹¹⁾, de acordo com uma dúplici teleologia. De uma banda, a ordem pública cumpre uma função de defesa do Estado (*défense de l'Etat*): a soberania estadual não pode ser ferida, funcionando como barreira aos actos de cooperação⁽¹²⁾. De outra, procura acorrer à necessidade de protecção do visado (*protection du delinquant*), garantindo o respeito dos seus direitos fundamentais⁽¹³⁾.

3. Neste sentido, tanto na lei nacional como em convenções e tratados que vinculam o Estado português em matéria de cooperação judiciária internacional deparamos com plúrimas referências à ordem pública como obstáculo ao auxílio judiciário em matéria penal. Realidade normativa que, aliás, é igualmente característica do ordenamento brasileiro.

Assim, o art. 18.º, n.º 21, alínea *b*), da *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo)*⁽¹⁴⁾ e o art. 46.º, n.º 21, alínea *b*), da *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)*⁽¹⁵⁾ – de que Portugal e Brasil são parte – autorizam os Estados requeridos a recusar o auxílio judiciário quando considerem que a execução do pedido é susceptível de pôr em causa a sua ordem pública. Também é lícito aos Estados signatários da *Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*, entre os quais se incluem Portugal e o Brasil⁽¹⁶⁾, recusar o auxílio quando considerem “que o cumprimento do pedido ofende a sua segurança, a sua ordem pública ou outros princípios fundamentais” (art. 3.º, n.º 1, *e*)⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Art. 18.º (Auxílio judiciário), n.º 21, *b*): “O auxílio judiciário poderá ser recusado: (...) *b*) Se o Estado Parte requerido considerar que a execução do pedido é susceptível de pôr em causa a sua soberania, a sua segurança, a sua ordem pública ou outros interesses essenciais”. A Convenção, adoptada em 15-11-2000 e entrada em vigor em 29-09-2003, foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 2/4, e entrou em vigor em Portugal em 28-10-2007.

⁽¹⁵⁾ Art. 46 (*Mutual legal assistance*), n. 21, *b*): “*Mutual legal assistance may be refused: b) If the equested State Party consider that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, order public or other essential interests*”. A Convenção, adoptada em 15-11-2000 e entrada em vigor em 31-10-2003, foi aprovada pela Resolução da AR n.º 47/2007, de 21/9.

⁽¹⁶⁾ Segundo o Aviso n.º 181/2011, de 10/08, a Convenção encontra-se em vigor no Brasil desde 01-08-2009.

⁽¹⁷⁾ Resolução da AR n.º 46/2008, de 12/9. Considerando o art. 20.º desta Convenção da CPLP, tomou ela o lugar do Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal assinado por Portugal e Brasil em 07-05-1991.

⁽⁷⁾ Considerando os direitos fundamentais do ser humano como uma das dimensões essenciais das normas de *ius cogens*, RAFAEL CASADO RAIGÓN, *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999, p. 64.

⁽⁸⁾ ANTONIO CASSESE, *Diritto Internazionale*, 2ª ed., Il Mulino, 2013, p. 215.

⁽⁹⁾ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1950, p. 503.

⁽¹⁰⁾ SERGIO M. CARBONE / PAOLA IVALDI, *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Cedam, 2000, p. 57.

⁽¹¹⁾ R. KOERING-JOULIN, “Commentaire de la question IV. Structures et méthodes de la coopération internationale et régionale en matière pénale”, *Revue Internationale de Droit Penale*, vol. 55, 1984, p. 22.

⁽¹²⁾ KOERING-JOULIN, *cit.*, p. 23.

⁽¹³⁾ KOERING-JOULIN, *cit.*, p. 22.

Ainda neste sentido, estabelece o art. 2.º da *Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (Lei n.º 144/99) que o âmbito da cooperação eventualmente a prestar pela República Portuguesa está subordinado à protecção da ordem pública, prevendo-se ainda que o cumprimento de cartas rogatórias é recusado quando a solicitação se dirigir a acto que seja contrário à *ordem pública* portuguesa (art. 152.º, n.º 4, b))⁽¹⁸⁾.

Temos assim que tanto as Convenções que prevêem e regem o auxílio judiciário em matéria penal entre os Estados de Portugal e do Brasil como a lei portuguesa erigem a ofensa à ordem pública como fundamento para a recusa de auxílio.

§ 2. *Ordem pública e jusfundamentalidade*

4. Atento o relevo do *topos* da ordem pública no âmbito do auxílio judiciário em matéria penal, impõe-se que nela nos detenhamos mais de espaço, começando por enfrentar a questão de saber como é que o problema da cooperação internacional em matéria penal obriga, hoje, a rever a tradicional técnica do *reenvio* estudada no direito internacional privado, o âmbito onde sempre conheceu o seu maior fulgor dogmático. Com efeito, nos vários domínios em que a ordem pública era mobilizada – colisão de aplicação de normas de diferentes ordenamentos, reconhecimento de sentenças judiciais, cooperação internacional – não eram, em princípio, questionadas as premissas valorativas dos vários ordenamentos convocados. Como acentuava a doutrina do “direito de conflitos” e a teoria geral do direito internacional privado, as ordens jurídicas consideravam-se iguais e equiordenadas, havendo apenas que resolver os problemas técnicos dos vários critérios de conexão (*jus sanguinis, jus soli*, intensidade de conexão)⁽¹⁹⁾. Por

outras palavras: o direito de reenvio e o direito de conflitos procuravam identificar a ordem jurídica adequada para encontrar a solução de casos concretos. O direito estrangeiro era “aceite de forma amiga”, sem haver grandes preocupações na definição de parâmetros materiais vinculativos da sua aplicação na ordem jurídica interna de outro país.

5. Cada Estado garante unicamente a sua própria ordem jurídica e não é garante da ordem jurídica de outros Estados. Como corolário lógico desta garantia, o direito vincula, no seu âmbito de soberania, todos os destinatários e, em consequência desta vinculação, ele *vale* como direito *aplicável* pelas várias autoridades de execução (executivo, administração) e pelas várias entidades dotadas de *jurisdictio*. Se deslocarmos esta distinção validade/aplicação para a convocação de direito estrangeiro, é indispensável concluir que o direito estrangeiro não *vale* no plano interno, podendo, porém, por força dos mecanismos de colisão, poder ser aplicado numa outra ordem jurídica estrangeira. Se não fosse assim, assistir-se-ia à transposição directa do direito criado por entidades estrangeiras na ordem interna de outras constelações normativas estaduais. Ele pode e deve ser aplicado segundo as medidas jurídicas da ordem originária porque os vários pedidos ou reenvios não implicam a *outorga imperativa* dos *standards* materiais de uma ordem jurídica à aplicação do direito estrangeiro.

Em todo o caso, e este é um ponto importante, os mecanismos de cooperação e de reenvio *não podem ser instrumentos juridicamente neutrais*, indiferentes a quaisquer dimensões normativo-materiais da ordem jurídica a quem se “roga” a aplicação de direito estrangeiro. Como vem acentuando com rigor a moderna doutrina e metódica do direito de conflitos⁽²⁰⁾, o direito internacional privado não constitui qualquer comando jurídico fora da ordem jurídica estatal. Dada a crescente

⁽¹⁸⁾ Ainda nestes precisos termos, o art. 232.º, n.º 1, b), do CPP.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ZIEGLER, “Völkerrechtliche Verpflichtungen zur Anwendung oder nur freundliche Beachtung fremden Recht?”, in: S. Leible/M. Ruffert (orgs.), *Völkerrecht und IPR*, 2006, p. 43.

⁽²⁰⁾ Cfr. DIRK LOOSCHELDERS, *Internationales Privatrecht*, 6.ª ed., Springer, 2000, anotações aos artigos 3 a 6 de EGBGB.

jusfundamentalização das ordens jurídicas estatais, o ponto básico a esclarecer é o de saber se a aplicação de direito estrangeiro pode fazer-se à margem dos direitos fundamentais — sobretudo os direitos, liberdades e garantias e direitos análogos. Desde logo, as normas reguladoras da aplicação de direitos estrangeiros — sejam elas normas ordinárias internas, sejam normas convencionais internacionais — são jurídico-normativamente dependentes ou subordinadas às normas constitucionais, sobretudo as normas constitucionais positivadoras de direitos fundamentais ou de princípios jurídicos nucleares de um ordenamento constitucional.

Em termos menos abstractos e tendo agora directamente em vista o *regime de cooperação em matéria penal*, a aplicação de direitos estrangeiros pelos órgãos jurisdicionais e pelas entidades de investigação devem ser primariamente confrontada e controlada através da aplicabilidade e validade imediata e directa de *normas jusfundamentais*. Deve relevar-se que esta aplicabilidade não se reconduz a uma eficácia externa mediata dos preceitos jusfundamentais. É que, mesmo tratando-se de direito internacional privado — o que não é aqui o caso, dado que se tem em vista a aplicação de normas penais e processuais penais —, o controlo jusfundamental resulta imediatamente da eventual densificação da própria *ordem pública* pelos direitos e liberdades fundamentais. Como opera esta densificação da ordem pública através de direitos fundamentais?

6. Em primeiro lugar, a invocação de ordem pública sempre teve uma “função negativa” quanto à aplicação de direitos estrangeiros⁽²¹⁾, ou seja, sempre foi convocada para o estabelecimento de restrições à aplicação de direito estrangeiro.

