



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Cristóvão de Oliveira Várzeas Seabra Pereira

COLABORAÇÃO PREMIADA

QUESTÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais orientada pela
Professora Doutora Sónia Mariza Florêncio Fidalgo e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2020

Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Colaboração Premiada
Questão de Constitucionalidade
Judicial Cooperation Awards
Constitutionality Issues

Cristóvão de Oliveira Várzeas Seabra Pereira

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Sónia Mariza Florêncio Fidalgo

Coimbra,
Outubro de 2020



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

AGRADECIMENTOS

A empreitada a que me lancei, consumada no presente estudo, serviu-se dos méritos de várias pessoas, sem o contributo das quais seguramente não seria levada a cabo. Seguiriam estas páginas amputadas caso não levassem exarados os agradecimentos a quem são devidos.

À Professora Doutora Sónia Fidalgo, minha orientadora de dissertação, que, mesmo perante as dificuldades trazidas pelo ano de 2020, sempre se demonstrou disponível a acompanhar e apoiar o meu trabalho.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, instituição a que devo a oportunidade de aprender e crescer com alguns dos maiores mestres do Direito. Levo dela as mais ditosas recordações.

Aos meus pais, por me transmitirem os valores que tenho hoje como referência em tudo o que penso e faço. Neste evento, especialmente à minha mãe, de cujo esforço tem dependido cada uma das minhas pequenas conquistas.

Aos colegas e amigos que me acompanharam no percurso académico.

Ao grupo dos amigos que partilham comigo muitas das horas que nos são dadas viver e que, desde infância ou tenra juventude, tornam a minha vida mais feliz.

Coimbra,
2020

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

RESUMO:

O presente estudo cifra-se numa reflexão sobre a validade do instituto da colaboração premiada à luz da Constituição da República Portuguesa. Com esse propósito, começaremos por caracterizar o instituto e apresentar as aporias que a doutrina lhe associa. Num segundo momento, questionaremos a possibilidade dessas desvantagens serem compensadas pelas suas valências no domínio da repressão à criminalidade económico-financeira, recorrendo, para o efeito, ao princípio da proporcionalidade. Apurada a validade constitucional da colaboração premiada, o estudo terá como epílogo a idealização de um regime legal que fixe os termos em que o instituto deverá aplicar-se.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada; Direito Premial; Constituição; Crime; Direito Penal.

ABSTRACT:

This dissertation focus on the validity of the judicial cooperation awards in the light of the Portuguese Republic Constitution. Firstly, we state features of this mechanism, being also the disadvantages presented. Then, we approach the possible offset of the disadvantages judicial cooperation awards by its advantages concerning financial and economical criminality, taking into account the proportionality principle. Having the constitutional validity of judicial cooperation awards been enlightened, the study is concluded with the idealization of a legal system that establishes the terms in which the mechanism should lay on.

KEY-WORDS: Judicial Cooperation Awards; Award Law; Constitution; Crime; Criminal Law.

LISTA DE SILGAS E ABREVIATURAS

Cfr. – Confronte-se

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

GAFI - Grupo de Acção Financeira e Internacional

GRECO - Grupo de Estados contra a Corrupção

Nº - Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

Op. cit. – *Opus citatum*

Orgs. - Organizadores

p. - Página

pp. - Páginas

segs. - Seguintes

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| I. INTRODUÇÃO..... | 8 |
| II. RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS | 14 |
| 1. Direitos Fundamentais | 14 |
| 1.1. Dignidade da pessoa humana..... | 14 |
| 1.2. Direitos fundamentais enquanto normas-princípio | 16 |
| 2. Regime das restrições a direitos fundamentais | 20 |
| 2.1. Nota prévia (limites imanentes dos direitos fundamentais) | 20 |
| 2.2. Requisitos de validade constitucional das restrições a direitos fundamentais..... | 23 |
| 2.2.1. Forma de Lei (Assembleia da República) ou decreto-lei autorizado (Governo)..... | 23 |
| 2.2.2 Autorização constitucional expressa | 24 |
| 2.2.3. Generalidade e abstracção da lei restritiva..... | 27 |
| 2.2.4. Salvaguarda do núcleo essencial..... | 28 |
| 2.2.5. Não retroactividade da lei restritiva | 31 |
| 2.2.6. A legitimidade constitucional de fins e meios | 32 |
| 2.2.7 Princípio da proporcionalidade | 34 |
| 2.3. Renúncia a direitos fundamentais | 38 |
| III. COLABORAÇÃO PREMIADA | 42 |
| 1. Traços gerais | 42 |
| 1.1. O conceito..... | 42 |
| 1.2. Breve enquadramento histórico | 44 |
| 1.3. Natureza jurídica..... | 46 |
| 2. As aporias suscitadas pela colaboração premiada..... | 51 |
| 2.1. As questões éticas | 51 |
| 2.2. A deriva para um processo penal de estrutura inquisitória | 54 |
| 2.3. A presunção de inocência do delatado | 57 |
| 2.4. A punição insuficiente do réu colaborador | 59 |
| 2.5. As garantias de defesa do réu..... | 61 |
| 2.5.1. O devido processo legal | 61 |

| | |
|---|-----|
| 2.5.2. Direito à não auto-incriminação e direito ao silêncio..... | 62 |
| 2.5.3. A compressão dos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio resultante da colaboração premiada | 64 |
| 3. Colaboração premiada: a questão de constitucionalidade..... | 66 |
| 3.1. Constitucionalidade de uma “lei da colaboração premiada” enquanto restrição aos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio | 68 |
| 3.1.1. Legitimidade constitucional de fins e meios | 69 |
| 3.1.2. Salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos..... | 70 |
| 3.1.3. Princípio da proporcionalidade | 74 |
| 3.1.4. Restantes requisitos das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias | 82 |
| 3.2. Constitucionalidade da aplicação em concreto da colaboração premiada (concessão do prémio): protecção de bens jurídicos e exigências preventivas | 83 |
| 3.2.1. Proporcionalidade do benefício penal à luz das exigências preventivas | 84 |
| IV. PROJECCÃO DE UM REGIME DE COLABORAÇÃO PREMIADA | 88 |
| 1. O papel do Ministério Público | 88 |
| 1.1. A estrutura eminentemente acusatória do processo penal português | 89 |
| 1.2. Não dedução de acusação pelo Ministério Público..... | 91 |
| 1.3. Acordos de colaboração | 94 |
| 2. A decisão de colaboração..... | 98 |
| 2.1. O carácter não vinculativo da decisão de colaboração..... | 100 |
| 3. Benefícios a conceder ao colaborador..... | 101 |
| 4. Direitos do colaborador..... | 103 |
| 5. A manifestação de vontade do colaborador | 104 |
| 6. Eficácia da colaboração | 106 |
| 7. Força probatória da colaboração | 107 |
| V. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 109 |
| VI. Bibliografia..... | 112 |

I. INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos, o universo da justiça ocidental vem sendo incorporado por dois sistemas jurídicos classicamente concebidos e edificados em oposição - a *common law* e a *civil law* -, sendo frequente, numa análise genérica e perfunctória de direito comparado, fazer-se uma distinção entre “Estados de *common law*” e “Estados de *civil law*”¹. A cada uma destas categorias subjaz uma visão do direito distinta, que se repercute na natureza dos institutos consagrados em determinado ordenamento jurídico. Os modelos que afloramos são, então, perpassados por uma coerência sistemática própria, exibindo um conjunto de características fundamentais que permitem distingui-los.

A mais importante divergência entre ambos situa-se no plano das fontes de direito, que apesar de, no geral, lhes serem comuns, assumem um diferente grau de relevância em cada um deles. Desde logo, enquanto a *civil law* privilegia a lei, única fonte primária de direito, a *common law* é marcada pelo primado da jurisprudência.² Assim, nos sistemas romano-germânicos o direito parte da elaboração de comandos gerais e abstractos (normas jurídicas codificadas), o que reclama um exercício de construção teórica prévio à sua aplicação à controvérsia concreta. A jurisprudência, por sua vez, atém-se a uma função de interpretação da lei e não de verdadeira criação de lei, carecendo de força vinculativa geral.³

¹ Os primeiros de tradição anglo-saxónica e os segundos de tradição romano-germânica.

² Não obstante os sistemas de *common law* reconhecerem a lei como fonte primária de direito, a jurisprudência é tida como a mais importante. Costa Vieira esclarece-o registando o seguinte: “Na verdade, tudo aquilo que se denomina lei (no nosso modo civilista de entendê-la) – os estatutos, Atos do Parlamento, dentre outros – só passam a fazer parte do corpo da *common law* quando são reafirmados judicialmente. Até então, são consideradas meras normas abstratas.” VIEIRA, Andréia Costa, *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 219

³ Tomando como exemplo o ordenamento jurídico português, constatamos que a jurisprudência não é sequer considerada como fonte de direito por falta de força vinculativa geral- nem mesmo os Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência estendem a sua eficácia para lá do processo a que se cingem. Sem embargo, não se tenha por despiciendo o papel que a jurisprudência desempenha no nosso ordenamento jurídico. A esse respeito, lembremos as doutas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto: “A jurisprudência está igualmente excluída do quadro das fontes de direito. Não significa isto que a missão do julgador seja uma aplicação mecânica dum ordenação que lhe é dada ou que, numa fórmula célebre, ele seja “uma boca que diz as palavras da lei”. Cabe-lhe a importantíssima missão de, em face do caso concreto, dar vida à norma legal, precisando-a e concretizando-a.” MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 4ª Ed., 2012, p. 67. Também não descurando a relevância da jurisprudência no direito francês, René David recusa-se a considerar que ela não seja uma fonte de direito, preferindo excluí-la apenas do universo mais restrito das “fontes de *regras* de direito”: DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 3ª ed, 1998, p. 120, nota 01.

Por outro lado, os sistemas anglo-saxónicos assumem como ponto de partida do direito a solução do caso concreto, só depois se ocupando da abstracção e generalização, através da sistematização das decisões em que se subsumirão casos futuros. Esta tendência foi sendo consolidada à medida que se desenvolvia um sistema de relatório de casos (iniciado pelas cortes de justiça inglesas)⁴ que sustentavam um modelo de precedentes vinculantes, em que as decisões dos casos concretos vinculam os julgamentos posteriores. Esse mesmo tipo de relatórios foi, também, registado em países identificados com a *civil law*⁵, assumindo, porém, uma orientação e funções distintas, que bem ilustram as diferenças entre ambos os modelos. Alan Watson assinala o carácter pragmático dos relatórios de países de tradição anglo-saxónica, que se centram quase exclusivamente na situação fáctica apresentada pelo caso concreto e na sua decisão, enquanto os relatórios de países de herança romano-germânica aludem profusamente às reflexões académicas que a doutrina haja despendido à matéria em causa. O autor nota, assim, que os relatórios na *civil law* registam maioritariamente uma discussão de princípios, que se sobrepõe ao caso sub-judice, isto é, às suas contingências no plano fáctico e à sua decisão.⁶

Em virtude das diferenças que referimos, é-nos possível, detendo-nos no ordenamento jurídico de determinado Estado, excogitar genericamente o sistema jurídico para que tende, nele deslindando o seu núcleo caracterizador básico. Contudo, a clássica lógica dicotómica descrita tem vindo a esbater-se, porquanto vimos assistindo à flexibilização destes modelos, que, quando colocados em prática, cada vez mais se desenvolvem num sentido de conciliação de características de ambos os sistemas. Com efeito, é hoje comum que em ordenamentos jurídicos afectos à *common law* se proceda cada vez mais à codificação de lei ou que em outros identificados com a *civil law* se atribua crescente relevância à decisão casuística.⁷

⁴ Lembramos que foi o juiz Henry de Bracton o primeiro a lançar as sementes do que viria a ser o sistema de *Case Law*, ao descrever e comentar os casos julgados nas cortes do rei, no século XIII. BRACTON, *On the Laws and Customs of England*, translated with revisions and notes, by Samuel E. Thorne, v.1, Oxford University Press: London, 1968.

⁵ Andréia Costa Vieira faz referência a registos de relatórios de julgamentos em países como Alemanha (a partir do século XVI), França (a partir do século XVII), Holanda, Bélgica e Itália: VIEIRA, *op. cit.*, p. 226.

⁶ WATSON, Alan, *The making of the Civil Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 47, nota 07.

⁷ Nesse sentido leia-se as palavras de Dutra Santos: “É certo que, ultimamente, a *common law* tem absorvido elementos do sistema romano-germânico, haja vista o intenso processo de codificação que vem sendo implementado na Inglaterra e nos Estados Unidos, assim como o sistema romano-continental tem incorporado institutos do sistema consuetudinário- por exemplo, o efeito vinculante dos precedentes judiciais das Cortes, *vide* o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015, artigos 926 a

Embora nos pareça acertada e enriquecedora a tendência de amalgamar num ordenamento jurídico soluções provenientes de tradições jurídicas diversas, não deixamos de reputar na máxima importância um cuidado de preservação do núcleo basilar de fundamentos que conferem identidade ao modelo para que determinado ordenamento jurídico tende. Posto isto, não se nos afigura razoável que um ordenamento jurídico consagre soluções que destoem radicalmente da lógica subjacente ao sistema que o fundamenta, sob pena de o descaracterizar, prejudicando a sua coerência.

É nessa esteira que pretendemos discutir a possibilidade de consagrar no ordenamento jurídico português, identificado com a *civil law*, a colaboração premiada, que, enquanto instituto de justiça penal consensual/negocial, se coaduna imediata e naturalmente com os fundamentos do sistema anglo-saxónico, mais orientado para o pragmatismo na decisão de conflitos, menos dogmático e teórico que o romano-germânico. Cogitar essa hipótese, implica, como é natural num ordenamento jurídico de *civil law*, em que o direito se alicerça em construções teóricas eminentemente marcadas por uma ponderação abstracta e apriorística de princípios, que nos debruçemos sobre os princípios jus-penalistas que o instituto convoca. Com efeito, não ignoramos que a colaboração premiada possa suscitar questões em algumas matérias importantes disciplinadas no nosso ordenamento jurídico, ao ponto de gerar dúvidas de constitucionalidade. Vejamos:

A concessão de prémios pela colaboração, através da aplicação de uma pena mais leniente ao réu colaborador, representa uma novidade relativamente aos clássicos critérios de determinação da medida da pena - as exigências preventivas de protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade e a culpa (artigos 40.º/1 e 71.º/1 do Código Penal). A redução da pena aplicada a determinado arguido implica que se prescindam da satisfação de parte das exigências preventivas, tanto gerais como especiais, que decorram da prática do crime. A avaliação relativa à legitimidade do instituto premial reclamará, então, que indaguemos razões que legitimem a utilização de um novo critério de determinação da medida da pena, que acresce aos imperativos de prevenção – o comportamento colaborante do arguido.

928), e os próprios mecanismos de justiça consensual penal.” SANTOS, Marcos Paulo Dutra, *Colaboração (Delação) premiada*, Salvador: JusPODIVM, 2ª ed., 2017, p. 32.

Para além do exposto, o regime da colaboração premiada contende ainda com o domínio dos direitos fundamentais do arguido no processo penal, previstos na Constituição da República Portuguesa e no Código de Processo Penal⁸. Da leitura conjugada de ambos os diplomas resulta para o arguido o direito de acesso a um processo legal que observe garantias de defesa como o recurso, o contraditório, a presunção de inocência e o direito à não auto-incriminação e ao silêncio e (artigos 32.º da CRP e 61.º do CPP). Este acervo garantístico constitui a base de um processo criminal justo e equitativo- um dos bastiões do Estado de Direito Democrático português-, protector de direitos subjectivos contra agressões excessivas do Estado. Ora, como desenvolveremos em capítulo próprio, a consagração do instituto da colaboração premiada, enquanto incentivo à confissão e colaboração, colide com os direitos à não auto-incriminação e ao silêncio - essa é outra das suas aporias que nos motivará a discutir a sua legitimidade.

A questão de constitucionalidade relativa à colaboração premiada não será, porém, discutida sem que se leve em consideração as potenciais valências do instituto, escrutando-se os valores e direitos que ele possa servir, como a segurança pública do Estado, dependente de uma eficaz administração da justiça penal.⁹ Devemos advertir que o processo criminal obviamente não se limita à função de protecção de direitos subjectivos contra a ingerência estatal; ele assume um incontornável propósito de descoberta da verdade material, que pode, aliás, vislumbrar-se no artigo 340.º do CPP. De facto, a realização da justiça está dependente da procura da verdade, nunca podendo o processo penal prescindir da indagação da realidade fáctica a que se pretenderá aplicar o direito. Para que cumpra essa função, a lei deverá, então, dotar o processo criminal de instrumentos de obtenção probatória, que permitam o acesso aos factos.

Ora, o instituto da colaboração premiada, nos Estados que o consagram, tem sido usado precisamente como um poderoso meio de obtenção de prova, colocado ao serviço da eficácia da justiça, que se vê embargada sobretudo nos processos complexos e de grande exigência probatória. Em Portugal, esse impasse da justiça tem vindo a evidenciar-se

⁸ De ora em diante, “CRP” e “CPP”, respectivamente.

⁹ Estes valores têm consagração constitucional em vários preceitos. O artigo 9.º/1 da CRP fixa como uma das tarefas fundamentais do Estado “garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático”, o que só é possível através de uma justiça eficaz. Já o Artigo 202.º/2 estabelece que os tribunais têm a incumbência de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

principalmente no famigerado domínio da criminalidade económico-financeira, deparando-se os tribunais pátrios com evidentes dificuldades na persecução e punição de crimes como os de corrupção, fraude fiscal ou branqueamento de capitais, por exemplo. Os estudos de organismos internacionais corroboram o que afirmamos:

A 23 de Janeiro de 2020, a “Transparência Internacional”¹⁰ publicava o Índice de Percepção da Corrupção relativo ao ano de 2019, que exhibia Portugal como um dos países com níveis de corrupção acima da média da União Europeia. Já segundo o relatório divulgado a 6 de Junho de 2020 pelo “Grupo de Estados contra a Corrupção” (GRECO), órgão do Conselho da Europa que monitoriza a corrupção, Portugal é um dos países com mais baixo nível de cumprimento das recomendações anti-corrupção dirigidas a juízes, procuradores e deputados. Os dados negativos nesta matéria não ficam por aqui. Também o GAFI (Grupo de Acção Financeira e Internacional), grupo criado no seio da OCDE que avalia as práticas dos Estados na prevenção e repressão dos crimes de branqueamento, apontou várias lacunas neste domínio no nosso país.

Estes dados, que de resto se vêm repetindo ao longo dos anos, tornam forçoso o reconhecimento de um problema endémico de corrupção em Portugal, que o nosso direito penal não tem sido capaz de resolver com eficácia. É neste contexto que o instituto da colaboração premiada começa a ser discutido com crescente acuidade em território nacional (desde logo, pela actual Ministra da Justiça), principalmente enquanto instrumento de combate à criminalidade económico-financeira (*maxime* a corrupção), cuja exigência probatória reclama a criação de expedientes específicos para a sua repressão. Apesar de já ter consagração no ordenamento jurídico português, mesmo enquanto medida de combate ao crime económico e financeiro (Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro), o instituto premial é ainda incipiente e pouco utilizado no nosso país, carecendo, desde logo, de um regime legal próprio, que esclareça os seus termos. A projecção desse regime, que será uma das empreitadas do presente estudo, reclamará, como já antecipámos, uma reflexão prévia relativamente à legitimidade constitucional do instituto, que tem sido objecto de várias críticas por certa doutrina.

Considerando as questões que a colaboração premiada suscita no domínio das garantias de defesa do arguido, atingindo os seus direitos à não auto-incriminação e ao

¹⁰ Organização não-governamental internacional de combate à corrupção (no sector público) que actua concertadamente com governos, empresas e cidadãos de 180 países.

silêncio, havemos de submetê-la aos critérios de validade das restrições a direitos fundamentais. Destacamos o princípio da proporcionalidade, proeminente entre esses critérios, que nos permitirá aferir da constitucionalidade do instituto sopesando as suas valências (promoção da eficácia na realização da justiça) e a restrição a direitos fundamentais que ele implica.

Encararemos ainda os efeitos perniciosos da colaboração premiada no que tange à punição do réu colaborador, atenuada pelo prémio concedido. Dependendo das circunstâncias do caso concreto (eficácia da colaboração, intensidade das exigências preventivas decorrentes tanto dos crimes delatados como daqueles imputados ao colaborador), a legitimidade, nesse domínio, do recurso ao instituto premial será avaliada pelo juiz, também com base no princípio da proporcionalidade, neste caso enquanto critério orientador da actividade geral dos órgãos públicos.

II. RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Direitos Fundamentais

1.1. Dignidade da pessoa humana

Antes de adentrarmos a matéria das restrições a direitos fundamentais é importante que destaquemos a relevância destes direitos, de modo a que se tome consciência da sensibilidade que envolve a sua restrição.

A consagração de um conjunto de direitos fundamentais como património de todos os cidadãos na lei fundamental do Estado é, sem dúvida, uma das importantes conquistas do movimento constitucionalista moderno iniciado no século XVIII - a relevância do reconhecimento desses direitos é corroborada pelas palavras de Jorge Miranda, que os descreve como “inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa”.¹¹

Partindo desta descrição, podemos compreender que os direitos fundamentais estão inextricavelmente associados à ideia de dignidade da pessoa humana.^{12 13} Este conceito lato e denso pode ser excogitado das palavras de Immanuel Kant, que, em 1785,

¹¹ MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 14.

¹² Sobre o conceito de dignidade da pessoa humana *vide*: SARLET, Ingo, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 10ª ed, 2015; COSTA, José Manuel Cardoso da, “O princípio da dignidade humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesa”, *in: Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, obra colectiva, São Paulo, 1999, pp. 191 e segs.; NOVAIS, Jorge, *A dignidade da pessoa humana*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2018; NOVAIS, Jorge, *A dignidade da pessoa humana*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2018; NOVAIS, Jorge, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 25 e segs.; AMARAL, Maria Lúcia, “O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 13, janeiro-março de 2007, pp. 4 e segs.; MARTINEZ, Miguel & BENDAHAN, Mayo, “Reconocimiento constitucional de la dignidade individual y derechos de personalidad”, *Revista de Derecho Politico*, n.º 66, 2006, pp. 181 e segs.; MODERNE, Franck, “La dignité de la personne humaine, comme principe constitutionnel dans les Constitutions portugaise et française”, *in: Jorge Miranda (org.), Perspectivas Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 117 e segs.; MARQUES, Mário Reis, “A dignidade humana: minimum invulnerável ou simples cláusula de estilo?”, *in: Jónatas Machado, João Loureiro & Fernando Correia (orgs.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 407 e segs.; MIRANDA, *Direitos... cit.*, pp. 219 e segs.; BARROSO, Luís Roberto, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹³ Jorge Miranda afirma que “pelo menos, de modo direito e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*.” No entanto, Reis Novais adverte que esta concepção da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento dos direitos fundamentais, apesar de não estar substancialmente errada, “só pode corresponder a uma reconstrução teórica do processo natural de formação dos direitos fundamentais já que, historicamente, estes surgiram no plano constitucional muito antes do reconhecimento da dignidade como princípio jurídico (...)” MIRANDA, *Direitos... cit.*, p. 223; NOVAIS, *Princípios... cit.*, p. 28.

se apoiava nele para distinguir com precisão seres irracionais/coisas de seres racionais/pessoas:

“Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objecto do respeito). Estes não são portanto meros fins subjectivos cuja existência tenha para nós um valor como efeito da nossa acção, mas sim fins objectivos, quer dizer coisas cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que se não pode pôr nenhum outro no seu lugar em relação ao qual essas coisas servissem apenas como meios; porque de outro modo nada em parte alguma se encontraria que tivesse valor absoluto¹⁴ (...) No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”¹⁵

Ora, esta compreensão do Homem como ser individual e único, com liberdade para o desenvolvimento autónomo das várias dimensões da sua personalidade, é o fundamento dos direitos fundamentais.

Devemos assinalar que, não raras vezes, a noção de dignidade da pessoa humana é empregada num sentido de tal forma lato que acaba por esvaziá-la de conteúdo. Sói remeter-se para este princípio em termos que o confundem com o conteúdo de determinados direitos fundamentais, invocando-o num âmbito já disciplinado por esses direitos. Desse modo, a dignidade da pessoa humana corre o risco de se tornar num valor etéreo, insusceptível de materialização, a que se alude em apelos meramente retóricos – a pretensão de que ela seja *tudo*, pode acabar por reduzi-la a nada.

Segundo Reis Novais, o princípio da dignidade da pessoa humana tem, porém, um valor e uma força normativa autónomos. Nesse sentido, o autor argumenta que existem situações de violação da dignidade em que não se vislumbra concomitantemente uma lesão

¹⁴ KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*, (trad. QUINTELA, Paulo, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa: Edições 70, 2007, pp. 68 e 69).

¹⁵ *Ibidem*, p. 77.

de um específico direito fundamental.¹⁶ Nas suas palavras, “há violação da dignidade humana quando a pessoa é desrespeitada na sua humanidade, quando não lhe é reconhecida a sua natureza de sujeito e quando é colocada ou abandonada numa situação ou num estado em que não dispõe de condições mínimas para desenvolver as suas capacidades de realização humana”, ou ainda “quando a pessoa é humilhada ou é estigmatizada como ser pretensamente inferior.”¹⁷

No que respeita à restrição de direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha ainda uma função de “limite dos limites”, não podendo ser afectado pela “forma, a medida e o alcance” das medidas restritivas.¹⁸

A CRP consagra expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana em vários dos seus preceitos, começando imediatamente pelo artigo 1.º, que define Portugal como uma “República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”.¹⁹

1.2. Direitos fundamentais enquanto normas-princípio

Qualquer abordagem ao tema das restrições a direitos fundamentais implica que se explicita uma proverbial classificação (quanto à estrutura) dos tipos de normas do sistema constitucional como normas-princípio, por um lado, e normas-regra, por outro.²⁰ Reconhecendo a dificuldade de distinguir peremptoriamente ambas as categorias, ater-nos-emos a intentar uma descrição genérica das características que exhibe cada uma delas.

Tende a considerar-se normas-regra aquelas que o legislador constituinte elabora com uma precisão tal que nela esgota as ponderações a fazer relativamente à matéria em causa; trata-se de normas fechadas, cuja determinabilidade permite que sejam directamente aplicáveis, prescindindo de grandes operações de mediação concretizadora (por parte do

¹⁶ NOVAIS, *Princípios... cit.*, p. 31.

¹⁷ *Ibidem*, p. 62.

¹⁸ *Ibidem*, p. 30.

¹⁹ No texto constitucional podem encontrar-se outras várias referências ao conceito de dignidade, como, por exemplo, nos artigos 26.º/2, 26.º/3, 59.º/1/b), 67.º/2/e), 206.º.

²⁰ Segundo Alexy, “essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.” ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, Virgílio Afonso da Silva (trad.), São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 85. Semelhante distinção pode encontrar-se em: BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 8ª ed., 1999, pp. 231 e ss.; NOVAIS, *Princípios... cit.*, pp. 13 e segs.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, pp. 1159 e segs.; TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2012, pp. 115 e segs.

legislador ordinário ou do juiz). Nessas situações, o bem jurídico tutelado recebe uma protecção absoluta e inflexível: independentemente das vicissitudes que os casos concretos apresentem, a regra tem de ser escrupulosamente cumprida, sem a mínima cedência.

Por outro lado, as normas-princípio são concebidas em termos mais abstractos e abertos e reclamam, por isso, uma adaptação às circunstâncias fácticas e jurídicas dos casos a que se apliquem através de operações de discernimento e valoração; elas fixam um conjunto de exigências não imperativamente, mas de forma a que devam ser optimizadas.²¹ Ao deparar-se com um conflito deste tipo de normas, o responsável pelo poder público do Estado deverá conciliá-las no caso concreto, permitindo que umas cedam perante outras sem que tal implique a total supressão de alguma delas.²²

Devemos assinalar que, de forma geral, não existe em abstracto e *a priori* uma hierarquia entre as normas-princípio – são as contingências do caso concreto que determinam as preferências a estabelecer.²³

A distinção entre normas-princípio e normas-regra é determinante no estudo que pretendemos desenvolver relativamente aos direitos fundamentais e suas restrições no direito constitucional português, porquanto permite, desde logo, clarificar a relação entre direitos fundamentais e um outro tipo de normas constitucionais- os princípios estruturantes de Estado de Direito.²⁴ Vejamos:

As normas de direitos fundamentais são normas-princípio. Na prática elas interceptam-se e colidem, o que exige uma harmonização através de ponderações sobre o peso relativo que assumam no caso concreto.²⁵ A liberdade de expressão e informação, por

²¹ Considerando as normas-princípio como imperativos de optimização: ALEXY, *op. cit.*, p. 90.

²² Nesse sentido, Alexy afirma que “se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de excepção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.” ALEXY, *op. cit.*, p. 93.

²³ Vide, apoiado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão [*BVerfGE* 51. 324 (345)], ALEXY, *op. cit.*, p. 97.

²⁴ Essa é a terminologia empregada por Reis Novais relativamente a esses princípios. Jorge Miranda, ao discorrer sobre eles, recorre à expressão “princípios constitucionais sobre direitos fundamentais”.; MIRANDA, *Direitos... cit.*, pp. 263 e segs.

