



COLABORAÇÃO PREMIADA: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE OS ACORDOS FUNDANTES DA OPERAÇÃO LAVA JATO

REWARDED COLLABORATION: CRITICAL REFLECTIONS ON THE LAVA JATO OPERATION'S FOUNDATIONAL AGREEMENTS

J. J. GOMES CANOTILHO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
jjcanot@fd.uc.pt

NUNO BRANDÃO

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
nbrandao@fd.uc.pt

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Constitucional

RESUMO: Partindo de uma problematização geral da figura da colaboração premiada, seu enquadramento constitucional e convencional internacional e seu regime legal, instituído pela Lei 12.850/2013, procede-se a uma análise crítica do teor dos acordos de colaboração premiada que estiveram na génese da Operação Lava Jato.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada – Operação Lava Jato – Princípio da legalidade – Reserva de juiz – Proibições de prova.

ABSTRACT: Starting from a general problematization of the figure of the rewarded collaboration, its constitutional and conventional international framework and its legal regime instituted by Law 12.850/2013, a critical analysis is made of the content of the first rewarded agreements settled in the Lava Jato Operation.

KEYWORDS: Rewarded collaboration – Lava Jato Operation – Legality principle – Judge's monopoly – Evidence prohibitions.

SUMÁRIO: 1. Os acordos de colaboração premiada no ponto de intersecção entre o direito constitucional, o direito convencional internacional, o direito penal material e o direito processual penal. 2. Que "coisa jurídica" é uma colaboração premiada? 2.1 Base convencional internacional e fundamento legal. 2.2 A teleologia intrínseca dos acordos de colaboração premiada. 3. O instituto da colaboração premiada e o seu enquadramento constitucional. 4. O conteúdo e os limites da colaboração premiada legalmente admissível. 5. Vícios dos concretos acordos de colaboração premiada fundantes da Operação Lava Jato: vantagens penais e processuais indevidas 5.1. Taxatividade legal dos benefícios premiais. 5.2. Vantagens penais sem base legal: a redução da pena de multa. 5.3. Vantagens penais sem base legal (cont.): as progressões de regime pactuadas. 5.4. Vantagens processuais sem base legal: suspensão dos procedimentos. 6. Inconstitucionalidade e ilegalidade de utilização de provas proibidas. 7. Referências bibliográficas.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.



1. Em Tanto Mar, Chico Buarque cantou a revolução portuguesa de 25 de abril de 1974 e fez votos que dela chegasse algum “cheirinho de alecrim” ao Brasil de então. Nos últimos anos, temos assistido em Portugal a um movimento de sentido inverso: no nosso país, ouvem-se agora os cantos de sereia da chamada *Colaboração Premiada*, soprados a partir do Brasil, no contexto, senão de uma revolução, pelo menos certamente de uma disrupção política, social e económica. O terramoto judiciário e político que actualmente assola o Brasil, com epicentro na Operação Lava Jato, provocou ondas de choque de tal modo intensas que algumas chegaram a Portugal. O Estado brasileiro tem pedido a colaboração das autoridades portuguesas para a produção e obtenção de provas pretendidas pela investigação e já requereu a extradição de um cidadão luso-brasileiro indiciado nessa operação. Académicos, magistrados e advogados brasileiros têm sido convidados por universidades e instituições judiciais portuguesas para apresentar e discutir o modelo brasileiro da colaboração premiada. Um debate que tem envolvido não só juristas, mas também muitos outros sectores da sociedade portuguesa, com uma cada vez maior notória amplificação pela comunicação social.

Ainda que se trate de matéria respeitante a uma realidade jurídica de um país (para nós) estrangeiro, todo este “caldo de cultura” justifica esta nossa reflexão crítica sobre a colaboração premiada, tanto como instituto jurídico positivado no ordenamento legal brasileiro, como ainda como fenómeno precipitado na concreta *praxis* judiciária brasileira. Para esse efeito, depois de uma problematização mais geral da figura e das suas implicações estruturais, concentraremos a nossa atenção nos momentos genéticos da Operação Lava Jato, perscrutando aquelas que, consabidamente, constituem as pedras basilares dessa investigação: 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 dessa operação em que os mesmos figuram como réus¹. De facto, foi através da colaboração probatória prestada por aqueles réus Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, assente em acordos de colaboração premiada², que o Ministério Público Federal alargou a

1. 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. Disponível em: [<http://lavajato.mpf.br/entenda-o-caso>].
2. O “Termo de Acordo de Colaboração Premiada” de Paulo Roberto Costa encontra-se disponível *online* em: [<http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>]. Poderá igualmente ser consultado *online* o “Termo de Colaboração

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

amplitude da investigação, dirigindo-a a novos factos e a novos sujeitos, fundamentalmente na esfera da empresa brasileira Petrobras³.

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 12.850/13, e à própria Constituição Federal brasileira. Ressalve-se que a nossa apreciação crítica não versará sobre a bondade constitucional da colaboração premiada instituída pela Lei brasileira 12.850/13 no quadro do sistema jurídico brasileiro, mas tão só, e muito mais singelamente, sobre a compatibilidade dos referidos *concretos* acordos de colaboração premiada com princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional do Brasil e com o conteúdo daquela Lei 12.850/13.