Em segundo lugar, embora o direito constitucional não fosse, em princípio, considerado uma *medida directa* de controlo do direito estrangeiro — dada a prevalência do

princípio do *auctor regit actum* e da restrição do seu âmbito de aplicação ao exercício de poderes nacionais e não de actos de poderes externos —, alguma doutrina mais recente não deixa de salientar que, se o direito constitucional não pode aniquilar o direito estrangeiro, ele exige que as normas de direito estrangeiro não deixem de estar vinculadas aos direitos fundamentais quando aspiram a ser aplicadas num outro ordenamento jurídico⁽²²⁾. Por outras palavras: se na aplicação do direito estrangeiro o juiz não pode tornar-se juiz deste direito, isso não significa que o direito estrangeiro possa ser imune ao controlo a partir dos direitos fundamentais e da ordem pública por estes densificada. É que, em último termo, a aplicação de direito estrangeiro — no caso concreto, de direito processual penal “crismado de sérias desconformidades constitucionais” — significa exercício do poder estadual nacional que, de forma mediata, na aplicação do direito estrangeiro, não pode divorciar-se dos *resultados concretos aferidos* segundo a sua conformidade ou desconformidade com o direito constitucional nacional, sobretudo do *núcleo essencial* de direitos, liberdades e garantias.

Nesta perspectiva, os direitos fundamentais são nacional e internacionalmente “constitucionalizados” como *medida da ordem pública*⁽²³⁾. Se os direitos liberdades e garantias e os direitos constitucionais judiciais densificam a ordem pública, isso significa que a aplicação de direito estrangeiro não pode deixar de ser excluída quando conduzir a resultados insustentáveis no plano da *ordem pública jusfundamental*. A insustentabilidade pauta-se por esta ordem pública jusfundamental sempre que esteja em causa a restrição do seu núcleo essencial, nas suas dimensões materiais e pessoais. As consequências jurídicas da violação desta ordem pública será a inaplicabilidade do direito estrangeiro, no sentido de que dele não podem ser extrinsecados quaisquer efeitos ju-

⁽²¹⁾ Cfr. G. KEGEL / K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9.ª ed., C. H. Beck, 2004, p. 516.

⁽²²⁾ Cfr. KLAUS STERN, *Staatsrecht*, III/1, München, 1988, p. 1240.

⁽²³⁾ Cfr. CHRISTOPH OHLER, “Grundrechte und Internationales Privatrecht”, in: Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VI/2, C. F. Müller, p. 660.

rídicos dentro da ordem normativa nacional⁽²⁴⁾.

As violações da ordem pública, tal como esta acaba de ser caracterizada, não se limitam às hipóteses da aplicação do direito estrangeiro pelo órgão judicial nacional. Desde há muito que a ordem pública está presente no reconhecimento de sentenças estrangeiras e de outros actos de cooperação. Neste contexto, podem estar em causa violações jurídico-materiais e jurídico-processuais enxertadas em actos decisórios, desde actos de investigação até a actos judicativo-decisórios. O fundamento para o controlo destes actos conexas-se com a produção de efeitos jurídicos na ordem jurídica interna, exigindo-se, por isso, um procedimento recognitivo dos limites de ordem pública particularmente cuidadosos.

Nos desenvolvimentos seguintes procuraremos conferir estabilidade sistémico-normativa a esta reserva de ordem pública através da suspensão reflexiva incidente sobre as dimensões desviantes de acordos de colaboração premiada fundantes da operação Lava Jato e seu relevo para a prestação de auxílio judiciário a essa operação requisitada ao Estado português. Verificar-se-á que existem contradições profundas com a ordem jurídica portuguesa no modo como os acordos de colaboração premiada são assumidos e accionados pelas autoridades judiciárias brasileiras. Além de contradições em sede probatória, acumulam-se refrações processuais perturbadoras da reserva de juiz e da própria reserva de lei em matéria penal e processual penal. Utilizando os termos da Convenção de Haia, aproximamo-nos dos limites não apenas da ordem pública jusfundamentalmente densificada, mas também da violação dos princípios jurídicos fundamentais de um Estado de direito, onde se incluem o núcleo essencial dos direitos judiciais constitucionais e internacionais.

§ 3. *O instituto da colaboração premiada e o seu enquadramento constitucional*

7. A fim de avançarmos na nossa reflexão crítica sobre as múltiplas questões que aqui

aflorem, cremos ser oportuno desenvolver um esforço de delimitação e precisão conceitual da figura da colaboração premiada e dos princípios constitucionais que com ela podem ser postos em perigo.

Nas últimas duas, três décadas tem-se assistido, nos processos penais das mais diversas paragens, a um alastramento de práticas processuais que admitem a concessão a arguidos em processos criminais de benefícios penais a troco de uma sua actuação colaborante com as autoridades policiais ou judiciárias em prejuízo de terceiros, regra geral, sob a forma de delação com elas pactuada. Trata-se, em todo caso, de um fenómeno que está muito longe de representar uma novidade, antes constituindo “uma prolongada realidade na história do Direito Penal”⁽²⁵⁾. Tão antiga, de milénios, quanto controvertida, porém; pelos inarredáveis problemas e dilemas éticos, morais e jurídicos que lhe são inerentes⁽²⁶⁾.

O *nomen juris* dado pelo legislador brasileiro à figura de que tratamos presta-se a equívocos, que só serão evitados se os seus contornos forem recortados com rigor. De colaboração no processo penal poderá falar-se a muitos títulos, como o da testemunha que depõe sobre uma certa realidade com relevo penal que percepcionou e sobre a qual é questionada, o do arguido que livremente confessa o seu crime ou o do cidadão que *motu proprio* denuncia um delito alheio e até aí desconhecido das autoridades, *etc.* Embora nestas várias situações estejam em causa contributos que poderão ser úteis à descoberta e esclarecimento de um crime, podendo por isso assumir-se como actos de colaboração com o processo, é evidente que não é nada disto que a Lei n.º 12.850/13 tem especificamente em vista.

⁽²⁵⁾ JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, “Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2/2011, p. 209.

⁽²⁶⁾ Para uma reflexão sobre as vantagens e os males da atribuição de benefícios ao criminoso fundada na denúncia e traição dos seus comparsas no crime, logo CESARE BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, 1764, Cap. 37 (“Attentati, Complici, Impunità”).

⁽²⁴⁾ Cfr. OHLER, *ob. cit.*, p. 667.

O colaborador tido em mente pela Lei n.º 12.850/13 não é uma simples *testemunha* que é chamada ao processo para relatar aquilo de que tem directo conhecimento sobre uma realidade criminal já objecto de uma investigação ou de um processo em curso e à qual é estranho. Tal como no direito português, também no direito brasileiro, em geral, qualquer cidadão que, em virtude de factos que pessoalmente percebeu, esteja em condições de contribuir para a descoberta da verdade material, tem o dever de colaborar com o processo, declarando, com verdade, tudo aquilo que sabe (art. 203.º do CPP brasileiro). E obviamente, não lhe poderá caber qualquer vantagem por assim colaborar com a justiça, cumprindo o seu dever legal. Como tal, um contributo dessa natureza, pura e simplesmente testemunhal, não pode ser objecto de um acordo de colaboração premiada.

Na colaboração premiada a que se refere a Lei n.º 12.850/13 também não está em causa um denunciante que nada tenha que ver com o crime que delatou ou pretende delatar às autoridades. Via de regra, e de acordo com o princípio do Estado liberal, a comunicação de crimes às autoridades policiais ou ao Ministério Público brasileiros por um cidadão comum a eles totalmente alheio constitui uma faculdade e não um dever (art. 5.º, § 3.º, e art. 27.º do CPP-B). De todo modo, aquele que dá a descobrir ao Estado um crime deste até aí desconhecido não deverá ser agraciado com quaisquer vantagens, económicas ou penais.

No que a estas últimas respeita, não haverá por que falar em benefícios penais para o delator se este revelou um crime de outrem insusceptível de imediata ou mediatamente fundar uma sua própria responsabilização penal. Se a descoberta desse crime de modo algum poderá acarretar uma consequência penal para o delator, é então patente que a colaboração por ele prestada está fora do âmbito da colaboração premiada a que se refere a Lei n.º 12.850/13. Com efeito, esta baseia-se na premissa de que o colaborador é susceptível de responsabilização criminal fundada no delito por si delatado, sendo esse o motivo pelo qual lhe são prometidos benefícios penais caso auxilie a investigação. Benefícios

que visam estimular a sua colaboração, mas que não teriam razão de ser se nenhuma punição criminal pudesse ir associada ao crime delatado.

A colaboração premiada inscrita na Lei n.º 12.850/13 não se identifica ainda com uma outra realidade processual que em numerosos países tem feito o seu curso sob o rótulo de *justiça negociada*⁽²⁷⁾. Apesar de se tratar de um movimento inspirado na experiência norte-americana da *plea bargaining*, o seu acolhimento nos sistemas processuais de *civil law* tem ocorrido através da adopção de procedimentos que, formal e materialmente, se mostram completamente distintos do modelo norte-americano da barganha⁽²⁸⁾. Em ordenamentos processuais de tipo continental que, à semelhança do brasileiro, assentando embora num paradigma acusatório são marcados por um princípio da legalidade ou da obrigatoriedade da promoção processual e assim pela indisponibilidade do objecto do processo e pela imutabilidade da acusação, os esquemas processuais penais de natureza negociada deixam de fora a delação de terceiros, circunscrevendo-se à confissão de *crimes próprios*. É o que sucede, por exemplo, com os acordos sobre a sentença penal na legislação alemã (§ 257c da StPO)⁽²⁹⁾ ou com o *patteggiamento* italiano (art. 444 do CPP italiano)⁽³⁰⁾. As vantagens penais que num e noutro caso são acenadas ao arguido da acção penal reportam-se

(27) Cfr. FRANÇOISE TULKENS, “Una giustizia negoziata?”, in: Mireille Delmas-Marty / Mario Chiavario (orgs.), *Procedure Penali D’Europa*, 2.ª ed., Cedam, 2001, p. 624 e ss., e NUNO BRANDÃO, “Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução”, *Julgar*, n.º 25, 2015, p. 164 e ss.

(28) No sentido da insolvabilidade constitucional da *plea bargaining* num sistema processual de matriz acusatória continental como o português, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, Porto, C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 16 e s. e *passim*.

(29) CLAUD ROXIN / BERND SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 28.ª ed., C. H. Beck, 2014, § 17/7 e ss. e § 44/59 e ss.