²⁵ Considerando as normas de direitos-fundamentais como normas-princípio: NOVAIS, *Princípios... cit.*, p. 14; HIPPEL, Eike Von, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, pp. 15 e seguintes; GÖLDNER, Detlef Christoph, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969, pp. 23 e segs.

exemplo, não goza de uma protecção absoluta- ela encontra limites precisamente noutros direitos fundamentais com que, em certas circunstâncias, colida (direitos de personalidade como os direitos à privacidade, à honra e à imagem).²⁶ Quando tal suceda, a prossecução desses bens deverá ser optimizada de modo a que se chegue a um resultado em que ambos recebam a maior protecção possível dentro dos limites do peso relativo que apresentem no caso concreto.²⁷

Para além das colisões internas (entre direitos fundamentais, que surgem e se resolvem, por isso, dentro do seu universo), os direitos fundamentais podem ainda envolver-se em conflitos externos.²⁸ O legislador constituinte concebeu um sistema em que eles convivem paritariamente com outros valores constitucionais comunitários, relacionados com a viabilização da vida em sociedade. Assim, os direitos fundamentais poderão ainda colidir e ver-se obrigados a ceder perante as exigências impostas por esses

Vieira de Andrade diverge: “(...) não adotamos como modelo a já referida concepção de Alexy, que tem tido algum curso na doutrina alemã e também entre nós, nos termos da qual os preceitos relativos aos direitos fundamentais deveriam ser entendidos como *princípios*, isto é, como consagradores de direitos *prima facie*, que, em definitivo, podem vir a ser limitados, comprimidos, restringidos, ou até sacrificados, segundo critérios de *ponderação e de harmonização*, para satisfazer outros valores ou direitos, em situações de conflito. (...) De facto, um dos perigos das teorias «principiais» ou «principiológicas» é o do enfraquecimento axiológico do sistema, concebendo os direitos fundamentais como *imperativos de otimização*, como se não houvesse, à partida, valores intocáveis.” ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 5ª ed., 2012, pp. 266 e 268.

²⁶ Já em 1789 o artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão dispunha que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos (...).”

²⁷ A necessidade de conciliação entre estes dois grupos de direitos fundamentais resulta patente do duto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2002, que começa por registar que “devem ser conciliados, na medida do possível, os direitos de informação e livre expressão, por um lado, e à integridade moral e ao bom nome e reputação, por outro.”: 14-02-2002- Revista n.º 4384/01 - 7.ª Secção - Oliveira Barros (Relator), Miranda Gusmão e Sousa Inês.

²⁸ Vieira de Andrade assinala que “estes problemas de colisão e de conflito, que implicam uma limitação recíproca dos direitos e valores colidentes ou conflituais, podem surgir em *abstracto*, ao nível legislativo, quando o preceito constitucional não tenha previsto qualquer restrição para um determinado direito ou se torne necessário ir além das restrições legislativas previstas, bem como, obviamente, naquelas hipóteses em que a Constituição preveja direitos ou valores estruturalmente incompatíveis. E surgem, seguramente, nos *casos concretos*, ao nível da aplicação do Direito, sobretudo pelos tribunais, seja quando se tenha de conciliar preceitos constitucionais diretamente aplicáveis que numa situação de facto conflituem entre si, seja quando se devam aplicar leis reguladoras da matéria de direitos, liberdades e garantias que utilizem cláusulas gerais ou conceitos indeterminados para estabelecer critérios ou padrões de solução de conflitos.” ANDRADE, *op. cit.*, pp. 265 e 266.

valores associados a uma perspectiva comunitária: referimo-nos, por exemplo, à segurança nacional ou à ordem pública.²⁹

Por seu turno, os princípios estruturantes do Estado de Direito são consagrados em normas com natureza de regra. De facto, compreendemos que, se constituem os alicerces do Estado de Direito (como o próprio conceito indica), esses princípios tenham força absoluta e que não sejam incluídos em ponderações de caso concreto com outros valores e interesses comunitariamente relevantes; independentemente de quaisquer circunstâncias, o Estado de Direito nunca prescinde do respeito pelos princípios que formam a sua base. A actuação dos poderes públicos do Estado está, desse modo, adstrita à observação de todos os princípios estruturantes em simultâneo e, não sendo eles susceptíveis de diferentes graus de cumprimento - associados a uma lógica maniqueísta segundo a qual ou são ou não são respeitados -, qualquer um deve ser cumprido em absoluto.³⁰ Assim, um comportamento, um acto, uma omissão ou uma norma³¹ que transgrida, por exemplo, os princípios da proporcionalidade, da igualdade, da protecção da confiança ou da reserva de lei³² é invariavelmente considerado inconstitucional.

²⁹ *Ibidem*, pp. 263 a 265. O Tribunal Constitucional Alemão também admite que um direito fundamental possa ter que ceder não só perante outros direitos fundamentais, mas ainda perante outros “valores jurídicos de hierarquia constitucional”. *BVerfGE* 28, 243 (261).

³⁰ *Vide*, NOVAIS, *Princípios... cit.*, pp. 13, 14 e 15.

³¹ Gomes Canotilho lembra, relativamente às possibilidades de restrição de direitos fundamentais, que “além das leis restritivas devemos ainda recortar as chamadas **medidas ou intervenções restritivas** que consistem em actos ou actuações das autoridades públicas restritivamente incidentes de modo concreto e imediato sobre um direito (exs.: decisão judicial de prisão preventiva, decisão administrativa de proibição de manifestação).” CANOTILHO, *op. cit.*, p. 451.

³² Para além dos referidos, Reis Novais aborda ainda os princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição do défice e da determinabilidade, lembrando, porém, o carácter não taxativo desse elenco objecto do seu estudo. NOVAIS, *Princípios... cit.*, p. 22. Gomes Canotilho procede a uma descrição mais detalhada, sugerindo um conjunto de subdivisões a partir de um elenco (“indicativo sem pretensões de exaustividade”) de três grandes princípios estruturantes: o princípio do Estado de direito (artigos 2.º e 9.º); o princípio democrático (artigos 1.º, 2.º, 3.º/1 e 10.º) e o princípio republicano (artigos 1.º, 2.º, 11.º e 288.º/b). O autor não deixa de aludir aos princípios tidos por Reis Novais como estruturantes do Estado de Direito (tais como a proporcionalidade, a igualdade ou a reserva de lei), mas com a particularidade de os descrever como “subprincípios que «densificam» os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno”. Gomes Canotilho advoga, assim, a concretização dos princípios estruturantes em princípios constitucionais gerais, que, por sua vez, se concretizam ainda mais através de princípios constitucionais especiais. Registem-se as suas facundas palavras: “Assim, por exemplo, o princípio do Estado de Direito é «densificado» através de uma série de subprincípios: o princípio da constitucionalidade (cfr. art. 3.º/3), o princípio de legalidade da administração (cfr., por ex., art. 112.º/7 e 8), o princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais (cfr. art. 18.º), o princípio da independência dos Tribunais (art. 203.º). Estes **princípios gerais fundamentais** podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda mais através de outros princípios constitucionais especiais. Por exemplo, o princípio da legalidade da administração é «concretizado» pelo princípio da preeminência ou prevalência da lei e pelo princípio da reserva de lei (cfr. art. 112.º/6 e 7); o princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais é «densificado» por outros princípios especiais tais como o princípio da

A destriça de que nos ocupámos conduz-nos a uma primeira noção relativamente ao regime de restrições a direitos fundamentais: ao estarem consagrados em normas-princípio, os direitos fundamentais assumem uma flexibilidade que viabiliza a sua restrição nos casos em que conflitos internos ou externos a imponham; essas restrições estão, porém, subordinadas aos princípios estruturantes do Estado de Direito que, ao impenderem sobre os poderes públicos, vinculando-os estritamente em qualquer realização que levem a cabo, funcionam desde logo como “limite dos limites”,³³ impondo-lhes que procedam apenas a restrições que os respeitem. Reis Novais ilustra lapidarmente esta relação afirmando que “são os princípios estruturantes que formam os *dentes* dos direitos fundamentais, que lhes garantem uma efectividade que vai para além de um mero apelo à ponderação, à boa vontade dos agentes políticos”.³⁴

2. Regime das restrições a direitos fundamentais

2.1. Nota prévia (limites imanentes dos direitos fundamentais)

O que temos exposto, poderia levar-nos a concluir que a discussão relativa às restrições de direitos fundamentais se cifra unicamente na resolução de um conflito entre direitos fundamentais ou entre esses direitos e valores constitucionalmente protegidos. No entanto, Vieira de Andrade contraria essa tendência ao desenvolver a ideia de *limites imanentes*, propondo que se discutam restrições (inerentes) de direitos fundamentais num momento anterior ao seu exercício prático e, por isso, necessariamente a montante de quaisquer conflitos de caso concreto entre direitos e valores.³⁵ O autor defende que os

proibição do excesso (cfr. art. 18.º/2) e o princípio da não-retroactividade de leis restritivas (cfr. art. 18.º/3). (...) Finalmente, o princípio republicano ganha densidade através de outros subprincípios como, por ex., o princípio de não-vitaliciedade dos cargos políticos (art. 118.º) e o princípio da igualdade civil e política (art. 13.º).” CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1174.

³³ Por influência germânica, a doutrina costuma recorrer à expressão “limites dos limites” para designar os limites que se impõem à restrição de direitos fundamentais.

³⁴ NOVAIS, *Princípios... cit.*, p. 20.

³⁵ Relativamente à existência de restrições a direitos fundamentais, esgrimem-se na doutrina duas teorias antagónicas: as externas e as internas. As primeiras distinguem *direito* e *restrição*, argumentando que à partida existe um direito de conteúdo pleno que só virá a ser restringido quando razões externas, alheias a si mesmo, o imponham, isto é, quando colida com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Segundo estas teorias é, então, correcto falar-se em restrições a direitos fundamentais. Já os partidários da teoria interna entendem que nesta matéria existe apenas uma única coisa - o *direito*, cuja única limitação se encontra na definição do seu próprio conteúdo. Nessa esteira, qualquer problema que resultasse da coexistência de vários direitos fundamentais seria encarado como uma questão de conteúdo desses direitos e resolver-se-ia através da definição dos seus limites imanentes, não se admitindo a existência de colisão entre direitos e subsequente restrição harmonizadora. Sobre as teorias externas *vide*, SIEBERT, Wolfgang, "Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs", *in*: Von Georg Dahm, Ernst R. Huber, K. Larenz, Karl Michaelis, Friedrich Schaffstein & Wolfgang Siebert, *Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft*, Berlin: Junker & Dünhaupt, 1935, p. 195. Sobre a teoria interna consulte-se: SIEBERT, Wolfgang, *Verwirkung und Unzulässigkeit der*

direitos fundamentais, antes de qualquer colisão com os seus afins (ou com outros valores), se deparam, desde logo, com o freio imposto pelos seus limites intrínsecos, decorrentes da própria definição (delimitadora) que a Constituição lhes atribui. Assim, não se confundindo com os casos de conflito entre direitos fundamentais e subsequente restrição harmonizadora, a noção de limites imanentes reporta-se à amplitude da protecção que a norma constitucional confere, em abstracto e *a priori*, a determinado direito.

Os direitos fundamentais começam por estar limitados, em sentido material, ao âmbito que abrangem, só podendo ser invocados quando uma ofensa haja sido perpetrada sobre o bem jurídico que a norma constitucional fixa como objecto da sua protecção. Num exemplo ilustrativo (pela sua simplicidade), o artigo 24.º da CRP, que consagra o direito à vida, só poderá ser invocado quando houver sido violado o bem jurídico *vida*, e já não em casos de ofensa a outros bens jurídicos, como a propriedade, a família, a integridade física ou a liberdade sexual, por exemplo.

Por outro lado, o próprio conteúdo dos direitos fundamentais é tido como um limite imanente, em sentido jurídico. Nessa esteira, o titular de um direito fundamental só poderá exercê-lo dentro dos limites determinados pelo seu conteúdo, devendo ater-se aos poderes/faculdades que ele lhe confira para realização de um determinado bem jurídico. Consabidamente, a consagração na CRP de determinado direito, não implica a validade constitucional de qualquer das formas cogitáveis do seu exercício- o leque de comportamentos permitidos ao titular desse direito cinge-se aos poderes contidos na sua delimitação constitucional. Assim, alguém que, por exemplo, injurie ou difame outra pessoa não poderá invocar a liberdade de expressão, direito consagrado no artigo 37.º da CRP, para justificar o seu comportamento, visto que essas não são formas de exercício legítimo desse direito.

Rechtsausübung, Marburg: Elwert, 1934, pp. 85 e seguintes. Vieira de Andrade posiciona-se sensivelmente a meio de ambas as teorias. O autor atribui relevância ao reconhecimento da existência de limites imanentes dos direitos fundamentais e assinala criticamente o facto de, por vezes, se falar erradamente de confronto entre direitos em casos em que a incompatibilidade é gerada, isso sim, pelo exercício de um direito para lá dos seus limites imanentes. Sem embargo, assumindo uma posição conciliadora, Vieira de Andrade defende que, ainda assim, existem casos de colisão entre direitos fundamentais mesmo quando exercidos em respeito dos limites definidos pelo seu próprio conteúdo. ANDRADE, *op. cit.*, pp. 271 e segs.

Vieira de Andrade faz questão de distinguir estes casos daqueles em que haja conflito entre direitos fundamentais.³⁶ De facto, trata-se de situações diversas, que justificam diferente tratamento jurídico.³⁷

Servindo-nos do exemplo supra-aludido, quando alguém injúria ou difama outra pessoa não existe, em rigor, colisão do direito à liberdade de expressão com a honra ou integridade moral; nesses casos verifica-se tão-somente uma ofensa a um direito fundamental que é cominada ao abrigo de direito nenhum, sendo evidente que a injúria ou a difamação não estão incluídas entre as formas de exercício do direito à liberdade de expressão que a CRP protege.³⁸ Vieira de Andrade considera que o reconhecimento da ideia de limites imaneses impõe que nesses casos “não haja lugar a harmonização, mas a uma preferência absoluta pelo direito limitador”.³⁹

Advertimos a que não se julgue que o reconhecimento da existência de limites imaneses e a sua delimitação solucione toda a controvérsia relativa à coexistência e compatibilização dos direitos fundamentais. Com efeito, mesmo nos casos em que a forma de exercício de um direito é de tal maneira típica que se infere forçosamente a intenção do

³⁶ Neste domínio, o autor formula uma crítica aos causídicos da qualificação das normas de direitos fundamentais como princípios que admitem cedências através de critérios de ponderação e harmonização: acusa-os de não distinguirem a declaração de limites imaneses dos casos de colisão de direitos, englobando ambas as situações nas operações de restrição a direitos fundamentais através do método de harmonização. ANDRADE, *op. cit.*, pp. 266 e 267.

³⁷ Nas suas palavras “a diferença é importante (...), já que, a entender-se que não há conflito, a solução do problema não tem que levar em conta o direito invocado, porque ele não existe naquela situação. Pelo contrário, havendo conflito, tal significaria a existência de um direito em face de outros direitos ou de outros valores (deveres) e a solução não poderia nunca ignorar o direito invocado, a não ser que se partisse do reconhecimento de uma ordenação hierárquica dos bens constitucionalmente protegidos, sacrificando-se então naturalmente o menos valioso. Só que um critério de hierarquia não é sustentável e acabaria, de qualquer modo, por suscitar uma série de problemas sem solução racional.” *Ibidem*, p. 274. Posto não se confundir, então, a ideia de limites imaneses com situações de resolução de conflitos entre direitos, ou entre direitos e valores, não poderemos sequer considerar como restritiva uma lei que delimite a amplitude da protecção conferida a determinado direito fundamental, declarando os seus limites imaneses. Isto porque, ao contrário das leis que restringem direitos colidentes, aquelas tão-somente declaram os limites que cerceiam o direito por inerência, não criando *ex novo* qualquer restrição ao direito fundamental a que se referem. Estas leis são meramente interpretativas porque declaram limites que já existem (sempre existiram, se são imaneses), não lhes fazendo crescer outros. Nesse sentido: *Ibidem*, p. 212.

³⁸ Vieira de Andrade defende que é nesses casos – quando se exerce um direito de uma forma manifestamente não protegida pela CRP -, que os limites imaneses actuam. Nesse sentido, o autor afirma o seguinte: “Preferimos, por isso, considerar a existência de limites imaneses implícitos nos direitos fundamentais, sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável em caso algum que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício; sempre que, pelo contrário, deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas.” *Ibidem*, pp. 274 e 275.

³⁹ *Ibidem*, p. 269, nota 11.

legislador constituinte de atribuir aqueles poderes ao seu titular (falamos em casos de exercício de um direito dentro dos seus limites imanes), é possível que as circunstâncias do caso concreto determinem uma colisão com outros direitos fundamentais.⁴⁰ Dessarte, o sistema de direitos fundamentais sempre reclamará a indagação de soluções para os casos de conflito que, nos termos descritos, exsurjam fatalmente no seu seio. A restrição de normas de direitos fundamentais mantém-se, assim, indispensável e é por isso que o reconhecimento dos seus limites imanes não nos exime de a discutir.

2.2. Requisitos de validade constitucional das restrições a direitos fundamentais

Em matéria de restrições a Direitos, Liberdades e Garantias (e a quaisquer outros direitos fundamentais de natureza análoga- artigo 17.º CRP) rege o artigo 18.º da CRP, que impõe ao legislador ordinário os requisitos formais (autorização constitucional expressa e restrição através de lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado) e materiais (generalidade e abstracção da lei restritiva, não retroactividade, salvaguarda do núcleo essencial do direito restringido e respeito pelo princípio da proporcionalidade) de validade das leis restritivas.

2.2.1. Forma de Lei (Assembleia da República) ou decreto-lei autorizado (Governo)

As primeiras duas palavras vertidas no número 2 do artigo 18.º da CRP fixam um dos requisitos formais da validade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. Só “a lei”, isto é, um diploma legislativo com a *forma* de lei, pode restringir este tipo de direitos. A produção de leis restritivas cabe, então, à Assembleia da República, salvo quando autorize o Governo a intervir nesse domínio através de decreto-lei autorizado que esteja em conformidade com a lei de autorização (artigos 112.º/2 e 165.º/2 CRP). Porém, quando a regulamentação de determinado direito esteja prevista como reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, a lei restritiva desse direito estará sujeita ao mesmo requisito formal (trata-se de casos como os do artigo 164.º/ f), h), i), j), l), o).

A doutrina entende que desta exigência de lei formal decorre a necessidade de fundamento legal dos actos que concretizem as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que se considerará satisfeita se eles estiverem inseridos numa “cadeia

⁴⁰ Vieira de Andrade dá exemplos como os de restrições a manifestações que ponham em causa a ordem pública, a limitação da liberdade de segurança por razões de saúde ou a proibição de greves que atinjam gravemente a economia nacional. *Ibidem*, p. 278.

ininterrupta de legitimidade legal”.⁴¹ Assim, qualquer regulamento, acto administrativo ou decreto legislativo regional que restrinja direitos, liberdades e garantias deve fundar-se ou numa lei da Assembleia da República ou num decreto-lei autorizado do Governo.⁴²

Para que o requisito de lei formal seja verdadeiramente cumprido é necessário ainda que a lei restritiva em que se fundam os actos da Administração seja suficientemente densa. Com efeito, se a *ratio* deste requisito é incumbir o parlamento da função de protecção dos direitos, confiando-lhe as competências para a restrição,⁴³ então a administração pública deve ver-se cerceada nos actos pelos quais restrinja direitos em concreto, de forma a que as suas valorações e decisões não venham a tornar-se mais determinantes nesta matéria do que as do legislador. Deste modo, a lei restritiva deverá assumir uma densidade de conteúdo tal que não permita à Administração demasiada discricionariedade de regulação no momento de concretizar a restrição prevista.⁴⁴

2.2.2 Autorização constitucional expressa

No artigo 18.º/2 da CRP vem previsto o seguinte: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

O segmento inicial desta disposição estabelece mais um requisito de validade constitucional das leis restritivas ao consagrar o princípio da autorização constitucional expressa, que obriga o legislador ordinário a demonstrar o fundamento constitucional das restrições a direitos fundamentais a que proceda. Esta exigência de autorização expressa assume um propósito de prossecução da segurança jurídica: ao limitar-se a actividade restritiva do legislador ordinário, previne-se o risco de abandonar à discricionariedade das maiorias políticas oscilantes uma matéria como os direitos fundamentais, que devem ser um reduto de segurança e estabilidade na esfera jurídica dos cidadãos.

⁴¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 453.

⁴² Vide, MIRANDA, *Direitos... cit.*, p. 467; MACHETE, Rui, “Conceitos indeterminados e restrições de direitos fundamentais por via regulamentar”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, obra colectiva, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 719 e seguintes.

⁴³ Nesse sentido, Gomes Canotilho refere que “a intervenção de um *acto legislativo* (e não de qualquer outro acto normativo) com a forma de *lei da AR* para a limitação de direitos, liberdades e garantias (art. 165.º/1-c) reafirma a ideia do Parlamento como órgão “amigo” das liberdades, e da “reserva de lei do Parlamento” como instrumento privilegiado da defesa dos direitos, mesmo quando está em causa a própria restrição desses direitos.” CANOTILHO, *op. cit.*, p. 453.

⁴⁴ Vide, ANDRADE, *op. cit.*, pp. 290 e 291.

No entanto, segundo uma perspectiva holística, lembramos que nenhum direito fundamental está isolado na ordem jurídica e, por isso, qualquer um deles deve ser observado como parte de um sistema que os harmoniza, o que implica mútuas cedências nos casos em que colidam⁴⁵. Assim, a doutrina tem entendido que uma leitura inflexível do preceito enunciado cercearia excessivamente o poder do legislador de restrição de direitos fundamentais, admitindo consensualmente a existência de *restrições não expressamente autorizadas pela Constituição*.⁴⁶ A vida em comunidade suscita inexoravelmente uma

⁴⁵ Corroboramos as lapidares palavras de Vieira de Andrade, segundo o qual “o sistema dos direitos fundamentais forma uma unidade de sentido que visa a defesa e promoção da dignidade das pessoas enquanto homens livres – mas é *intrinsecamente conflitual* e a afirmação plena dos direitos fundamentais de uns não pode fazer-se, as mais das vezes, sem prejuízo dos direitos dos outros ou de valores comunitários essenciais, o que, somado à inevitável *indeterminação* normativa dos respetivos preceitos, justifica ou impõe a intervenção dos diversos poderes públicos para a solução desses conflitos.” Daí decorre a ideia de que o intérprete, como afirma Jorge Miranda, “tem de se mover no contexto do sistema, tem de interpretar e integrar os preceitos relativos aos direitos fundamentais à luz dos princípios que o enformam, tem de se inspirar na ideia de Direito acolhida na Constituição. Só tal unidade de pensamento jurídico permite apreender o âmbito de cada direito e definir o seu conteúdo essencial, relacionar os vários direitos e as diversas faculdades compreendidas em cada um, evitar ou resolver colisões, propiciar a todos uma adequada harmonização.” *Ibidem*, pp. 192 e 193; MIRANDA, *Direitos...cit.*, p. 74.

⁴⁶ Apoiamo-nos no entendimento de Reis Novais, que afirma o seguinte: “Na realidade, e na medida em que, apesar de serem garantias constitucionais invocáveis contra os poderes públicos, os direitos fundamentais (...) são intrinsecamente dotados de uma reserva geral imanente de ponderação, eles são susceptíveis de cedência perante a invocada necessidade de o Estado ter de prosseguir a realização de outros bens, interesses ou direitos igualmente dignos de protecção jurídica.” NOVAIS, *Princípios...cit.*, p. 18. Vieira de Andrade apresenta algumas das hipóteses contempladas na doutrina e na jurisprudência para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais em situações não expressamente previstas na CRP: “Nalguns casos, poderá recorrer-se, como fez o Tribunal Constitucional, à construção de uma previsão indireta, tácita ou instrumental da restrição, quando esta decorra claramente de certas normas constitucionais, designadamente de outras previsões de restrição – mas isso, sobretudo na medida em que se refira a casos concretos, não constitui uma resposta geral para o problema. Uma das hipóteses de solução destes casos de ausência de preceitos constitucionais que autorizem a restrição legislativa pode encontrar-se no recurso interpretativo ou integrativo à Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos termos do n.º 2 do artigo 16.º. A Declaração, no seu artigo 29.º, permite genericamente que o legislador estabeleça limites aos direitos fundamentais para assegurar o reconhecimento ou o respeito dos valores aí enunciados: «direitos e liberdades de outrem», «justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática». (...) Outra solução, que conduz a resultados semelhantes, seria a de admitir a existência de restrições implícitas, derivadas da necessidade de salvaguardar «outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos»: a lei fundar-se-ia então em princípios, mas não obrigatoriamente em preceitos constitucionais.” O autor faz ainda referência à tese de Reis Novais, que perfilhamos no presente estudo, segundo a qual a restrição de direitos fundamentais em casos não expressamente previstos pela CRP se funda na existência de uma “reserva geral imanente de ponderação”. Vieira de Andrade expõe ainda o seu próprio entendimento relativamente à questão, recusando a admissibilidade de “leis restritivas” fora dos casos previstos na CRP: “Admitir entre nós a intervenção legislativa relativamente a direitos consagrados em preceitos constitucionais sem limites explícitos *a priori*, com base numa espécie de “reserva geral de colisão”, tal como se defende na Alemanha, seria defraudar o preceito constitucional entendido no sentido de estabelecer a necessidade de autorização expressa da restrição, a não ser que a limitação legislativa em causa seja alguma coisa de diferente de uma lei restritiva.” Nesse sentido, fora dos casos previstos na Constituição, o autor só admitiria que se construíssem “categorias autónomas de «leis interpretativas» e de «leis harmonizadoras», que se distingam das «leis restritivas» quanto ao conteúdo, quanto ao grau de vinculação legislativa à norma constitucional e quanto à intensidade do respetivo controlo judicial.” ANDRADE, *op. cit.*, pp. 278 a 281. Entre autores que admitem restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela

multiplicidade de situações de conflito entre direitos fundamentais, o que implica que eles tenham que ser confrontados, sopesando-se os interesses que eles protejam e aferindo-se quais devem prevalecer ou ceder em determinadas circunstâncias. Essa necessidade de constante harmonização não se coaduna, de facto, com um formalismo que imponha uma exigência de previsão constitucional expressa para qualquer restrição a direitos fundamentais- desde logo, se observarmos o texto constitucional, percebemos evidentemente que as previsões expressas de restrições a direitos fundamentais (desde as restrições constitucionais directas à reserva de lei restritiva)⁴⁷ não esgotam as situações da vida em que eles entram em confronto. Dessarte, como afirma Gomes Canotilho, “os direitos sem restrições *ex constitutione* (isto é, estabelecidos pela própria Constituição) e sem reserva de lei restritiva, não podem considerar-se como direitos irrestritos ou irrestringíveis” e é por isso que não os devemos absolutizar individualmente, ignorando que, em certas circunstâncias, o seu exercício possa contender com outros. O autor lembra ainda que esses direitos, para além de se limitarem entre si, estão também “sujeitos aos limites básicos decorrentes da ordem jurídico-constitucional”, socorrendo-se do exemplo do artigo 45/2 da CRP, que garante o direito de manifestação sem prever expressamente a sua restrição quando exercido para lá dos limites da “não violência”.⁴⁸ Com efeito, os direitos fundamentais coabitam com um conjunto de valores constitucionais comunitários cuja prossecução é igualmente imposta aos poderes públicos do Estado, que deverão compatibilizá-los segundo uma lógica de optimização.

Não julguemos que o reconhecimento da existência de uma implícita cláusula geral de restrições a direitos fundamentais signifique a admissão de uma discricionariedade das leis restritivas. Em primeiro lugar, apesar de não ter forçosamente de se basear numa autorização constitucional expressa, a lei restritiva está sujeita a uma reserva de Constituição, sendo forçoso demonstrar-se, com base em considerações materiais e segundo uma interpretação objectiva e sistemática da Constituição, que a restrição tem

Constituição figuram os seguintes: CANOTILHO, *op. cit.*, p. 450; NOVAIS, Jorge, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003; CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 1993, p. 151; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 3ª ed., 2000, pp. 332 e 333.

⁴⁷ Terminologia a que recorre Gomes Canotilho em: CANOTILHO, *op. cit.*, p. 450

⁴⁸ *Ibidem*, p. 451.

fundamento constitucional.⁴⁹ Acresce que a admissão de restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela CRP não exaure totalmente o conteúdo do princípio da autorização constitucional expressa enquanto “limite dos limites”- Gomes Canotilho lembra que essa exigência plasmada no primeiro segmento do artigo 18.º/2 cumpre ainda uma “função de advertência relativamente ao legislador, tornando-o consciente do significado e alcance da limitação de direitos, liberdades e garantias”⁵⁰.

2.2.3. Generalidade e abstracção da lei restritiva

Segundo o segmento inicial do artigo 18.º/3 da CRP, “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto”. Deste modo, a lei restritiva terá de se dirigir a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas e a um número indeterminado ou indeterminável de casos.

Para que se afira deste requisito, não deverá o intérprete ater-se à compreensão da formulação verbal que o preceito enuncia; o que realmente releva é o seu conteúdo material e os seus efeitos. Com efeito, é possível produzir uma lei que, pela sua formulação, aparente ser geral, mas que na prática acabe por circunscrever os seus efeitos a um conjunto determinado ou determinável de destinatários.

Este requisito admite algumas excepções: as leis individuais (dirigidas a um número determinado ou determinável de pessoas) podem ser legítimas face à Constituição, desde que disponham não no sentido de restringir direitos, mas no de favorecer um determinado grupo de pessoas (por exemplo, uma lei que outorgue subsídios aos habitantes de uma determinada zona atingida por uma catástrofe natural).⁵¹

Em momento anterior, ao distinguirmos dois tipos de normas constitucionais - normas-regra e normas-princípio -, referimos que os princípios estruturantes do Estado de Direito são um importante limite que se impõe às restrições de direitos fundamentais. Ora, esta exigência de generalidade e abstracção das leis restritivas de direitos decorre precisamente de um desses princípios- o princípio da igualdade. Neste contexto, ele determina que os direitos fundamentais assumam um carácter universal, conferindo a sua

⁴⁹ Vide, MIRANDA, *Direitos... cit.*, p. 463. Nesse sentido, o autor afirma ainda que “as leis restritivas devem designar expressamente os direitos em causa e indicar os preceitos ou princípios da Constituição em que repousam.” *Ibidem*, p. 467.