1. OS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO PONTO DE INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL, O DIREITO CONVENCIONAL INTERNACIONAL, O DIREITO PENAL MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL PENAL

a) *Circularidades normativas*

2. A convocação de uma narrativa argumentativa de cariz constitucional para uma compreensão do instituto da colaboração premiada e dos concretos acordos de delação em que se materialize é justificada pelo facto de se recortar um ponto de intersecção entre várias *circularidades jurídico-normativas*⁴. Os acordos que aqui temos particularmente em vista envolveram pedidos de *Habeas Corpus*, ou melhor, *Acção de Habeas Corpus* processados perante o Supremo Tribunal Federal (STF); (ii) tiveram como *objecto* central a fiscalização da constitucionalidade, da conformidade convencional e da legalidade material

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>].

3. Cfr. Disponível em: [<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.
4. Para localizar este conceito é indispensável a notabilíssima obra de Douglas R. Hofstadter (*Gödel, Escher, Bach – Laços Eternos*, Gradiva, 1970), com tradução portuguesa de 2000 (2. ed. 2013), Lisboa, 2013. No plano da teoria jurídica, vide as refrações do conceito de circularidade normativa em KUNZ, Karl-Ludwig; MONA, Martino. *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie*, UTB GmbH, 2006, p. 210 e ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

e processual da própria “colaboração premiada”; (iii) suscitaram, como questões jurídicas e dogmáticas nucleares, a análise da reserva de juiz, do princípio de juiz legal, do princípio de delimitação de competências nos quadros da acção penal, do princípio central da juridicidade democrática externalizada na reserva de lei; (iv) implicaram uma irradiação de cláusulas de acordos de colaboração premiada para a esfera de terceiros; (v) revelaram uma articulação de esquemas jurídicos de investigação orientados por filosofias de investigação estruturalmente distintas; (vi) e fizeram emergir questões jurídico-dogmáticas incidentes sobre a natureza dos próprios acordos de colaboração premiada.

Perante todos estes emaranhamentos, parece-nos acertado tentar uma primeira aproximação à figura da “colaboração premiada”, dada a sua instabilidade jurídico-dogmática e os problemas jurídico-constitucionais e jurídico-legais detectados na sua conformação concreta. Antes disso, achamos adequado um breve registo em torno do *interesse público* invocado nos vários acordos de colaboração premiada que estiveram na base da Operação Lava Jato.

b) *Tratados de direitos humanos e convenções internacionais de combate à criminalidade organizada transnacional e à corrupção*

3. A primeira circularidade normativa coloca frente a frente as “declarações de direitos humanos” e tratados de direitos humanos, por um lado, e as convenções internacionais que, como as Convenções de Mérida e de Palermo, têm como escopo específico o combate à criminalidade organizada transnacional e à corrupção. A nosso ver, é incorrecta qualquer narrativa tendente a acentuar as dimensões antinómicas destas convenções. Em rigor, umas e outras densificam a “internacionalização do direito constitucional” e a “constitucionalização do direito internacional”. Por isso mesmo, estão intimamente ligadas à emergência do “constitucionalismo global” e do “constitucionalismo transnacional”. A internacionalização do direito constitucional significa, desde logo, a incorporação dos tratados de direitos humanos nas ordens jurídicas internas dos Estados, reconhecendo, por vezes, a estes tratados, valor superior ao das próprias leis constitucionais e eficácia jurídica directamente vinculativa na ordem jurídica interna. Trata-se da *cláusula da prevalência de direitos humanos* (CRB, art. 4º/II), legitimadora da emergência de uma hierarquia dentro do direito internacional a partir de conceitos como o de *jus cogens*, de efeitos *erga omnes*, da judicialização e jurisdicionalização dos direitos humanos⁵. A densificação

5. Veja-se a anotação e comentários à cláusula da prevalência de direitos humanos em Flávia Pi PIOVESAN, Flávia. Constituição da República do Brasil, art. 4º/II. In: CANOTILHO, Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. *Comentário à*

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

da supremacia dos direitos humanos ganha expressa *constitucionalização* na ordem jurídica brasileira em vários preceitos: (i) art. 4º/II da CRB, prevalência de direitos humanos; (ii) art. 5º/LXVIII da CRB, “conceder-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso do poder”. Estas precipitações normativas jusfundamentais tornam claro que o enquadramento dos acordos em análise deverá necessariamente ter em conta o sentido material – na Constituição e nas convenções internacionais – dos direitos humanos.

A leitura da Constituição e das Convenções Internacionais dos Direitos Humanos no sentido anteriormente registado não implica qualquer subvalorização do *interesse público*, invocado nos termos de colaboração premiada, no sentido de “conferir efectividade à persecução criminal e ampliar e aprofundar em todo o País, as investigações em torno de crimes contra a administração, contra o sistema financeiro nacional, crimes de lavagem de dinheiro, entre outros...” (Cfr., por exemplo, cláusula 2ª do acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef). As Convenções de Mérida e de Palermo, ao promoverem a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional e a corrupção, estão também ao serviço da protecção da liberdade através da *segurança*, reforçada pelo direito penal transnacional e internacional, sem deixar de cumprir a sua tarefa clássica de protecção da *liberdade* dos cidadãos *perante* o direito penal⁶.