(30) PAOLO TONINI, *Diritto Processuale Penale: Manuale Breve*, 9.ª ed., Giuffrè Editore, 2013, p. 560 e ss.

a um crime dele próprio, traduzindo-se numa atenuação da sua responsabilidade fundada na auto-incriminação ou na admissão de culpabilidade. A mitigação da punição fundada no contributo para a responsabilização de participantes no crime fica à sua margem.

8. A colaboração premiada que encontramos no art. 4.º da Lei n.º 12.850/13 distingue-se destas várias modalidades de colaboração com a justiça penal que enunciámos. É isso que se percebe logo a um primeiro olhar, mesmo que ainda superficial, sobre o instituto.

Qualificada pela Lei n.º 12.850/13 como um *meio de obtenção de prova* — e não, naturalmente, como um meio de prova —, a colaboração premiada é um instrumento através do qual se procura incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e factos com ela relacionados mediante uma promessa estadual de vantagens penais (*caput* e § 5.º do art. 4.º) ou processuais penais (§ 4.º do art. 4.º). A colaboração consistirá, pelo menos, na prestação de depoimento pelo colaborador e eventualmente ainda no fornecimento de outros meios de prova (*v. g.*, prova documental) ou na participação em outros actos de natureza probatória. Se essa colaboração for determinante da produção de algum dos resultados previstos nos cinco incisos do *caput* do art.º 4.º — colaboração dita *eficaz*⁽³¹⁾ — o colaborador deve, em princípio, beneficiar da vantagem que anteriormente pactuou com o Ministério Público como condição para colaborar⁽³²⁾.

No fundo, e reduzindo a questão ao essencial, o Estado promete ao arguido impunidade ou atenuação da sua responsabilidade penal a troco de meios de prova úteis para a investigação da organização criminosa a que pertence. Por isso, em geral, a colaboração

premiada apresenta-se como um meio de obtenção de provas incriminatórias tanto do próprio colaborador como de terceiros, sendo exacto denominá-la também, como é corrente na doutrina penal brasileira, como *delação premiada*⁽³³⁾. Na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada.

Dado que, numa lógica utilitarista, o Estado admite negociar aqui a própria Justiça, nomeadamente, a justiça penal que deveria reservar à conduta criminosa do colaborador, com o fim de perseguir criminalmente outras pessoas, afigura-se altamente problemática a compatibilização deste meio de obtenção de prova com o cânone do Estado de direito e dos princípios constitucionais — penais e processuais penais, mas não só — que dele se projectam ou gravitam na sua órbita.

9. Uma eventual admissibilidade constitucional de princípio da institucionalização legal da colaboração premiada, como aquela que tem vindo a ser sufragada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, não pode desconsiderar os perigos constitucionais que lhe vão necessariamente colados à pele. De modo que, a ser afirmada tal admissibilidade, só poderá sê-lo como uma *solução excepcional* para fazer face a *problemas criminais excepcionais*, pela sua gravidade e complexidade de investigação, e estritamente subordinada a uma exigência de *reserva de lei* e aos princípios da *proibição do excesso* e da *intangibilidade do núcleo essen-*

⁽³¹⁾ EDUARDO ARAUJO DA SILVA, *Organizações Criminosas. Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/2013*, 2ª ed., Atlas, 2015, p. 59 e s.

⁽³²⁾ Ac. do STF de 27-04-2010, HC 99736, e Ac. do Superior Tribunal de Justiça brasileiro de 15-06-2010, HC 97509/MG.

⁽³³⁾ Cfr., por outros, JACINTO COUTINHO / EDUARDO CARVALHO, "Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1/2007, p. 95 e ss., e GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Organização Criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 2 de Agosto de 2013*, Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

cial dos direitos fundamentais. E deverão ser sujeitas a este rigoroso crivo de constitucionalidade não apenas as normas legais quando tomadas pelo seu valor facial, isto é, digamos assim, quando “lidas” ao pé da letra, mas também as interpretações normativas adoptadas pelo Ministério Público e/ou pelo juiz nas suas intervenções processuais no âmbito de acordos de colaboração premiada sob invocação de determinada regra legal ou da conjugação de vários preceitos legais.

A mobilização do instituto da colaboração premiada está dependente da verificação de uma pluralidade de condições e pressupostos de ordem material e processual e da obediência a específicos ritos processuais, todos eles legalmente tarimbados e insusceptíveis de derrogação ou ultrapassagem pelos sujeitos processuais intervenientes no pacto de colaboração premiada.

9.1. Pelo que já se adiantou, bem se compreende que o primado do *princípio da legalidade* deva aqui valer em toda a sua plenitude. Desde logo, deve valer no *plano material*, com o seu sentido próprio de que “só a lei é competente para definir *crimes* (...) e respectivas *penas*”⁽³⁴⁾. Possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa nesse sentido. Dito de outro modo: é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal.

Só deste jeito, além do mais, será respeitada a função de salvaguarda de competência (*kompetenzwahrende Funktion*) que, a par da função de garantia da liberdade (*freiheitsgewährleistende Funktion*), conforma estruturalmente o princípio constitucional da legalidade criminal⁽³⁵⁾. Na verdade, o princípio da

separação de poderes, que se procura garantir e efectivar através da prerrogativa de reserva de lei formal ínsita no princípio da legalidade penal, seria frontal e irremissivelmente abolido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação de sanções não previstas legalmente ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu a uma punição. É o que sucederia, por exemplo, no caso de atenuação de uma pena de prisão para lá da redução de “em até 2/3 (dois terços)” prevista no caput do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13 ou de concessão de um perdão judicial em relação a um crime não contemplado pela Lei n.º 12.850/13. Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da *separação de poderes*, da *legalidade criminal*, da *reserva de lei* e da *igualdade na aplicação da lei*.

Além de se projectar sobre os acordos de colaboração premiada numa vertente material, o princípio constitucional da legalidade criminal cobra neles aplicação também num *plano processual*. De facto, constituindo ele “a mais sólida garantia das pessoas contra possíveis arbítrios do Estado, não se vê porque não haja ele de estender-se, na medida imposta pelo seu conteúdo de sentido, ao processo penal, cuja regulamentação pode a todo o momento pôr em grave risco a liberdade das pessoas”⁽³⁶⁾.

Assim, do princípio da legalidade criminal decorre ainda que é na lei, e só na lei e com estrita subordinação ao *iter* processual por ela definido, que poderá ancorar-se qualquer solução penal ou processual adoptada no processo fundada numa colaboração premiada. Logo porque, à partida, será de esperar que a lei haja plasmado os esquemas processuais

Beck., 2015, Art. 103 Abs. 2, nm. 178 e ss.

⁽³⁶⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra Editora, 1974, p. 96 e s. Posição acolhida recentemente pelo Tribunal Constitucional português no Ac. n.º 324/2013, 4. (www.tribunalconstitucional.pt). Ainda nesta direcção, AURY LOPES JR., *Direito Processual Penal*, 11.ª ed., Ed. Saraiva, 2014, Cap. VI.

⁽³⁴⁾ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, Art. 29.º, III.

⁽³⁵⁾ MAUNZ / DÜRIG / SCHMIDT-ASSMANN, *Grundgesetz Kommentar*, 74. Ergänzungslieferung, C. H.

que, do ponto de vista do legislador, se mostram constitucionalmente conformes e estabelecem os equilíbrios axiológicos, sistemáticos e político-criminais tidos como necessários e adequados. Equilíbrios que, como se intui sem dificuldade, ficam sob imediata ameaça de ruptura em caso de implementação de procedimentos *contra* ou até mesmo *praeter legem*. Mas não só.

Sendo este um domínio de obtenção de prova susceptível de contender com direitos fundamentais dos visados pela delação, faz-se nele sentir com particular intensidade o princípio da formalidade do processo (*Justizförmigkeit des Verfahrens*)⁽³⁷⁾, que impõe uma exigência de conformidade formal do procedimento com a regulação legal que para ele vale: num processo penal democrático só é admissível uma responsabilização penal baseada em factos apurados de modo processualmente válido, proscrevendo-se uma procura da verdade a todo o custo. Ora, é pelo cumprimento esmerado das formalidades prescritas pela lei que este desiderato fundamental poderá ser alcançado. Também aqui a legitimação democrática da decisão judicial só é portanto alcançável através de um determinado procedimento prévia e formalmente definido, devendo reconhecer-se, com Roxin e Schünemann, que num processo penal de um Estado de direito a protecção da formalidade do processo não é menos importante do que a condenação dos culpados e o restabelecimento da paz jurídica⁽³⁸⁾.

A segurança e previsibilidade que por esta via se procuram imprimir ao processo constituem, de uma outra perspectiva, o indispensável penhor de um cabal e efectivo exercício do *direito de defesa* do arguido. A ampla defesa que a este deve ser garantida só é exercitável num quadro processual estável e com regras bem definidas, que permitam ao arguido saber, em cada momento, aquilo com que pode contar.

Transpostos estas várias dimensões em que, no fundo, se projecta o princípio constitucional da legalidade processual penal para o âmbito da colaboração premiada, manifestam-se todas elas de modo convergente numa imposição de rigorosa observância de todas as determinações legais que ditam os termos processuais que regulam a sua formação e efectivação. Uma obrigação de conformidade processual que, como é evidente, deve também ela ser examinada pelo juiz no acto de homologação previsto no §7.º do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13 — devendo a homologação ser recusada se o procedimento que culminou no acordo de colaboração premiada ou os passos processuais futuros que nele são convencionados não se ajustarem aos quadros processuais legalmente previstos — e, mais tarde, no acto de eventual concessão dos benefícios antes pactuados.

9.2. Com especial relevo para a questão que nos ocupa e ainda com directa filiação no princípio da legalidade apresenta-se o *princípio do juiz natural*, também designado na experiência germânica, porventura com maior propriedade, como *princípio do juiz legal*, consagrado no art. 5.º, LIII, da Constituição brasileira: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Consiste ele essencialmente “na predeterminação do tribunal competente para o julgamento, proibindo a criação de tribunais *ad hoc* ou a atribuição da competência a um tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime”⁽³⁹⁾. Garantia que não se circunscreve, em todo caso, ao julgamento, abrangendo todas as esferas e fases da jurisdição penal.