⁵⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 452

⁵¹ *Ibidem*, p. 455.

protecção a todos e protegendo todos na mesma medida, ou em medidas diferentes, se circunstâncias diferentes o exigirem (impõe-se uma compreensão material do princípio da igualdade). Assim, admitir leis restritivas de direitos, liberdades e garantias individuais e concretas, que tangessem em termos materialmente desiguais os direitos dos seus destinatários, seria inaceitavelmente discriminatório e atentatório do princípio da igualdade.⁵²

Segundo Gomes Canotilho, as leis restritivas de direitos individuais e concretas prejudicariam também a previsibilidade do comportamento do Estado, por não conterem “uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável”.⁵³ Desse modo, a generalidade e abstracção das normas restritivas seria postulada ainda por outro dos princípios estruturantes do Estado de Direito- falamos do princípio da protecção da confiança.

Devemos lembrar que se discute ainda se estas leis restritivas individuais e concretas não violariam também o princípio estruturante da separação de poderes contanto que configurassem um acto administrativo praticado abusivamente sob a forma de lei.⁵⁴

2.2.4. Salvaguarda do núcleo essencial

Outro dos requisitos de validade constitucional das restrições a direitos fundamentais resulta do artigo 18.º/3 da CRP, que enuncia o seguinte: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não podem (...) diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” Proíbe restrições a direitos fundamentais dos quais resulte o esvaziamento completo de qualquer um deles

Desse preceito decorre uma exigência de natureza material, que pretende assegurar que as leis restritivas não firam o núcleo essencial do direito fundamental restringido. Trata-se de reconhecer que em caso de colisão de direitos fundamentais, a inevitável preferência por um deles não pode resultar no esvaziamento completo daquele que haja de ceder. Porém, nem tudo o relativo a este princípio é tão apodíctico quanto a compreensão do seu sentido fundamental; pelo contrário, este é um domínio em que surgem várias questões a estimular a discussão. Desde logo, a definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais não é unívoca, tendo concitado a edificação de duas

⁵² Cfr. ANDRADE, *op. cit.*, p. 289 e CANOTILHO, *op. cit.*, p. 454.

⁵³ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 454

⁵⁴ *Ibidem*, p. 454.

teorias fundamentais a esse respeito - as absolutas e as relativas.⁵⁵ Segundo as primeiras, cada direito fundamental, individualmente considerado, apresentaria um núcleo essencial que, uma vez delimitado em abstracto, jamais poderia vir a ser atingido e relativizado em nome de quaisquer outros bens.⁵⁶ De acordo com as segundas, a determinação do núcleo essencial de um direito não seria levada a cabo em abstracto, mas resultaria já do seu confronto com outros direitos e interesses, moldando-se às circunstâncias do caso concreto. O núcleo essencial dos direitos fundamentais seria então flexível e variável: quando um direito fundamental se confrontasse com determinado bem, o seu núcleo essencial fixar-se-ia, em função das especificidades do caso, numa determinada parcela do seu conteúdo; já num caso diferente, em confronto com um bem jurídico diferente, a determinação do núcleo essencial desse mesmo direito poderia divergir da fixada no caso anterior. Desse modo, as teorias relativas subsomem a exigência prevista no artigo 18.º/3 no princípio da proporcionalidade, assumindo não resultarem do princípio da salvaguarda do núcleo essencial limitações adicionais à restrição de direitos fundamentais.⁵⁷

Discute-se ainda se a imposição de salvaguarda do núcleo essencial deve valer para o direito fundamental tomado na sua dimensão objectiva, isto é, enquanto garantia geral e abstracta, ou se, por outro lado, esse princípio se refere à sua dimensão de direito subjectivo individual.

Como sabemos, há vários casos em que a lei impõe restrições a direitos fundamentais que atingem evidentemente o seu núcleo essencial: pense-se, por exemplo, na imposição de penas de prisão, que implica a total exclusão do direito à liberdade de

⁵⁵ Distinção discutida em: MARTINEZ-PUJALTE, Antonio, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ANDRADE, *op. cit.*, pp. 282 e segs.; CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 459 e 460; ALEXY, *op. cit.*, pp. 296 e segs.

⁵⁶ Cf. ANDRADE, *op. cit.*, p. 283; MÜLLER, Jörg Paul, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern: Stämpfli, 1982, pp. 152 e seguintes.

⁵⁷ Cfr. ALEXY, *op. cit.*, pp. 297 e segs. Vide, nesse sentido, HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 3ª ed., 1983, pp. 47 e seguintes; HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 14ª ed., 1984, pp. 332 e 333; LERCHE, Peter, *Übermass und Verfassungsrecht*, Köln; Heymann, 1961, pp. 34 e seguintes. Gomes Canotilho reconhece validade a certos aspectos das teorias absolutas e a outros das teorias relativas, não deixando de apontar os efeitos perniciosos da radicalização de qualquer uma delas, afirmando o seguinte: “Também aqui não há alternativas radicais porque, em toda a sua radicalidade, as teorias relativas acabariam por reconduzir o núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade, proibindo designadamente o legislador de, na solução de conflitos, limitar direitos, liberdades e garantias para além do justo e do necessário. (...) Por seu turno, as teorias absolutas esquecem que a determinação do âmbito de protecção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens.” CANOTILHO, *op. cit.*, p. 460.

circulação do condenado. Caso perfilhássemos as teorias subjectivas, assumindo que nenhum direito (fundamental) subjectivo individual poderia ser atingido no seu núcleo essencial, então jamais seria admissível a aplicação de uma pena de prisão, por, evidentemente, implicar uma restrição do mais básico conteúdo do direito à liberdade de circulação. Tendemos, por isso, a reconhecer que a imposição de salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais se refere ao preceito constitucional enquanto norma que, mais do que proteger a posição jurídica concreta de um particular, impõe a prossecução comunitária de um valor objectivo.⁵⁸ Impõe-se, por isso, admitir ainda que, em casos específicos, é possível que a lei atinja o conteúdo básico de alguns direitos fundamentais considerados na sua dimensão subjectiva, sem que isso signifique uma restrição ao núcleo essencial desses mesmos direitos tomados na sua dimensão objectiva. Por outras palavras, e recuperando o exemplo já utilizado, o facto de uma comunidade excluir o direito à liberdade de circulação de um indivíduo condenado à prisão não implica considerar-se que a mesma comunidade não respeita esse valor em geral, isto é, que esse valor perdeu globalmente a sua eficácia; é o reconhecimento de que os direitos fundamentais têm uma função na vida comunitária (para além da protecção que conferem individualmente aos particulares) que permite que eles sejam, em certas circunstâncias, atingidos no seu núcleo essencial em relação a um determinado titular.

Poderíamos ser tentados a julgar que perfilhar a teoria objectiva resultaria em atropelos à dignidade da pessoa humana, já que, ao prescindir-se da protecção do núcleo essencial de direitos fundamentais subjectivos, poderia admitir-se casos de inaceitável violação de direitos, como o direito à vida através da aplicação da pena de morte, por exemplo. No entanto, essa é uma possibilidade que está excluída pela teoria objectiva. Com efeito, a ofensa à vida de um indivíduo não representa apenas a violação daquele direito à vida subjectivo e individual; ao atingir o valor supremo da dignidade da pessoa

⁵⁸ Nesse sentido, ANDRADE, *op. cit.*, p. 285; JÄCKEL, Hartmut, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1967, pp. 49 e seguintes; PETERS, Hans, "Eltemrecht, Erziehung, Bildung und Schule", in Karl A. Bettermann, Hans C. Nipperdey & Ulrich Scheuner (Orgs.), *Die Grundrechte*, v. IV/1, Berlin: Duncker & Humblot, 1960, p. 383. No caso português, é a própria letra do artigo 18.º/3 da CRP que sugere uma inclinação para as teorias objectivistas: a norma alude ao "conteúdo essencial dos *preceitos* constitucionais", associando esse conteúdo não a direitos subjectivos mas à norma constitucional consagradora de uma garantia objectiva. Tanto Gomes Canotilho como Konrad Hesse preferem uma posição conciliadora entre as teorias subjectivas e objectivas, recusando alternativas radicais. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 459; HESSE, *op. cit.*, pp. 332 e seguintes. Alexy, apesar de se inclinar para uma associação da garantia do núcleo essencial a posições individuais, admite a coexistência de ambas as teorias. ALEXY, *op. cit.*, p. 297.

humana, essa ofensa prejudicaria ainda a *vida* enquanto valor geral e abstractamente consagrado na comunidade (valor objectivo, independentemente da sua subjectivização em qualquer indivíduo), atentando contra o princípio da salvaguarda do núcleo essencial desse direito, mesmo tomado na sua dimensão objectiva.⁵⁹

2.2.5. Não retroactividade da lei restritiva

A revisão constitucional de 1982 alargou o âmbito da proibição de leis retroactivas para além do domínio penal. O artigo 18.º/3 da CRP passou, então, a consagrar a proibição de atribuição de efeitos retroactivos às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (ou de direitos análogos, por força do disposto no artigo 17.º da CRP).

Impõe-se-nos lembrar uma clássica distinção que a doutrina faz nesta matéria entre retroactividade (ou retroactividade autêntica) e retrospectividade (ou retroactividade inautêntica). Gomes Canotilho define a retroactividade como a “aplicação de uma nova lei a factos pertencentes ao passado e definitivamente estabilizados” e a retrospectividade como a “aplicação imediata de uma lei a situações de facto nascidas no passado mas que continuam a existir no presente”.⁶⁰

Ora, no que concerne às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, discute-se se a proibição plasmada no artigo 18.º/3 da CRP se circunscreve aos casos de retroactividade ou se se estende ainda às situações de retrospectividade. Como sugere a formulação da frase anterior, partimos do princípio (que é, aliás, consensual) de que essas dúvidas estão excluídas relativamente às leis restritivas com eficácia retroactiva, que estão evidentemente proibidas por uma série de razões. Desde logo, a letra do artigo 18.º/3 da CRP é inequívoca a esse respeito – o legislador constitucional proibiu expressamente as leis restritivas com efeito *retroactivo*. Ainda que o preceito tivesse sido formulado em termos que admitissem a dúvida, a retroactividade autêntica sempre seria considerada inconstitucional por força da gravidade das suas consequências nos domínios abrangidos pelos princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica; nesses casos, o facto de a situação a que a lei se aplica ter ocorrido no passado, de tal forma que a posição do particular se encontra estabilizada, reforça a sua confiança na subsistência do tratamento jurídico que lhe foi (ou vem sendo) aplicado – uma lei com efeitos agressivos e

⁵⁹ Vide, ANDRADE, *op. cit.*, p. 286.

⁶⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 456.

desvantajosos para a posição do particular defraudaria inaceitavelmente essa expectativa.⁶¹ Para além do exposto, a retroactividade seria ainda vedada pelas imposições (plasmadas no mesmo artigo 18.º/3 da CRP) de generalidade e abstracção das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, posto que, ao reportarem os seus efeitos a factos ocorridos no passado, elas estariam a ser aplicadas a situações determinadas ou determináveis, isto é, a pessoas e casos determinados ou determináveis.⁶²

Em matéria de retrospectividade, a proibição constitucional, não resultando expressamente do artigo 18.º/3 da CRP, é menos evidente e consensual. Nesses casos, o princípio da protecção da confiança apresenta menor acuidade, posto estarem em causa situações de facto que, apesar de nascidas no passado, se mantêm no presente e que, por isso, não estão consolidadas ao ponto de gerarem o mesmo grau de expectativa daquelas em que se fala de retroactividade. Não obstante, tendemos a considerar que o simples facto de essas situações terem nascido no passado deve impedir a retrospectividade de leis restritivas de direitos fundamentais. Com efeito, a acção dos particulares é influenciada pelo quadro legal vigente que a ela se aplique, visto que, no momento em que actua, o indivíduo representa as consequências da sua acção com base na lei em vigor. Assim, não seria aceitável que uma lei posterior viesse alterar em sentido desvantajoso as consequências de uma acção determinada pela confiança do agente na disciplina legal vigente.⁶³

2.2.6. A legitimidade constitucional de fins e meios

Para além dos requisitos apresentados, o artigo 18.º da CRP, no seu número dois, impõe ainda o respeito pelo princípio da proporcionalidade como critério de validade constitucional das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. Apesar do destaque

⁶¹ Para uma abordagem ao tema da retroactividade e retrospectividade à luz do princípio da protecção da confiança, *vide*, NOVAIS, *Princípios...*, *cit.*, pp. 154 e seguintes.

⁶² Cfr. NOVAIS, *ibidem*, p. 156; MIRANDA, *Direitos...*, *cit.*, p. 469.

⁶³ Jorge Miranda advoga a proibição da eficácia retrospectiva das leis restritivas. No mesmo sentido, Gomes Canotilho, considera inconstitucional “uma lei que vem estabelecer novos regimes de incompatibilidades entre cargos e mandatos electivos e aplicar esse regime a autarcas já eleitos”. MIRANDA, *Direitos...*, *cit.*, p. 469. CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 456 e 457. Já Reis Novais entende que em caso de retrospectividade “o juízo de inconstitucionalidade não poderá ser afirmado sem prévia avaliação e ponderação de bens ou interesses em confronto”, lembrando ainda que “uma eventual pretensão de equiparar a proibição de retroactividade às situações de retrospectividade com base na necessidade de protecção da confiança dos particulares seria insustentável, mesmo quando a lei retrospectiva também afecta direitos ou expectativas dos particulares, de tal forma essa equiparação aniquilaria a margem de actuação constitutiva do legislador ordinário e conferiria uma rigidez injustificada a praticamente todos os grandes domínios da ordem jurídica ordinária.” NOVAIS, *Princípios...*, *cit.*, pp. 156 e 157.

conferido a este princípio no controlo das restrições a direitos fundamentais (o princípio da proporcionalidade é, de facto, a maior ferramenta no exercício desse controlo), lembramos que a validade das leis restritivas depende do respeito por todo e qualquer dos princípios estruturantes do Estado de Direito.

No entanto, autonomizamos este capítulo para lembrar que, segundo Reis Novais, antes de se submeter a lei restritiva de direitos fundamentais ao crivo dos princípios estruturantes do Estado de Direito, impõe-se a avaliação da legitimidade constitucional dos fins visados pela restrição e dos meios a que se recorre para restringir um direito. O autor critica que grande parte da doutrina inclua este requisito nos testes de adequação do princípio da proporcionalidade, advogando que essa primeira fase do princípio se deveria cingir a um “controlo de aptidão dos meios utilizados para atingir um fim”.⁶⁴

Assim, perante a “afecção desvantajosa” de um direito fundamental, antes da mobilização de qualquer princípio, dever-se-á aferir dos motivos da restrição, das finalidades que se intenta prosseguir. Neste momento avaliativo deverá começar-se por se procurar o apoio constitucional das razões invocadas, isto é, se elas são ou não admitidas pela Constituição.⁶⁵ Indagar-se-á também se essas razões, para além da conformidade constitucional, serão suficientemente ponderosas para fazer ceder o direito restringido, apurando-se o peso (relativo) dos bens em conflito no caso concreto. Não se trata neste momento de aplicar o princípio da proporcionalidade; esse será critério não da ponderação abstracta entre as razões invocadas e o direito restringido, mas da avaliação que determinará se a concreta medida restritiva é ou não excessiva.⁶⁶

Cabe assinalar que este momento de ponderação entre bens jurídicos constitucionais, carecendo de critérios densificadores, é marcado por um considerável grau de subjectividade, implicando juízos dependentes das convicções pessoais do jogador acerca do peso que devem assumir os bens em ponderação.⁶⁷

⁶⁴ NOVAIS, Jorge, *Princípios...*, cit., pp. 99 e 100.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 100.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 102. Distinguindo o momento de avaliação da legitimidade dos fins (através da ponderação de bens) do momento de aplicação do princípio da proporcionalidade, Reis Novais afirma que neste último se trata de “avaliar em que medida a concreta intervenção restritiva no direito fundamental (lei, acto administrativo, acto judicial) fundamentada no resultado daquela ponderação de bens não é excessiva, desproporcionada, não vai mais além do que aquilo que é necessário para prosseguir a realização do bem ou do interesse a que se atribui precedência.” *Ibidem*, p. 131.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 133.

A validade da restrição dependerá ainda de um controlo prévio da legitimidade dos meios a que se recorre. Desse modo, ainda que as razões justificativas da restrição sejam válidas, a lei restritiva será considerada inconstitucional se os meios utilizados não forem admitidos pela constituição.

2.2.7 Princípio da proporcionalidade

No início do capítulo respeitante às restrições de direitos fundamentais, detivemo-nos numa distinção entre dois tipos de normas constitucionais- as normas princípio e as normas regra. É importante neste passo recordar que os princípios estruturantes do Estado de Direito estão consagrados em normas com natureza de regra e que, desse modo, vinculam os poderes públicos no desempenho das suas funções, incluindo a legislativa. Assim, a validade constitucional de qualquer lei depende do cumprimento de todos esses princípios e é por isso que eles funcionam como limite às leis restritivas de direitos fundamentais.

Ora, o “limite dos limites” que gera mais discussão, devido à sua complexidade e ao seu papel determinante na avaliação da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, é o que resulta do princípio da proporcionalidade.⁶⁸ Este princípio está consagrado no artigo 18.º/2 da CRP, que dispõe que as restrições a direitos, liberdades e garantias devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Como já observámos, a vida em sociedade gera uma variedade de situações em que certos direitos fundamentais, exercidos sob determinada forma, colidem com outros direitos fundamentais ou interesses/valores constitucionais comunitários. Nesses casos, o legislador ordinário estará incumbido de proceder à concordância prática dos direitos e interesses em conflito, realizando ao máximo cada um deles, segundo uma lógica de optimização.⁶⁹ Ora, é na orientação dessa tarefa que o princípio da proporcionalidade actua

⁶⁸ Reis Novais enfatiza a sua preferência pela designação do princípio como proibição do excesso, apesar da tendência maioritária em sentido contrário. O autor critica a distinção entre proporcionalidade em sentido lato e proporcionalidade em sentido estrito, argumentando que muitas das vezes se fala apenas em “proporcionalidade” sem mais precisões e que, por isso, a designação é propensa a confusões. *Ibidem*, p. 97.

⁶⁹ Como já registámos, Alexy considera os direitos fundamentais (princípios) como imperativos de optimização. Vieira de Andrade, em sentido contrário, defende que “o princípio da concordância prática neste domínio não impõe necessariamente a *realização ótima* de cada um dos valores em jogo, uma harmonização em termos matemáticos. É apenas um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a *ponderação* (...) de todos os valores constitucionais aplicáveis, de modo que se não ignore nenhum

como limite à restrição de direitos fundamentais, através da imposição de critérios de ponderação que impendem sobre o legislador, cerceando a sua discricionariedade nesta matéria.

A este princípio têm sido reconhecidas duas dimensões, concomitantes à compreensão dos direitos fundamentais em duas faces – uma negativa e outra positiva. Considerados na sua vertente negativa, os direitos fundamentais assumem uma função de direitos de defesa, impondo limites negativos à actuação do poder público - é nesse âmbito que o princípio da proporcionalidade actua enquanto “limite dos limites”, impondo-se na sua dimensão de proibição do excesso, em que impede ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais dos sujeitos. No entanto, este princípio compreende ainda uma dimensão de proibição de insuficiência, que é, por seu turno, postulada pela vertente positiva dos direitos fundamentais.⁷⁰ Sob esse prisma, eles assumem uma função de deveres de protecção/imperativos de tutela, que reclama uma actuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente). Assim, o princípio da proporcionalidade impõe ao Estado que proíba e sancione certos comportamentos para protecção de direitos fundamentais sem que incorra num excesso capaz de prejudicar inaceitavelmente outros direitos que devam estar garantidos.

Estes imperativos de proibição de excesso e proibição de insuficiência ver-se-ão cumpridos se as leis restritivas de direitos fundamentais respeitarem os três sub-princípios que, na esteira da dogmática alemã, se têm excogitado do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁷¹

deles, para que a Constituição (essa, sim) seja otimizada ou preservada na maior medida possível.” ANDRADE, *op. cit.*, p. 302.

⁷⁰ Eberhard Hain considera desnecessária a autonomização de uma dimensão de proibição de insuficiência, lembrando que ela já está contida no critério da necessidade/exigibilidade postulado pela proibição do excesso: HAIN, Eberhard, “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermassverbot?”, *DVBI* (Deutsches Verwaltungsblatt), 1993, p. 982 e segs. Em sentido contrário, Canaris defende a distinção da categoria da proibição da insuficiência: CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.

⁷¹ Sobre os três sub-princípios, *vide*, ANDRADE, *op. cit.*, p. 303; MIRANDA, *Direitos..., cit.*, pp. 329 e 330; CANOTILHO, *op. cit.*, p. 457; LEÃO, Anabela, “Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso”, *in: Estudos em comemorações dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 999 e seguintes. NOVAIS, *Princípios..., cit.*, pp. 103 e seguintes; SCHOLLER, Heinrich, “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha”, *Revista Interesse Público* 2/95 e ss., abr.-jun. 1999, pp. 97 e segs.; CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e Crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 211 e seguintes; SARLET, Ingo, “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”,

O princípio da adequação⁷² impõe que a medida restritiva seja apropriada à prossecução da finalidade almejada, que há-de prender-se com a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido. A operação a que se procede nos testes de adequação é eminentemente pragmática e desprovida de valorações axiológicas - ela cinge-se a uma avaliação objectiva da idoneidade da medida restritiva para a prossecução do fim invocado.⁷³ Devemos notar que o princípio da adequação não exige que o meio adoptado seja apto à satisfação plena do fim almejado; basta que se conclua que a medida contribui parcelarmente para a realização do fim. Assim, só nos casos de grosseira inaptidão da medida, isto é, nos casos em que não ofereça qualquer contributo à prossecução do fim visado, é que ela será considerada inadequada.⁷⁴

Já o princípio da necessidade estabelece a exigência de que o meio escolhido para a prossecução de determinada finalidade seja o menos restritivo possível. Por outras palavras, a medida restritiva de direitos, liberdades e garantias será considerada necessária quando o legislador não tiver à sua disposição outra que, sendo igualmente eficaz, não atinja de forma tão gravosa o direito fundamental restringido.⁷⁵ Dessarte, o teste da necessidade cifrar-se-á numa comparação entre meios de igual eficácia com o propósito de indagar qual o menos ofensivo tendo em conta os seus efeitos materiais, espaciais, temporais ou pessoais.⁷⁶

Se no caso do sub-princípio da adequação, a avaliação a que se procede é relativamente simples, pela grande margem de admissibilidade da medida, é nos testes de necessidade que o princípio da proporcionalidade começa a exhibir uma grande complexidade no que respeita à aplicação prática das suas formulações teóricas. Com

Revista brasileira de Ciências Criminais, 47, 2004, pp. 101 e 102; FILHO, Willis Santiago Guerra, “Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, in: Willis Santiago Guerra Filho (Coord.), *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25 e ss.; HIRSCHBERG, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 1981, pp. 2, 50 e seguintes e 75 e seguintes; LERCHE, *op. cit.*, pp. 19 e seguintes;

⁷² Reis Novais critica a designação “adequação”, defendendo que se deveria falar em princípio da aptidão ou idoneidade. Segundo o autor, “aptidão e adequação não são a mesma coisa e têm conotações substancialmente distintas: algo pode ser capaz de atingir um fim, no sentido de ser apto, idóneo para tanto, e, todavia, ser inadequado, no sentido de inapropriado, de inconveniente, de desajustado. (...) Logo, quando se diz, na referida vulgata, que o primeiro subprincípio é o da adequação, confere-se-lhe um cunho axiológico, valorativo, que o referido subprincípio, na sua pretendida objectividade, não tem.” NOVAIS, *Princípios...*, *cit.*, p. 97.

⁷³ *Ibidem*, p. 108.

⁷⁴ Esse é o entendimento da doutrina e jurisprudência constitucional alemãs, perfilhado, entre nós, por Reis Novais. *Ibidem*, p. 108.

⁷⁵ Assim considera o Tribunal Constitucional Alemão: *BVerfGE* 38, 281 (302).

⁷⁶ Cfr. NOVAIS, *Princípios...*, *cit.*, p. 111.

efeito, as exigências do princípio da necessidade podem gerar várias questões cuja resposta se afigura assaz complexa: entre duas medidas gizadas qual a menos restritiva? Qual delas a mais eficaz? Se uma for menos restritiva, mas a outra for mais eficaz qual delas aplicar?⁷⁷

Todas estas questões implicam que se proceda a operações complexas, em que se intenta aferir de certos elementos variáveis e contingentes, como a amplitude dos efeitos restritivos das medidas e o seu grau de eficácia. Ora, essas são valorações de natureza subjectiva, com um razoável grau de incerteza, que implicam exercícios de prognose inexoravelmente susceptíveis ao erro, apesar de se ancorarem na experiência da vida e na experiência jurídica. No sentido de reduzir esta grande discricionariedade valorativa, a doutrina formulou critérios para a aplicação do princípio da necessidade, impondo ao órgão jurisdicional de controlo da constitucionalidade da restrição que aquilate da sua exigibilidade com base nos seus efeitos materiais, espaciais, temporais e pessoais.⁷⁸ Assim, a *necessidade* da restrição dependeria da intensidade da agressão, do âmbito de intervenção da medida, da sua perduração no tempo e dos sujeitos afectados (indagando-se se a medida afecta outros sujeitos para além daqueles a que se dirige a restrição).

O último elemento do princípio da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, impõe um balanço entre as finalidades prosseguidas e a restrição cominada. Como o próprio conceito sugere, este sub-princípio destina-se a evitar uma desproporção entre as vantagens e os custos que advêm da restrição. Numa formulação prosaica, para que se torne claro, diríamos que mesmo adoptando-se de entre as medidas igualmente eficazes a menos restritiva, as vantagens que dela resultem podem não ser suficientes para justificar os prejuízos infligidos ao direito restringido. Assim, mesmo que a única forma de travar um sujeito que fugisse de um transporte público sem pagar a viagem realizada fosse

⁷⁷ Reis Novais explicita lapidarmente a complexidade das questões que podem surgir no âmbito do princípio da necessidade: “A solução aparenta ser evidente quando um abrandamento praticamente insensível na eficácia de consecução do fim é acompanhado de uma redução significativa dos efeitos restritivos, quando, por exemplo, numa escala de eficácia e de efeitos restritivos de zero a dez, o meio A apresenta um grau de oito de realização do fim e efeitos restritivos de grau dez, enquanto que o meio B tem sete de eficácia e três de agressividade. Aí, independentemente da qualificação do meio A como *desnecessário*, *desproporcionado* ou *excessivo*, a opção por B parece óbvia. Porém, a situação pode ser muito mais complexa; por exemplo, as alternativas podem consistir num meio A com quatro de eficácia e três de efeitos restritivos; no meio B, com nove de eficácia e sete de efeitos restritivos; e no meio C, com dois de eficácia e dois de efeitos restritivos.” *Ibidem*, p. 112.

⁷⁸ Vide, NOVAIS, *Princípios...*, *cit.*, pp. 110 e 111; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra: Almedina, 1974, p. 270.

disparar sobre ele, essa medida não seria aceitável à luz do princípio da proporcionalidade, visto implicar um sacrifício evidentemente excessivo face às finalidades visadas. Este exemplo simples, de excesso grosseiro, ilustra eloquentemente como seria incompleto um princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) que se bastasse com os testes de adequação e necessidade, ignorando as indispensáveis exigências de razoabilidade.

Relativamente ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito discute-se se ele se basta com a não desproporção da medida restritiva ou se, por outro lado, exige que ela seja a mais proporcional. A esse respeito, a maioria da doutrina tende a considerar que, para que o meio da restrição satisfaça os testes de proporcionalidade, basta que ele não seja desproporcionado. Com efeito, o poder de produzir leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, cabe ao legislador, ao qual deverá ser reservada a prerrogativa de conformar o conteúdo deste tipo de leis. Assim, é ao legislador que caberá a competência de avaliar qual, de entre um conjunto de medidas não desproporcionadas, a mais oportuna no caso concreto: essas opções de natureza política estão excluídas do âmbito das competências do órgão jurisdicional, que, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, deverá limitar-se a excluir as medidas restritivas que sejam desproporcionadas.⁷⁹

2.3. Renúncia a direitos fundamentais⁸⁰

Para além das restrições que o Estado impõe sobre os direitos fundamentais dos particulares, interessa-nos ainda estudar as possibilidades de auto-limitação de direitos⁸¹, isto é, de restrição de um direito fundamental por vontade do respectivo titular.⁸²

⁷⁹ Essa é a argumentação de Reis Novais: NOVAIS, *Princípios...*, *cit.*, pp. 119 e 120. No mesmo sentido, Gomes Canotilho afirma que, apesar do princípio da proporcionalidade em sentido amplo se aplicar a quaisquer actos dos poderes públicos, o controlo judicial face ao legislador não é tão intenso quanto aos restantes poderes públicos nesta matéria. Segundo o autor, o legislador gozaria de uma liberdade de conformação, especialmente relevante no que tangesse à *adequação e proporcionalidade* (em sentido estrito) da regulação legislativa, que limitaria os tribunais a examinar se ela seria “*manifestamente inadequada*” ou se existiria um “*erro manifesto* de apreciação por parte do legislador.” CANOTILHO, *Direito... cit.*, p. 272.