Se a equação problemática acabada assinalar parece razoável, nem por isso poderemos deixar de analisar reflexivamente “os *problemas de colisão* entre a implementação do direito transnacional e a protecção dos direitos individuais”⁷. A “cláusula de supremacia dos direitos humanos” não implica a neutralização do “novo direito penal”, mas é incontornável que o postulado de interesse público do combate à criminalidade tem de manter-se nos “níveis de tolerância” ditados (i) pela *juridicidade estatal*, ou seja, pelos “princípios fundamentais do ordenamento jurídico interno” a que aludem as Convenções

Constituição do Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 153 ss. Sobre os conceitos de *jus cogens*, *jus cogens erga omnes*, vide PETER, Stefan. Erga omnes Menschenrechte. In: MERTEN; PAPIER (orgs.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, C. F. Müller, 2009. v. VI/2, p. 501 e ss.

6. Cfr. SIEBER, Ulrich. O futuro do direito penal europeu – Uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de direito penal europeu. In: MONTE, Mário *et alii*. *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 469 e ss.

7. Cfr. SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 484.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

de Mérida e de Palermo; (ii) e pela *jusfundamentalidade* estruturante de uma ordem constitucional concreta, hoje em dia positivada na lei fundamental do Estado.

Neste contexto, os pontos de partida para os desenvolvimentos seguintes podem estear-se da seguinte forma: (1) vinculação jusfundamental de todos os poderes do Estado, considerando-se que, nos termos constitucionais, as normas de direitos de liberdade vinculam o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial na qualidade de normas directamente aplicáveis tal como estipula a Constituição Federal Brasileira (art. 5º, § 1º), na esteira de outras leis fundamentais como a da República Federal da Alemanha (art. 1º/3) e da República Portuguesa (art. 18º/1); (2) qualquer relação jurídica – como é o caso do esquema de “colaboração premiada” – pode desencadear consequências reconduzíveis a ilicitudes e resultados fortemente lesivos de direitos fundamentais; (3) cuja defesa e protecção garantística implica a existência de remédio jurisdicional adequado, começando com as acções constitucionais de defesa (acção e recurso de amparo, *habeas corpus*)⁸ até às acções e recursos legalmente previstos segundo os ditames processuais e materiais de um *processo justo e equitativo*.

c) *Os perigos da circularidade autopoiética provocada pela colaboração premiada*

4. A dogmática jurídico-constitucional acabada de referir carece de actualizações problemáticas relacionadas com a implementação de medidas destinadas a intensificar a cooperação de pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados. A incorporação crescente de pessoas privadas no conhecimento e progressão da investigação (i) contribui, muitas vezes, para a erosão dos princípios de juridicidade materialmente constitutivos da legalidade penal estrita através da flexibilização dos meios de prova a nível processual; (ii) propicia um esquema jurídico em que privados arguidos agri-dem restritivamente posições jusfundamentais de outros privados, gerando

8. Cfr. Jestaedt (JESTAEDT; LEPSIUS; MÖLLERS; SCHÖNBERGER. *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp Verlag, 2011, p. 121). A ideia de relação jurídica jusfundamentalmente articulada com a eficácia directa das normas de direitos e liberdades perante entidades públicas e entidades privadas no âmbito da investigação penal é hoje trabalhada a nível da *criminal compliance*. Vide, por ex., JAHN; KIRSCH. *Fragen der Criminal Compliance im Schnittfeld von materiellem Recht, Strafverfahrens – und Verfassungsrecht*. In: ROTSCH (org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden, 2015, p. 1.159 ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

uma perigosa mistura de eficácia vertical (das entidades públicas) e de eficácia horizontal (arguidos contra outros arguidos) relativamente a terceiros.

O problema – um problema central da colaboração premiada – é que a investigação e a instrução do processo penal colaborativamente conformado acabam por se transformar num *sistema autopoietico*⁹ que se reproduz a ele próprio tendencialmente à margem dos princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional: separação de poderes, distribuição de competências, observância da legalidade, do princípio da isonomia, criação de privilégios e imunidades desrazoáveis, do princípio da conexão ou conectividade da prova e do crime, obtenção de meios de prova e valoração dos meios de prova. No caminho, perde-se o rasto à “reserva de juiz”, à “reserva do ministério público”, à “reserva judicial de execução da sentença” e à distinção entre prisão preventiva da natureza cautelar e prisão preventiva – pena. A gravidade da circularidade autopoietica traduz-se, por isso, na criação de um sistema processual apócrifo, cada vez mais auto-reprodutivo à medida que se multiplicam os “memorandos de entendimento” entre as várias partes do processo. Perante estas dúvidas, é legítimo começar pela pergunta: que “coisa jurídica” é uma “colaboração premiada”?