Esta garantia do juiz legal é imprescindível para a salvaguarda da confiança comunitária no sistema de justiça penal, defendendo-o de manipulações atribiliárias na designação do juiz da causa que comprometam a isenção e imparcialidade que devem constituir a

⁽³⁷⁾ ROXIN / SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*²⁸, § 1/2 e § 24/19.

⁽³⁸⁾ *Idem, ibidem*.

⁽³⁹⁾ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, I⁴, Art. 32.º, XVI.

marca-de-água do múnus judicial e assim a própria realização da justiça no caso.

O princípio do juiz natural impõe, antes de mais, que a definição do juiz competente resulte da lei⁽⁴⁰⁾. No plano da fonte, com efeito, só a lei pode instituir o juiz e definir-lhe a competência. Esta dimensão, dita *positiva*⁽⁴¹⁾, do princípio do juiz legal abrange não só as regras legais propriamente ditas com relevo para a determinação da competência, como também ainda eventuais regulamentos, regimentos, *etc.*, complementares emanados pelo próprio sistema judiciário de que a mesma esteja dependente. Todas essas prescrições devem possuir natureza geral e abstracta, de modo a evitar a manipulação da fixação da competência relativamente a certos casos ou pessoas. Um receio que, tradicionalmente, era sentido sobretudo em relação ao poder executivo⁽⁴²⁾, mas que é hoje acompanhado por preocupações voltadas para o interior do próprio poder judiciário.

A esta vinculação a uma ordem taxativa de *competência* legalmente determinada encontra-se associada, numa *dimensão negativa*, um conjunto de proibições de variada ordem, fundadas essencialmente na proscrição da arbitrariedade ou mesmo da discricionariedade no acto de fixação da competência. Designadamente, a proibição de jurisdições de excepção, isto é, tribunais *ad hoc* formados para intervir em determinado processo ao arrepio do quadro legal de natureza geral e abstracta definitório da competência, e a proibição de desaforamento mediante transferência do pleito do tribunal legalmente competente para um outro que não encontra na lei justificação para aquisição de competência para intervir no caso.

Neste nosso contexto dos acordos de colaboração premiada, a salvaguarda da garantia do juiz natural passa por uma imposição de interpretação da Lei n.º 12.850/13 que permita assegurar uma *relação de congruência subjectiva* entre o acto de homologação do acordo de colaboração premiada e a decisão de concessão das vantagens neste previstas. Homologando o acordo, o juiz não se limita a declarar a sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas.

Por essa razão, a competência para a homologação deve ser deferida ao tribunal que à partida se anteveja como o competente para o julgamento da causa em 1.ª instância e assim para a aplicação ao réu das sanções criminais pelos crimes por que vier eventualmente a ser condenado. Este princípio-regra deve articular-se, no plano sistemático constitucional, com outras normas onde se preveja competência especial de outro tribunal, como é o caso da competência do STF quando um ou mais denunciados no acordo de colaboração beneficiem de prerrogativa de foro privilegiado ante o STF (Constituição Brasileira, art. 102.º/1//b). De outro modo, teríamos a homologar o acordo e a comprometer-se com uma certa solução um tribunal que não estaria depois em condições de honrar um tal compromisso, por não ser o tribunal competente para a sentença.

O mesmo vale para os acordos pós-sentenciais previstos no § 5.º do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13, tendo em vista uma redução da pena já aplicada e transitada em julgado ou uma progressão do seu regime de execução. Competente para a homologação só poderá ser (i) o tribunal que tiver a seu cargo a execução da pena já em cumprimento, pois só ele terá competência para conceder tais benesses ao condenado que entretanto se dispôs a colaborar; ou (ii) o Tribunal Supremo (STF) a quem a Constituição confere competência especial pela individualização no rol de pessoas com prerrogativas de foro privilegiado de

⁽⁴⁰⁾ Sobre o que se segue, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *Sujeitos Processuais Penais: o Tribunal*, 2015, <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083>, p. 32 e ss.

⁽⁴¹⁾ Ac. do TC n.º 614/2003 (11.).

⁽⁴²⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Sobre o princípio jurídico-constitucional do «juiz-natural»", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 111 (1978), n.º 3615, p. 83 s.

alguns denunciados nos acordos (CRB, art. 102.º I/b).

9.3. Em geral e na presente matéria em particular, o princípio do juiz legal guarda uma estreita proximidade com os *princípios da jurisdicionalidade e da independência judicial*. A circunstância de a pena ou o seu regime de execução poderem decisivamente resultar daquilo que houver sido pactuado entre o Ministério Público e o réu é susceptível de comprometer o monopólio judicial em matéria de aplicação de penas criminais se determinadas cautelas não forem observadas. Além disso, na eventualidade de sobre o acordo incidirem distintas decisões judiciais homologatórias, uma eventual pretensão de um tribunal de atribuir à sua homologação uma eficácia que extrapole os estritos limites da sua jurisdição coloca sob ameaça a jurisdição dos demais tribunais efectivamente competentes para o efeito e do mesmo passo a independência destes.

Quanto ao primeiro ponto, relativo ao *princípio da jurisdicionalidade*, o regime da Lei n.º 12.850/13 só será constitucionalmente solvente no que a ele diz respeito se o tribunal competente para a homologação do acordo de colaboração premiada e para a efectivação das vantagens convencionadas tiver um *real poder decisório* sobre a outorga dos benefícios penais que constem de tal acordo. Não sendo esse o caso, se, na prática, a obtenção de um regime punitivo de favor decorrer exclusiva e materialmente do pactuado entre Ministério Público e réu, será manifesta a afronta à máxima da jurisdicionalidade em sede de aplicação e execução de *penas*. Este é, na realidade, um daqueles domínios nucleares em que, tanto *de jure* como *de facto*, devem ser os tribunais a deter o monopólio não apenas da última, mas também, desde logo, da primeira palavra, como manifestação da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais judiciais nas matérias de foro criminal⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, p. 664 e s.,

A *garantia da independência dos tribunais* no âmbito das suas intervenções em processos em que hajam sido firmados acordos de colaboração premiada está por seu turno dependente da existência de condições para que possam livremente tomar as decisões que lhes competem sem obediência a qualquer outra instância ou poder que não os da lei e da Constituição. Como é sabido, a prerrogativa da independência judicial declina-se numa autonomia no exercício da jurisdição por força da qual a existência de uma “qualquer relação hierárquica no plano da organização judicial não poderá ter incidência sobre o exercício da função jurisdicional”⁽⁴⁴⁾.

É óbvio que, intraprocessualmente, uma instância judicial deve acatar e dar efeito ao que um tribunal superior haja determinado no âmbito da apreciação de um recurso ou impugnação de uma decisão por si anteriormente tomada. Mas fora isso, e tirando o caso excepcional das súmulas vinculantes do STF (art. 103.º-A da Constituição Federal)⁽⁴⁵⁾, em nenhuma outra hipótese estará um tribunal sujeito ao entendimento que uma outra corte judicial tenha relativamente a um caso que entre na sua competência jurisdicional, mesmo que esta última se trate da mais alta instância judiciária do país⁽⁴⁶⁾.

Assim sendo, deverão considerar-se inválidas cláusulas como a seguinte: “*Homologado o acordo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, valerá em todo foro e instância que lhe seja inferior, restando*

e FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *Sujeitos Processuais Penais: o Tribunal*, p. 7.

⁽⁴⁴⁾ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*⁷, p. 663, e desenvolvidamente A. CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra Editora, 1994, p. 101 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Se não é inconstitucional, por beneficiar de expresso respaldo da própria Constituição, a súmula vinculante é porém altamente questionável sob o ponto de vista metodológico — cfr., por último, MICHELE TARUFFO, “A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade”, *Julgar*, n.º 25, 2015, p. 22 e *passim*.

⁽⁴⁶⁾ FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *Sujeitos Processuais Penais: o Tribunal*, p. 9 e s.

desnecessária sua homologação perante outras instâncias"⁽⁴⁷⁾. Além de se tratar de um pacto de atribuição de competência que não tem qualquer cabimento em processo penal, porque contrário ao princípio do juiz natural, um acordo desta natureza é ainda incompatível com o princípio da independência judicial.

Pertencendo ao STF a competência para o julgamento em 1.ª instância de determinada pessoa, em virtude do foro especial que a esta cabe, será o STF quem, em momento anterior, deverá intervir em sede de homologação. Em todo caso, uma tal homologação somente poderá projectar os seus efeitos sobre os factos que formam o objecto do processo e sobre as pessoas submetidas à jurisdição de 1.ª instância do STF. Se um cidadão comum à partida excluído desta jurisdição acabar por ser julgado em 1.ª instância pelo STF, em virtude de uma válida aplicação de regras legais de conexão processual, a homologação anteriormente proferida poder-lhe-á ser estendida.

Já não será assim, porém, se o STF não detiver competência para o processamento em 1.ª instância de tal réu. Neste quadro, o juízo homologatório do STF figurará perante o juiz competente para a causa como o juízo de uma qualquer outra corte de 1.ª instância, não o podendo vincular, dada a independência recíproca que entre ambos intercede. Nessa medida, não estará esse juiz obrigado a outorgar ao co-réu colaborador as vantagens a ele prometidas num acordo por si não homologado enquanto juiz legalmente competente para o processo. Nestes termos, sob pena de violação do princípio constitucional da independência judicial, não poderá reconhecer-se validade à auto-atribuição de eficácia judiciária *erga omnes* que frequentemente constam das homologações dos Termos de Colaboração Premiada proferidas pelo STF⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ Termo de colaboração premiada outorgado pelo Ministério Público Federal e Alberto Youssef.