⁸⁰ Sobre o tema, *vide*, NOVAIS, Jorge, “Renúncia a direitos fundamentais”, *in*: Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais: nos anos 20 da Constituição de 1976*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 265 e seguintes; MIRANDA, *Direitos...*, *cit.*, pp. 475 e seguintes; MOTA PINTO, Paulo, “A limitação voluntária do direito à reserva da intimidade da vida privada”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 21, 2002, pp. 21 e seguintes; CANOTILHO, *Direito... cit.*, p. 463 e seguintes; ANDRADE, *op. cit.*, pp. 306 e seguintes; AMELUNG, Knut, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes: Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981; LITWIN, Frank, *Grundrechtsschutz Gegen Sich Selbst Das Spannungsverhaeltnis Von Grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht Und Gemeinschaftsbezogenheit Des Individuums*, Frankfurt: Peter Lang, 1993; DIEZ-PICAZO, Luis María, “Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, n.º 45, 2001, pp. 133 e seguintes.

Se classicamente os direitos fundamentais eram dogmaticamente tidos como inalienáveis e imprescritíveis, as concepções hodiernas tendem a relativizar esse estatuto, discutindo a possibilidade de renúncia a esses direitos (através de contrato ou do “consentimento autorizante de uma intervenção, pública ou privada, restritiva ou limitadora”)⁸³ em nome da liberdade individual. Sem embargo, reconhece-se que a partilha de uma comunidade que perfilha e protege um conjunto de valores, não se compagina com uma radicalização da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais, em termos que admitissem um ilimitado poder de disposição pelos seus titulares. Assim, por força da dimensão objectiva destes direitos, entende-se que a ordem jurídica deva protegê-los face aos seus próprios titulares, impondo limites e condições à auto-limitação.

Desde logo, não é possível renunciar-se à totalidade dos direitos fundamentais – independentemente da sua vontade, nenhum sujeito pode excluir-se da protecção jus-fundamental que a ordem jurídica lhe confere; não é possível viver-se à parte do universo dos direitos fundamentais.⁸⁴

Ademais, há um conjunto de direitos que estão totalmente subtraídos da disponibilidade dos seus titulares por inerirem à dignidade da pessoa humana: a vida e a integridade física e moral das pessoas são evidentemente intocáveis, o que é corroborado pela forma categórica como a Constituição proíbe a sua violação, ao estabelecer que “a vida humana é inviolável”, “a integridade moral e física das pessoas é inviolável” e que “ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”.

Se nos casos descritos o texto constitucional nos leva forçosamente a inferir a proibição de renúncia aos direitos em causa, já noutras situações, ele sugere precisamente o oposto, reconhecendo liberdade de disposição aos titulares dos direitos que consagra. Para o conferir, detenhamo-nos, por exemplo, nos artigos 34.º e 35.º

⁸¹ Vieira de Andrade prefere a definição de auto-limitação de direitos ao conceito de renúncia a direitos fundamentais. ANDRADE, *op. cit.*, p. 306.

⁸² Gomes Canotilho adverte a que a renúncia de direitos não seja confundida com os casos de relações jurídicas especiais (o autor dá como exemplo as relações em que se vêem inseridos militares, funcionários ou estudantes) e com o “*não exercício fático* de um direito (não participar numa manifestação, não entrar em partidos políticos)” ou o “*não exercício por não utilização oportuna* dos instrumentos de protecção jurídica (ex.: não interposição de um recurso no prazo legal)”. CANOTILHO, *Direito... cit.*, pp. 463 e 465.

⁸³ ANDRADE, *op. cit.*, p. 307.

⁸⁴ CANOTILHO, *Direito... cit.*, p. 46.

O artigo 34.º, que consagra o direito à inviolabilidade do domicílio, estabelece, no número 3, que, salvo determinadas circunstâncias “ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa *sem o seu consentimento*”. Já o artigo 35.º/3 estatui que “a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, *salvo mediante consentimento expreso do titular (...)*”⁸⁵

As disposições aludidas aventam a disponibilidade dos direitos que consagram ao fazerem depender a sua limitação do consentimento do titular e levam-nos, por isso, a deduzir a inexistência de uma proibição constitucional geral da auto-limitação de direitos. Na esteira de Vieira de Andrade, essa conclusão decorre, ainda, do facto de os direitos penal e civil há muito compreenderem, nos respectivos códigos, a ideia de limitação voluntária dos direitos e de consentimento como causa geral de exclusão da ilicitude, o que favorece uma presunção de constitucionalidade dessas figuras jurídicas.⁸⁶

Não constando da Constituição nenhum preceito que se refira à questão da renúncia de direitos, disciplinando-a em definitivo e em geral, o poder de disposição sobre determinados direitos fundamentais (nunca aqueles cuja disponibilidade já concluímos estar excluída) por parte do seu titular terá de ser avaliado por referência às circunstâncias do caso concreto⁸⁷ e mediante a observação de um conjunto de condições.

É, desde logo, necessário que o titular do direito preste consentimento para a auto-limitação de forma livre e usando da sua plena auto-determinação. Daí decorrem várias exigências relativas à manifestação dessa vontade: ela tem que ser emitida pelo próprio titular do direito, salvos os casos de intervenção de tutor nas matérias subtraídas à responsabilidade do incapacitado; não é admitida a existência de quaisquer tipos de coacção, seja física, moral ou económica – neste domínio, terá relevância, por exemplo, aferir se a auto-limitação é levada a cabo no âmbito de uma relação paritária ou se pode ser influenciada por uma relação de sujeição/dependência; a manifestação de vontade deve

⁸⁵ São nossos os sublinhados em ambas as transcrições.

⁸⁶ ANDRADE, *op. cit.*, p. 310, nota 114.

⁸⁷ Gomes Canotilho adverte que não é admissível a renúncia geral de exercício de um direito fundamental. CANOTILHO, *Direito... cit.*, p. 465.

ainda ser esclarecida, devendo o sujeito ter conhecimento das consequências da limitação, e inequívoca, excluindo-se, geralmente, o consentimento presumido.⁸⁸

Acresce que, por decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, a auto-limitação, tal como as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, está adstrita ao respeito do núcleo essencial do direito restringido.⁸⁹

A limitação será ainda temporalmente limitada e o titular do direito terá a possibilidade de revogá-la a todo o tempo.⁹⁰

⁸⁸ *Ibidem*, p. 308.

⁸⁹ Por essa razão, damos preferência à designação *auto-limitação* face ao conceito de *renúncia a direitos*. De facto, os casos em que o titular de um direito prescinde voluntariamente do seu pleno exercício, não configuram, em rigor, uma renúncia ao direito, mas sim a mera limitação dos poderes que ele confere: salvaguardado o seu núcleo essencial, o direito não é totalmente sacrificado, mas apenas limitado. Quanto muito poderíamos falar, não de renúncia a um direito, mas de renúncia a *parte* de um direito.

⁹⁰ Cfr. CANOTILHO, *Direito... cit.*, p. 465. Vieira de Andrade advoga que, especialmente no domínio contratual, a revogação da auto-limitação implica uma obrigação de indemnização dos prejuízos causados.

III. COLABORAÇÃO PREMIADA

1. Traços gerais

1.1. O conceito

A colaboração premiada é um instituto jurídico que prevê a concessão de prêmios – como por exemplo, a redução da pena, o perdão judicial ou mesmo a não dedução de acusação por parte do Ministério Público – aos arguidos que colaborem com a justiça, confessando a prática de determinado crime e prestando informações úteis à prossecução de resultados como a identificação de co-autores do crime ou a localização da vítima do crime, por exemplo.

Segundo Renato Lima, ela seria uma “técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.”⁹¹

Já Walter Barbosa Bittar define a colaboração premiada como o “instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária”.⁹²

Destas definições podemos concluir que a confissão por parte do colaborador é pressuposto da colaboração premiada.⁹³ De facto, é a própria lógica do instituto que o impõe: ao consagrar na lei a colaboração premiada, a ideia do legislador é facilitar a obtenção de informações junto de um sujeito que, por ter participado num crime, está numa posição privilegiada relativamente aos contornos da sua configuração.⁹⁴ Seria ainda

⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro De, *Legislação criminal especial comentada*, Salvador: JusPODIVM, 4ª ed., 2016, p. 520.

⁹² BITTAR, Walter Barbosa, *Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5.

⁹³ Cfr. BITTAR, *op. cit.*, pp. 171 e 179; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes De, *Barganha e justiça criminal negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*, São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 70 e 118. Em sentido contrário: GAZZOLA, Gustavo dos Reis, “Delação premiada”, in: Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques & Luiz Flávio Gomes (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 158.

⁹⁴ Nesse sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos afirma o seguinte: “Para a delação premiada, em que um réu acusa coautores, afirma-se a necessidade da auto-incriminação, ou seja, impõe-se que as revelações do

incongruente que alguém que se declarasse inocente fosse abrangido por um mecanismo que se centra maioritariamente na atenuação de condenações – um sujeito que conteste a acusação criminal que lhe é dirigida não estará à procura de uma condenação mais leniente, mas sim de uma absolvição. Assim, se um arguido apresenta informações relativas a crimes sem que assuma alguma ligação a eles, trata-se de nada mais do que mera denúncia, equiparada às realizadas por qualquer sujeito que não esteja sequer envolvido num processo judicial.

Devemos assinalar ainda que o instituto da colaboração premiada não se basta com a confissão por parte do agente de determinado crime. Para que esse regime lhe seja aplicado e concedidos os prémios previstos na lei, é necessário que o arguido preste informações desconhecidas pelos órgãos responsáveis pela persecução penal e que elas venham a revelar-se aptas à prossecução das finalidades que já descrevemos supra (à cabeça, a identificação de co-autores do crime). Note-se que o facto de o colaborador revelar determinados factos relativos à controvérsia sub-judice não permite que o qualifiquemos como testemunha, já que esse estatuto implica o desinteresse relativamente ao caso e a equidistância face às partes em conflito.⁹⁵

Por ordem a completar este momento de definição da colaboração premiada, impõe-se-nos, neste passo inicial, expender algumas breves considerações relativamente à terminologia aplicada ao instituto.

É comum tanto na doutrina como na jurisprudência tratar os conceitos de “colaboração premiada” e “delação premiada” como sinónimos. No entanto, os propósitos

colaborador tenham relação com o crime específico pelo qual ele está sendo acusado, ou com a organização ou quadrilha de que fez parte ou tenha colaborado.” VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 118.

⁹⁵ Vide, SPENGLER, Adriana & WEBER, Cleverson, “A «troca de favores» entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor”, in: Bruno Espiñeira & Felipe Caldeira (Orgs.), *Delação premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 19. Referindo-se aos depoimentos do colaborador relativamente aos delatados, Américo Júnior e Willy Dezan afirmam que “não se está diante de uma prova verdadeiramente testemunhal, já que o colaborador não é um terceiro desinteressado no resultado do processo, e suas palavras possuem valor bastante limitado. Pertinente, pois, neste ponto, a tentativa de identificar a colaboração como espécie de testemunho impróprio.” JÚNIOR, Américo & DEZAN, Willy, “Delação premiada e direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal a partir da regulamentação constante na lei 12.850/2013”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Ano 11, Volume 18, Número 1, Janeiro-Abril de 2017, p. 49.

de clareza de que não prescindimos neste estudo, impõem que façamos uma distinção entre ambas as noções.

Só deverá falar-se em delação quando o arguido revele a identidade dos sujeitos que hajam praticado o crime em co-autoria. Porém, essa não é a única forma de contributo que o imputado pode prestar à realização da justiça penal - mesmo não denunciando nenhum dos co-autores do crime ele poderá, por exemplo, prestar informações que contribuam para a localização da vítima ou do produto do crime, caso em que será mais correcto falar-se em colaboração. Propomos, então, que se reconheça ao conceito de colaboração premiada um sentido mais amplo, entendendo-se a delação apenas como uma das espécies do género colaboração: assim, um delator é sempre um colaborador, mas um colaborador nem sempre será um delator.⁹⁶

1.2. Breve enquadramento histórico

A colaboração premiada é um instituto jurídico secular. Pensando nos casos de Portugal e Brasil, ele remonta ao período das Ordenações Filipinas (ratificadas em 1603), em que já se previa “a possibilidade de perdão para alguns casos de delação, de conspiração, ou conjuração, e de revelações que propiciassem a prisão de terceiros envolvidos com crimes que resultassem provados, funcionando a delação como causa de exculpação”.⁹⁷ No entanto, no século XIX, quando a matéria criminal passou a estar disciplinada nos novos códigos penais, os vestígios da colaboração premiada desapareceram.

O direito dos Estados Unidos da América, através do *plea bargaining*, sistema de justiça consensual/negocial que compreende, entre outros instrumentos, a colaboração premiada, revelou-se determinante na reconstituição do instituto, que actualmente recuperou o protagonismo e regressou ao centro da discussão doutrinária relativa ao processo penal

⁹⁶ No mesmo sentido, *vide*, GOMES, Luiz Flávio, “Corrupção política e delação premiada”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano VI, nº 34, Porto Alegre, out.-nov./2005, p. 18; LIMA, *op. cit.*, p. 521. Diversamente, Dutra Santos entende que delação e colaboração devem ser entendidos como sinónimos e acusa o legislador brasileiro de recorrer à formulação “colaboração premiada” para eufemizar a ideia de traição, ínsita ao conceito de delação. SANTOS, Marcos Paulo Dutra, *Colaboração (Delação) premiada*, Salvador: JusPODIVM, 2ª ed., 2017, p. 29. Valdez Pereira entende como sinónimos as expressões “delação premiada”, “colaboração premiada” e ainda “colaboração processual. PEREIRA, Frederico Valdez, “Compatibilização constitucional da colaboração premiada”, *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 84-99, jan./abr. 2013.

⁹⁷ BITTAR, *op. cit.*, p. 83. Semelhante referência às raízes da colaboração premiada nas Ordenações Filipinas pode encontrar-se em: GREGHI, Fabiana, “A delação premiada no combate ao crime organizado”, *Revista de direito público, Londrina*, V. 2, N. 3, pp. 3-24, SET./DEZ., 2007, p. 11; SANTOS, *op. cit.*, p. 71.

hodierno.⁹⁸ O *plea bargaining* começou a vulgarizar-se no século XIX, e no século XX tornou-se o método dominante na justiça norte-americana, colocado ao serviço dos propósitos de celeridade que imperavam num contexto de significativo aumento do volume de processos criminais. Acresce que na década de 80 do século XX o instituto foi ainda mais desenvolvido pelo programa de reforço da persecução criminal “Lei e Ordem”, encabeçado pelo presidente Ronald Reagan.⁹⁹

Muito por força deste impulso norte-americano a colaboração premiada tem vindo a ser cada vez mais difundida no panorama jurídico internacional ao longo das últimas décadas. Essa crescente tendência é atestada pela consagração do instituto em vários ordenamentos jurídicos.

Em Itália, a colaboração premiada (inserida no âmbito do instituto dos “pentiti”, isto é, arrependidos) foi adoptada a partir da década de setenta, como instrumento para combater a máfia;¹⁰⁰ em Espanha foi em 1988 que a Lei Orgânica n.º 3, de 25 de Maio, previu o recurso à colaboração premiada (designada como “arrependimento processual”) nos crimes de terrorismo; já no Brasil foi a “Lei dos Crimes Hediondos” (Lei n.º 8.072/90), de 1990, que consagrou o instituto.

Em Portugal, a colaboração premiada foi também acolhida, ainda que tibiamente, não tendo consagração geral nem um regime jurídico devidamente disciplinado na lei. Assim, o instituto encontra-se previsto em dois dos artigos do Código penal (art. 374.º - B/2/a) e art. 368.º - A/11) e em algumas leis avulsas que prevêem uma atenuação da pena nos casos em que o réu auxilie na identificação ou captura de outros responsáveis criminais.¹⁰¹

⁹⁸ Também Nuno Brandão considera o sistema americano do *plea bargaining* como o grande catalisador da justiça consensual, afirmando que “a introdução de soluções penais condenatórias fundadas em entendimentos estabelecidos entre sujeitos processuais significará a entrada num trilho aberto fundamentalmente pela experiência norte-americana da *plea bargaining*”. BRANDÃO, Nuno, “Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução”, *Julgar*, n.º 25, 2015, p. 164.

⁹⁹ Para uma descrição da evolução histórica do *plea bargaining*: RAPOZA, Phillip, “A experiência americana do *Plea Bargaining*: A exceção transformada em regra”, *Julgar*, n.º 19, pp. 207-220, 2013.

¹⁰⁰ O direito italiano tem, aliás, desenvolvido um sistema jus-criminal profusamente consensual, através do *patteggiamento*, que se aproxima do *plea bargaining* americano, e sobre o qual podemos ler, desenvolvidamente: ANGELINI, Roberto, “A negociação das penas no direito italiano: (o chamado *patteggiamento*)”, *Julgar*, n.º 19, 2013, pp. 221-229.

¹⁰¹ Art.º 8º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, (Medidas de Combate à Criminalidade Económica e Financeira); Art. 19.ºA/2/a) da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (Crimes de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos); Art. 31.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, (Tráfico e Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas); Art. 4.º/13 da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, (Combate ao

A popularidade do instituto da colaboração premiada, para além de atestada pelas experiências de ordenamentos jurídicos como os que referimos, é ainda eloquentemente manifestada pelas recomendações à sua adopção por parte de organismos internacionais. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, celebrada a 15 de Novembro de 2000, em Nova York, é um desses exemplos. No seu artigo 26.º/1 estabelece-se que “cada Estado-Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas e a prestarem ajuda efectiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.” Mais se estatui, nos números 2 e 3 do mesmo artigo, que os Estados poderão considerar a possibilidade de reduzir a pena ou mesmo de conceder a imunidade a arguidos que “cooperem de forma substancial na investigação ou no julgamento” de autores de crimes previstos naquela Convenção.

Ora, os preceitos a que aludimos são um claro incentivo à consagração nos ordenamentos jurídicos do instituto da colaboração premiada, ao sugerirem que os Estados instiguem os arguidos a colaborar através da promessa de concessão de prémios nas decisões judiciais.

1.3. Natureza jurídica

Discute-se entre a doutrina como deve ser classificado o instituto da colaboração premiada quanto à sua natureza jurídica, questão que suscita dissídio e várias propostas de resolução.

Ao julgar, em 27 de Agosto de 2015, o Habeas Corpus nº 127.483/PR, da relatoria do ministro Dias Toffoli (acórdão publicado no Diário de Justiça de 4 de Fevereiro de 2016), o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro considerou a colaboração do arguido veículo de produção probatória (entre nós falaríamos em “meio de obtenção de prova”), posto contribuir para o acesso a provas – pensemos, por exemplo, nos casos em

Terrorismo); Art. 87.º/3 da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (Regime Jurídico das Armas e Munições); Art. 13.º/1 Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto (Regime de Responsabilidade Criminal por Comportamentos Antidesportivos).

que o delator informa a autoridade incumbida da investigação do local em que se encontram documentos relevantes à resolução do caso sub-judice.¹⁰² Na mesma sede entendeu-se que as declarações do arguido, isto é, a reconstituição que ele faz do caso material controvertido, têm a força de meio de prova (tal como têm os depoimentos dos sujeitos processuais considerados como testemunhas, por exemplo).¹⁰³ O STF considerou ainda que o acordo entre o arguido e o Ministério Público assume a natureza de negócio jurídico quando homologado pela autoridade judiciária competente.

Impõe-se-nos que clarifiquemos a referência que o referido tribunal faz a um acordo entre o acusado e o Ministério Público:

No ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente na lei 12.850/2013 (“Lei do crime organizado”), que fixa o regime da colaboração premiada, prevê-se que os termos da colaboração do arguido sejam previstos num acordo prévio celebrado com o Ministério Público. Estabelece ainda o referido diploma que o acordo de colaboração deverá ser apresentado ao juiz, que o homologará caso considere cumpridos os requisitos legais que a lei prescreve.

Devemos assinalar que a própria lei 12.850/2013, seguindo o entendimento do STF, qualifica o acordo de colaboração premiada como meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual. Porém, aproveitaremos este passo para explicar porque tendemos a discordar da classificação do acordo de colaboração como negócio jurídico

¹⁰² Também Renato Lima considera a colaboração do acusado como meio de obtenção de prova, afirmando o seguinte: “A colaboração premiada funciona como importante técnica especial de investigação, enfim, um meio de obtenção de prova. Por força dela, o investigado (ou acusado) presta auxílio aos órgãos oficiais de persecução penal na obtenção de fontes materiais de prova. Por exemplo, se o acusado resolve colaborar com as investigações em um crime de lavagem de capitais, contribuindo para a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, e se essas informações efetivamente levam à apreensão ou sequestro de tais bens, a colaboração terá funcionado como meio de obtenção de prova, e a apreensão como meio de prova.” LIMA, *op. cit.*, p. 540.

¹⁰³ Fabiana Greggi assume a mesma posição, e dá-se à precisão de qualificar a delação premiada como uma prova inominada. Leia-se as suas palavras: “Assim, a delação premiada é verdadeira prova anômala, por não se identificar com nenhuma outra prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Não há como negar a sua qualidade de prova, porque assim como qualquer outra modalidade probatória, é instrumento através do qual o magistrado forma a sua convicção a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo. Reforça-se, deste modo, que a delação premiada é uma espécie de prova, apesar de não estar enumerada entre as demais previstas no Código de Processo Penal brasileiro, nos artigos 158 a 250. Daí ser denominada de prova inominada.” GREGGI, *op. cit.*, p. 10. A própria definição de testemunha plasmada no artigo 2.º/a) da Lei de protecção de testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho) permite incluir-se nela o arguido colaborador. Segundo esse preceito, é testemunha “qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem (...)”.

processual, que, note-se, implica um acto cujos efeitos são determinados pelas partes no uso da sua autonomia de vontade.

Como já referido, no momento de apreciação do acordo para homologação, o juiz está incumbido de apreciar o cumprimento de determinados requisitos legais, previstos no artigo 4.º, § 7; são eles os seguintes: a regularidade e legalidade do acordo, a voluntariedade da manifestação de vontade, a adequação dos benefícios pactuados aos previstos na lei, e a adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos pela lei (no artigo 4.º, incisos de I a V), como “a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas” ou “a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”.

Ora, podemos concluir que na apreciação do acordo não há lugar a uma avaliação de mérito. Senão, vejamos:

Ao aferir dos dois primeiros requisitos mencionados, o juiz está limitado à indagação de vícios formais ou na manifestação da vontade. Relativamente ao terceiro requisito aludido, ele cingir-se-á a verificar se os benefícios acordados cabem na previsão legal no artigo 4.º ou nos seus §§ 4 e 5. Assim, o único requisito que poderia reclamar apreciações de mérito seria o que impõe a aptidão da colaboração do arguido (nos termos em que está prevista) à prossecução dos resultados estipulados no artigo 4.º, incisos de I a V. No entanto, detendo-nos criticamente neste último requisito, oferece-se-nos notar que não será possível ao juiz, no momento de homologação do acordo, proceder a uma avaliação cabal da verificação das circunstâncias legalmente exigidas, já que a obtenção dos resultados previstos dependerá da forma como se vier a desenvolver a colaboração do réu. Devemos referir, aliás, que o artigo 4.º, § 11 estabelece que a sentença do processo “apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”. É, assim, a própria lei 12.850/2013 que remete a avaliação da eficácia do acordo de colaboração para o momento da sentença, já depois de realizadas todas as diligências associadas ao processo judicial.

Acresce que a eficácia da colaboração influencia ainda o benefício a ser concedido ao réu, o que também explica que no momento de homologação do acordo o

juiz se limite a verificar a legalidade do prémio acordado, reservando a decisão do concreto benefício a aplicar (isto é, do grau desse benefício) para a sentença final.¹⁰⁴

De todo o exposto resultam duas razões para tendermos a não admitir a qualificação do acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual: por um lado, o acordo não é vinculativo, visto que o juiz, mesmo quando o homologue, pode vir a desrespeitá-lo na sentença final, momento em que avaliará definitivamente a sua eficácia e determinará a medida do benefício aplicado; por outro lado, não é necessário que exista acordo entre as partes para que o juiz, perante o comportamento colaborante do acusado (verificada a eficácia prevista na lei), possa conceder os benefícios legalmente previstos.¹⁰⁵ Deste modo, não poderemos descrever o acordo de colaboração como um acto pelo qual as partes, usando da sua autonomia de vontade, determinam a produção de certos efeitos, visto que a concessão de benefícios ao colaborador está sempre dependente da deliberação do juiz, que é o único sujeito a deter o poder de os outorgar.¹⁰⁶

A ambas as razões apresentadas subjaz a mesma fundamentação substantiva: a reserva de jurisdição do juiz, radicada no princípio da legalidade. Com efeito, se o acordo de colaboração fosse necessário à concessão do prémio e tivesse efeito vinculativo, o conteúdo da pena (a espécie de pena aplicada e a sua medida) estaria a ser determinado pela vontade das partes processuais (acusação e defesa) em desrespeito pelo princípio da reserva de jurisdição – sem condições para aquilatar imediatamente da eficácia da colaboração, o juiz, ao homologar o acordo, estaria tão-só a subscrever uma estipulação das partes, que fixaria o conteúdo da pena a aplicar. Para que o referido princípio se veja satisfeito não basta, por isso, a homologação do acordo por parte do juiz: consabidamente, é o processo (que, nos casos de colaboração premiada, se centra nas diligências apoiadas pelo réu colaborador) que fornece ao juiz as condições para formar a sua convicção, e, assim sendo, a homologação do acordo de colaboração reporta-se a um momento em que o

¹⁰⁴ Leia-se as palavras de Dutra Santos no mesmo sentido: “Importante ressaltar que o preenchimento dos requisitos legais torna certo o prémio inerente à delação ao acusado, mas não a espécie e/ou o *quantum* reducional, mesmo porque, reitere-se, pena e perdão judicial submetem-se à apreciação, obviamente, do juiz, não podendo as partes dispor do que não possuem. Quanto mais eficiente ampla tiver sido a colaboração, maior o benefício concedido ao réu, daí a efetividade da delação premiada apenas ser mensurável, na imensa maioria das vezes, na sentença.” SANTOS, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 92.

¹⁰⁶ Segundo Dutra Santos, o acordo entre o arguido e o Ministério Público conserva, ainda assim, a sua relevância ao assegurar ao delator uma expectativa de direito ao prémio. *Ibidem*, p. 86.

juiz ainda não está em posição de conformar (ou pelo menos condicionar) a sua decisão final, já que nessa altura o processo ainda não terá sido cumprido.

Excluída, então, a hipótese de qualificação do acordo como negócio jurídico processual, atentemos noutra das correntes doutrinárias erigidas nesta matéria, segundo a qual ele assumiria o *sui generis* estatuto de acordo ultra-partes. Nesse entendimento, ao contrário do que sucede nos acordos inter-partes, verdadeiros negócios jurídicos cujos efeitos são determinados exclusivamente pelas partes, os acordos de colaboração sofrem intervenção do juiz. Com efeito, apesar de permanecer como sujeito estranho ao acordo, limitando-se à homologação sem que participe nas negociações a ele conducentes, o juiz intervém no âmbito disciplinado pelas partes ao determinar a decisão final do caso, avaliando a eficácia da colaboração.¹⁰⁷ Assim, sendo conformado pelas partes mas dependendo da intervenção decisória do juiz, o acordo de colaboração classificar-se-ia, segundo esta doutrina, como ultra-partes.

Ainda no sentido de clarificar a natureza do instituto em apreço, Marcos Dutra Santos defende que o prémio pela colaboração pode ser considerado como um “direito público subjectivo do acusado”.¹⁰⁸ O autor defende que “se existiu a colaboração e estão presentes os requisitos que a tornam premiada, é dever do juiz implementar a recompensa”, advertindo, porém, que a espécie e o grau do prémio a ser concedido apenas serão determinados na sentença (só nesse momento o juiz optará entre as várias possibilidades de premiação previstas na lei - ele terá que decidir, por exemplo, entre a redução da pena ou o perdão judicial).¹⁰⁹

Sintetizando o exposto relativamente à natureza jurídica do instituto da colaboração premiada, tendemos, na esteira de Marcos Dutra Santos, a apresentá-la sob duas perspectivas: por um lado, ela configura tanto um meio de obtenção de prova

¹⁰⁷ Vide, nesse sentido, PINHO, Humberto & PORTO, José, “Colaboração premiada: Um negócio jurídico processual?”, in: Bruno Espiñeira & Felipe Caldeira (Orgs.), *Delação premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, pp. 115-144. Segundo os autores, a possibilidade de não oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público (prevista no artigo 4.º/ § 4 da Lei 12.850/2013) seria uma exceção à qualificação dos acordos de colaboração como ultra-partes. Nesses casos, sem qualquer intervenção do juiz, as partes determinam os efeitos a produzir – tratar-se-ia então de um acordo inter-partes, isto é, de um verdadeiro negócio jurídico.

¹⁰⁸ No mesmo sentido dispôs o Pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em 27 de Agosto de 2015, no Habeas Corpus nº 127.483/PR, da relatoria do ministro Dias Toffoli.

¹⁰⁹ SANTOS, *op. cit.*, pp. 92 e 93.

(comportamento colaborante do arguido globalmente considerado) como um meio de prova (depoimentos do acusado) e por outro consubstancia ainda um direito público subjectivo do acusado.¹¹⁰

2. As aporias suscitadas pela colaboração premiada

Não obstante o crescente desenvolvimento da justiça consensual mesmo nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, naturalmente refractários de soluções premiais, subsiste um vasto conjunto de vozes críticas da colaboração premiada. Embora raramente questionando a sua eficácia, o sector da doutrina detractor do instituto argumenta que o seu conteúdo contende com vários princípios e direitos consagrados no ordenamento jurídico. Constatando a relevância de alguns dos argumentos invocados parece-nos razoável que o estudo que pretendemos desenvolver não prescindia da autonomização de um capítulo em que sejam discutidas as razões esgrimidas na doutrina contra a colaboração premiada. Certamente ver-nos-emos forçados a manifestar a nossa discordância face a alguns dos argumentos aduzidos, o que não retira pertinência à problematização das questões suscitadas.