A resposta a esta interrogação afigura-se-nos de particular relevância sob três perspectivas: (i) quais as razões e pressupostos para os direitos humanos e os direitos fundamentais de “terceiras-pessoas” (outros arguidos ou eventuais arguidos) merecerem, nos juízos de ponderação, uma valoração inferior perante os resultados probatórios relativamente aos privados-criminosos participantes no processo penal com o estatuto privilegiado de “colaborador”?; (ii) quais as razões e pressupostos para estes participantes lograrem centralidade como *sujeitos processuais* enquanto outros parecem ser reduzidos a *objecto* da luta contra a criminalidade organizada?; (iii) quais os fundamentos constitucionais e legais para o Ministério Público, proponente do acordo de colaboração premiada, arrogar-se dono do processo, introduzindo o *princípio da oportunidade* em detrimento do *princípio da legalidade* impositivo da prossecução da acção penal perante todos os actos ou actividades previstas e punidas como crimes?

9. Estamos a utilizar o linguajar das teorias sistémicas. O texto pressupõe a diferença entre “autoreferência” (capacidade de mudança evolutiva das estruturas sistémicas) e “autopoiesis” (capacidade generativa de um sistema autónomo). Deixa-se pressuposto também que o direito opera com o código binário da distinção entre “direito” e “não direito”, reconduzindo-se a comunicação da circularidade jurídica à decisão sobre o que é “direito” ou “não direito” na decisão de casos referenciados a normas gerais. Cfr. LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*. 1993, p. 8.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

2. QUE "COISA JURÍDICA" É UMA COLABORAÇÃO PREMIADA?

2.1. Base convencional internacional e fundamento legal

5. A leitura de vários “termos de colaboração premiada” e, sobretudo, a suspensão reflexiva dedicadas aos “termos de colaboração premiada” acordados entre o Ministério Público Federal – MPF – e os “colaboradores” Alberto Youssef e Paulo Roberto da Costa levantaram-nos várias dúvidas e perplexidades no plano jurídico e no plano dogmático. Com efeito, os pontos normativos de referência e de medida – as convenções internacionais de Mérida e de Palermo, internalizadas no ordenamento brasileiro, o Código de Processo Penal e a Lei 12.850/2013 – pouco adiantam quanto à estrutura e natureza jurídica dos termos de colaboração premiada.

O art. 3º da Lei 12.850/2013, no capítulo respeitante à investigação e meios de obtenção de prova, elenca, como meio de obtenção de prova: “I – Colaboração premiada”. Na secção I deste capítulo epigrafada “Da Colaboração Premiada”, o legislador processual penal absteve-se de caracterizar este meio de obtenção de prova, mas individualizou (art. 4º) os *sujeitos processuais* participantes no procedimento de entendimento relativo à colaboração: o Juiz, o Ministério Público, o Delegado de polícia e o colaborador. Em termos pouco claros, o art. 4º individualiza as “partes” que parecem ser o Ministério Público, o delegado de polícia e os colaboradores. A análise dos clausulados de colaboração premiada dos delatores atrás identificados (“cláusula de aceitação”) permite concluir que as partes do acordo são: o “colaborador”, defensores, procuradores de República e procuradores regionais da República. São eles que assinam os “instrumentos” e “formalizam os acordos de colaboração premiada”.

Relativamente ao *objecto* do termo de colaboração premiada, também não é fácil delimitar os seus contornos jurídicos. Veja-se, a título de exemplo, o acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef: nas cláusulas inseridas nas propostas do Ministério Público Federal (ponto II) encontra-se uma precipitação textual do “objecto do presente acordo” que abrange os “efeitos” mencionados nesta cláusula e outros “contemplados no acordo anterior”. Os “efeitos” parecem ser os diversos procedimentos em trânsito junto da 13ª Vara Criminal e os efeitos sobre os outros processos em outras localidades, pela prática de crimes contra o sistema financeiro, crimes de corrupção, crimes de peculato, crimes de lavagem de dinheiro e de organização criminosa.

A estruturação de um esquema eventualmente sinalagmático inicia-se com a proposta do Ministério Público ao acusado (colaborador) de vários benefi-

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

cios legais cumulativos e das respectivas obrigações, terminando com o acto homologatório de um juiz.

2.2. *A teleologia intrínseca dos acordos de colaboração premiada*

Como já foi atrás referido, o Ministério Público Federal assenta a base jurídica dos “acordos de colaboração premiada” em três instrumentos normativos (i) a Constituição, art. 129, inciso I; (ii) a lei(s): Lei 9.807/1999, arts. 13 a 15, e Lei 12.850/2013, arts. 4º a 8º; (iii) as Convenções internacionais de Palermo (art. 26º) e de Mérida (art. 37º). Se consultarmos a literatura brasileira mais recente sobre as chamadas “organizações criminosas” verificaremos que, ainda hoje, não há estabilização conceitual-categorial sobre a *teleologia*, o *ethos* e o *pathos* dos acordos em referência.

Num excelente livro intitulado *Organizações Criminosas*¹⁰, Eduardo Araújo Silva escreve:

A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo) ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação processual, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infracções venham a se consumir (colaboração preventiva) assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando as suas prisões (colaboração repressiva).

E acrescenta:

É assim, um instituto bem mais amplo que a *delação premiada* até então consagrada em várias leis brasileiras, a qual se restringe a um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos penais (diminuição da pena ou concessão de perdão judicial) (grifo nosso).