⁽⁴⁸⁾ *V. g.*, "Ante o exposto, homologo o "Termo de Colaboração Premiada" (...) a fim de que produza seus jurídicos e legais efeitos *perante qualquer juízo ou tribunal nacional*" (itálico nosso).

§ 4. *O conteúdo e os limites da colaboração premiada legalmente admissível*

10. Realizado este enquadramento geral jurídico-constitucional de questões penais e processuais penais envolvidas no regime legal da colaboração premiada, pretendemos dirigir a nossa atenção para o concreto clausulado dos termos de colaboração premiada que fundaram a expansão da operação Lava Jato, ponderando-o à luz das coordenadas constitucionais que avançámos⁽⁴⁹⁾. Antes, porém, para esse efeito será imprescindível desenvolver um esforço de exegese da regulação inscrita na Lei n.º 12.850/13, a base legal invocada para a celebração daqueles acordos.

a) **O âmbito normativo da Lei nº 12.850: crimes de e da organização criminosa**

11. O instrumento processual da colaboração premiada integra-se numa regulação penal e processual penal mais ampla que tem o seu cerne na figura da *organização criminosa*. Do mesmo passo que incrimina a promoção, a constituição, o financiamento e a integração numa organização criminosa, a Lei n.º 12.850/13 dispõe sobre específicos meios de obtenção de prova que poderão ser mobilizados para a investigação criminal e processamento do crime de organização criminosa e de crimes conexos. Esta limitação do alcance normativo da Lei n.º 12.850/13 resulta directamente do objecto estipulado logo no seu art. 1.º — "*Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infracções penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado*" — e está em consonância com a teleologia político-criminal que lhe é subjacente.

É tendo em conta a especial gravidade e danosidade social da própria existência de uma associação criminosa e as dificuldades investigatórias com que as instâncias formais de con-

⁽⁴⁹⁾ Como referimos no início, teremos em consideração, nomeadamente, os específicos termos de colaboração premiada convenionados pelo Ministério Público Federal com Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef.

trola do crime frequentemente se deparam na sua detecção e perseguição penal que se justifica a criminalização da pertença a uma organização criminosa e a previsão de específicos instrumentos probatórios a ela dirigidos especialmente sensíveis para os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos. Considerando estes fundamentos político-criminais e atento o dever estadual de estrita observância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, temos para nós que o regime legal da Lei n.º 12.850 tem um âmbito normativo bem delimitado, circunscrevendo-se ao delito de organização criminosa e aos crimes a ela ligados, isto é, aos crimes *da* organização (as infracções penais correlatas a que se refere o art. 1.º da Lei n.º 12.850/13).

Crimes externos à organização criminosa caem fora da alçada da Lei n.º 12.850/13 e não podem ser objecto de perseguição criminal com recurso aos meios de obtenção de prova nela consagrados e definidos, designadamente, à colaboração premiada. Pois não foi para esses fenómenos criminais que tais meios foram especificamente pensados e postos à disposição da investigação criminal pelo legislador federal. A não ser assim, ficaria aberto caminho para que meios de investigação excepcionais pudessem banalizar-se e ser usados para a repressão de crimes ou contextos criminais cuja gravidade de modo algum justificaria intromissões tão severas na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos como as que são inerentes aos meios de obtenção de prova enunciados no art. 3.º da Lei n.º 12.850/13.

b) Limitação de eficácia da colaboração premiada ao processo em que foi pactuada

12. Além de balizada pelos limites postos pelo objecto estabelecido pela Lei n.º 12.850/13 — no sentido ora adiantado de que só poderá abranger a organização criminosa integrada pelo colaborador e os crimes de tal organização —, a colaboração premiada conhece ainda uma limitação processual. Concretamente, e como transparece dos §§ 2.º e 5.º do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13, só pode ter eficácia no

específico âmbito de um dado processo em que tenha sido pactuada. Funcionando a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, terá ela necessariamente de emergir num certo contexto processual pré-existente, a fim de favorecer a recolha de provas úteis ao esclarecimento dos factos objecto do processo. Um processo, aliás, em que, tratando-se de uma colaboração pré-sentencial, o colaborador deve ser co-réu, já que só deste modo é que terá sentido acenar-lhe com determinados benefícios como contrapartida de uma sua colaboração. De mais a mais, só existindo um processo, e no contexto de um processo, será viável o acto de homologação judicial.

Queremos com isto significar que a colaboração premiada não só não pode ser pactuada fora de um processo, como não pode ter efeitos fora do *seu* processo, designadamente, em relação a crimes legalmente insusceptíveis de processamento conjunto com aqueles que já formam o objecto processual dos autos em que o acordo é celebrado. Acresce que a limitação da eficácia aqui assinalada não pode deixar de ter em conta a utilização destes acordos de delação não apenas para promover processos contra terceiros (nomeadamente os delatados) mas também para proteger outros visados (ex: famílias de delatores) que são poupados à acção persecutória do MP em virtude de acordo celebrado com o colaborador.

§ 5. *Vícios dos concretos acordos de colaboração premiada fundantes da operação Lava Jato: vantagens penais e processuais indevidas*

§ 5.1 Taxatividade legal dos benefícios premiados

13. A Lei n.º 12.850/13 prevê duas modalidades de colaboração premiada⁽⁵⁰⁾ — a

⁽⁵⁰⁾ Decompondo a colaboração pré-sentencial em colaboração pré-processual e processual e por isso

pré-sentencial e a pós-sentencial⁽⁵¹⁾ — e para cada uma delas prevê específicos e autónomos benefícios penais e processuais penais susceptíveis de serem concedidos ao colaborador.

A colaboração pode começar por ser pactuada no período que vai até à prolação da sentença, antes ou depois do oferecimento da denúncia / acusação (art. 4.º, §§ 1.º a 4.º, da Lei n.º 12.850/13). Nesta fase, podem as partes convencionar *uma* das seguintes três vantagens, de natureza penal, enunciadas no *caput* do art. 4.º em termos alternativos (e não cumulativos)⁽⁵²⁾: ou o perdão judicial; ou a redução da pena privativa da liberdade em até 2/3; ou ainda a substituição da pena privativa da liberdade por pena restritiva de direitos. Ainda nesta fase, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efectiva colaboração, o § 4.º do art. 4.º admite a atribuição de *um* benefício processual: a abstenção de oferecimento de denúncia.

Se, pelo contrário, a colaboração só for acordada e efectivada após a sentença, nos termos do § 5.º do art. 4.º, “*a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objectivos*”.

Como se antecipou supra, todos estes benefícios estão rigorosamente subordinados aos ditames do princípio da legalidade criminal.

Nisto vai implicada a taxatividade do catálogo legal dos benefícios que poderão ser atribuídos ao colaborador: vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas e concedidas. Não se divisando no regime legal qualquer lacuna que careça de integração, será ainda inaceitável a outorga de privilégios extralegais com base em argumentos de identidade ou maioria de razão ou em analogia. Técnicas que, aliás, sempre seriam

de reputar-se como inadmissíveis num meio de obtenção de prova que contende com direitos fundamentais de terceiros como é o caso da colaboração premiada.

Do princípio da legalidade resulta de igual modo uma proibição de combinação dos esquemas processuais desenhados na lei que, na prática, redunde na criação jurisprudencial de soluções que não se ajustem aos modelos procedimentais cunhados legalmente. Mais grave, no plano da juridicidade, é a transmutação de acordos de colaboração em *instrumentos* normativos inovadores, *praeter e contra legem*, violando a *reserva de lei do* parlamento na definição de crimes e de penas. Assim, na fase pré-sentencial não pode pactuar-se um benefício só previsto para uma colaboração pós-sentencial (*v. g.*, a progressão de regime de execução de pena privativa da liberdade); tal como é proibido conceder-se na fase pós-sentencial um prémio só admitido na fase anterior (*v. g.*, o perdão judicial).

Sendo embora estas as coordenadas que, em homenagem ao princípio da legalidade criminal, devem nortear a celebração de acordos de colaboração premiada, uma análise fina do conteúdo dos termos de colaboração premiada permite percepção de uma total subversão e manipulação dos quadros premiais definidos na Lei n.º 12.850/13.

§ 5.2. Vantagens penais sem base legal: a redução da pena de multa

14. Apenas duas das três espécies de penas tarimbadas pelo art. 32.º do Código Penal brasileiro se encontram expressamente contempladas pelo *caput* do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13, a pena privativa da liberdade e a pena restritiva de direitos. Não obstante, de entre as várias propostas premiais cumulativamente oferecidas pelo Ministério Público Federal conta-se uma redução da pena de multa que vier a ser aplicada ao réu, de forma a fazê-la coincidir com o seu patamar mínimo⁽⁵³⁾.

aludindo a três espécies de colaboração premiada, EDUARDO ARAÚJO DA SILVA, *cit.*, p. 63 e ss.

⁽⁵¹⁾ Também designada pós-processual — *cf.* EDUARDO ARAÚJO DA SILVA, *cit.*, p. 66.

⁽⁵²⁾ CESAR ROBERTO BITENCOURT/PAULO CÉSAR BUSATO, *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei n.º 12.850/2013*, São Paulo, 2014, p. 129.

⁽⁵³⁾ *V. g.*: “(...) o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos

Trata-se, claramente, de uma convenção sem qualquer esteio legal. Em lado algum se faz referência na Lei n.º 12.850 à possibilidade de um acordo de colaboração premiada versar sobre a pena de multa cominada para crimes pelos quais o réu possa vir a ser condenado (*v. g.*, o próprio crime de organização criminosa, punível com pena privativa da liberdade e multa). Vantagem que, por se mostrar desprovida de cobertura legal, não poderá ser prometida ou concedida.