2.1. As questões éticas

Parte da doutrina defende que a colaboração premiada contende com um princípio de ética¹¹¹. Dirigida à revelação dos factos criminais praticados e

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 97. Também Vinicius de Vasconcellos considera que após a colaboração efectiva o réu terá um direito subjectivo ao benefício na pena. VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 124.

¹¹¹ Nesse sentido, *vide*, VALLE, Juliano Keller do, *Crítica à delação premiada: uma análise através da teoria do garantismo penal*, São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 114; BITENCOURT, Cezar Roberto & BUSATO, Paulo César, *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 120; VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 126; CARVALHO, Natália Oliveira, *A delação premiada no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 101; ZAFFARONI, Eugênio Raúl, “Crime organizado: uma categoria frustrada”, *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, v. 1, 1996, p. 45 e segs. Devemos advertir que não só entre detractores da colaboração premiada ela é vista como uma traição. Mesmo autores que defendem a sua consagração, reconhecem que ela suscita questões no domínio ético. Observemos, a título de exemplo, o que afirma Damásio de Jesus: “A polémica em torno da *delação premiada*, em razão de seu absurdo ético, nunca deixará de existir. Se, de um lado, representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro, parte traduz-se num incentivo legal à traição. A nós, estudiosos e aplicadores do Direito, incumbe o dever de utilizá-la *cum grano salis* (...) não podem as autoridades encarregadas da persecução penal contentarem-se com a *delação*, sem buscar outros meios probatórios tendentes a confirmá-la.” JESUS, Damásio de, “Estágio atual da “Delação Premiada” no Direito Penal Brasileiro”, *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 06, nº 36, fev.-mar. de 2006, p. 53.

envolvendo muitas vezes a denúncia de co-autores por parte do réu, o instituo é descrito como um estímulo à traição.¹¹²

Nesse sentido, o notável Cesare Beccaria afirmava o seguinte: “Alguns Tribunais oferecem a impunidade àquele cúmplice de delito grave que denuncie seus companheiros. Os inconvenientes são que a nação autoriza a traição, detestável mesmo entre os celerados, porque são menos fatais a uma nação os delitos de coragem que os de vileza: porque a coragem não é frequente, já que só se espera uma força benéfica e diretriz que faça concorrer ao bem público, enquanto a vileza é mais comum e contagiosa, e sempre mais se concentra em si mesma. Ademais, o tribunal revela a sua própria incerteza, fraqueza da lei, que implora a ajuda de quem a ofende. (...) Uma tal lei, portanto, deveria unir a impunidade ao banimento do delator... Mas em vão me atormento para destruir o remorso que sinto autorizando as leis sacrossantas, monumentos de confiança pública, base da moral humana, à traição e à dissimulação.”¹¹³

As palavras transcritas condensam os argumentos que formam a base da doutrina segundo a qual a colaboração premiada seria anti-ética. Desde logo, ela representaria uma traição, comportamento tido como vil e detestável, ao ponto de ser descrita ela própria como um delito “de vileza”. Esta doutrina lembra que os poderes públicos têm um dever de actuar de acordo com imperativos éticos¹¹⁴ e que, por isso, é inaceitável que o Estado incentive os seus cidadãos à delação, comportamento conotado com um grande desvalor associado à ideia de traição.¹¹⁵

¹¹² Dutra Santos afirma que não deixa de implicar traição a colaboração que não envolva a denúncia de co-autores. Segundo o autor, “trair não se resume a incriminar os comparsas (chamada de corrêu). Todos celebraram um pacto criminoso, definiram um plano de ação e o executaram. À medida em que um dos acusados não delata os demais, mas revela ao Estado futuras empreitadas delitivas, indica em que o proveito do crime foi investido, onde estaria o objeto ilícito – v.g., drogas – ou a vítima – v.g., de extorsão mediante sequestro -, fica evidente a traição ao ajuste avençado com os demais parceiros.” SANTOS, *op. cit.*, p. 82.

¹¹³ BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, Lucia Guidicini & Alessandro Berti Contessa (trad.), São Paulo: WMF Martins Fontes, 3ª ed., 2005, pp. 124-125.

¹¹⁴ Gomes Canotilho e Nuno Brandão defendem a existência desse dever do Estado de acutação em conformidade com a ética no âmbito do processo penal afirmando que “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”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes & BRANDÃO, Nuno, “Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, ano 25, 2017, p. 168.

¹¹⁵ Nesse sentido leia-se as seguintes palavras de Vinicius Gomes de Vasconcellos: “Por outro lado, também desvelando as aporias do modelo premial, aponta-se que o mecanismo da delação implementa-se por meio do

Para além do exposto, argumenta-se ainda que o recurso à colaboração premiada é o reconhecimento de um falhanço por parte do Estado, já que seria determinado pela sua falta de capacidade para desempenhar uma função que só a ele cabe – a administração da justiça, através da perseguição criminal.

Ora, nesta matéria, somos levados a entender que o facto de a colaboração premiada poder ser entendida como uma traição não infirma o instituto num plano ético. Desde logo porque não existe uma perspectiva única sob a qual a sua validade ética deva ser aferida. Se concebermos o instituto sob a perspectiva da relação entre o colaborador e os co-autores do crime poderemos, de facto, constatar o desvalor da traição; já se o problematizarmos no plano da relação entre o colaborador e o Estado poderemos entendê-lo como um “regresso ao direito” por parte de um sujeito que, posteriormente à violação do ordenamento jurídico (pela prática de um crime), procura contribuir para a sua protecção.¹¹⁶ Devemos advertir que este “regresso ao direito” não se reporta a um estado de arrependimento do colaborador. A possibilidade a que nos referimos tem lugar num plano objectivo, dependendo da observação das consequências que resultem da actuação do sujeito em causa; o que há a avaliar é se do comportamento do réu resultou objectivamente uma violação do ordenamento jurídico e posteriormente um reforço da sua protecção através do auxílio à perseguição de outros crimes ou de outros criminosos – é a essa objectiva reposição do direito que associamos uma reposição da ética, ínsita à realização da justiça. Assim, afastamo-nos de considerações subjectivas nesta matéria, posto não ser seguro deduzir da colaboração do réu a verificação de um elemento psicológico, do seu arrependimento (é, com efeito, possível que o réu colaborador se mova por mero interesse em obter uma sentença mais leniente).¹¹⁷

incentivo a atitudes antiéticas daqueles perseguidos penalmente, o que rompe completamente com a promessa de atuação eticamente legítima das manifestações do poder estatal. Ou seja, há uma cristalina violação do mínimo ético fundamental à ação pública do Estado.” VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 126. Também assinalando o carácter anti-ético da colaboração premiada, Juliano Keller do Valle afirma mesmo que o instituto, representando um estímulo à traição, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana. VALLE, *op. cit.*, p. 114.

¹¹⁶ Nesse sentido, Cláudia Santos afirma relativamente à colaboração premiada que “não se rejeitará liminarmente a possibilidade de premiar o comportamento de agentes que, apesar de terem consumado crimes de corrupção, procuram depois “regressar ao direito”.” SANTOS, Cláudia Cruz, *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto: a evolução das incriminações penais, a jurisprudência, o tempo para a investigação e a delação premiada*, Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2018. p. 90.

¹¹⁷ Nessa esteira, relativamente à possibilidade de se deduzir o arrependimento do arguido da sua confissão em processos de justiça consensual, Vinicius de Vasconcellos afirma o seguinte: “Diversas são as críticas a

Oferece-nos, ainda, assinalar que a leitura da colaboração premiada como um “regresso ao direito” não só é válida como deve prevalecer sobre aquela que destaca o carácter sicofântico do instituto, tendo em consideração as fragilidades que apresenta a sua base argumentativa. Nesta matéria, argumentamos com base nas palavras de Renato de Lima, segundo o qual “falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis.”¹¹⁸ Reforçando essa tese, o autor cita ainda Cassio Granzinoli, fazendo eco das suas seguintes palavras: "Não é incomum a chefes de grupos de tráfico de drogas, por exemplo, determinarem (por vezes e por telefone e de dentro dos próprios presídios onde cumprem penas) a execução de outros membros do grupo ou mesmo de pessoas de bem. Estarão eles, pois, preocupados com Ética, Moral, Religião e qualquer outra forma de controle social, diversa do Direito (uma vez que este prevê maior coerção para os atos que lhe são contrários)? Certamente que não".¹¹⁹

Não podemos, então, ignorar o paradoxo que representa invocar a protecção da ética – rejeitando a colaboração premiada e deixando, por isso, de se colher os benefícios por ela proporcionados no domínio da persecução criminal - num domínio marcado pela indiferença face a esse valor, inerente à prática de crimes.

2.2. A deriva para um processo penal de estrutura inquisitória

Outra das críticas apontadas à colaboração premiada prende-se com a sua pretensa afinidade com um processo penal de estrutura inquisitória.

Detendo-se no ordenamento jurídico brasileiro, Barbosa de Brito critica desde logo a solução consagrada no artigo 190.º do Código de Processo Penal Brasileiro, que impõe ao juiz que, perante uma confissão, questione o réu sobre a existência de co-autores do crime e a respectiva identidade. A autora advoga que um processo de estrutura acusatória,

essa construção, pois, por um lado, a prova do suposto remorso é inviável e a mera aderência ao acordo não tem o condão de atestá-la, além de que o exercício do direito ao julgamento pode se legitimar a partir dos mais diversos motivos, o que não autoriza a simples ideia de que o acusado não estaria arrependido.” VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 80. Debruçando-se mais detidamente sobre esta matéria: LIPPKE, Richard L., *The etics of plea bargaining*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 144 e segs.

¹¹⁸ LIMA, *op. cit.*, p. 522.

¹¹⁹ GRANZINOLI, Cassio M. M., “A delação premiada”, in: *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 152.

marcado pela separação entre o juiz e as partes, não se compagina com uma “considerável e ativa contribuição do juiz” na gestão da prova.¹²⁰

Devemos desde já adiantar que esta crítica não tem aplicação no ordenamento jurídico português. Como aprofundaremos no ponto 1.1. do capítulo IV, o legislador nacional não consagrou um sistema acusatório puro, que impusesse uma rígida separação entre acusação e defesa, por um lado, e juiz, por outro. Em nome da descoberta da verdade material, optou-se por se conciliar a estrutura eminentemente acusatória do processo penal com certas soluções de fundamento inquisitório, como a prevista no artigo 340.º do CPP, que permite ao juiz ordenar a produção de provas.¹²¹ Assim, não desvirtuaria a estrutura do processo penal português a lei segundo a qual competisse ao juiz dar ao réu a possibilidade de se submeter a um processo de colaboração premiada.

Descreve-se ainda a colaboração premiada como instrumento da prossecução de finalidades classicamente atribuídas ao processo penal de estrutura inquisitória, que se prendem não com a protecção de direitos subjectivos fundamentais face a agressões do Estado, mas com a obtenção da verdade material extorquida do réu. Nessa esteira, o incentivo à colaboração do arguido seria um reflexo da sua concepção como objecto do processo, isto é, como mero meio para lograr a verdade material. É nesse aspecto que Barbosa de Brito formula a sua mais mordaz crítica ao instituto da colaboração premiada, propondo-se demonstrar a existência de pontos de contacto entre os incentivos premiais e a tortura medieval:

“(…) em um cotejo com o modelo inquisitório, grosso modo, a delação premiada apenas modifica o instrumento do qual se utiliza o Estado para alcançar a “verdade”: da tortura (quando necessária) ao prémio; do constrangimento à “liberdade de contratar” com

¹²⁰ BRITO, *op. cit.*, p. 67.

¹²¹ Um processo penal de estrutura puramente acusatória era defendido por Jean-Paul Marat como forma de evitar certas violações a direitos dos arguidos. O autor afirmava o seguinte: “Não cabe aos juizes estabelecer provas do delito, mas cabe a ele examinar imparcialmente aquelas apresentadas e de pronunciar se elas são suficientes para declarar culpado o acusado. Não é, portanto, por conhecimentos particulares que deverão fazê-lo, muito menos por suposições que decidirão contra o acusado. Tudo o que não souberem pelo acusador, devem ignorar, e tudo o que não estiver juridicamente estabelecido deve permanecer nulo a seus olhos. Que jamais procurem criar armadilhas a um acusado, embaraçá-lo com perguntas capciosas, obrigá-lo a cair em contradição, ou obter dele, por falsas promessas, a confissão de seu crime, precaução alheia as suas funções e indignas de seu carácter. Feitos para impedir oscilações na balança da justiça, devem ter em vista o triunfo da verdade, e procurar mantê-la equilibrada apenas por meios honestos. MARAT, Jean-Paul, *Plano de legislação criminal*, Carmensita Ibaixe & João Ibaixe Jr. (trad.), São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 172.

o Estado. Se antes o réu era constrangido e, por vezes, torturado para confessar e delatar terceiros, agora ele é “estimulado” a proceder dessa maneira, e ainda recebe um “prémio” por isso (redução de pena, perdão judicial etc.). A lógica inquisitorial permanece inalterada.”¹²²

A comparação estabelecida parece-nos claramente abusiva atendendo às profundas diferenças entre os métodos de obtenção da verdade considerados.

Os moldes em que decorriam os processos levados a cabo pela inquisição geravam um constante risco de condenações de inocentes. Com efeito, não nos é estranho conceber que a ameaça de tortura possa levar um inocente a assumir a prática de factos de que não tenha sido autor – uma confissão sob cominação de métodos de tortura capazes de infligir uma dor excruciante será sempre uma decisão incontornavelmente marcada por um assaz significativo constrangimento. Muito distintos são os termos em que se aplica o instituto da colaboração premiada. Nesses casos, o risco a que aludimos será incomparavelmente menor e até mesmo insignificante; parece-nos de deduzir que o réu que não haja praticado os factos de que é acusado seja pouco sensível aos incentivos à colaboração previstos na lei – esse réu estará empenhado não em obter uma condenação atenuada pelos benefícios da colaboração, mas em ver declarada a sua inocência.

Argumenta-se ainda na doutrina que o modelo negocial evidencia marcas de inquisitorialidade mesmo do lado da defesa do réu, aventando-se a possibilidade de o próprio advogado, no lugar de lutar por uma absolvição, vir a incentivar a confissão e

¹²² BRITO, *op. cit.*, p. 69. Valdez Pereira menciona outros autores que também sugeriram uma lógica comum entre a tortura e o instituto da colaboração premiada. Leia-se as seguintes palavras: “A vista disso, advém a expressão utilizada por Padovani referindo-se à técnica dos arrependidos como uma *suave inquisição*; o autor cita uma passagem de Carmignani que explicita a ideia de assimilação da colaboração processual à tortura, embora com sentido diametralmente oposto: *non la minaccia, ma la speranza, non la violenza, ma la mitezza costituiscono il veicolo di penetrazione* (...) transformando o imputado em cooperante no esclarecimento judicial dos fatos e, portanto, em meio de prova. Estudo correlato no direito norte-americano, e que certamente serviu também de inspiração para a crítica formulada pelos autores italianos mencionados, já havia traçado paralelo entre o sistema jurídico penal estadunidense atual, amplamente sustentado no *plea bargaining*, e o sistema medieval europeu, embasado na tortura; partindo da constatação dos altíssimos custos e risco de o acusado submeter-se ao *Trial*. Langbein acaba por afirmar: *plea bargaining, like torture, is coercive*. PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, pp. 90-91; PADOVANI, Tullio, “La soave inquisizione: osservazioni e rilevi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 2, n.24, apr./giug, 1981, p. 541; LANGBEIN, John H, “Torture and plea bargaining”, In: MORAWETZ, Thomas (Ed.), *Criminal law*, Aldershot: Ashgate, 2001, p. 370.

colaboração. Nesse sentido, Vinicius de Vasconcellos, relativamente aos mecanismos de justiça consensual, afirma o seguinte:

“Resta cristalino que o aconselhamento ao réu se realizará por alguém diretamente interessado em seu reconhecimento de culpabilidade, seja por visar a benefícios económicos, políticos ou ingénua escusa aos temores diante dos riscos do processo. (...) Por outro lado, patronos “bem intencionados” são fragilizados pelo medo de clamarem os direitos dos acusados no processo e findarem por acarretar uma sanção penal mais grave em razão do não aceite ao acordo. O modelo negocial, portanto, incentiva advogados desonestos ao mesmo tempo em que fomenta impulsos e pressões aos honestos (...)”¹²³

Entendemos que as possibilidades consideradas se encontram prevenidas pelo princípio da presunção de inocência, que atribui o ónus da prova à acusação. Assim, recuperando a lógica que já aflorámos, é de presumir que o arguido inocente e o seu advogado, apoiados no princípio da presunção de inocência, pleiteiem pela absolvição, visto que, perante um réu que não haja praticado os factos de que é acusado, nada menos se exigirá do que a declaração da sua inocência. Já quando o réu confidencie ao advogado a prática do crime, o incentivo à confissão é até recomendável, tanto da perspectiva do réu, que poderá obter a redução da sua pena, como da perspectiva do Estado, que verá facilitada a tarefa de realização da justiça.

2.3. A presunção de inocência do delatado

Argumenta-se que a colaboração premiada contende ainda com garantias dos sujeitos delatados pelo colaborador, designadamente a sua presunção de inocência.¹²⁴ Entre essa doutrina advoga-se que a concessão de benefícios ao colaborador pode instigar o juiz a procurar justificar essa decisão, comprometendo a sua imparcialidade na aferição das responsabilidades dos sujeitos delatados. Barbosa de Brito afirma que “assim, direitos fundamentais do delatado também são claramente vilipendiados, na medida em que tem

¹²³ VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 185 e 186.

¹²⁴ Khaled Jr. adverte que a presunção de inocência deve constituir um dos freios à obtenção da verdade material. Leia-se as seguintes palavras do autor: “Para irmos além da ambição de verdade, o valor inocência deve ser tido como estruturante e fundador de um processo penal condizente com o cenário democrático-constitucional, inclusive no que se refere à missão e função do juiz, possibilitando dessa forma o rompimento com a epistemologia inquisitória orientada à persecução do inimigo, que tem como núcleo fundante o mito da busca da verdade.” KHALED JR., Salah H., *A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial*, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 597.

sua culpabilidade predelineada pelo delator e ingressa em um processo penal em evidente posição de desvantagem, em inaceitável ofensa ao princípio da presunção de inocência.”¹²⁵

Ora, apesar de reconhecermos relevância à argumentação que registámos, consideramos que os riscos invocados podem ser contornados se se fizer depender a concessão de benefícios da eficácia da colaboração prestada. Desse modo, a montante da concessão do prémio estará uma operação de confirmação dos factos aduzidos pelo colaborador - o juiz só atribuirá os benefícios da colaboração depois de avaliada em sede judicial a prova relativa aos factos imputados ao delatado. Assim, no momento de apurar a sua culpa, o juiz não estará condicionado por uma decisão de concessão de benefícios ao réu, que só poderá vir a suceder em momento posterior.

Invoca-se, todavia, outra razão para sustentar a tese de que a colaboração premiada viola o princípio da presunção de inocência do réu delatado – a sobrevalorização da versão dos factos apresentada pelo colaborador. Segundo esta perspectiva, o instituto premial poderia dar ensejo a casos em que o juiz confiasse excessivamente nas declarações prestadas pelo colaborador, fundamentando maioritariamente nelas a sua decisão. Sem embargo, é mister assinalar que tal não se tem verificado na prática jurídica relativa à colaboração premiada; a proibição de sentenças condenatórias com fundamento apenas nas declarações do colaborador é unânime na doutrina e, servindo-nos do exemplo brasileiro, está expressamente prevista no artigo 4.º, § 16 da Lei n.º 12.850/2013. Assim, a fundamentação de uma decisão condenatória do sujeito delatado nunca prescindirá da apresentação de elementos probatórios que confirmem o conteúdo da colaboração.

Do que expusemos somos levados a concluir que a colaboração premiada em nada ofende as garantias de presunção de inocência do réu delatado: a sentença a ele relativa não estará viciada por nenhum condicionamento do juiz, seja pela existência de uma decisão anterior de concessão de benefícios ao colaborador, possibilidade que estará excluída pelos trâmites da colaboração, seja por uma eventual sobrevalorização das declarações do colaborador, que deverá estar expressamente proibida por lei.

¹²⁵ BRITO, *op. cit.*, p. 60.

2.4. A punição insuficiente do réu colaborador

Outra das críticas apontadas ao instituto da colaboração premiada prende-se com o facto de o benefício penal concedido implicar uma punição insuficiente ao réu colaborador. Alguma doutrina advoga que essa circunstância viola uma exigência de proporcionalidade da medida da pena face à gravidade do delito.¹²⁶

É mister recordar que essa exigência é classicamente reconhecida pela doutrina como uma projecção do princípio da culpa, tradicionalmente enunciado pelos brocardos “*nullum crimen sine culpa*” (“não há crime sem culpa) ou “*nulla poena sine culpa*” (não há pena sem culpa).¹²⁷ Segundo uma concepção bilateral, para além de um limite máximo à medida da pena, este princípio imporia ainda um limite mínimo; assim, a pena nunca poderia exceder a culpa do agente mas também não poderia ficar aquém dela. Porém, a doutrina e jurisprudência alemãs têm sido unânimes em reconhecer a unilateralidade do princípio da culpa.¹²⁸ Segundo essa perspectiva, o critério determinante da medida da pena seriam as exigências preventivas, ao passo que a culpa actuarial apenas como limite máximo, impedindo que a pena a excedesse. Concebido unilateralmente, o princípio da culpa impediria, então, que houvesse pena sem culpa (e pena para lá da culpa), mas já não culpa sem pena – é necessária a culpa para se poder aplicar uma pena, mas isso não basta; exige-se ainda que razões preventivas o imponham. Caso não haja necessidade de protecção de bens jurídicos, apesar de se verificar um comportamento culposos, a pena não é aplicada, porque as suas finalidades são preventivas e não de retribuição da culpa.

Partindo desta concepção unilateral, não podemos deixar de incluir o princípio da culpa numa lógica de proibição do excesso, enquanto dimensão do princípio da proporcionalidade da acção do Estado na protecção de direitos fundamentais. Representando um limite máximo e não mínimo à punição, o princípio da culpa funciona como uma protecção subjectiva dos particulares contra a ingerência do Estado. Dada a

¹²⁶ Ferrajoli adverte para a “devastação do completo sistema das garantias: o nexo causal e proporcional entre a pena e o crime, dado que a medida da primeira dependerá, muito mais do que da gravidade do segundo, da habilidade negociadora da defesa, do espírito de aventura do imputado e da discricionariedade da acusação”. FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, Ana Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares, Luiz Gomes (trad.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2002, p. 601. Ainda nesse sentido, leia-se do mesmo autor: “Ravvedimento processuale e inquisizione penale”, *Questione Giustizia*, 1982, p. 217.

¹²⁷ Sobre o princípio da culpa, vide, COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 4ª ed., 2015, pp. 326 e segs.

¹²⁸ O distinto autor Claus Roxin perfilha essa concepção do princípio. Vide, ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Muñoz Conde (trad.), Madrid: Reus, 1999.

exigência de proporcionalidade da medida da pena face à gravidade do delito decorrer do princípio da culpa, ele só poderá ser invocado como embargo à actuação excessiva do Estado e não em casos em que se julgue insuficiente a punição.¹²⁹

Posto o que se discorreu, entendemos que, para que validamente se questione a insuficiência da pena resultante dos prémios à colaboração, a via argumentativa a adoptar há-de referir-se não a exigências decorrentes do princípio da culpa, mas aos deveres de protecção de bens jurídicos que impendem sobre o Estado.

Como estudámos, o princípio da proporcionalidade enquanto critério orientador da função de protecção de bens jurídicos, impõe ao Estado que, para além de evitar excessos de intervenção, não incorra ainda numa protecção insuficiente. Essa proibição de insuficiência reclama, então, a criminalização de determinados comportamentos e a sua perseguição e punição - com efeito, só respondendo às exigências de prevenção, punindo as condutas criminosas, é possível repor-se a validade contra-fáctica das normas penais violadas e, desse modo, garantir a protecção dos bens jurídicos por elas tutelados.¹³⁰ Assim, sempre que o sistema penal não opere eficazmente, não respondendo a exigências preventivas que se coloquem, o Estado estará a violar uma proibição de insuficiência na protecção de bens jurídicos.

Ora, essa é, sem dúvida, uma crítica que pode justamente apontar-se ao instituto da colaboração premiada: a premiação da colaboração implica a aplicação de uma pena cuja medida se situa abaixo do determinado pelas exigências preventivas – nesses casos o Estado incorre, então, num incumprimento dos seus deveres de protecção de bens jurídicos.¹³¹

¹²⁹ Valdez Pereira defende o mesmo e afirma peremptoriamente que “não só a *ratio* da previsão constitucional do princípio da proporcionalidade da pena à culpabilidade manifestada no fato, mas a origem e razão de ser de sua elaboração impedem que se amplie sua projeção a ponto de se questionar a constitucionalidade de limites mínimos de punição.” PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 89.

¹³⁰ O artigo 202.º/2 da CRP faz impender sobre o Estado (tribunais) o dever de administrar a justiça, incumbindo-o de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.”

¹³¹ Apoiamo-nos na crítica que Roberto Angelini aponta ao patteggiamento (sistema italiano de justiça negocial), que, pela identidade lógica, se ajusta também ao instituto da colaboração premiada. Leia-se as palavras do autor: (...) o processo comum respeita muito mais as garantias procedimentais (e constitucionais), mas também porque uma sanção aplicada na sequência de um processo comum, se mostrará mais ajustada. A pena decorrente do patteggiamento (assim como a obtida no juízo abreviado) é muito pouco ajustada às finalidades gizadas pelo ordenamento jurídico. Representa apenas uma modesta fração da sanção que o legislador originariamente previu. É por isso pouco conforme ao critério de proporcionalidade e nem

2.5. As garantias de defesa do réu

2.5.1. O devido processo legal

O artigo 20.º/1 da CRP assegura a todos “o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. Ora, segundo o Tribunal Constitucional, neste direito de acesso aos tribunais está ínsito um princípio constitucional – o princípio do devido processo legal ou *due process of law*.¹³² Atendo-nos à sua dimensão processual (que é a que releva no estudo que reservamos ao presente capítulo), é correcto descrever o princípio como uma exigência de que o Estado garanta a todos um processo estritamente legal, regularmente desenvolvido, que assegure a paridade de armas concedendo às partes oportunidades equitativas de alegar e provar.¹³³ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) afirmou, a respeito do princípio do devido processo legal, o seguinte:

“Diz o artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, que a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos. Neste direito de acesso aos tribunais está abrangido o direito a um processo justo, a um processo devido, ao devido processo em justiça e direito, a um processo que assegure a tutela efectiva dos direitos e interesses legítimos dos justificáveis, a um processo não arbitrário, mas garantístico. Como disse o Dr. Cardoso da Costa na declaração de voto aposta no Acórdão n.º 404/87, do Tribunal Constitucional (Diário da República, 2.ª série, de 21 de Dezembro de 1987) 'é

parece satisfazer as exigências de prevenção geral (pois é intrinsecamente leve) ou da ressocialização (não sendo doseada considerando as necessidades reeducativas do arguido).” ANGELINI, Roberto, “A negociação das penas no direito italiano: (o chamado *patteggiamento*)”, *Julgar*, nº 19, 2013, p. 229.

¹³² Acórdão n.º 588/2000 emitido pelo TC no âmbito do processo n.º 265/97.

¹³³ Para além desta dimensão processual, Castanho de Carvalho destaca ainda o desenvolvimento na jurisprudência americana de um sentido substancial do princípio – *substantive due process* –, que dele faria decorrer uma exigência de controlo do conteúdo dos actos administrativos e das leis. O autor lembra que “os tribunais americanos aplicaram o devido processo legal para examinar a razoabilidade e a racionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público a ponto de impedir sua vigência se evidenciada qualquer arbitrariedade, ou seja, quando não forem consentâneos com a *law of the land* ou com o *substantive due process*. Isso quer dizer que o Judiciário pode fulminar leis e atos administrativos que carecerem de uma justificação racional e que não estejam devidamente fundamentados em uma real necessidade. Assume, assim, o Judiciário americano, grande relevância no controlo de atos do Executivo e do Legislativo, cabendo-lhe o poder de dizer *what the law is* e rejeitar leis e atos contrários à *law of the land*, ou seja, que não preencherem os requisitos da razoabilidade.” CARVALHO, Grandinetti Castanho de, *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª ed., 2006, p. 136. Sobre a dimensão substancial do princípio do devido processo legal leia-se ainda: TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2004, pp. 62 e segs.

inquestionável que o processo, em geral, não é imune à Constituição e que desta decorrem implicitamente, quanto à sua conformação e organização, determinadas exigências impreteríveis, que são directo corolário da ideia de Estado de direito democrático: bem se sabe, com efeito, como um dos elementos estruturais deste modelo de Estado é a observância de um *due process of law* na resolução dos litígios que deva ter lugar no seu âmbito'.¹³⁴

É desta ideia de “devido processo em justiça e direito” que decorrem um conjunto de garantias constitucionais aplicadas ao processo penal, entre as quais a ampla defesa “com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto material quanto tecnicamente”, desdobrando-se em direitos como o contraditório, a presunção de inocência ou a não auto-incriminação.¹³⁵ Deste modo, só considerará cumprido o princípio constitucional do devido processo legal se se virem respeitadas as garantias de defesa a ele inerentes, que estão previstas no artigo 32.º da CRP.