O legislador brasileiro, através da Lei 12.850/2013, disciplina três momentos para a realização da colaboração premiada: no § 2º do art. 4º é prevista na *fase processual*, podendo implicar discricionariedade regrada na propositura de acção penal. O § 4º, art. 2º, no *caput* do art. 2º cuidou de discipliná-la na fase judicial, “a requerimento das partes”. No § 5º do mesmo artigo faz menção a um acordo de colaboração na fase pós processual, quando da execução da pena.

10. Cfr. SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53 ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

Em jeito de síntese, o autor que estamos citando salienta:

(...) portanto, na fase de investigação trata-se de um instituto puramente processual, nas demais fases, a colaboração é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial) redução ou substituição da pena ou progressão de regime¹¹.

Outro ilustre cultor do direito processual penal, Guilherme de Souza Nucci, aponta para uma compreensão substancialmente diversa do instituto em análise:

Embora a lei utilize a expressão *colaboração premiada*, cuida-se, na verdade, de *delação premiada*. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de investigado ou acusado, mas aquele no qual se descobre dados desconhecidos quanto à autoria ou materialização da infracção penal – por isso, trata-se de autêntica *delação*, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o *dedurismo*¹².

Cesar Robert Bitencourt e Paulo César Busato definem o instituto em análise da seguinte forma:

A colaboração premiada, ou colaboração processual ou, ainda, delação premiada (os primeiros termos eufemísticos, vieram disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução da pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo à total isenção de pena, para o delinquentes que *delatar* seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece¹³.

O tom e o dom destes especialistas não é totalmente concordante, sobretudo nas precompreensões subjacentes à (re)descoberta da teleologia básica da figura jurídica em causa. Justifica-se, por isso, que procuremos ser “observadores das observações”, tentando, desde logo, distinguir a colaboração premiada de outras formas de colaboração no processo penal.

11. Cfr. SILVA, Eduardo Araújo da. *Op. cit.*, p. 57.

12. Cfr. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

13. Cfr. BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 115.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

3. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA E O SEU ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

6. A fim de avançarmos na nossa reflexão crítica sobre as múltiplas questões que aqui afloram, 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 três décadas tem-se assistido, nos processos penais das mais diversas paragens, a um alastramento de práticas processuais que admitem a concessão a réus em processos criminais de benefícios penais a troco de uma 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”¹⁴. Tão antiga, de milénios, quanto controvertida, porém; pelos inarredáveis problemas e dilemas éticos, morais e jurídicos que lhe são inerentes¹⁵.

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 certa realidade com relevo penal que percepcionou e sobre a qual é questionada, o do réu 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 12.850/13 tem especificamente em vista.

O colaborador tido em mente pela Lei 12.850/2013 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. Em geral, qualquer cidadão que, em virtude de factos que pessoalmente percepcionou, esteja em condições

14. GUZMÁN DALBORA, José Luis. Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2/2011, p. 209.

15. 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 BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle Pene*, 1764, Cap. 37 (“Attentati, Complici, Impunità”).

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

de contribuir para a descoberta da verdade material, tem o dever de colaborar com o processo, declarando, com verdade, tudo aquilo que sabe (art. 203º do CPP). 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 12.850/2013 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. 5º, § 3º, e art. 27º do CPP). 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 essas 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 12.850/2013. Com efeito, esta se baseia 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 12.850/2013 não se identifica ainda com outra realidade processual que em numerosos países tem feito o seu curso sob o rótulo de *justiça negociada*¹⁶. 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 barganha¹⁷. Em ordenamentos processuais de tipo

16. Cfr. TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (orgs.). *Procedure penali d'Europa*. 2. ed. Cedam, 2001, p. 624 e ss., e BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, n. 25, 2015, p. 164 e ss.

17. No sentido da insolvabilidade constitucional da *plea bargaining* num sistema processual de matriz acusatória continental como o português, DIAS, Jorge de Figueiredo.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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)¹⁸ ou com o *patteggiamento* italiano (art. 444 do CPP italiano)¹⁹. As vantagens penais que num e noutro caso são acenadas ao réu da acção penal reportam-se 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.

7. A colaboração premiada que encontramos no art. 4º da Lei 12.850/2013 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 12.850/2013 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 § 5º do art. 4º) ou processuais penais (§ 4º do art. 4º). 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. 4º – colaboração dita *eficaz*²⁰ – o colaborador deve, em princípio, beneficiar da vantagem que anteriormente pactuou com o Ministério Público como condição para colaborar²¹.

Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”? C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 16 e ss. e *passim*.

18. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. C. H. Beck, 2014, § 177 e ss. e § 44-59 e ss.
19. TONINI, Paolo. *Diritto processuale penale: Manuale Breve*. 9. ed. Giuffrè Editore, 2013, p. 560 e ss.
20. SILVA, Eduardo Araújo da. *Op. cit.* p. 59 e ss.
21. Ac. do STF de 27.04.2010, HC 99736, e Ac. do Superior Tribunal de Justiça brasileiro de 15.06.2010, HC 97509/MG.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

No fundo, e reduzindo a questão ao essencial, o Estado promete ao réu 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*²². 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.

8. 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 essencial dos direitos fundamentais*. E deverão ser sujeitas a esse 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

22. Cfr., por outros, COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1/2007, p. 95 e ss., e NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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.