Além de ferir o princípio da legalidade, o acordo dirigido a uma fixação antecipada da exacta medida da pena de multa a aplicar ao réu colide com *princípio da jurisdicionalidade* e o *princípio da culpa*. Afronta o primeiro, porque, de facto, transfere a competência para a determinação da medida concreta da pena do juiz para o Ministério Público. E atenta contra o segundo, porque, contrariando o disposto no art. 59.º do Código Penal, torna a culpabilidade num factor irrelevante para a fixação do *quantum* da pena. Como afirma Figueiredo Dias a propósito do lugar paralelo dos acordos sobre a sentença, de modo aqui inteiramente válido, “um acordo sobre a *medida concreta da pena* não pode ser considerado admissível, pois que tal significaria uma violação do princípio da culpa e aproximaria de novo o acordo da troca, negócio ou barganha. Ao tribunal, e só a ele, pertence ponderar todas as circunstâncias do caso que relevam para a culpa e a prevenção e, em função delas, encontrar o exacto *quantum* de pena”⁽⁵⁴⁾.

§ 5.3. Vantagens penais sem base legal (cont.): as progressões de regime pactuadas

15. Além de incidir indevidamente sobre uma pena que escapa ao catálogo inscrito no *caput* do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13, as co-

relevados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente: (...) VI. a aplicação da pena de multa a que se refere o art. 58, *caput*, do Código Penal, em seu patamar mínimo, cuja cobrança será realizada pelo Ministério Público Federal nos termos da legislação vigente”.

⁽⁵⁴⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 51.

laborações premiadas sob análise manifestam uma pretensão de projecção de efeitos sobre a fase executiva da pena de prisão que deverá vir a ser cumprida pelos colaboradores. E isto em dois sentidos: marcando o início da execução de tal pena, fazendo-o coincidir com a assinatura do Termo de Colaboração Premiada, mesmo antes portanto de este ser judicialmente homologado⁽⁵⁵⁾; e determinando em que termos o colaborador passará do regime fechado para os regimes semi-aberto e/ou aberto⁽⁵⁶⁾. Tal sucede, porém, num momento em que os colaboradores não foram ainda sequer julgados e condenados como culpados da prática de qualquer crime de que estejam indiciados nos processos em curso — *i. e.*, numa fase pré-sentencial.

a) Pena *sine judicio* e *sine judex*

15.1. Acordos de colaboração premiada dotados de cláusulas estipuladoras de que o cumprimento de pena privativa da liberdade se inicia a partir da assinatura do acordo de colaboração premiada e que “o colaborador cumprirá imediatamente após a assinatura do

⁽⁵⁵⁾ *V. g.*: “(...) o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos relevados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente: (...) I. a aplicação ao Colaborador de penas privativas da liberdade, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, as quais depois de unificadas resultem em, no mínimo 30 (trinta) anos de reclusão. (...) § 6. O Colaborador cumprirá imediatamente após a assinatura do presente acordo a pena privativa da liberdade em regime fechado a que se refere o inciso III da presente cláusula”.

⁽⁵⁶⁾ *V. g.*: “(...) o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos relevados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente: (...) III. o cumprimento pelo Colaborador de pena privativa da liberdade em regime fechado por lapso não superior a 5 (cinco) anos e não inferior a 3 (três) anos, iniciando-se a partir da assinatura do presente acordo e detraindo-se o período já cumprido pelo Colaborador a título de prisão provisória após a deflagração da “Operação Lava Jato”.

presente acordo a pena privativa de liberdade em regime fechado⁽⁵⁷⁾ são clamorosamente ilegais e inconstitucionais.

O início de uma pena criminal, ainda para mais por simples e directa determinação do Ministério Público, sem que haja uma sentença judicial que a decreta configura uma autêntica aplicação de pena *sine iudicio e sine iudex*. Nada que, obviamente, se possa aceitar num Estado de direito. A jusestadualidade que deve caracterizar a República Federativa do Brasil e comandar a acção de todos os seus órgãos não consente que um réu sofra a execução de uma pena criminal sem um prévio e devido processo penal (art. 5.º, LIV, da Constituição Brasileira). Tal como não consente, por mor da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais em matéria de aplicação e execução de penas criminais, que uma decisão dessa natureza seja tomada por um órgão externo ao poder judicial⁽⁵⁸⁾, como é o Ministério Público (art. 5.º, XXXV e LIII, da Constituição Brasileira). Considerações que, naturalmente, valem por inteiro na óptica da ordem jurídico-constitucional portuguesa.

O pacto de que a pena criminal a aplicar ao réu colaborador deverá iniciar-se ainda antes de ser proferida a respectiva sentença viola ainda o *princípio da presunção de inocência*, vertido no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Estando o princípio constitucionalmente consagrado nestes termos, isto é, com uma amplitude que alcança o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, será constitucionalmente inadmissível uma antecipação processual do cumprimento da pena para um momento em que o réu não foi ainda definitivamente dado como culpado da comissão do crime correspondente (*nulla poena sine culpa*).

b) A pretensão de projecção de efeitos sobre a fase executiva da pena de prisão

15.2. Do mesmo passo que se arroga competência para ditar o imediato cumprimento da pena privativa da liberdade do réu colaborador, o Ministério Público pactua ainda regimes de progressão de meio fechado para semi-aberto e/ou meio aberto decorrido que seja determinado período. Tratos que são feitos sob a premissa explícita ou implicitamente assumida — e que acabámos de ver ser insustentável — de que a pena privativa da liberdade já está em execução. Tal é insusceptível, porém, de iludir a realidade de o acordo ter sido fechado sem que o réu colaborador haja sido judicialmente sentenciado por qualquer crime, estando, por isso, em causa uma *colaboração premiada pré-sentencial*.

Ora, como vimos já, nesta fase pré-sentencial não é legalmente admitido qualquer pacto sobre um futuro regime de execução de uma pena que, em abstracto, poderá vir a ser aplicada ao réu colaborador. O que bem se compreende, pois só faz sentido admitir conversações e decisões sobre o modo de cumprimento de uma pena de prisão depois de esta ter sido definitivamente aplicada e de fixados os factos penalmente relevantes em que se fundamenta. De outra forma ficariam substancialmente ameaçadas as próprias finalidades de prevenção geral e especial que a pena deve, via de regra, satisfazer.

Nesta fase pré-sentencial, o Ministério Público Federal não está, portanto, habilitado pela Lei n.º 12.850/13 a propor a um réu, como contrapartida da sua colaboração, qualquer regime de progressão de pena. Como tal, deverá o Ministério Público abster-se de prometer aos réus que, prestando colaboração eficaz, passarão para um regime muito mais brando de execução de pena como é o do cumprimento em meio aberto, quando sobre eles pairam ameaças de aplicação de penas privativas da liberdade que podem ascender a dezenas de anos. Como é bom de ver, trata-se de um incentivo à colaboração extraordinariamente aliciante para o réu. Só que é um incentivo enganador, porque a Lei n.º 12.850/13 não consente a concessão de um tal benefício.

(57) Cfr. o § 6.º da cláusula transcrita na penúltima nota.

(58) Neste sentido, logo o fundamental acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 06-06-1967, in: *BVerfGE* 22, 49.

Neste contexto, deverá repudiar-se o argumento de que se o Ministério Público sempre poderia propor essa mesma vantagem de progressão de regime após a sentença condenatória, então não há razão para que o não possa fazer antes. Com efeito, as alterações de regime de cumprimento de pena que o § 5.º do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13 permite são apenas aquelas fundadas numa colaboração posterior à sentença. Convencionando-se com o réu que a sua colaboração deverá iniciar-se de imediato, antes de qualquer sentença, é evidente que não é este o tipo de colaboração que aquele preceito tem em vista, como se disse, uma colaboração pós-sentencial.

De novo, a par desta afronta ao princípio da legalidade criminal, traduzida no oferecimento e homologação de uma progressão de regime de execução de pena sem cobertura legal, deparamos aqui também com uma violação do *princípio do juiz natural*. Resulta ela de o juiz competente para a homologação deste acordo de colaboração premiada (pré-sentencial) não ser o juiz competente para decidir da questão, já de ordem penitenciária, da modalidade de execução da pena privativa da liberdade a cumprir pelo réu, caso ele venha a ser condenado: o juiz de execução criminal (art. 66.º, III, *b*, da Lei de Execução Penal brasileira).

Como se mencionou anteriormente, deve haver uma *relação de congruência subjectiva* entre o acto de homologação da colaboração premiada e o acto da efectivação dos benefícios prometidos. Isto para assegurar que o Estado possa honrar o compromisso que assumiu com o réu colaborador. A expectativa de que, neste domínio da colaboração premiada, também para o Estado *pacta sunt servanda* ficaria comprometida se aquela relação de congruência fosse quebrada. Por isso, o § 7.º do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13 deve ser interpretada no sentido de que a competência para a homologação de um acordo de colaboração premiada relativo à progressão de regime penitenciário pertence exclusivamente ao juiz de execução criminal. Sendo ela, todavia, interpretada no sentido que vai implícito nos acordos de colaboração premiada — isto é, de que a homologação pode caber a outro juiz que

não esse — será clara a ofensa ao princípio do juiz natural.

§ 5.3 Vantagens processuais sem base legal: suspensão dos procedimentos

16. Através da combinação de várias cláusulas, pactua-se nos Termos de Colaboração Premiada um expediente processual através do qual se procura poupar os réus colaboradores à acção penal relativa a crimes objecto de determinados processos e inquéritos policiais pendentes ou futuros. Nomeadamente, os crimes não abrangidos por eventuais sentenças condenatórias que, uma vez transitadas em julgado, ditem o cumprimento de penas de prisão de determinada duração⁽⁵⁹⁾. O que esta convenção dá notoriamente a perceber é um propósito de inércia na perseguição penal ao réu colaborador manifestado pelo Ministério Público Federal. Inércia que perdurará até que já não seja mais possível proceder contra o réu, por ter entretanto sobrevindo a prescrição do procedimento.

A ilegalidade deste pacto é também ela manifesta.