2.5.2. Direito à não auto-incriminação e direito ao silêncio

Normalmente enunciado pelo brocardo “*nemo tenetur se detegere*” (“ninguém é obrigado a revelar-se”)¹³⁶, o direito à não auto-incriminação confere ao réu o poder de se recusar a contribuir para a sua própria inculpação. Não se entenda que o referido direito vise proibir a colaboração do réu;¹³⁷ o que ele pretende assegurar é o respeito pela “auto-determinação e liberdade moral do acusado, para decidir se colabora ou não na persecução penal” sem que haja pressões externas a condicionar essa decisão.¹³⁸

Apesar de não estar expressamente previsto na Constituição, é pacífico entre a doutrina o reconhecimento deste direito do réu, que decorre das garantias postuladas pelo

¹³⁴ Acórdão do STA de 19 de Março de 1997.

¹³⁵ TUCCI, *op. cit.*, p. 69.

¹³⁶ O princípio da não auto-incriminação é igualmente consagrado sob outras formulações, tais como: *nemo tenetur se ipsum accusare* (“ninguém é obrigado a acusar-se a si próprio”), *nemo tenetur se ipsum prodere* (“ninguém é obrigado a denunciar-se a si próprio”), *nemo tenetur edere contra se* (“ninguém é obrigado a falar contra si”), *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (“ninguém é obrigado a revelar a sua torpeza” e *nemo testis se ipsum* (“ninguém é testemunha da si próprio”). Vide, RAMOS, Vânia Costa, “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, Parte I, *Revista do Ministério Público*, 108, 2006, pág. 131; MENEZES, Sofia Saraiva de, “O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, in, *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Almedina, 2013, pág. 119, nota 5.

¹³⁷ Leia-se as palavras de Maria Elizabeth Queijo: “A autodefesa, embora assegurada constitucionalmente, é tida por renunciável, podendo, portanto, o acusado exercê-la ou não.” QUEIJO, Maria Elizabeth, *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2012, p. 99. No mesmo sentido, Pacelli de Oliveira afirma que “não há dever ao silêncio”: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 864.

¹³⁸ Vide, QUEIJO, *op. cit.*, p. 99; CARVALHO, Grandinetti, *op. cit.*, p. 179.

princípio do devido processo legal.¹³⁹ Entre elas, oferece-se-nos destacar a da ampla defesa. Se, por um lado, ela confere ao réu a faculdade de intervir no processo, emitindo declarações em sua defesa, por outro, também lhe permite recusar-se a colaborar na produção probatória que lhe seja desfavorável – o direito à não auto-incriminação é, assim, uma expressão da garantia de ampla defesa.

Uma das concretizações do *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio. Consagrado no artigo 61.º/1/d) do CPP, ele confere ao arguido a faculdade de “não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”. Assim, perante as questões que lhe sejam apresentadas, o arguido poderá optar por remeter-se ao silêncio sem que desse facto resultem consequências que lhe sejam desfavoráveis.¹⁴⁰ Devemos advertir que este direito se refere a apenas uma das formas de intervenção do arguido no processo – as declarações verbais, isto é, os seus depoimentos; com efeito, no processo penal há outros meios que podem ser solicitados ao réu para fins probatórios, como documentação ou mesmo material genético recolhido. Ora, se se reduzisse o conteúdo do *nemo tenetur se detegere* a um direito ao silêncio, então estes casos ficariam fora do seu âmbito de protecção, posto não estarem em causa declarações do arguido. Dessarte, entendemos que o direito ao silêncio não pode ser visto como mais do que uma das concretizações de um direito mais amplo à não auto-incriminação que abranja as várias formas de contributo do réu para a sua inculpação.¹⁴¹

¹³⁹ Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo admite que se extraia “a incidência do *nemo tenetur se detegere* da cláusula do devido processo legal, do direito à ampla defesa, com relevo para o direito ao silêncio, e do princípio da presunção de inocência.” QUEIJO, *op. cit.*, p. 93. Para além disso, o ordenamento jurídico português sempre reconhecera o direito à não auto-incriminação por aplicação, à luz do artigo 8.º/2 da CRP, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (PIDCP), usado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) para complementar as disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Ora, no artigo 14.º/3/a) do referido diploma, prevê-se que “qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”.

¹⁴⁰ A lei prescreve que o réu seja informado deste impedimento de valoração negativa do seu silêncio – artigos 141.º/4/a) ou 343.º/1, ambos do CPP.

¹⁴¹ Vide, QUEIJO, *op. cit.*, p. 99; DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, in, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 43 e 44. Em sentido contrário: PINTO, Frederico Lacerda da Costa, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação”, in, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 98 e 99.

2.5.3. A compressão dos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio resultante da colaboração premiada

Expendidas as devidas considerações sobre algumas das garantias de defesa do réu passamos neste momento a problematizar a sua relação com o instituto da colaboração premiada.

Sob o intento referido, havemos de começar por assinalar que a colaboração premiada, aplicada no processo penal, entra em diálogo com o direito do réu à não auto-incriminação, tanto na sua dimensão de direito ao silêncio, com que contendem as declarações auto e hétero-incriminadoras do colaborador, como na sua aceção mais ampla, que abrange as provas físicas por ele apresentadas. Como já se esclareceu, o propósito da consagração destes direitos não é impedir o réu de colaborar, mas conceder-lhe a possibilidade de, usando da sua auto-determinação, optar entre a confissão e o efectivo exercício do contraditório. A confirmação prática dessa prerrogativa dependerá, porém, do contexto em que a referida decisão for formada. Assim o esclarecem Gomes Canotilho e Nuno Brandão:

“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 auto-determinação é imperioso que a sua prestação se desenvolva num ambiente de plena liberdade e informação.”¹⁴²

De acordo com o exposto, a legitimidade do recurso à colaboração premiada reclama, então, que a decisão de colaborar seja, desde logo, esclarecida. Dessarte, o réu deverá inteirar-se das consequências do instituto, mostrando-se informado relativamente a questões como os precisos factos de que é acusado, os direitos a que está em vias de renunciar, os prémios que podem vir a ser-lhe aplicados e a que condições está subordinada essa concessão de benefícios.

¹⁴² CANOTILHO & BRANDÃO, *op. cit.*, pp. 166 e 167. No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Évora dispôs que “o núcleo irredutível do *nemo tenetur* reside na não obrigatoriedade de contribuir para a auto-incriminação através da palavra, no sentido de declaração prestada no processo e para o processo. A auto-incriminação, a existir, tem de ser livre, voluntária e esclarecida.” (Acórdão de 09-10-2012).

Segundo os autores citados, para que se considere respeitado o direito à não auto-incriminação exige-se ainda que a decisão de colaborar seja plenamente livre, não estando sujeita a condicionamentos. É precisamente neste domínio que, parece-nos, o instituto da colaboração premiada ofende o direito de que cuidamos, porquanto implica um condicionamento à liberdade de decisão do réu no que tange ao seu comportamento processual. Senão vejamos:

A previsão legal de prémios na aplicação da sentença não pode ser vista senão como um poderoso incentivo à colaboração. O poder influenciador das promessas legais de vantagens é, desde logo, atestado pelo disposto no artigo 126.º/2/e) do CPP, relativo aos métodos proibidos de prova, em que é o próprio legislador que estabelece um nexo entre a promessa de vantagens e a obtenção de provas.¹⁴³ Com efeito, caso entendesse que a promessa de vantagens não fosse capaz de influenciar o comportamento processual do arguido, o legislador não teria em caso algum necessidade de fazer relevar essa circunstância no âmbito de uma proibição legal de prova.

Ademais, a argumentação apresentada em defesa do instituto da colaboração premiada vai ao encontro do que defendemos: a grande valência que se lhe reconhece prende-se com a força persuasiva da premiação, que, advoga-se, contribui para o aumento de confissões e delações, permitindo o reforço da perseguição criminal num domínio em que, pela natureza dos crimes, ela se apresenta mais dificultada. Assim, o reconhecimento desta eficácia à colaboração premiada leva-nos a antever que, caso ela seja consagrada, um conjunto de arguidos que normalmente decidiriam não confessar a prática do crime nem colaborar com a justiça, passarão a fazê-lo – o instituto está configurado precisamente para obter esse resultado. Ora, nesses casos, a diferença entre o comportamento que o arguido hipoteticamente teria caso não fosse aliciado por promessas de prémios e aquele que de facto vem a adoptar é determinada por circunstâncias que lhe são exteriores - essa hipotética disparidade no comportamento processual é influenciada pela acção do Estado, que, através dos incentivos premiais, instiga o arguido a confessar/colaborar.¹⁴⁴ A auto-

¹⁴³ Não obstante o faça em relação à promessa de vantagens legalmente inadmissíveis, que não será o caso da colaboração premiada, não deixa de poder excogitar-se daquela proibição a ideia de colaboração (resultando na obtenção de provas) estimulada pela previsão de algum tipo de benefícios.

¹⁴⁴ Vinicius de Vasconcellos fala mesmo em coacção, assinalando-a como uma característica “inerente à justiça negociada, diante da inevitável ameaça de uma punição mais severa se houver recusa e exercício do direito ao julgamento.” VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 91. Valdez Pereira, registando críticas apontadas pela

incriminação realizada nesses termos não pode, então, considerar-se plenamente livre – para que o fosse afigurar-se-ia indispensável que o Estado garantisse ao réu que se remete ao silêncio (ou contesta) condições semelhantes às que aplica ao réu confitente/colaborador.

Pelo que discorremos, não há como ignorar as aporias que a colaboração premiada suscita no domínio das garantias de defesa do réu: se por um lado, a lei lhe atribui o direito a não se auto-incriminar e a manter-se em silêncio, por outro, ela condicionaria o exercício desse direito ao induzi-lo, através da promessa de prémios, a confessar os factos que lhe são imputados e a colaborar com a justiça.¹⁴⁵

3. Colaboração premiada: a questão de constitucionalidade

É com base em tudo o até agora exposto que nos serviremos deste passo para formular a proposta central do presente estudo.

Como já observámos, a restrição a direitos fundamentais, configurando um ataque aos valores e interesses mais básicos do Homem, ínsitos à ideia de dignidade da pessoa humana, é uma matéria cuja extrema sensibilidade não deve ignorar-se. Assim, perante o que acabámos de apurar relativamente à violação de certas garantias de defesa do arguido

doutrina às normas premiaias, assinala que “sua racionalidade se assenta, em alguma medida, na persuasão sobre os acusados, direcionada a incentivar a colaboração com os órgãos de repressão em troca de um prémio no âmbito da punição. A lógica do prémio, por isso, não deixa de estar embasada em um instrumento de pressão sobre o acusado, no caso, à diferença da tortura: uma pressão de natureza premial e não agressiva, que reforça os instrumentos a disposição do acusador, possibilitando-lhe estimular um indiciado a renunciar ao direito ao silêncio e a depor contra os cúmplices, em troca da garantia de redução ou isenção penal.” PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, pp. 90 e 91.

¹⁴⁵ Em sentido contrário, Valdez Pereira entende que a colaboração premiada não ofende a garantia da não auto-incriminação. Leia-se as suas palavras: “Para se argumentar pela inconstitucionalidade da colaboração por suposta violação do direito ao silêncio, ter-se-ia de considerar o direito dos acusados a não confessar como sendo direito irrenunciável, ou, apesar de voluntariamente renunciável, que o prémio pela colaboração eliminaria a voluntariedade. Entende-se, ao contrário, que a possibilidade de se atribuir efeito benéfico à confissão voluntariamente prestada, e ainda que acrescida da colaboração revelativa, não importa violação do direito a não autoincriminação, tampouco o prémio elimina a voluntariedade da renúncia à garantia de não se declarar culpado. Exatamente por ser sujeito processual, o réu pode, desde que livre e conscientemente, dispor de seu direito constitucional a não colaborar; significa dizer que o direito em questão é, em todo caso, disponível, situando-se na esfera de liberdade do titular do direito a decisão sobre opor-se, total ou parcialmente, ou mesmo não se opor, à imputação. Sendo assim, e acaso não pare dúvidas de que a escolha de colaborar foi feita livremente, a renúncia ao direito insere-se na estratégia processual adotada pelo acusado. Nesse sentido há posicionamento do Tribunal Constitucional espanhol: *ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confessar si no se quiere* (ESPANHA, 1987).” PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 87. De facto concordamos que a promessa de prémios à colaboração não *elimina* a voluntariedade do réu, visto que ele conserva a possibilidade de recusar a colaboração. No entanto, apesar da voluntariedade não ser totalmente excluída, ela é cerceada – os incentivos premiaias aliciam-no, incentivam-no a colaborar, condicionando a sua decisão.

decorrente da colaboração premiada (ponto 2.5.3 do presente capítulo), torna-se inevitável problematizar a validade constitucional do instituto. Lembremos que o facto de, segundo o que já concluímos, a colaboração premiada ofender direitos fundamentais do arguido não implica a sua imediata inconstitucionalidade. Como estudámos em capítulo próprio, os direitos fundamentais constituem imperativos de optimização, estando consagrados em normas-princípio que permitem a sua conciliação em caso de colisões tanto internas (entre direitos fundamentais) como externas (entre direitos fundamentais e valores constitucionais comunitários). Um confronto entre normas desta natureza não implica a proscrição de nenhum dos direitos ou valores em causa, reclamando, sim, um exercício de ponderação que determine qual deles há-de ceder no contexto dado. Ora, um dos problemas suscitados pela colaboração premiada prende-se precisamente com um conflito (externo) nos termos em que os descrevemos: por um lado ela pretende servir o valor constitucional comunitário da realização eficaz da justiça penal, e, por outro, ofende direitos fundamentais de defesa do arguido.¹⁴⁶

A avaliação da constitucionalidade do instituto premial é ainda postulada pelos problemas que ele coloca em matéria de exigências preventivas decorrentes da prática de crimes – ao atenuar a pena ou conceder mesmo um perdão ao colaborador, o Estado prescinde dos imperativos de prevenção resultantes do crime por ele praticado. Assim, também nesse domínio a colaboração premiada coloca em confronto dois valores: por um lado, a mesma eficácia na administração da justiça, através da repressão dos crimes delatados e, por outro, a protecção dos bens jurídicos ofendidos pelos factos criminais imputados ao colaborador.

Assim propomo-nos submeter o instituto da colaboração premiada aos controlos constitucionais de restrições a direitos fundamentais, já expendidos no capítulo II, por forma a problematizar a validade da sua consagração na lei (restritiva de direitos, liberdades e garantias) e a definir os termos em que pode ser legítima a sua aplicação

¹⁴⁶ Segundo Flavio Turessi, “é justamente na relação processual penal que a tensão existente entre a liberdade do cidadão e o poder punitivo do Estado ganha maiores embates. É justamente nela que lidamos com a colisão de princípios e com a necessidade da ponderação. É nela, em síntese, que direitos individuais podem e devem ser restringidos para que se garanta a efetiva implementação de outros bens e valores fundamentais igualmente previstos no texto constitucional.” TURESSI, Flavio Eduardo, “Breves apontamentos sobre crime organizado, delação premiada e proibição da protecção penal insuficiente”, *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 3, 2013, p. 242.

prática.¹⁴⁷ Adiantamos que das avaliações a que nos lançaremos neste capítulo a mais substancial prender-se-á com a sujeição do instituto da colaboração premiada aos critérios do princípio da proporcionalidade - essa será a discussão verdadeiramente determinante da questão de constitucionalidade suscitada.¹⁴⁸ Aproveitamos para antecipar também a sugestão de uma dupla avaliação de constitucionalidade da colaboração premiada: a primeira, eminentemente legislativa e que terá por referência os direitos do réu à não auto-incriminação e ao silêncio, não dispensará uma segunda, a cargo do juiz, que, fundando-se nas circunstâncias do caso concreto, procurará aferir da *proporcionalidade* da concessão do prémio à luz das exigências preventivas associadas ao crime praticado pelo colaborador e aos crimes delatados.

3.1. Constitucionalidade de uma “lei da colaboração premiada” enquanto restrição aos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio

Discutir a possibilidade de consagração legal do instituto da colaboração premiada implica problematizar em que medida é legítimo, num plano abstracto, restringir direitos fundamentais do arguido em nome da preservação da efectividade da justiça.¹⁴⁹ É nessa avaliação que aplicaremos tudo quanto estudámos relativamente aos requisitos de validade constitucional das restrições a direitos fundamentais, dos quais nos merecerão especial atenção o respeito pelo princípio estruturante da proporcionalidade, a legitimidade constitucional de fins e meios e a salvaguarda do núcleo essencial do direito ofendido.¹⁵⁰

¹⁴⁷ A colaboração premiada não configura um caso de renúncia ou auto-limitação a direitos fundamentais. A confissão do crime pelo réu é, aliás, uma decisão tomada ao abrigo precisamente desses direitos – o que eles conferem verdadeiramente é um poder de escolha entre confessar ou não. Nessa esteira, Renato de Lima afirma que “na verdade, não há falar em renúncia ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício, opção esta exercida voluntariamente pelo investigado/acusado.” LIMA, *op. cit.*, p. 732. No mesmo sentido, leia-se ainda SANTOS, Dutra, *op. cit.*, p. 139. Ademais, a ofensa dos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio que apurámos no ponto 2.5.3. do presente capítulo não depende da vontade dos seus titulares; ela é determinada pelo Estado, que, ao consagrar o instituto da colaboração premiada, prometendo prémios à colaboração, exerce uma influência sobre a decisão do arguido, cerceando a sua liberdade. É por estas razões que aquilataremos da constitucionalidade da colaboração premiada com base nas regras de restrições a direitos fundamentais e não naquelas relativas à figura da renúncia ou auto-limitação de direitos fundamentais.

¹⁴⁸ O destaque que conferimos ao princípio da proporcionalidade é, como já observámos, confirmado tanto pela doutrina como pelo próprio legislador (artigo 18.º/2 da CRP), que nele vislumbram o mais importante freio das restrições a direitos fundamentais.

¹⁴⁹ Cfr. PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁰ Gomes Canotilho e Nuno Brandão destacam a subordinação da colaboração premiada “a uma exigência de *reserva de lei* e aos princípios da *proibição do excesso* e da *intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais*”. CANOTILHO & BRANDÃO, *op. cit.*, p. 146.

3.1.1. Legitimidade constitucional de fins e meios

Como já observámos no ponto 2.2.6. do presente capítulo, apesar de se reconhecer o princípio da proporcionalidade como o principal “limite dos limites”, a sua aplicação deverá ser precedida de uma avaliação relativa à legitimidade constitucional dos fins e meios que justificam a restrição a determinado direito fundamental.

No que respeita aos fins da colaboração premiada, parece-nos evidente a sua conformidade com a Constituição. Tratando-se de um meio de obtenção de prova, e servindo, assim, a prossecução da verdade material (uma das finalidades reconhecidas ao processo penal no nosso ordenamento jurídico), ela é preconizada como um meio de fomento à eficácia da administração da justiça penal, reforçando a segurança do Estado. Ora, representando a base de um Estado de Direito - estruturado sobre um sistema de justiça que protege bens jurídicos perseguindo as ofensas que lhes sejam dirigidas -, as finalidades aludidas assumem uma legitimidade constitucional que se nos apresenta de meridiana clareza.¹⁵¹

Sem embargo, ainda que as razões justificativas da restrição sejam válidas, a lei restritiva será considerada inconstitucional se o meio utilizado não for admitido pela constituição. No estudo que desenvolvemos, esse meio restritivo prende-se com a consagração da colaboração premiada como meio de obtenção de prova. Desse modo, a avaliação da sua legitimidade reclama que nos detenhamos nas proibições probatórias consagradas no ordenamento jurídico português.

A esse respeito, a Constituição proíbe categoricamente as provas “obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” (artigo 32.º/8 da CRP). Ora, não vislumbramos como possam os incentivos premiais à colaboração do arguido subsumir-se nalguma destas previsões proibitivas. Desde logo, como já tivemos oportunidade de declarar, afastamo-nos terminantemente das comparações sugeridas por alguma doutrina entre a tortura e a colaboração premiada, fundadas numa pretensa lógica

¹⁵¹ Confirmando a importância da realização eficaz da justiça penal, registamos as douras palavras de Jorge Miranda: “Em geral, sem segurança ou sem ordem pública (art.º 29 n.º 2 da Declaração Universal), insistimos, não é possível o exercício das liberdades, o que pressupõe tribunais (art.º 202) e polícias (art.º 272); e não é por acaso que o art.º 9º, alínea b) fala em «garantir os direitos e liberdades fundamentais»”. MIRANDA, *Direitos...cit.*, p. 131.

comum de extorsão de informações do arguido.¹⁵² Também não nos parece que a premiação da colaboração possa ser entendida como uma coacção, visto que, apesar de representar evidente incentivo à adopção de um determinado comportamento processual, a sua previsão legal não elimina a liberdade do réu a ponto de fazê-lo decidir contra a sua vontade.¹⁵³ Mesmo no que tange à integridade moral do réu, não consideramos que ela seja ofendida pelo estímulo à colaboração. Não obstante poder verificar-se a perturbação da liberdade de vontade ou de decisão, tal não decorrerá de nenhuma das circunstâncias cuja observação a lei exige para que se considere ofendida a sua integridade moral ou física (no artigo 126.º/2 do CPP prevê-se, entre outros, casos de maus tratos, ofensas corporais ou perturbação da capacidade de memória).

Pelo que expusemos, devemos, então, concluir que a restrição dos direitos de defesa do arguido (não auto-incriminação e direito ao silêncio) através da colaboração premiada cumpre os requisitos de legitimidade constitucional das finalidades visadas e dos meios utilizados.

3.1.2. Salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos

O artigo 18.º/3 da CRP estabelece que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não podem “diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” Por força da estatuição enunciada, ficam vedadas as restrições que impliquem o total esvaziamento de algum dos direitos fundamentais e valores que estejam em conflito, reconhecendo-se a existência de um núcleo essencial, de uma zona inatacável no conteúdo desses direitos.

No estudo que desenvolvemos, é a questão seguinte que neste domínio se coloca: a colaboração premiada atinge o núcleo essencial dos direitos do arguido à não auto-incriminação e ao silêncio?

A resposta à questão formulada reclama um enquadramento prévio, que permita rememorar o que expendemos relativamente aos direitos de defesa do réu e à sua relação com o instituto da colaboração premiada.

¹⁵² No ponto 2.1. do presente capítulo tivemos oportunidade de assinalar as fundamentais diferenças entre ambos os meios de obtenção de prova.

¹⁵³ Segundo o Tribunal da Relação de Coimbra, para que se considere ter sido praticado um crime de coacção “exige-se que a pessoa objecto da acção de coacção tenha efectivamente sido constrangida a praticar a acção, a omitir a acção ou a tolerar a acção, de acordo com a vontade do coactor e contra a sua vontade.” (Acórdão de 07/03/2012).

É mister lembrar que o pleno gozo dos direitos de defesa por parte do réu partirá inevitavelmente de uma premissa de liberdade nas decisões processuais que, por força desses direitos, lhe caibam. O direito à não auto-incriminação implica que a sua opção entre contribuir ou não para a própria inculpação (*maxime*, através da confissão) seja realizada num contexto de liberdade e esclarecimento. Ora, como já registámos, a previsão de prémios constrange, de facto, essa decisão, porquanto representa um incentivo à confissão e colaboração. Sem embargo, lembrando a questão que enunciámos como mote deste capítulo, advertimos que o que se pretende discutir neste momento ultrapassa a aferição da mera existência de uma violação aos direitos em apreço; o que nos propomos agora é aquilatar da intensidade – ou, num termo mais ilustrativo, da profundidade – dessa ofensa.

Na avaliação a que procederemos, partiremos das teorias absolutas sobre o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, recusando confundi-lo com os testes de proporcionalidade que, parece-nos, constituem um distinto e autónomo critério de validade constitucional de restrições a direitos fundamentais. Assim, é em abstracto que intentaremos delimitar uma zona inatacável dos direitos do arguido à não auto-incriminação e ao silêncio.

Prendendo-se o conteúdo dos referidos direitos com um poder do arguido de decisão relativamente ao seu comportamento processual – já que perante uma acusação é a ele que caberá decidir entre confessar ou não os factos que lhe são imputados –, o seu respeito num patamar ideal implica que ela seja tomada num contexto de total liberdade e ausência de qualquer condicionamento. No entanto, o princípio da salvaguarda do núcleo essencial não postula a satisfação dos direitos num grau óptimo, impondo antes um limite mínimo de conteúdo a ser respeitado. Posto estarem os direitos ao silêncio e à não auto-incriminação relacionados com a produção probatória (desfavorável ao réu), é com apoio nas proibições legais de prova consagradas na lei (artigo 32.º/8 da CRP e artigo 126.º do CPP) que nos propomos encontrar esse limite mínimo. Detendo-nos nesses preceitos, somos imediatamente levados a concluir que os direitos de que cuidamos nunca poderiam considerar-se minimamente respeitados quando a confissão do arguido fosse obtida mediante tortura, coacção ou ofensa à integridade física ou moral das pessoas; essas são circunstâncias que podem resultar numa séria perturbação da liberdade de decisão do

arguido nesse domínio, podendo mesmo levá-lo a decidir contra a sua vontade, o que, sem dúvida, viola o núcleo essencial dos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio.

Como já concluímos no ponto 2.5.3. do presente capítulo, a colaboração premiada também ofende os direitos de defesa em apreço, restringindo a liberdade de decisão do indivíduo através dos incentivos à sua confissão/colaboração. No entanto, o disposto no artigo 126.º do CPP permite-nos concluir que, segundo um critério de gravidade da agressão, ela deverá ser considerada menos restritiva do que os meios de obtenção de prova nele previstos. Vejamos:

O n.º2/a) desse preceito só proíbe a perturbação da liberdade de vontade ou de decisão que resulte de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos. Ademais, a proibição de obtenção de provas mediante promessa de vantagem legalmente inadmissível (n.º 2/e)) permite-nos inferir duas proposições: em primeiro, ao estabelecer um nexo entre a promessa de vantagens e a obtenção da prova, o legislador reconhece implicitamente que esses incentivos induzem o arguido a adoptar determinado comportamento processual (*maxime* a confissão), cerceando a sua liberdade de decisão; em segundo, ao circunscrever a proibição à promessa de vantagens que sejam legalmente inadmissíveis, o legislador exclui dela a promessa de vantagens admitidas por lei.

Do exposto podemos concluir que a promessa de vantagens *per se*, apesar de se reconhecer a sua influência no comportamento do arguido, não é razão bastante para se proibir as provas que dela resultem. Para que a prova incorra na proibição plasmada no artigo 126.º/2/e) do CPP exige-se que a vantagem prometida seja ilegalmente inadmissível – nesse caso a proibição funda-se na violação tanto do direito à não auto-incriminação como de um princípio ético da actuação do Estado, que lhe veda o uso da perfídia para realizar as suas finalidades de administração da justiça.¹⁵⁴

¹⁵⁴ No mesmo sentido, Gomes Canotilho e Nuno Brandão defendem a preclusão das provas obtidas na Operação Lava Jato através de acordos de colaboração premiada em que se prometiam vantagens legalmente proibidas. Os autores lembram o seguinte: “O engodo do réu com promessas 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*”. 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*”. Fundamentando essa posição, Canotilho e Brandão defendem que só se verá respeitado o direito à não auto-incriminação, na sua dimensão

Ora, a ausência de uma proibição geral de provas obtidas mediante a promessa de vantagens está, parece-nos, relacionada com a matéria a que nos dedicamos neste capítulo – o princípio da salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos. Ao não se consagrar essa proibição geral não se ignora a influência das promessas no comportamento do arguido (já explicámos como o legislador a admite implicitamente), mas antes se reconhece que a agressão que delas resulta é mínima, ficando à superfície do conteúdo dos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio.

Com base na análise do artigo 126.º do CPP que realizámos, parece-nos que a colaboração premiada, enquanto meio de obtenção de prova através da promessa de vantagens, tem de ser considerada menos agressiva para os direitos à não auto-incriminação e ao silêncio do que os casos previstos no artigo 126.º/1 do CPP, em que a liberdade de decisão ou de vontade do arguido é mais gravemente restringida – com efeito, o condicionamento resultante de coacção, maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos é maior do que aquele que resulta dos incentivos relativos à colaboração premiada (tanto é que esses meios de obtenção de prova são proibidos, ao contrário das provas obtidas mediante a promessa de vantagens, desde que legais). Assim, ao contrário dos casos enumerados, a colaboração premiada, apesar de influenciar o comportamento processual do arguido, permite preservar ainda uma considerável liberdade de decisão, não atingindo o núcleo essencial dos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio.

nuclear do direito ao silêncio, quando a colaboração do arguido brote da sua auto-determinação. Afirma-se que “as declarações extorquidas através de manipulações e enganamentos não representam um exercício de liberdade e auto-determinação, mas a sua mais lúdima negação”, já que nesses casos a colaboração não estaria a desenvolver-se num ambiente de plena liberdade e informação. Relativamente às questões éticas suscitadas os autores lembram que “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. (...) 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.” CANOTILHO & BRANDÃO, *op. cit.*, pp. 165 e segs; FREIRE DOS REIS, Pascoal, *Instituições de direito criminal português*, 1794. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf]; PEREIRA E SOUSA, Joaquim, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, 2. Ed., Lisboa, 1800. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1072.pdf].

3.1.3. Princípio da proporcionalidade

Verificada a legitimidade constitucional de fins e meios e o respeito pelo princípio da salvaguarda do núcleo essencial do direito restringido, cabe agora submeter o instituto da colaboração premiada ao crivo do mais importante “limite dos limites” – o princípio da proporcionalidade. Propomo-nos, então, aferir da sua validade constitucional com base nos três sub-princípios que a dogmática alemã excogita do princípio da proporcionalidade, quais sejam a adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida.