8.1. 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”²³. 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 criminal²⁴. 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 abatido 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. 4º da Lei 12.850/2013 ou de concessão de um perdão judicial em relação a um crime não contemplado pela Lei 12.850/2013. 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*.

23. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I, art. 29º, III.

24. MAUNZ; DÜRIG; SCHMIDT-AßMANN. *Grundgesetz Kommentar*, 74. Ergänzungslieferung, C. H. Beck., 2015, art. 103 Abs. 2, nm. 178 e ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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 pessoas²⁵.

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 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*)²⁶, 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 escrupuloso 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

25. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 96 e ss. Posição acolhida recentemente pelo Tribunal Constitucional português no Ac. 324/2013, 4. (www.tribunalconstitucional.pt). Ainda nesta direcção, LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, Cap. VI.

26. ROXIN; SCHÜNEMANN. *Strafverfahrensrecht* 28, § 1/2 e § 24/19.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

menos importante do que a condenação dos culpados e o restabelecimento da paz jurídica²⁷.

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 réu. A ampla defesa que a este deve ser garantida só é exercitável num quadro processual estável e com regras bem definidas, que permitam ao réu saber, em cada momento, aquilo com que pode contar.

Transpostas 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 § 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013 – 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.

8.2. 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. 5º, LIII, da Constituição: “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”²⁸. 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 marca-de-água do *múnus judicial* e assim a própria realização da justiça no caso.

27. *Idem*.

28. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I, Art. 32º, XVI.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

O princípio do juiz natural impõe, antes de mais, que a definição do juiz competente resulte da lei²⁹. No plano da fonte, com efeito, só a lei pode instituir o juiz e definir-lhe a competência. Esta dimensão, dita *positiva*³⁰, 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 emitidos pelo próprio sistema judiciário. 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 executivo³¹, 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 proscricção 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 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 12.850/2013 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.

29. Sobre o que se segue, DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais: o Tribunal*, 2015. Disponível em: [https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083], p. 32 e ss.

30. Ac. do TC português 614/2003 (11.) [www.tribunalconstitucional.pt].

31. DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o princípio jurídico-constitucional do “juiz-natural”. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3.615, ano 111 (1978), p. 83 ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

Por essa razão, a competência para a homologação deve ser deferida ao tribunal que à partida se antevêja como o competente para o julgamento da causa em 1ª 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, art. 102, I, *b*). De outro modo, teríamos a homologar o acordo e a comprometer-se com 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 § 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013, 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 alguns denunciados nos acordos (CRB, art. 102, I, *b*).

8.3. 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 12.850/2013 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

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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 criminal³².

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”³³.

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-A da Constituição Federal)³⁴, 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 país³⁵.

Assim sendo, deverão considerar-se inválidas cláusulas como a seguinte: “Homologado o acordo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior

32. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 664 e s., e DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais: o Tribunal*, 2015. Disponível em: [https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083], p. 7.

33. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 663, e desenvolvidamente NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 101 e ss.

34. Se não é inconstitucional, por beneficiar de expresse respaldo da própria Constituição, a súmula vinculante é porém altamente questionável sob o ponto de vista metodológico – cfr., por último, TARUFFO, Michele. A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade. *Julgar*, n. 25, 2015, p. 22 e *passim*.

35. DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais: o Tribunal*, 2015. Disponível em: [https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083], p. 9 e ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

Tribunal de Justiça, valerá em todo foro e instância que lhe seja inferior, restando desnecessária sua homologação perante outras instâncias”³⁶. 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 1ª 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 1ª instância do STF. Se um cidadão comum à partida excluído desta jurisdição acabar por ser julgado em 1ª 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 1ª 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 1ª 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 STF³⁷.

4. O CONTEÚDO E OS LIMITES DA COLABORAÇÃO PREMIADA LEGALMENTE ADMISSÍVEL

9. 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

36. Termo de colaboração premiada outorgado pelo Ministério Público Federal e Alberto Youssef.

37. 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*” (grifo nosso).

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

de colaboração premiada que fundaram a expansão da Operação Lava Jato, ponderando-o à luz das coordenadas constitucionais que avançamos³⁸. Antes, porém, para esse efeito será imprescindível desenvolver um esforço de exegese da regulação inscrita na Lei 12.850/13, a base legal invocada para a celebração daqueles acordos.

a) *O âmbito normativo da Lei 12.850/2013: crimes de e da organização criminosa*

10. 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 12.850/2013 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 12.850/2013 resulta directamente do objecto estipulado logo no seu art. 1º – “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 controlo 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 12.850/2013 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. 1º da Lei 12.850/2013).

Crimes externos à organização criminosa caem fora da alçada da Lei 12.850/2013 e não podem ser objecto de perseguição criminal com recurso aos meios de ob-

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

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

tenção 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. 3º da Lei 12.850/2013.