É certo que a Lei n.º 12.850/13 prevê, no § 2.º do seu art. 4.º, a possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento de denúncia ou do próprio processo. Só que o faz não

⁽⁵⁹⁾ *V. g.*: “(...) o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos relevados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente: (...) II. logo após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão a que se refere a alínea anterior, a suspensão em relação exclusivamente ao Colaborador de todos os processos e inquéritos policiais em tramitação perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, assim como daqueles que serão instaurados, inclusive perante outros juízos, em decorrência dos fatos revelados a partir da presente colaboração, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais, por 10 (dez) anos. (...) § 2.º Transcorrido o prazo de 10 (dez) anos sem a prática de fato pelo Colaborador que justifique a rescisão deste acordo, voltarão a fluir os prazos prescricionais de todos os procedimentos suspensos nos termos do inciso II, até a extinção da punibilidade”.

para viabilizar a impunidade, por via processual, do réu colaborador, mas para favorecer a prestação da colaboração pretendida. De maneira que essas suspensões só são admitidas se e na medida em que estejam a ser cumpridas as medidas de colaboração pactuadas (“... até que sejam cumpridas as medidas de colaboração”). Não se permite, assim, uma suspensão incondicionada como aquela que consta dos Termos de Colaboração Premiada.

Percebe-se aqui um intuito defraudatório do regime que permita uma sobreprestação do procedimento através da omissão de denúncia inscrito no § 4.º do art. 4.º da Lei n.º 12.850/13. Neste preceito, o legislador permite, na verdade, que o Ministério Público se abstenha de oferecer denúncia contra o colaborador. Mas isso só se ele *não for o líder* da organização criminosa e *for o primeiro* a prestar efectiva colaboração. Estamos, pois, perante um caso especial de derrogação do princípio da legalidade da promoção processual, cujo accionamento está naturalmente sujeito a estes apertados pressupostos.

Prevedo a lei um mecanismo processual próprio para subtrair o réu colaborador à acção penal, é evidente que não pode ele ser subvertido e contornado através da criação de mecanismos sem sustentação legal destinados a alcançar o resultado para o qual a lei previu uma via processual própria. Lograr-se-ia dessa forma chegar a esse mesmo resultado prescindindo da reunião dos pressupostos de validade estabelecidos pela lei para conceder tal vantagem. A fraude à lei aí perceptível revela à sociedade a violação do *princípio constitucional da legalidade processual*.

A isso acresce um também ele notório sacrifício do *princípio da obrigatoriedade da promoção processual*, dado que por esta via é posto um travão absolutamente genérico e imponderado à perseguição de crimes do colaborador entretanto apurados, por mais graves e socialmente prejudiciais que sejam.

Julgamos não ser necessário encarecer a transcendência do princípio da obrigatoriedade da promoção processual, que constitui verdadeiramente uma das amarras do processo penal à ideia de Estado de Direito material, como correspectivo do princípio do monopó-

lio estadual da justiça penal e da proibição genérica da acção penal privada e como expressão processual do dever estadual de protecção de bens jurídicos com referente constitucional⁽⁶⁰⁾. Se é evidente que daqui não decorre uma qualquer imposição de vigência absoluta do princípio da obrigatoriedade⁽⁶¹⁾, também se nos afigura de meridiana clareza que a sua relevância no sistema do Estado de Direito não se compadece com uma sua total e imponderada compressão como a que resulta daquela interpretação da disciplina legal da colaboração premiada. O bloqueio total ali imposto ao funcionamento do princípio da legalidade da promoção processual é incompatível com as injunções que para o Estado resultam do princípio constitucional do monopólio da administração da justiça penal e tem como reverso a desprotecção dos bens jurídicos tutelados pelas infracções criminais em que se consubstanciam os novos factos apurados⁽⁶²⁾. Aniquilamento absoluto, e como tal desproporcionado e arbitrário, dos valores e princípios constitucionais enunciados que, em nosso modo de ver, implica a inconstitucionalidade da referida norma criada por via interpretativa.

A interpretação em desconformidade da Constituição estende-se a várias fugas ao princípio da obrigatoriedade da acção criminal: (i) a montante, descortina-se na renúncia *a priori* da investigação de novos factos, estejam ou

⁽⁶⁰⁾ Sobre este dever, desenvolvidamente, JOSEF ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in: Isensee / Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., IX, § 191, C. F. Müller, 2011, *passim*; e KLAUS STERN, “Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, p. 241 e ss. E para uma sua consideração na dimensão processual, ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, p. 428 e ss.

⁽⁶¹⁾ PEDRO CAEIRO, «Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema», *Revista do Ministério Público*, n.º 84, 2000, p. 33 e ss.

⁽⁶²⁾ Nesta direcção, a propósito da chamada figura da “testemunha da coroa”, ROXIN / SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*²⁸, § 14/19.

não em relação com o processo em causa; e (ii) a jusante, mas ainda na fase de inquérito, o vício de inconstitucionalidade incide sobre a suspensão dos inquéritos em curso contra o delator. Relativamente ao ponto (i) é constitucional e legalmente incontornável a observância da obrigatoriedade da acção penal, pois o MPF não pode comprometer-se a não investigar e determinar o arquivamento de factos novos que não conhece, quer estejam ou não relacionados com o processo. No que se refere ao ponto (ii) — transacção sobre a suspensão de processos ou sobrestamento dos inquéritos em curso, fora dos casos de suspensão legalmente previstas —, é também indiscutível a obrigatoriedade de promoção processual, vedando-se, por isso, a possibilidade de transacção e inerente não cumprimento da obrigação de investigar.

§ 6. *A inconstitucionalidade e ilegalidade de utilização de provas proibidas e a sua proiecção sobre a ordem pública portuguesa*

17. Aqui chegados, temos como seguro que os acordos de colaboração premiada analisados e os actos homologatórios que sobre eles incidiram padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos. Estamos em crer que os pactos de colaboração aqui considerados emergem mesmo como exemplos paradigmáticos de métodos proibidos de obtenção de prova no âmbito da delação premiada. Por isso que, logo à cabeça, caem sob a directa e imediata sanção constante do inciso LVI do art. 5.º da Constituição Brasileira: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

A proibição de valoração inerente a esta autêntica *proibição de prova* que envolve os referidos termos de colaboração premiada colhe ainda assento no *caput* do art. 157.º Código de Processo Penal Brasileiro, segundo o qual “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. Funda-se esta proibição de valora-

ção, essencialmente, na obtenção de meios probatórios — *maxime*, de declarações auto- e hetero-incriminatórias dos réus colaboradores — através de uma colaboração processual recebida a troco da promessa da concessão de vantagens penais e processuais penais que, à face da Lei n.º 12.850/13, não podem ser concedidas.

O engodo do réu com promessas falsas é um método que, pelo seu carácter enganoso, merece, há séculos!, a censura das leis e dos cultores das ciências penais. Para não ir mais longe, já no antigo direito português, Pascoal de Melo Freire advertia os juizes, quanto ao “modo como se deve inquirir o réu”, que “não se deve usar persuasões dolosas e *promessas de impunidade ou de pena branda*”⁽⁶³⁾. Uma doutrina à época também veiculada por Pereira e Sousa, ao recomendar que “deve evitar-se a sugestão, e não deve usar-se de dolosas persuasões; e *falsas promessas*”⁽⁶⁴⁾.

Como não poderia deixar de ser, esta *proibição de falsas promessas* ao arguido para, por via delas, levá-lo a colaborar com o processo é ainda hoje acolhida, implícita ou mesmo expressamente, pela generalidade das legislações processuais dos Estados orientados pela matriz do princípio do Estado de direito. É o caso, por exemplo, do Código de Processo Penal português, cujo art. 126.º, n.º 2, alínea *e*) — em concretização do art. 32.º, n.º 8, da Constituição portuguesa —, qualifica como ofensivas da integridade física ou moral das pessoas, e como tal proibidas, as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante *promessa de vantagem legalmente inadmissível*. Provas que assim são taxadas

⁽⁶³⁾ PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE DOS REIS, *Instituições de Direito Criminal Português*, 1794, p. 99 (consultou-se a versão disponível online em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf>) (itálico nosso).

⁽⁶⁴⁾ JOAQUIM PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, 2.ª ed., Lisboa, 1800, § 221, p. 133 (disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1072.pdf>) (itálico nosso). O A.

como *absolutamente* nulas⁽⁶⁵⁾, não podendo ser usadas⁽⁶⁶⁾.

É também nesta direcção, e igualmente no quadro dogmático da doutrina das proibições de prova, que se inclina a experiência processual penal alemã, louvando-se no § 136a, n.º 1, última proposição, da StPO: *a promessa de uma vantagem não legalmente prevista é proibida*⁽⁶⁷⁾. Nesta base, conclui-se, *una voce*, ser inadmissível a oferta de uma promessa de uma vantagem desprovida de cobertura legal como contrapartida de um depoimento ou de um certo conteúdo do depoimento⁽⁶⁸⁾. Entre tais promessas tidas como proibidas conta-se, naturalmente, a garantia de impunidade oferecida a um co-réu para que incrimine um seu cúmplice⁽⁶⁹⁾.

Creemos não poder ser senão este também o enquadramento a atribuir aos acordos de colaboração premiada a que vimos fazendo referência na seara do direito processual penal brasileiro, mediante recurso ao art. 5.º, LVI, da Constituição Brasileira e ao art. 157.º do CPP-B.

Só um absoluto e total repúdio da admissibilidade de provas arrancadas através de falsas e ilegais promessas fará jus ao respeito pela dignidade pessoal das pessoas enganadas, à

protecção do seu direito fundamental à não auto-incriminação, a uma ideia de processo *fair* e à preservação da rectidão ética que deve ser timbre do Estado. Todas estas dimensões essenciais para uma concepção da estadualidade consonante com o princípio rector do Estado de direito, postas directamente em xeque pelos acordos de colaboração premiada *sub judice*, implicam necessariamente uma directa recondução da questão ao âmago do ideário das proibições de prova. Pois são precisamente elas que fundam a máxima cogência que às proibições de prova deve ser assegurada como expressão de autênticos direitos de defesa (*Abwehrrechte*) do cidadão na sua relação com o Estado⁽⁷⁰⁾.