- Teste de adequação

Para que a colaboração premiada seja considerada uma medida restritiva de direitos (à não auto-incriminação e ao silêncio) legítima à luz do princípio da proporcionalidade exige-se, desde logo, que ela seja *adequada* à prossecução das finalidades que a justificam. Assim, a questão a colocar-se neste domínio é a seguinte: Será a colaboração premiada apta ao incremento da eficácia na administração da justiça penal? Será ela um instrumento idóneo ao reforço da persecução criminal, combatendo a impunidade nesse âmbito?

Devemos começar por lembrar que o critério da adequação não exige que o meio utilizado apresente uma eficácia plena na prossecução da finalidade almejada, mas tão-só que seja apto a uma aproximação desse fim, isto é, à sua realização ainda que apenas em parte. Assim, para que se considere a colaboração premiada como *adequada* não será forçoso que se apure a sua eficácia em todo e qualquer caso, bastando que tal se verifique na média ou na maioria deles. Posto isto, não restam grandes dúvidas relativamente ao cumprimento deste requisito, dado o razoável consenso que existe na doutrina relativamente à eficácia do instituto premial no apoio à investigação criminal.¹⁵⁵ Esse consenso funda-se, aliás, na observação das experiências levadas a cabo por vários Estados, em que se constata a fecundidade dos resultados produzidos pela colaboração premiada. Em Itália, o instituto foi determinante, por exemplo, no desmantelamento da máfia através da Operação “Mãos Limpas”, em que a colaboração de um dos criminosos

¹⁵⁵ RIVA, Carlo Ruga, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 519; PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 94; FLORA, Giovanni, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova: Cedam, 1984, p. 225; SANTOS, Dutra, *op. cit.*, pp. 78 e 79 (a título de exemplo); LIMA, *op. cit.*, p. 522; TURESSI, *op. cit.*, p. 233 (a título de exemplo).

permitiu o julgamento de 475 sujeitos, do qual resultou a condenação de 331 deles.¹⁵⁶ Já no Brasil, é possível constatar um aumento de condenações nos crimes em que se vem aplicando o instituto premial¹⁵⁷ e nos Estados Unidos da América a esmagadora maioria dos processos são resolvidos por recurso aos mecanismos oferecidos pelo *plea bargaining*, entre os quais figura a colaboração premiada.¹⁵⁸

Justificando a eficiência do instituto Valdez Pereira cita Federico Stella, segundo o qual a colaboração premiada estimula “posturas individuais contrárias aos interesses da associação criminal, possibilitando que surjam importantes motivos de desconfiança e fraturas internas na coesão da organização, pelo que *risponde ad una saggia política criminale* a promessa de benefício no plano da pena, de modo a favorecer a colaboração dos *pentiti*”.¹⁵⁹ Corroborando essa tese, também Renato Lima conta entre as valências do instituto “a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affictio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada.”¹⁶⁰

A potencial eficácia da colaboração premiada justifica-se ainda pela posição privilegiada em que se encontra o colaborador no âmbito da investigação – havendo participado no crime investigado, ou tendo feito parte da organização criminosa que se pretende dismantlar, o réu colaborador estará, em muitos dos casos, na posse de

¹⁵⁶ Vide, DINO, Nicolao, “A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória”, in: Daniel de Resende Salgado & Ronaldo Pinheiro de Queiroz (Orgs.), *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*, Salvador: Juspodivm, 3ª ed., 2019, pp. 611-636.

¹⁵⁷ Michelle Barbosa de Brito demonstra-o estatisticamente numa obra que, não por acaso, intitula como “Delação premiada e decisão penal: Da *eficiência* à integridade”. BRITO, *op. cit.* Também Dutra Santos corrobora a eficácia da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro. Atentemos nas palavras do autor: “Diante da *inegável eficiência da delação premiada enquanto instrumento de repressão ao crime*, sobretudo para desbaratar organizações e associações criminosas, convém, pragmaticamente, reconhecer que sequer vontade política existe a favor da declaração de sua inconstitucionalidade – nem por parte da polícia e do Ministério Público, porque *é uma eficaz ferramenta probatória*; nem da magistratura, pois *facilita a busca do que se supõe ser a verdade material*, e, por conseguinte, a entrega da prestação jurisdicional, haja vista o *arsenal de provas que surge a partir da chamada do corrêu*.” SANTOS, Dutra, *op. cit.*, pp. 78 e 79. (Todos os sublinhados são nossos.)

¹⁵⁸ Vinicius de Vasconcellos faz referência a estudos realizados por Michael Finkelstein a partir de estatísticas apresentadas por Cortes estadunidenses, que demonstram que “quanto maior o percentual de condenações realizadas por meio da barganha, menor o índice geral de absolvições”, concluindo que “parte dos reconhecimentos de culpabilidade foi realizada por réus que seriam inocentados em eventual processo, seguindo-se a média de absolvições anteriores à introdução dos mecanismos negociais.” Assim, também nos Estados Unidos da América a justiça consensual e, por inerência, a colaboração premiada, vêm contribuindo para o reforço da persecução criminal, o que é demonstrado pelo aumento de condenações. VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 170.

¹⁵⁹ PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 94; STELLA, Federico, “La tutela penale della società”, in: MARINUCCI, G. & DOLCINI, E., *Diritto penale in trasformazione*, Milano: Giuffrè, 1985, pp. 81 e segs.

¹⁶⁰ LIMA, *op. cit.*, p. 522.

informações relevantes sobre a configuração dos factos criminais (identificação dos co-autores do crime e dos factos por cada um praticados, localização de elementos com relevância probatória, etc.).

Mesmo entre os detractores do instituto não sói questionar-se a sua eficácia; pelo contrário, ela pode mesmo deduzir-se da sua argumentação fundamental, que se prende com o entendimento de que os propósitos utilitários de eficácia da justiça – reconhecendo implicitamente que a colaboração premiada os serve - não podem sobrepor-se a outros valores invocados (como princípios éticos ou as garantias de defesa do réu, lembrando alguns dos que registámos).¹⁶¹

Pelo que expusémos, prosseguiremos as avaliações do princípio da proporcionalidade partindo do pressuposto de que uma “lei da colaboração premiada” seria *adequada* à prossecução das finalidades de apoio à administração da justiça penal.

- Teste de necessidade

O critério da necessidade fixa outra das imposições decorrentes do princípio da proporcionalidade – a exigência de que a medida adoptada seja, entre um conjunto de medidas igualmente eficazes, a menos restritiva para o direito ofendido. Assim, como expusemos no capítulo dedicado às restrições a direitos fundamentais, os imperativos de *necessidade* reclamam do legislador que determine os graus de eficácia e do potencial agressor das medidas em confronto e ainda que assuma uma decisão com base nessa avaliação, que, nos casos mais complexos (precisamente aqueles que justificam a convocação do princípio da proporcionalidade), implicará uma opção entre medidas mais eficazes embora mais restritivas e outras menos eficazes mas também menos restritivas.

Ora, somos forçados a assumir que não estaremos em posição de proceder a avaliações com esse grau de minúcia relativamente à *necessidade* do instituto da colaboração premiada. Neste domínio, somos confrontados com as mesmas dificuldades constatadas por Valdez Pereira, segundo o qual “não há como definir antecipadamente qual

¹⁶¹ Somos corroborados pelas palavras de Dutra Santos, segundo o qual “o devido processo legal substancial, inserto no inciso LIV do artigo 5.º da Constituição, enquanto sinónimo de processo justo, passa a conviver com um mecanismo de produção de provas *inegavelmente eficiente*, mas pautado em balizas éticas bastante duvidosas”. SANTOS, Dutra, *op. cit.*, p. 70. Sublinhado nosso. Entre os vários detractores da colaboração premiada que reconhecem a sua eficiência contam-se, por exemplo: BECCARIA, *op. cit.*, p. 124; Barbosa de Brito, que em toda a sua obra associa a colaboração premiada a uma lógica de eficiência (o próprio título da obra o indica) - BRITO, *op. cit.*, pp. 57 e 58 (a título de exemplo).

dos instrumentos investigativos hipoteticamente disponíveis para o reforço investigativo será mais eficaz na busca de provas. Somente a detalhada e progressiva avaliação do fenômeno criminal específico é que permitirá algum tipo de conclusão ou indicação acerca da técnica investigativa concretamente mais idônea ao fim pretendido. (...) Está-se, nesse momento da análise, no âmbito da generalização inerente às leis, tendo em vista a impossibilidade de se alcançarem todos os matizes da variada gama de situações empíricas a que o legislador pretende atingir, logo o controle em abstrato da necessidade da medida também deve situar-se no mesmo nível de generalidade, observando se, na média dos casos possíveis, a medida viola a exigência da necessidade.”¹⁶²

De facto, devemos ter em conta que a formulação de uma lei representa um exercício de generalização e abstracção e, desse modo, reconhecer a impossibilidade de avaliá-la à luz da especificidade de todos os casos concretos que possam surgir (se num caso a colaboração premiada pode ser o meio mais *necessário*, isto é, o menos restritivo entre os igualmente eficazes, perante as particularidades de outro caso pode deixar de o ser). Na ponderação a que procederemos seremos, então, forçados a partir de um plano necessariamente menos ampliado do problema, assumindo a média dos casos como referência norteadora deste exercício, e, assim, só estaremos em posição de declarar a *desnecessidade* da colaboração premiada se concluirmos que ela seja manifestamente menos eficaz ou mais restritiva do que outros meios de reforço investigativo – só nessas circunstâncias de clara desvantagem será possível prever a sua *desnecessidade* na média dos casos.¹⁶³

Nas avaliações de *necessidade* que levaremos a cabo colocaremos o instituto da colaboração premiada em confronto com os meios de obtenção de prova já consagrados no nosso ordenamento jurídico, comparando genericamente os respectivos graus de eficácia e de potencial agressivo face aos direitos fundamentais restringidos.

Em Portugal, a consagração de um regime de colaboração premiada tem vindo a ser discutida enquanto medida de apoio à perseguição de um particular tipo de criminalidade – a criminalidade económico-financeira (*maxime*, a corrupção). Maria José Morgado e José Vergar reportam-na às “ações praticadas por duas pessoas, ou mais, que participam

¹⁶² PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 95.

¹⁶³ *Ibidem*.

conjuntamente num projeto criminal, com o fim de obter poder e lucro através de negócios ilegais, ou de atividades a estes associados, recorrendo à violência e à intimidação, e usando de influência junto das esferas políticas, dos *media*, da economia, do governo e da justiça”.¹⁶⁴ São deste tipo crimes como os de fraude fiscal, branqueamento de capitais, corrupção, peculato, burla, participação económica em negócio, administração danosa ou fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito.¹⁶⁵

Sobre a criminalidade económico-financeira é mister assinalar ainda que, não raras vezes, ela assumirá contornos de crime organizado. Para além da definição que transcrevemos, que alude à pluralidade de agentes criminosos e a projectos criminais conjuntos, também o Código de Processo Penal estabelece uma relação entre a criminalidade económico-financeira e o crime organizado ao subsumir crimes como os de corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento no universo da “criminalidade altamente organizada” (artigo 1.º/m CPP). Na mesma esteira, Morgado e Vergar alertam para o surgimento de grupos organizados no domínio da criminalidade económico-financeira, que se internacionalizam e se servem de alta tecnologia e da proximidade com o meio político para o desenvolvimento da actividade criminosa com garantia de impunidade.¹⁶⁶ A complexa organização associada a este tipo de crimes tem dificultado a sua repressão judicial, embargando a obtenção de provas (num domínio criminal que, ademais, se apresenta de grande exigência probatória). Com efeito, a justiça portuguesa tem-se deparado com o que a doutrina alemã convencionou designar como “emergência investigativa”, aludindo às situações em que a investigação criminal esbarra em dificuldades que acabam por votá-la a um inultrapassável impasse¹⁶⁷ – a demonstrá-lo aí estão os dados que exibem Portugal como um dos países que, para além de apresentar níveis de corrupção acima da média da União Europeia, não tem sido capaz de apresentar medidas de prevenção e actuação no domínio da criminalidade económico-financeira adequadas a reverter essa situação.

¹⁶⁴ MORGADO, Maria José & VERGAR, José, *O inimigo sem rosto: fraude e corrupção em Portugal*, Lisboa: Publicações D. Quixote, 2003, p. 27. Devemos assinalar que o recurso “à violência e à intimidação” a que aludem os autores não é, geralmente, reconhecido como um aspecto necessário à configuração da criminalidade económico-financeira.

¹⁶⁵ Consulte-se, por exemplo, o artigo 1.º da lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, relativa às medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira.

¹⁶⁶ MORGADO & VERGAR, *op. cit.*, pp. 30 e 31.

¹⁶⁷ PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 91.

Todos estes dados negativos devem-se, então, a um fracasso dos tradicionais meios de investigação, que não têm sido capazes de se adaptar ao desenvolvimento e modernização da criminalidade económico-financeira, altamente complexificada e organizada.¹⁶⁸ Para demonstrar o mesmo, Valdez Pereira parafraseia Elvio Fassone nos seguintes termos: “(...) inexistindo flagrante, os meios de prova empregados são essencialmente quatro: documentos, os quais, de regra, não são deixados ou produzidos pelas organizações criminais; interceptações telefônicas, que tendem a se esgotar, pelos perigos constatados nessa forma de comunicação; os dados bancários e patrimoniais, que igualmente se vão convertendo em circuitos paralelos de difícil rastreamento e ligação com os titulares; e as declarações de testemunhas, em face das quais se vêem dissuasões, corrupções, ameaças expressas ou veladas, decorrentes da própria estrutura delituosa, tornando quase impotente essa fonte probatória”.¹⁶⁹

Perante o que expusemos, cuidamos que, num balanço entre efeitos restritivos e eficácia na prossecução da finalidade almejada, se nos virá a afigurar de clareza bastante a *necessidade* de consagração do instituto da colaboração premiada. Ainda que ele seja considerado mais agressivo para os direitos fundamentais, por convocar questões no domínio dos direitos de defesa do réu que os tradicionais meios de investigação não suscitam, essa desvantagem, parece-nos, sempre será largamente ultrapassada com base no parâmetro da eficácia – de acordo com a argumentação e os dados que registámos, os meios de obtenção de prova clássicos (exames, revistas, buscas, apreensões, escutas telefônicas – artigo 171 e segs. CPC) manifestam sérias carências na perseguição da criminalidade económico-financeira, enquanto o instituto da colaboração premiada apresenta um significativo potencial de eficácia. Por outras palavras, a discrepância verificada no parâmetro da ofensa a direitos fundamentais, que assumiremos favorável aos meios clássicos de investigação, não é tão flagrante quanto a que se manifesta no critério da eficácia, favorável à colaboração premiada. Assim, o instituto premial cumpre o critério

¹⁶⁸ Também García de Paz relaciona o fracasso dos meios tradicionais de investigação com a complexidade das organizações criminosas, manifestada na sua estrutura e divisão de tarefas, nos meios técnicos e materiais disponíveis, nos códigos de hierarquia e disciplina, na ausência, em geral, de vítimas individualizadas e nos mecanismos de coerção e ameaça. PAZ, Isabel Sánchez García de, *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 219 (citado por: PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 91.)

¹⁶⁹ PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 94. FASSONE, Elvio, “Il processo penale e la valutazione dell’apporto probatorio del chiamante in correità”, in: NEUBURGER, L. de Cataldo (Coord.), *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, Padova: Cedam, 1992, p. 104.

de *necessidade*, já que, apesar de ser mais restritivo, é potencialmente bastante mais eficaz do que os meios de obtenção de prova tradicionais, que não têm apresentado o mínimo exigível de eficácia na perseguição da criminalidade económico-financeira.

Lembramos que as conclusões apresentadas têm por referência a média dos casos; com efeito, é possível que perante as particularidades de um caso concreto os clássicos meios de investigação se revelem plenamente eficazes, situações em que não se justificará recorrer-se a um meio de obtenção de prova mais restritivo, como é o instituto da colaboração premiada. Assim, a satisfação do critério da necessidade em abstracto, isto é, no momento da consagração legal do instituto premial, não dispensa que ela seja avaliada pelo juiz em concreto, só devendo ser aplicada quando as circunstâncias do caso determinarem a “emergência investigativa”, um insuperável impasse na investigação.¹⁷⁰

- Teste de proporcionalidade em sentido estrito

Aferidos os critérios de *adequação e necessidade* resta aquilatar da *razoabilidade*, ou *proporcionalidade em sentido estrito* do instituto da colaboração premiada. Como estudámos, este último critério impõe um exercício de sopesação entre a medida das restrições cominadas e as finalidades prosseguidas, visando impedir a consagração de leis restritivas de direitos fundamentais que não sejam razoáveis. Assim, ainda que a colaboração premiada seja o único meio eficaz no apoio à administração da justiça penal no domínio da criminalidade económico-financeira (como já afirmámos, é, pelo menos, o único meio que apresenta os níveis de eficácia exigíveis), a sua adopção estará vedada caso ela represente uma agressão excessiva aos direitos fundamentais que restringe.

Recordamos que este sub-princípio não exige que a medida restritiva seja a mais proporcional, mas apenas que não seja desproporcionada, actuando como um filtro para os “*erros manifestos* de apreciação por parte do legislador.”¹⁷¹ Para que se considere cumprido o critério de razoabilidade impõe-se, então, que as vantagens decorrentes da lei restritiva sejam *suficientemente* significativas para justificar a restrição na medida em que é operada.

¹⁷⁰ No mesmo sentido, *vide*, PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 95.

¹⁷¹ CANOTILHO, *Direito... cit.*, p. 272.

Como estudámos, o princípio da proporcionalidade, enquanto critério de controlo da actividade legislativa estadual, não só proíbe os excessos de intervenção do Estado na esfera dos direitos fundamentais dos particulares, como representa um imperativo de actuação positiva para protecção de bens jurídicos. Ora, consabidamente, o respeito dessa imposição (que, da perspectiva inversa, configura também uma proibição, nesse caso de insuficiência) está intimamente relacionada com a prevenção criminal, através da actividade legislativa criminalizadora e da repressão judicial do crime – para que cumpra o seu dever de protecção, o Estado terá de criminalizar as condutas que ofendam bens jurídicos e ainda de condenar e sancionar os agentes desses comportamentos.

Valdez Pereira adverte que não é possível extrair-se dos deveres estatais de protecção de bens jurídicos (através da prevenção e repressão criminal) uma imposição de consagração do instituto da colaboração premiada, acrescentando que “tampouco se pode pretender que advenha da segunda versão do princípio da proporcionalidade, como proibição de insuficiência, qualquer possibilidade de controle de abstenção legislativa em vista da não adoção da colaboração premiada para fazer frente à criminalidade associativa”. O autor considera que este é um domínio inscrito na margem de discricionariedade do legislador, ao qual compete deliberar sobre a conformação específica dos meios para a protecção de bens jurídicos.¹⁷²

Não obstante, o reconhecimento de uma dimensão (do princípio da proporcionalidade) de proibição de insuficiência de actuação do Estado permite-nos tomar consciência de que, para que os direitos fundamentais se vejam realizados e protegidos, não basta que o Estado se abstenha de intervenções excessivas, mas ainda que actue positivamente. Compreenda-se, então, que, dada a “emergência investigativa” no âmbito da criminalidade económico-financeira, a indagação de meios de apoio à investigação é uma missão que o Estado não pode ignorar.

A premência em encarar e resolver este problema de eficácia da persecução criminal resulta, ademais, da elevada danosidade associada à criminalidade económico-financeira. Maria José Morgado e José Vergar assinalam que os crimes praticados neste domínio não fazem vítimas individualizadas, mas perturbam a sociedade como um todo, atingindo um conjunto de bens macro-sociais dos quais depende o bem-estar social, como

¹⁷² PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 93.

a justa repartição de rendimentos e riqueza, a legalidade, a concorrência leal e a igualdade.¹⁷³ Segundo os autores, estes seriam, então, os crimes que provocariam danos mais graves no Estado e nos seus cidadãos, já que “geram pobreza, impedem o desenvolvimento económico, provocam injustiça social e são responsáveis pela degradação do sistema político e das instituições públicas”.¹⁷⁴

Creemos que a capital importância da perseguição eficaz da criminalidade económico-financeira, que resulta com meridiana clareza de tudo o que expusemos, há-de determinar que as avaliações de proporcionalidade em sentido estrito relativas ao instituto da colaboração premiada se revelem favoráveis à sua consagração. Com efeito, parece-nos razoável argumentar que os propósitos de repressão dos crimes económico-financeiros, e a subjacente protecção dos bens macro-sociais cuja realização é por eles colocada em causa, justificam uma compressão dos direitos do réu à não auto-incriminação e ao silêncio, que, aliás, é realizada numa medida mínima (como já assentámos, a promessa de prémios na sentença cerceia ligeiramente esses direitos, atinge-os superficialmente, preservando uma considerável liberdade de decisão do réu).

3.1.4. Restantes requisitos das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias¹⁷⁵

O desenvolvimento que dedicámos aos requisitos até agora expendidos deve-se ao facto de eles apresentarem mais aspectos substanciais, que geram discussão e reclamam argumentação, e não por serem mais imperativos, como se poderia imaginar. O cumprimento dos restantes requisitos de validade das leis restritivas de direitos fundamentais é igualmente determinante.

Não deve, então, olvidar-se que, para que seja válida à luz da Constituição, a colaboração premiada deverá ser consagrada numa Lei da Assembleia da República ou num decreto-lei autorizado do Governo que seja geral e abstracta, dirigindo-se a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas e a um número indeterminado ou indeterminável de casos. Às exigências expostas acrescerá ainda uma imposição de não retroactividade da lei da colaboração premiada.

¹⁷³ MORGADO & VERGAR, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷⁴ Palavras transcritas da sinopse da obra. MORGADO & VERGAR, *op. cit.*

¹⁷⁵ Sobre estes requisitos leia-se, com desenvolvimento, os pontos 2.2.1., 2.2.3., 2.2.5. do capítulo II.

3.2. Constitucionalidade da aplicação em concreto da colaboração premiada (concessão do prémio): protecção de bens jurídicos e exigências preventivas

Aferimos no capítulo anterior da conformidade constitucional de uma lei da colaboração premiada no domínio da criminalidade económico-financeira: a restrição dos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio operada pela consagração do instituto respeita as imposições de legitimidade constitucional de fins e meios, de salvaguarda do núcleo essencial do direito ofendido e do princípio da proporcionalidade.

No entanto, não se julgue que a norma criada pelo legislador possa, por si mesma, garantir a validade constitucional do instituto da colaboração premiada em termos que admitissem a sua indiscriminada aplicação em quaisquer casos de crime económico-financeiro. Com efeito, deve ter-se em consideração que, para além de contender com os direitos de defesa do réu, o instituto implica ainda, dada a concessão do prémio, que a punição do crime praticado pelo colaborador deixe de corresponder às exigências preventivas que dele decorram, prescindindo o Estado (pelo menos) de parte da protecção dos bens jurídicos atingidos por esses factos criminais. Voltamos a lembrar que o princípio da proporcionalidade, enquanto critério orientador da função de protecção de bens jurídicos, impõe ao Estado que criminalize, persiga e puna comportamentos que os ofendam. Assim, quando o Estado pune “a menos”, viola os seus deveres de tutela, desrespeitando uma proibição de insuficiência de protecção.

O que nos propomos neste passo é avaliar a legitimidade constitucional da premiação da colaboração, indagando em que casos as finalidades servidas pelo instituto premial (a facilitação da obtenção de provas e, conseqüentemente, o reforço da persecução criminal relativamente aos crimes delatados) podem justificar, à luz do princípio da proporcionalidade, a punição dos crimes imputados ao réu colaborador numa medida abaixo das exigências preventivas.

Advertimos que, estando dependentes das vicissitudes do caso concreto – é a especificidade de cada caso que revela as exigências preventivas tanto relativamente ao colaborador como aos sujeitos delatados -, as avaliações a que nos lançamos fogem ao alcance do legislador e deverão, forçosamente, alojar-se sob a alçada do juiz, que, enquanto detentor de poderes públicos, está sujeito ao princípio da proporcionalidade na realização das suas funções.

3.2.1. Proporcionalidade do benefício penal à luz das exigências preventivas

- Teste de adequação

Um dos requisitos para que uma medida seja considerada *proporcional* é, como já estudámos, a sua *idoneidade* na prossecução das finalidades almejadas. Assim, a punição insuficiente, à luz das exigências preventivas, do delito praticado pelo colaborador, só se justificará se a aplicação do regime da colaboração premiada se revelar *adequada* à obtenção de provas e, conseqüentemente, ao reforço da repressão da criminalidade económico-financeira. O juiz só deverá, então, conceder o benefício premial na sentença se a colaboração do réu for profícua, caso contrário a falta de punição não estará a ser devidamente compensada por um acréscimo de protecção do ordenamento jurídico.

É, aliás, pacífico na doutrina que a premiação do réu colaborador deve estar dependente da eficácia da colaboração.¹⁷⁶ Esse é o regime consagrado no ordenamento jurídico brasileiro: a Lei n.º 12.850/13 fixa um conjunto de objectivos que devem resultar da colaboração para que ela seja premiada, como por exemplo a identificação dos demais co-autores ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (artigo 4.º).¹⁷⁷

- Teste da necessidade

Para que o défice de protecção dos bens jurídicos atingidos pelos factos criminais imputados ao réu colaborador (decorrente da atribuição de prémios pela colaboração) esteja justificado à luz de um critério de necessidade, exige-se que essa seja, entre as medidas igualmente eficazes ao reforço da repressão criminal, a menos restritiva. Ora, de acordo com o que expusemos relativamente à lei da colaboração premiada, o cumprimento deste requisito estará dependente da verificação de uma situação de “emergência investigativa”, de dificuldades inultrapassáveis no domínio de produção probatória que determinem o fracasso da investigação. Não basta, então, que o processo seja relativo a

¹⁷⁶ No mesmo sentido, *vide*, BRITO, *op. cit.*, p. 92.

¹⁷⁷ Vinicius de Vasconcellos, comentando o regime de colaboração premiada consagrado na Lei 12.850/13, afirma que: “Adicionalmente, e aqui apresenta-se a principal diferença à barganha, é imprescindível a realização de uma colaboração eficaz à persecução penal, por meio de postura ativa do delator. Desse modo, estabelece-se uma obrigação processual ao agente, “um dever de colaborar de forma permanente com as autoridades”, de modo que sua presença é obrigatória em todos os casos em que for solicitada pela autoridade policial ou judicial. Isso se dá essencialmente a partir da renúncia ao direito ao silêncio ocasionada pela aceitação do acordo de delação, amplamente discutida pela doutrina, mas determinada pelo regramento da Lei 12.850/2013.” VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 119.

crimes no domínio económico-financeiro para que esteja imediatamente admitido o recurso ao instituto premial; exige-se, para tanto, que as circunstâncias do caso concreto revelem a impossibilidade de provimento à investigação por outros meios que não a colaboração premiada.

Assim, se no caso concreto as técnicas clássicas de investigação se revelarem suficientemente eficazes, o juiz não deverá admitir a aplicação do regime da colaboração premiada. Caso esses meios permitirem aceder à identidade dos agentes criminosos e aos factos por eles praticados, possibilitando a sua punição e, conseqüentemente, a plena satisfação de todas as necessidades preventivas, será *desnecessário* o recurso a um instituto que implica prescindir-se de alguma da protecção dos bens jurídicos ofendidos.

- Teste da proporcionalidade em sentido estrito

A *proporcionalidade* da aplicação no caso concreto do regime da colaboração premiada dependerá ainda de um critério de *razoabilidade* entre as vantagens obtidas – a eficácia na administração da justiça penal face aos crimes delatados - e o sacrifício que elas implicam – a não satisfação cabal das exigências preventivas decorrentes dos delitos imputados ao réu colaborador.

Na esteira de Valdez Pereira, consideramos que, por força deste critério, “os delitos que se deixam de punir, ou sofram redução de pena, não podem ser de maior gravidade do que os crimes que se pretendem esclarecer a partir do recurso à colaboração”.¹⁷⁸ Assim, não será razoável premiar a colaboração nos casos em que os factos imputados ao réu representassem uma ofensa mais grave ao ordenamento jurídico do que aqueles que são atribuídos aos sujeitos delatados; a premiação só se justificará se as exigências preventivas decorrentes do crime imputado ao réu não forem maiores do que aquelas que a colaboração permite satisfazer - desse balanço não poderá resultar um enfraquecimento da protecção do ordenamento jurídico.

O autor sugere ainda que o principal critério densificador dessa avaliação de razoabilidade se cifre nos bens jurídicos colocados em causa. Nas suas lapidares palavras, “a proporcionalidade exige que a medida estatal persecutória não pode ser desproporcional à gravidade dos motivos que a justifiquem. Os bens jurídicos a serem salvaguardados pela

¹⁷⁸ PEREIRA, Frederico Valdez, *op. cit.*, p. 96.

técnica premial devem ser de valor ao menos igual aos bens jurídicos tutelados: o que não se verifica quando, para permitir o esclarecimento de crimes de furto ou roubo, concedam-se benefícios penais em relação a sujeitos de atividades criminosas que tenham cometido delitos de homicídio, pela evidente desproporção entre os bens jurídicos em jogo.”¹⁷⁹

De facto, parece-nos indispensável nesta avaliação que se tenha em consideração o valor dos bens jurídicos em causa. Quando o bem jurídico ofendido pelos factos objecto de delação for mais valioso do que o agredido pelo crime imputado ao réu colaborador, estará garantida a proporcionalidade em sentido estrito da colaboração premiada. Há-de suceder, porém, que os bens jurídicos sopesados apresentem um valor semelhante, caso em que esse critério não permitirá distinguir os crimes quanto à relevância das exigências preventivas que imponham. Nessas situações, o juiz deverá, então, considerar outras circunstâncias que permitam indagar a intensidade das exigências preventivas, tais como as previstas no artigo 71.º/2 do Código Penal, habitualmente consideradas na determinação da medida da pena. Dessarte, se, por exemplo, o grau de ilicitude do facto, a gravidade das suas consequências ou a intensidade do dolo relativos ao crime praticado pelo colaborador forem mais significativos, então ele apresentará uma maior necessidade preventiva, de que não se deverá prescindir em nome da punição de crimes que não hajam sido tão ofensivos para o ordenamento jurídico.