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

11. Além de balizada pelos limites postos pelo objecto estabelecido pela Lei 12.850/2013 – 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 §§ 2º e 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013, 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 assinada 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.: familiares de delatores) que são poupados à acção persecutória do MP em virtude de acordo celebrado com o colaborador.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

5. VÍCIOS DOS CONCRETOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA FUNDANTES DA OPERAÇÃO LAVA JATO: VANTAGENS PENAIS E PROCESSUAIS INDEVIDAS

5.1. Taxatividade legal dos benefícios premiais

12. A Lei 12.850/2013 prevê duas modalidades de colaboração premiada³⁹ – a pré-sentencial e a pós-sentencial⁴⁰ – e para cada uma delas prevê específicos e autônomos 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. 4º, §§ 1º a 4º, da Lei 12.850/2013). Nesta fase, podem as partes convenicionar *uma* das seguintes três vantagens, de natureza penal, enunciadas no *caput* do art. 4º em termos alternativos (e não cumulativos)⁴¹: 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 § 4º do art. 4º 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 § 5º do art. 4º, “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

39. Decompondo a colaboração pré-sentencial em colaboração pré-processual e processual e por isso aludindo a três espécies de colaboração premiada, SILVA, Eduardo Araújo da. *Op. cit.*, p. 63 e ss.

40. Também designada pós-processual – cfr. SILVA, Eduardo Araújo da. *Op. cit.*, p. 66.

41. BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/2013*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 129.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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 percepcionar uma total subversão e manipulação dos quadros premiais definidos na Lei 12.850/2013.

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

13. Apenas duas das três espécies de penas tarimbadas pelo art. 32º do Código Penal brasileiro se encontram expressamente contempladas pelo *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013, 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 nos termos de colaboração premiada em apreço 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 mínimo⁴².

Trata-se, claramente, de uma convenção sem qualquer esteio legal. Em lado algum se faz referência na Lei 12.850/2013 à possibilidade de um acordo de colaboração premiada versar sobre a pena de multa cominada para crimes

42. 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: (...) 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".

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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. 59º 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 pena⁴³.

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

14. Além de incidirem indevidamente sobre uma pena que escapa ao catálogo inscrito no *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013, as colaborações 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 homologado⁴⁴; e determinando em que termos o cola-

43. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”? C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 51.

44. 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 reve-

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

borador passará do regime fechado para os regimes semi-aberto e/ou aberto⁴⁵. 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 judictio e sine judex*

14.1. 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 presente acordo a pena privativa de liberdade em regime fechado”⁴⁶ 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 decrete configura uma autêntica aplicação de pena *sine judictio e sine judex*. 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. 5º, LIV, da Constituição). 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 judicial⁴⁷, como é o Ministério Público (art. 5º, XXXV e LIII, da Constituição).

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*

lados 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”.

45. 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 detraíndo-se o período já cumprido pelo Colaborador a título de prisão provisória após a deflagração da Operação Lava Jato”.
46. Cfr. o § 6º da cláusula transcrita na penúltima nota.
47. Neste sentido, logo o fundamental acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 06.06.1967, *in: BVerfGE* 22, 49.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

da *presunção de inocência*, vertido no art. 5º, 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*

14.2. 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 12.850/2013 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 parem 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 alicianante para o réu. Só que é um incentivo enganador, porque a Lei 12.850/2013 não consente a concessão de um tal benefício.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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 § 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013 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, 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 § 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013 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.

5.4. Vantagens processuais sem base legal: suspensão dos procedimentos

15. 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

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

transitadas em julgado, ditam o cumprimento de penas de prisão de determinada duração⁴⁸. 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 12.850/2013 prevê, no § 2º do seu art. 4º, a possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento de denúncia ou do próprio processo. Só que o faz não 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 sobreposição do procedimento através da omissão de denúncia inscrito no § 4º do art. 4º da Lei 12.850/2013. 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.

Prevendo a lei um mecanismo processual próprio para subtrair o réu colaborador à acção penal, é evidente que não pode ele ser subvertido e contornado

48. 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. (...) § 2º 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”.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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 monopólio 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 constitucional⁴⁹. Se é evidente que daqui não decorre uma qualquer imposição de vigência absoluta do princípio da obrigatoriedade⁵⁰, 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 apurados⁵¹. Aniquilamento absoluto, e como tal

49. Sobre este dever, desenvolvidamente, ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: ISENSEE; KIRCHHOF (orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed., IX, § 191, C. F. Müller, 2011, *passim*; e STERN, Klaus, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung. *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, p. 241 e ss. E para uma sua consideração na dimensão processual, ALEXI, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986, p. 428 e ss.

50. CAEIRO, Pedro. 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. 84, 2000, p. 33 e ss.

51. Nesta direcção, a propósito da chamada figura da “testemunha da coroa”, ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. C. H. Beck, 2014, § 14/19.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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 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. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS PROIBIDAS

16. 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. 5º 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 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 valoração, 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 12.850/2013, não podem ser concedidas.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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 juízes, quanto ao “modo como se deve inquirir o réu”, que “não se deve usar persuasões dolosas e *promessas de impunidade ou de pena branda*”⁵². 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*”⁵³.

Como não poderia deixar de ser, esta *proibição de falsas promessas* ao réu 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. 126º, n. 2, alínea e) – em concretização do art. 32º, n. 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 como *absolutamente nulas*⁵⁴, não podendo ser usadas⁵⁵.