Nos acordos de colaboração premiada em apreço começa por saltar à vista a ofensa palmar à *garantia fundamental contra a auto-incriminação*, consagrada expressamente pelo art. 5.º, LXIII, da Constituição brasileira na sua dimensão nuclear do *direito ao silêncio*. Só verdadeiramente poderá reconhecer-se um *nemo tenetur se ipsum accusare* ali onde uma qualquer colaboração processual do suspeito ou do arguido represente uma expressão autêntica da sua liberdade de decisão. Para que essa colaboração possa assumir-se como uma manifestação de auto-responsabilidade e do direito fundamental do réu à sua autodeterminação⁽⁷¹⁾ é imperioso que a sua prestação se desenvolva num ambiente de plena liberdade e informação. Declarações extorquidas através de manipulações e enganos não representam um exercício de liberdade e autodeterminação, mas a

⁽⁶⁵⁾ Neste sentido de que “a interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal”, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, I^a, Art. 32.º, XV, com a concordância de toda a doutrina e jurisprudência comum e constitucional (cfr. Ac. do TC n.º 426/2005, www.tribunalconstitucional.pt).

⁽⁶⁶⁾ Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 209 e ss., e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Univ. Católica Editora, 2011, Art. 126.º, nm. 21.

⁽⁶⁷⁾ No original: § 136a (Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbote): (1) (...) Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten”.

⁽⁶⁸⁾ HERBERT DIEMER, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7.ª ed., C. H. Beck, 2013, § 136a, nm. 32.

⁽⁶⁹⁾ DIEMER, *idem*, *ibidem*, e GERD PFEIFFER, *Strafprozessordnung*, 5.ª ed., C. H. Beck, 2005, § 136a, nm. 10.

⁽⁷⁰⁾ Para uma síntese dos fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos da figura das proibições de prova, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 117 e ss. Cfr. ainda, em sentido convergente, MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, *A Ilícitude na Obtenção da Prova e sua Aferição*, 1., in: www.ambito-juridico.com.br.

⁽⁷¹⁾ Como esclarece COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 121 e s., “o que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade. Na liberdade de declaração espelha-se, assim, o estatuto do arguido como autêntico *sujeito processual*”.

sua mais lúdima negação. Nesta ordem de ideias, é pacífico que depoimentos recolhidos de um suspeito com recurso ao engano, como sucede quando para esse efeito lhe são prometidos benefícios destituídos de fundamento legal, representam uma ofensa à sua integridade moral e não podem, pura e simplesmente, ser usados contra ele.

O atentado à dignidade pessoal dos réus determinado pelo procedimento ludibrioso identificado não se esgota no facto de eles serem levados a acusar-se a si mesmos em virtude de um engano em que o Estado os faz incorrer. Radica ainda também na instrumentalização de que são alvos para um fim que lhes é estranho, a perseguição criminal de terceiros. O que estes acordos de colaboração premiada revelam é uma tentativa de *a outrance* criar condições para a obtenção de provas incriminatórias de pessoas suas parceiras no crime. Para isso, lança-se mão do instrumento insidioso das promessas falsas, com sacrifício das mais elementares garantias de defesa próprias do estatuto processual do arguido. Este vê-se assim manipulado para fins que lhe são alheios, fazendo desembocar esta prática processual num atentado contra a dignidade do réu, como se reconhece, desde Kant, sempre que alguém é usado para a prossecução de fins que lhe são estranhos.

Postas assim as coisas, consideramos que a proibição de valoração de provas obtidas deste jeito enganoso deve ser absoluta, projectando-se não apenas na direcção do colaborador enganado, como também *na dos terceiros* visados pelas suas declarações delatórias⁽⁷²⁾. Só assim será minimamente assegurada neste domínio a eficácia contra-fáctica de que as proibições de prova devem ser portadoras, mostrando que a ilegalidade não compensa. Até porque se assim não fosse conseguir-se-ia atingir, por vias travessas, o resultado pretendido

pelo Ministério Público com a promessa de vantagens que a lei não quis atribuir ao colaborador: a impunidade deste, resultante da proibição de valoração contra si das declarações auto-incriminatórias prestadas; e a incriminação dos terceiros por ele delatados em tais declarações.

Além disso, a defesa da matriz ética do Estado e, do mesmo passo, do carácter equitativo do processo impõem uma cortante demarcação de práticas processuais insidiosas e desleais, o que só se consegue com o isolamento e completa extirpação dos meios de prova através delas obtidos. Permitir que tais provas pudessem sobreviver contra terceiros, isto é, as pessoas atingidas pelas delações delas constantes, significaria pactuar com condutas anti-éticas e representaria ainda uma demissão em relação ao compromisso de protecção e promoção dos cidadãos inerente ao princípio do Estado de direito que deve constituir a pedra-de-toque da acção de todos os órgãos estaduais, *maxime* no domínio processual penal. A porta que assim seria escancarada para a disseminação de tão deletérias práticas seria a mesma por onde não tardaria a entrar a desconfiança da comunidade no sistema de justiça penal e concomitantemente o descrédito deste.

Tudo que, numa derradeira palavra, deve determinar uma *irrestrita proibição de valoração* das declarações auto- e hetero-incriminatórias produzidas por réus como contrapartida de vantagens penais e processuais penais legalmente indevidas propostas pelo Ministério Público Federal. Ou seja, uma proibição de valoração *na esfera processual destes arguidos* e ainda, simultaneamente, *na esfera processual das demais pessoas por eles incriminadas* nos seus depoimentos delatórios.

18. Esta proibição de valoração que, nos termos acabados de expor, deve ser oposta aos contributos probatórios de réus que hajam actuado animados por acordos de colaboração premiada no âmbito da Operação Lava Jato viciados nos termos expostos deve, a nosso ver, projectar-se ainda *numa recusa de auxílio judiciário* do Ministério Público português com as autoridades brasileiras se e na medida em que for possível estabelecer uma conexão

(72) Nesta direcção, pronunciando-se a favor de um carácter *erga omnes* das proibições de prova, JOÃO CONDE CORREIA, "Distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial", *Revista do CEJ*, n.º 4, 2006, p. 195.

entre os actos solicitados ao Estado português e os contributos probatórios que o Ministério Público Federal brasileiro logrou obter de réus através dos meios enganosos identificados.

Uma recusa de auxílio que pode e deve ocorrer se uma tal ligação puder ser estabelecida. Sendo esse o caso, ao prestar o auxílio que lhe é requerido pelo Estado brasileiro, o Estado português estaria a perpetuar e a compactuar com práticas processuais que, segundo a Constituição portuguesa, são absolutamente inadmissíveis por atentarem contra a integridade moral de pessoas submetida ao processo penal (art. 32.º, n.º 8 da CRP). Uma colaboração que, deste modo, representaria uma *clara e directa ofensa ao princípio da ordem pública* pelo qual se deve pautar a cooperação judiciária em matéria penal oferecida pelo Estado português (art. 2.º da Lei n.º 144/99); e ofensa essa que constitui fundamento de recusa de cooperação nos termos do art. 3.º, n.º 1, e), da *Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*.

Como sustentámos supra, a cláusula de ordem pública deve integrar o ideário da justfundamentalidade postulado pelo princípio do Estado de direito (art. 2.º da CRP). Seria, pois, de todo em todo incompreensível que um órgão do sistema judiciário português, como é o caso da Procuradoria-Geral da República, admitisse como que “fechar os olhos” a práticas desleais e enganosas atentatórias de princípios fundamentais da ordem jurídico-constitucional nacional — como o princípio da legalidade criminal, o princípio da jurisdicionalidade, o princípio do juiz natural ou o princípio da legalidade da promoção processual — e de direitos fundamentais das pessoas realizadas num processo penal de um Estado estrangeiro para o qual é solicitada a sua cooperação. Prestar auxílio neste caso significaria, enfim, renegar a jusestadualidade que deve constituir a marca-de-água da actuação das autoridades públicas portuguesas.

Numa palavra, seria atentar contra a ordem pública do Estado português.

J. J. GOMES CANOTILHO
NUNO BRANDÃO

Simulação e terceiros de boa fé^(*) (Breve apontamento)

1. O artigo 291.º do Código Civil

Como se sabe, a norma que o Código Civil destina à protecção de terceiro de boa fé em caso de negócio nulo ou anulado é o art. 291.º⁽¹⁾. Servindo-nos do ensinamento de Orlando de Carvalho, terceiros, para este efeito, são “os que, integrando-se numa e mesma cadeia de transmissões, vêm a sua posição afectada por uma ou várias causas de invalidade anteriores ao acto em que foram intervinientes”⁽²⁾. Assim, se *A* vender a *B* e este a *C*, o último é terceiro, tal como o seriam *D*, *E* ou quaisquer outros adquirentes que viessem a inserir-se na mesma cadeia de transmissões e vissem a sua posição afectada por qualquer invalidade anterior ao acto em que participaram.

Servindo-nos deste exemplo, se o negócio entre *A* e *B* vier a ser invalidado, a transmissão a *C* será também inválida, pois *B* carece de legitimidade para o efeito (é uma transmissão *a non domino*), dada a referida invalidade, devendo a situação ser reposta no *statu quo ante* (art. 289.º). Todavia, se *C* estiver de boa fé e se se verificarem os demais requisitos do art. 291.º, *C* beneficiará da protecção desta norma, por força da qual a declaração de nulidade ou a anulação do negócio não prejudi-

(*) Este trabalho vai ser publicado nos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade e faz parte do programa do Grupo “Contrato e desenvolvimento social” do Instituto Jurídico da FDUC, no âmbito do Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013).

(1) Pertencem ao Código Civil em vigor os preceitos legais que citemos sem indicação da sua proveniência.

(2) ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º Ano (1.ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, ed. policop., Centelha, Coimbra, 1981, p. 135 (texto republicado em ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ed. da Coimbra Editora, sob a coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, 3.ª ed., Coimbra, Novembro de 2012, p. 170).