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. 1, última proposição, da StPO: *a promessa de uma vantagem não legalmente prevista é proibida*⁵⁶. Nesta base, conclui-se, *una voce*, ser inadmissível a oferta de uma promessa de uma vantagem desprovida de

52. MELO FREIRE DOS REIS, Pascoal José de. *Instituições de direito criminal português*, 1794. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf] (grifo nosso).

53. SOUSA, Joaquim Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 2. ed., Lisboa, 1800. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1072.pdf] (grifo nosso).

54. Neste sentido de que “a interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal”, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I, Art. 32º, XV, com a concordância de toda a doutrina e jurisprudência comum e constitucional (cfr. Ac. do TC n. 426/2005, [www.tribunalconstitucional.pt]).

55. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 209 e ss., e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal*. 4. ed. Univ. Católica Editora, 2011, Art. 126º, nm. 21.

56. 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”.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

cobertura legal como contrapartida de um depoimento ou de um certo conteúdo do depoimento⁵⁷. Entre tais promessas tidas como proibidas conta-se, naturalmente, a garantia de impunidade oferecida a um co-réu para que incrimine um seu cúmplice⁵⁸.

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. 5º, LVI, da Constituição Brasileira e ao art. 157º do CPP.

Só um absoluto e total repúdio da admissibilidade de provas obtidas 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 Estado⁵⁹.

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. 5º, 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 réu 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 autodetermi-

57. DIEMER, Herbert. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 7. ed. C. H. Beck, § 136ª, 2013, § 136a, nm. 32.

58. *Idem*, e PFEIFFER, Gerd. *Strafprozeßordnung*. 5. ed. C. H. Beck, 2005, § 136a, nm. 10.

59. Para uma síntese dos fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos da figura das proibições de prova, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 117 e ss. Cfr. ainda, em sentido convergente, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A Ilícitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br].

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

nação⁶⁰ 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 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 réu. Este vê-se assim manipulado para fins que lhe são alheios, fazendo desemboçar 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 delatórias⁶¹. 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

60. Como esclarece ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 121 e ss., “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*”.
61. Nesta direcção, pronunciando-se a favor de um carácter *erga omnes* das proibições de prova, CORREIA, João Conde. Distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. *Revista do CEJ*, n. 4, 2006, p. 195.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

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 possam 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 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 réus* e ainda, simultaneamente, *na esfera processual das demais pessoas por eles incriminadas* nos seus depoimentos delatórios.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal*. 4. ed. Univ. Católica Editora, 2011.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle Pene*, 1764.
- BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgard*, n. 25, 2015.
- CAEIRO, Pedro. 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. 84, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I.
- CORREIA, João Conde. Distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. *Revista do CEJ*, n. 4, 2006.
- COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1/2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o princípio jurídico-constitucional do “juiz-natural”. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3.615, ano 111 (1978).
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”? C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais: o Tribunal*, 2015. Disponível em: [<https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083>].
- DIEMER, Herbert. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 7. ed. C. H. Beck, § 136^a, 2013.
- MELO FREIRE DOS REIS, Pascoal José de. *Instituições de direito criminal portugueses*, 1794. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf].
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2/2011.
- HOFSTADTER, Douglas R. *Gödel, Escher, Bach – Laços Eternos*, Gradiva, 1970.
- ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: ISENSEE; KIRCHHOF (orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed., IX, § 191, C. F. Müller, 2011.
- JAHN; KIRSCH. Fragen der Criminal Compliance im Schnittfeld von materiellem Recht, Strafverfahrens – und Verfassungsrecht. In: ROTSCHE (org.). *Criminal Compliance Handbuch*, Nomos, 2015.
- JESTAEDT; LEPSIUS; MÖLLERS; SCHÖNBERGER. *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp Verlag, 2011.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

- KUNZ, Karl-Ludwig; MONA, Martino. *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie*, UTB GmbH, 2006.
- MAUNZ; DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*, 74. Ergänzungslieferung, C. H. Beck, 2015.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A Ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br].
- NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PETER, Stefan. Erga omnes Menschenrechte. In: MERTEN; PAPIER (orgs.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, C. F. Müller, 2009. v. VI/2.
- PFEIFFER, Gerd. *Strafprozeßordnung*. 5. ed. C. H. Beck, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. Constituição da República do Brasil, art. 4º/II. In: CANOTILHO, Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.
- SIEBER, Ulrich. O futuro do direito penal europeu – Uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de direito penal europeu. In: MONTE, Mário et alii. *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas. Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/2013*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- STERN, Klaus, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung. *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. C. H. Beck, 2014.
- SOUSA, Joaquim Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 2. ed., Lisboa, 1800. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1072.pdf].
- TONINI, Paolo. *Diritto processuale penale: Manuale Breve*. 9. ed. Giuffrè Editore, 2013.
- TARUFFO, Michele. A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade. *Julggar*, n. 25, 2015.
- TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (orgs.). *Procedure penali d’Europa*. 2. ed. Cedam, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato", de Thiago Bottino – *RBCCrim* 122/359-390 (DTR\2016\22984); e
- Valor probatório da colaboração processual (delação premiada), de Frederico Valdez Peireira – *RT* 879/475, *RBCCrim* 77/175-201 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/577-601 (DTR\2009\828).