Apoiados no artigo 4.º, §1, da lei brasileira n.º 12.850/2013, entendemos que o juiz deverá valorar ainda a personalidade do colaborador. Não só as exigências de prevenção geral deverão relevar, mas também as de prevenção especial - caso se verifiquem antecedentes desfavoráveis ao réu colaborador, que avenem uma forte possibilidade de reincidência, não será *razoável* a concessão do prémio.¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Também Dutra Santos faz relevar a personalidade e os antecedentes do colaborador no momento da concessão do benefício. Leia-se as suas palavras, relativas ao perdão judicial como prémio à colaboração: “Ocorre que, conforme escrito anteriormente, não há como prescindir do Direito Penal do autor quando da aplicação da pena, o que inclui a análise da pertinência ou não do perdão judicial. A personalidade do beneficiário há-de ser aquilatada, sim, mas com lastro em parâmetros concretos, e não especulativos. Exemplificando: embora os antecedentes não sejam requisito objetivo à outorga do perdão judicial, é inegável que o delator que coleciona condenações transitadas em julgado, por crimes da mesma espécie daquele objeto da colaboração, não faz jus à extinção da punibilidade, por mais incisiva e eficaz que tenha sido.” SANTOS, Dutra, *op. cit.*, pp. 100-101. A relevância dos antecedentes e da personalidade do agente pode ser ainda corroborada noutros domínios. Por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17-12-2014, valora essas circunstâncias enquanto critérios da decisão de não substituição de uma pena de prisão por pena de multa.

Pelas mesmas razões de proporcionalidade em sentido estrito, as exigências preventivas, para além de serem critério da decisão entre conceder ou não um prémio, deverão relevar ainda no momento da determinação da medida desse benefício. O *quantum* do benefício a aplicar deverá ser definido com base no grau de eficácia da colaboração, sendo tanto maior quanto mais eficaz ela se revelar¹⁸¹; no entanto, é precisamente nas exigências preventivas que a medida do prémio encontrará o seu limite – por mais significativos que sejam os resultados produzidos pela colaboração, o juiz não poderá outorgar um benefício num tal grau que torne desfavorável o balanço entre a (excessiva) desprotecção dos bens jurídicos ofendidos pelos factos criminais imputados ao colaborador e a protecção daqueles ofendidos pelos crimes delatados.

¹⁸¹ Nesse sentido, Barbosa de Brito afirma o seguinte: “Assim como nas demais leis que prevêm o benefício da redução de pena, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a fixação do patamar de redução ficará a cargo do juiz e dar-se-á de acordo com o grau de efectividade das informações prestadas pelo delator.” BRITO, *op. cit.*, p. 92.

IV. PROJECCÃO DE UM REGIME DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Posto não existir no ordenamento jurídico português um conjunto de disposições que consagrem um regime legal aplicável à colaboração premiada, é partindo da lei brasileira (Lei n.º 9.807/99, artigos 13.º e 14.º - norma geral brasileira sobre colaboração premiada, aplicável a quaisquer crimes; Lei n.º 12.850/2013, relativa ao crime organizado, que pormenorizou a disciplina do instituto e é aplicada por analogia aos restantes tipos de crime) que idealizaremos esse regime. Dela colheremos as estatuições que considerarmos adequadas, sem que deixemos de divergir nalguns aspectos em que, com base no estudo até aqui desenvolvido, cuidemos impor-se a opção por soluções diversas.

1. O papel do Ministério Público

O ordenamento jurídico brasileiro vem atribuindo ao Ministério Público um peso cada vez maior nos processos de colaboração premiada. Para além da disseminação dos acordos de colaboração entre o órgão acusatório e o arguido¹⁸², também a possibilidade de não dedução de acusação como prémio à colaboração (prevista no artigo 4.º, § 4 da Lei n.º 12.850/13) atesta a evidente preponderância da referida magistratura na resolução da controvérsia penal.

Constatando esta circunstância, entendemos que a projecção de um regime legal de colaboração premiada a que nos propomos impõe que comecemos, desde logo, por desenvolver uma reflexão relativa ao papel que o Ministério Público deverá ocupar no processo penal, em geral, e, por inerência, nos processos de colaboração premiada, em particular. Na base dessa discussão encontra-se a matriz caracterizadora do processo penal em causa, que definirá a sua estrutura como acusatória ou, de outra banda, inquisitória. Assim, impõe-se-nos que aproveitemos este passo para despender algumas considerações sobre a estrutura do processo penal português.

¹⁸² Dutra Santos adverte que, ao contrário do que sucede actualmente, os processos de colaboração premiada não partiam de qualquer acordo entre o Ministério Público e o acusado. O autor lembra que “até o advento da Lei n.º 12.850/13, cujos arts. 4.º a 7.º prevêm tal avença, a única delação premiada delineada, aproximadamente nos mesmos moldes, foi a prevista na antiga lei Antidrogas n.º 10.409, de 11 de Janeiro de 2002, haja vista os §§ 2.º e 3.º do art. 32.º c/c o art. 37.º, I e IV.” SANTOS, *op. cit.*, p. 92.

1.1. A estrutura eminentemente acusatória do processo penal português

Como referimos, existem determinados aspectos de regime legal que permitem caracterizar a estrutura do processo penal consagrado em determinado ordenamento jurídico como acusatória ou inquisitória. Ora, um dos factores determinantes desta distinção prende-se precisamente com o papel processual que se atribui ao Ministério Público e ao juiz: nos processos de estrutura acusatória, o princípio da acusação impõe uma separação entre a entidade que investiga e acusa (MP) e aquela que julga (tribunal), enquanto naqueles de natureza inquisitória, é a mesma entidade que assume todas essas incumbências – o juiz investiga, acusa e julga.

Na base dos processos de estrutura acusatória está o reconhecimento da dignidade do arguido, que postula a protecção dos seus direitos fundamentais face às agressões do Estado no processo. Para esse efeito, procura-se, desde logo, garantir a objectividade e imparcialidade da decisão judicial, evitando-se, através da separação de funções, o desenvolvimento, com base na investigação, de pré-julgamentos por parte do juiz.

Já o processo penal de estrutura inquisitória é característico das concepções autoritárias do Estado, sobrepondo o interesse estadual de administração da justiça penal aos direitos individuais. Em processos dessa natureza não se reconhece ao arguido o estatuto de verdadeiro sujeito processual; colocado ao serviço da descoberta da verdade material, ele é votado a uma posição de objecto processual, não gozando da devida protecção contra as ingerências do Estado – admite-se, por exemplo, o recurso à tortura como forma de obtenção da confissão.

O artigo 32.º/5 da Constituição da República Portuguesa estabelece expressa e inequivocamente que “o processo criminal tem estrutura acusatória”. A opção por um processo dessa natureza encontra respaldo constitucional noutras estatuições: com efeito, o artigo 32.º/5 não asseguraria a matriz acusatória do processo caso ela não fosse materializada noutras imposições constitucionais, como as de reserva da função jurisdicional e independência dos tribunais (artigos 202.º e 203.º) e as de autonomia do Ministério Público no exercício das suas funções, como a promoção da acção penal (artigo 219.º/1 e 2). Assim, a estrutura do processo penal português é expressamente determinada pela lei fundamental, e manifesta-se na partilha de funções entre magistraturas autónomas

e independentes – enquanto à magistratura judicial (tribunais) cabe administrar a justiça julgando, a magistratura não judicial (MP) incumbe-se do exercício da acção penal, investigando e acusando.

Não obstante esta clara definição da matriz do processo penal no ordenamento jurídico português, devemos advertir que ele não assume uma estrutura acusatória pura, que se baste com a verdade meramente formal, isto é, a que surja do contributo das partes, sendo marcado por uma intervenção passiva do juiz. Por ordem a harmonizar a protecção dos direitos do arguido com o interesse de descoberta da verdade material – outra das finalidades que se reconhecem ao processo – o processo penal pátrio é integrado por um princípio da investigação, previsto no artigo 340.º/1 do Código de Processo Penal. Segundo esta disposição, “o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”. Deste modo, subsidiariamente ao contributo das partes, o juiz poderá em nome da verdade material e da justiça intervir na recolha da prova necessária à decisão do processo.

Indagar-se o papel que o Ministério Público deverá ocupar no processo penal reclama ainda uma outra reflexão, relativa à forma como exercerá as competências que, segundo o que expusemos, lhe cabem. A questão que se coloca a esse propósito prende-se com a liberdade de que goza o MP na decisão de proceder ou não a uma investigação e de deduzir ou não uma acusação. Nesse domínio, rege o artigo 219.º/1 da CRP, impondo ao MP que exerça a acção penal “orientada pelo princípio da legalidade”, e o artigo 262.º/2 do Código de Processo Penal, que, ressalvando as excepções previstas nesse diploma, dispõe que “a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito”. Assim, adstrito ao princípio da legalidade (também designado na doutrina como princípio da obrigatoriedade)¹⁸³, o MP procederá à investigação sempre que receba notícia de um crime

¹⁸³ Vinicius de Vasconcellos critica a utilização neste domínio dos termos legalidade e obrigatoriedade como sinónimos. Precisando as diferenças entre ambas as noções, o autor despente as seguintes palavras: “Pensa-se que o *princípio da legalidade* impõe que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade e, portanto, a partir das previsões legais, das imposições e limitações previstas em Lei para o seu atuar. (...) De modo distinto, a *obrigatoriedade da acção penal pública* determina a persecução de todos os fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento e que se enquadrem como fatos puníveis segundo o ordenamento jurídico vigente. Ou seja, em um cenário de obrigatoriedade, nenhum critério utilitário ou relacionado com a pouca gravidade do fato criminoso pode ser empregado para fundamentar a não propositura da denúncia ou o não início da persecução punitiva, ainda que previsto em

e estará obrigado a deduzir acusação sempre que recolha indícios suficientes da prática de um ilícito penal. Sem embargo das exceções consagradas nos artigos 280.º e 281.º do CPP, que prevêem alternativas à decisão de acusação, o MP está proibido de proceder a juízos de oportunidade, circunstância que serve um propósito de imparcialidade e igualdade no exercício da acção penal, libertando-o de condicionamentos como de natureza política, por exemplo.¹⁸⁴

Sintetizando o exposto, constatamos que, sem embargo das exceções que fomos referindo, a lei nacional consagra um processo penal de estrutura eminentemente acusatória, em que coexistem duas magistraturas independentes e com funções próprias: o juiz, que julga ao abrigo da reserva da função jurisdicional e o Ministério Público que investiga e acusa em observação do princípio da legalidade ou obrigatoriedade da acção penal.

Ora, os processos de colaboração premiada tal qual vêm sendo desenvolvidos no processo penal brasileiro tangem de várias formas esta estrutura processual pelo excesso de poderes exercidos pelo Ministério Público. De ora em diante ocupar-nos-emos de expor os aspectos regimentais em que tal se verifica.

1.2. Não dedução de acusação pelo Ministério Público

Os abusos do regime legal brasileiro sobre a colaboração premiada resultam cristalinos de um primeiro aspecto: a possibilidade de o MP não deduzir acusação ao

lei.” Ainda no mesmo sentido, Vasconcellos explica que a oportunidade não é, então, oposto de legalidade mas sim de obrigatoriedade: “A *oportunidade* (ou *não obrigatoriedade*) se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, económicos etc., em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e a autoria de um crime. Tais parâmetros decisórios podem ser taxativamente previstos em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade, ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador. Por certo que somente a primeira opção é aceitável no processo penal democrático. O princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade.” VASCONCELLOS, *op. cit.*, pp. 46 e segs.

¹⁸⁴ Gomes Canotilho e Nuno Brandão assinalam a importância do princípio da obrigatoriedade da acção penal, descrevendo-o como “umas 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 como referente constitucional”. CANOTILHO & BRANDÃO, *op. cit.*, p. 163.

arguido como prémio da sua colaboração (artigo 4.º/ 4§ da lei 12.850/13).¹⁸⁵ Essa prerrogativa, parece-nos, viola tanto o princípio da legalidade a que no exercício da acção penal o MP está adstrito como a reserva ao juiz da função jurisdicional.

Poderíamos imaginar que as soluções excepcionais de oportunidade já consagradas no ordenamento jurídico português concederiam amparo à possibilidade de não dedução de acusação pelo MP, sugerindo uma relação de semelhança entre ambas as situações. No entanto, cabe destrinçar aquilo que nelas se nos apresenta diverso e que determina a legitimidade de umas e inadmissibilidade de outras.

Tomando em consideração os casos de suspensão provisória do processo e arquivamento em caso de dispensa da pena (artigos 281.º e 280º do CPP, respectivamente) constatamos que a admissão dos juízos de oportunidade que o MP neles desenvolve se fundamenta na menor gravidade dos crimes em causa e, conseqüente, inexistência de exigências preventivas que justifiquem o julgamento e a condenação judicial (haja em vista que os preceitos em causa restringem a sua aplicação a “crimes relativamente aos quais se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena” ou “crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão”). Ora, aplicando-se a colaboração premiada a crimes graves e de maior exigência investigativa (lembre-se que essas constituem, aliás, premissas da apologia do instituto premial), a justificação aduzida deixa de se lhe adequar, posto a relevância das exigências preventivas não dispensar uma rigorosa avaliação por parte do tribunal.¹⁸⁶

Acresce que, segundo o disposto nos artigos 280.º e 281.º do CPP, a decisão do Ministério Público de subtrair a causa do julgamento judicial está dependente da intervenção do juiz de instrução. Dessarte, apesar de implicarem uma inegável flexibilização da reserva da função jurisdicional, os casos previstos não representam uma total derrogação desse princípio – ao exigirem a concordância do juiz, estas soluções não prescindem do contributo da magistratura judicial, ao menos para “sindicar a inexistência

¹⁸⁵ No modelo de justiça consensual que propõe, Figueiredo Dias também não admite o desenvolvimento de acordos sobre a sentença na fase de inquérito, circunscrevendo-os à fase de julgamento. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Acordos sobre a sentença em processo penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio”?*, Porto: Ordem dos Advogados – Conselho Distrital do Porto, 2011, pp. 101 e segs.

¹⁸⁶ Vide, SANTOS, Cláudia, *op. cit.*, pp. 104 e 105.

de compressões indevidas de direitos fundamentais”.¹⁸⁷ Contrariamente, a não dedução de acusação pelo MP é uma decisão unilateral, sem qualquer crivo judicial, e pode, por isso, considerar-se uma pura arrogação de competências alheias, ao total arrepio dos princípios tanto da legalidade/obrigatoriedade – porque o MP recolhe matéria para acusação e não acusa - como da reserva da função jurisdicional – porque o MP se substitui ao juiz, subtraindo da sua apreciação matéria com relevância criminal. É por isso que entendemos que a consagração, no nosso ordenamento jurídico, de uma norma como a do artigo 4.º/ 4§ da lei 12.850/13, representaria uma completa subversão da estrutura acusatória do processo penal pátrio.¹⁸⁸

Cláudia Santos defende, aliás, que seria inadmissível prescindir-se do processo judicial, ainda que se previsse uma intervenção do juiz, que submetesse à sua anuência o prémio gizado pelo MP. A autora argumenta que “a comparação das responsabilidades do delator e do delatado (assim como das respectivas necessidades punitivas) supõe uma avaliação da prova produzida numa audiência de julgamento, sob pena de violação do princípio da culpa na sua dimensão processual ou adjectiva (aquele princípio segundo o qual a responsabilização penal do agente supõe necessariamente a comprovação da sua responsabilidade através da prova validamente produzida numa audiência de julgamento)”.¹⁸⁹

Com efeito, sem a devida produção de prova em sede judicial, não vislumbramos que o juiz estivesse em posição de aquilatar das exigências preventivas decorrentes tanto dos delitos levados a cabo pelo colaborador como dos praticados pelos co-autores delatados. Essa avaliação, que, de acordo com o regime que idealizamos, determina se a concessão dos benefícios ao colaborador é ou não proporcional, só poderá concluir-se

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 106.

¹⁸⁸ Cláudia Santos argumenta no mesmo sentido relativamente à possibilidade de o Ministério Público se abster de exercer a acção penal como prémio à colaboração. A autora afirma o seguinte: “Um dos argumentos mais fortes contra tal possibilidade relaciona-se com o sentido constitucional e legal da actuação do Ministério Público em estruturas acusatórias integradas por um princípio da investigação próprias do sistema europeu continental (e contrapostas ao dito modelo anglo-saxónico) que assentam numa matriz de legalidade ou de obrigatoriedade da acção penal, excluindo juízos de oportunidade a não ser no âmbito da criminalidade menos grave onde se admitem soluções de diversão processual.” Cláudia Santos adverte ainda que a reserva da função jurisdicional seria violada caso se admitisse “a possibilidade de, por mera decisão do ministério público, em hipóteses de comparticipação, serem escolhidos os arguidos que vão ser julgados e que por isso podem ser condenados a uma pena e aqueles outros que ficam imunes a tal intervenção punitiva porque colaboraram no sentido da responsabilização dos restantes, apesar da existência de indícios da sua própria responsabilidade.” *Ibidem*, p. 94 e 95.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 107.

depois de um processo de produção de prova em sede judicial, em que o sujeito delatado possa oferecer o seu contraditório. Dessa forma fica precluída a possibilidade de o arguido se ver isentado da acusação com base apenas na sua versão dos factos criminais: na fase de inquérito, perante o Ministério Público, o colaborador pode vir a arrogar-se uma responsabilidade tão leve quanto o que seja necessário para não ser acusado, assacando maiores desvalores a terceiros co-autores;¹⁹⁰ ora, só o tribunal, ao abrigo da reserva da função jurisdicional, poderá avaliar a veracidade dos depoimentos do colaborador e das provas que ele apresente – é, então, o juiz quem deverá confirmar a versão factual apresentada pelo arguido com base numa produção de prova que observe as exigências de contraditoriedade.¹⁹¹

1.3. Acordos de colaboração

A Lei n.º 12.850/2013 prevê que o processo de colaboração premiada esteja dependente da iniciativa das partes processuais (acusação – Ministério Público – e defesa – réu), materializada na celebração de um acordo em que o acusado se compromete a colaborar com a investigação relativa à organização criminosa de que fez parte. Este é outro dos aspectos em que o regime brasileiro de colaboração premiada contende, ou pode contender com a natureza acusatória do processo penal português, mais precisamente, com um dos imperativos legais definidores dessa estrutura - a reserva ao juiz da função jurisdicional. Nessa esteira, entendemos que o respeito pelo modelo processual penal nacional impõe a recusa de soluções que possam obnubilar a distinção entre as funções do Ministério Público e as dos tribunais. Ora, esse é um dos riscos de um reforço do protagonismo atribuído ao Ministério Público no âmbito do processo penal, que possa capacitá-lo a influenciar, ainda que indirectamente, a decisão do juiz.

Desde logo, a estruturação dos processos de colaboração premiada sobre acordos entre o MP e os arguidos promove uma nova dinâmica processual que nos parece pouco recomendável. Com efeito, a reserva de função jurisdicional não se limita a assegurar ao

¹⁹⁰ Relativamente à prova por confissão, já o legislador preveniu este tipo de promiscuidade ao estabelecer no artigo 344.º/3 do Código de Processo Penal que, quando haja co-arguidos e nem todos confessem integralmente, sem reservas e *coerentemente* [itálico nosso], a confissão por parte de um deles não produzirá os efeitos previstos no número anterior, entre os quais está a admissão dos factos aduzidos como provados. Assim, se, nos termos descritos, nem o tribunal pode prescindir de confirmar o conteúdo de uma confissão, menos ainda poderia o Ministério Público deixar de deduzir acusação com base nela.

¹⁹¹ Nesse sentido, Cláudia Santos afirma que o tribunal é o “único perante o qual toda a prova é produzida com respeito pelo contraditório, só assim se garantindo a possibilidade de uma valoração justa da quota parte de responsabilidade de cada um dos agentes.” SANTOS, Cláudia, *op. cit.*, p. 93.

juiz o poder de emitir uma decisão com efeitos jurídicos; o mais denso sentido dessa exigência impõe ainda que seja ele a conformar o conteúdo da decisão, construindo a solução do caso autonomamente. Assim, a reserva jurisdicional não se coaduna com o desenvolvimento de processos em que o juiz se aproxime de um mero proclamador de uma decisão cujo conteúdo, previamente fixado pelas partes, se limita a subscrever.

Não se pretende sugerir que os acordos de colaboração retirem ao juiz o poder de julgar, devemos esclarecer - será sempre sua a decisão de homologar ou não o acordo e ainda que o homologue não fica juridicamente vinculado às suas estipulações. O que defendemos é, no entanto, que nos processos em que o juiz homologue o acordo e venha a confirmá-lo na sentença o seu poder de julgar é, ainda que por decisão sua, limitado na dimensão substancial de conformação e criação do conteúdo da sentença.

Os acordos de colaboração premiada podem ainda gerar outros efeitos – estes mais subjectivos – perniciosos. Referimo-nos, neste passo, à possibilidade de que a ratificação do acordo pressione o magistrado a corresponder à expectativa gerada,¹⁹² constringendo-o a decidir em conformidade com o estipulado entre o MP e o arguido. Mesmo Gomes Canotilho e Nuno Brandão falam, relativamente à homologação dos acordos de colaboração premiada, num *compromisso*¹⁹³ que, se cumpridos os requisitos da premiação, o Estado deve honrar, em observação do princípio *pacta sunt servanda*.¹⁹⁴ Assim, podemos entender que a circunstância de se ter adstringido a um pacto, pode condicionar a avaliação final do juiz relativa à colaboração, induzindo-o a procurar uma justificação para confirmar as disposições acordadas, ainda que existam razões para decidir em sentido contrário. Nesses casos, embora não se veja totalmente eliminada, a liberdade de decisão do juiz é coarctada. Assim, a solução de excluir os referidos acordos dos processos de colaboração premiada contribuiria, também, para rechaçar estas dúvidas, reforçando a tão impositiva distinção entre as funções do juiz – julgar - e as do Ministério Público – promover a acção penal sem que se imiscua no sentido e conteúdo da sentença judicial.

¹⁹² Esclarecemos que só no plano fáctico é cogitável o surgimento dessa expectativa, visto que o acordo de colaboração não vincula juridicamente o juiz.

¹⁹³ Sublinhado nosso.

¹⁹⁴ CANOTILHO e BRANDÃO, *op. cit.*, p. 161.

A tese que sustentamos nesta sub-capítulo encontra apoio, parece-nos, no que Gomes Canotilho e Nuno Brandão expõem relativamente aos concretos acordos de colaboração premiada que estiveram na génese da operação Lava Jato. Num estudo dedicado a essa matéria, os autores demonstram como os referidos acordos se viram eivados de clamorosos abusos, constatando uma actuação do Ministério Público muito para lá dos seus poderes, em desrespeito por vários dos princípios caros ao processo penal brasileiro (também consagrados no ordenamento jurídico português).¹⁹⁵ Um desses princípios foi precisamente o que acabámos de invocar como fundamento da recusa de um regime premial estruturado sobre acordos entre a acusação e a defesa – a reserva da função jurisdicional. Num dos casos abordados, extravasando as suas competências, o MP propunha como prémio da colaboração a redução de uma pena de multa ao patamar mínimo, em clara ingerência nos poderes de determinação da medida concreta da pena reservados em absoluto ao juiz.¹⁹⁶

Também em matéria de aplicação e execução de penas criminais a reserva da função jurisdicional foi grosseiramente desrespeitada. O Ministério Público Federal previu que a execução de uma pena de prisão começasse a ser cumprida logo que o arguido assinasse o Termo de Colaboração Premiada, ainda antes da sua homologação pelo juiz. Como é evidente, trata-se de uma decisão condenatória sem observação do devido processo judicial e emitida por uma entidade sem poderes jurisdicionais.¹⁹⁷

Gomes Canotilho e Nuno Brandão registam ainda casos em que o MP se comprometeu a suspender o processo para que sobreviesse a prescrição, violando princípios como o da obrigatoriedade da promoção processual, e outros em que prometeu a aplicação de determinados regimes favoráveis na execução da pena, em desrespeito pelo princípio do juiz natural (o juiz que homologa o acordo não é o juiz competente para emitir decisões em matéria de execução de penas – esse é, segundo o artigo 66, III, b, da Lei de Execução Penal brasileira, o juiz de execução criminal).

Para além das ofensas aos princípios que assinalámos, os acordos fundantes da operação Lava Jato representam ainda uma inaceitável frustração das expectativas do

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 133-171.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 157 e 158.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 158 e 159.

colaborador, baseadas num conjunto de promessas relativas a benefícios que, não estando previstos na lei, não podem vir a ser concedidos.¹⁹⁸

A quantidade de violações descritas demonstra ser recomendável assegurar uma clara distinção entre as magistraturas, definindo as suas funções em termos que não admitam o surgimento destes casos; embora a lei brasileira previna os abusos que aflorámos, consagrando-os como fundamento da não homologação do acordo por parte do juiz, não deixamos de notar que o reforço do protagonismo do MP através da atribuição de poderes para celebrar acordos e a ocorrência de casos como os descritos pode criar um ambiente propício à perigosa confusão entre as funções do MP e dos tribunais e, assim, a um fenómeno de “rampa deslizante”.

Para além de tudo o referido, dispõe a favor da exclusão dos acordos de colaboração a sua dispensabilidade no que concerne à iniciativa e desenvolvimento da colaboração premiada. O que advogamos é, desde logo, confirmado pelo curso da legislação brasileira, no que foi dispendo sobre esta matéria, posto que até à lei n.º 12.850/2013 o único diploma que aludia a um acordo de colaboração previamente celebrado entre o Ministério Público e o arguido era a Lei n.º 10.409, de 11 de Janeiro de 2002.¹⁹⁹ Desse modo, o mais comum sempre foi a aplicação do regime de colaboração premiada por iniciativa exclusiva do juiz, sem necessidade de qualquer acordo entre as partes.²⁰⁰

O facto de se ter tornado prática frequente e legislativamente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, não tornou os acordos de colaboração menos dispensáveis. Como já observámos, o juiz, mesmo homologando o acordo, não fica juridicamente vinculado ao estipulado pelas partes, podendo vir a condenar o acusado sem conceder quaisquer dos benefícios pactuados caso a colaboração se venha a revelar ineficaz. A dispensabilidade do acordo é ainda demonstrada pelo facto de o juiz ter o poder de premiar o acusado que, cumprindo os requisitos da premiação, tenha prestado a sua colaboração mesmo não existindo qualquer acordo prévio com o Ministério Público: solução contrária

¹⁹⁸ O facto de as provas incriminatórias (tanto auto como hétero-incriminatórias) serem obtidas através de falsas promessas impede, aliás, a sua valoração em tribunal, de acordo tanto com a lei brasileira (artigo 5.º, inciso LVI da Constituição) como com a lei portuguesa (artigo 126.º/2º e) do Código de Processo Penal e artigo 32.º/8 da Constituição).

¹⁹⁹ Vide, SANTOS, Marcos, *op. cit.*, p. 92.

²⁰⁰ Cfr. SILVA, Eduardo Araujo da, *Organizações criminosas: Aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/2013*, São Paulo: Atlas, 2.ª ed., 2015, pp. 53 e segs.

significaria admitir que o MP, não celebrando o acordo, limitasse o poder do juiz de determinação da pena a aplicar na sentença, impedindo-o de valorar o comportamento colaborante do réu, o que prejudicaria a reserva da função jurisdicional e, conseqüentemente, o princípio da separação de poderes.

2. A decisão de colaboração

O regime que consideraríamos mais adequado nesta matéria seria, então, o que incumbisse o juiz de promover a colaboração premiada nos casos em que tal fosse legítimo à luz do princípio da proporcionalidade. Passaremos a explicitar a forma como se desenvolveria esse processo.

Consideremos um caso em que vários arguidos são acusados de realizar crimes económico-financeiros no contexto de organização criminosa. Diante da complexidade da organização, o juiz poderá encontrar-se numa situação de “emergência investigativa”, em que os tradicionais meios processuais de investigação não sejam eficazes na obtenção de provas que permitam dismantelar o grupo criminoso, identificando os seus membros e apurando os crimes realizados. Ora, nesses casos de insuperável impasse no processo estará cumprida uma exigência de *necessidade* (enquanto critério densificador do princípio da proporcionalidade) de recurso à colaboração premiada, já que os meios menos agressivos – comparativamente com o instituto da colaboração premiada - para os direitos individuais do arguido (leia-se, as técnicas clássicas de investigação) ter-se-ão revelado ineficazes ao desenvolvimento do processo. Esse será, então, o critério que determinará se é ou não admissível o desenvolvimento de um processo de colaboração premiada: deparando-se com uma situação de “emergência investigativa” que revele a *necessidade* de recurso à colaboração, o juiz deverá informar o acusado (qualquer um dos acusados) de que existe naquele caso a possibilidade de aplicação do instituto premial. Não defendemos, devemos esclarecer, que o juiz instigue o réu a colaborar; a sua intervenção deverá cingir-se a uma mera advertência, cujo único propósito será o de dar a conhecer ao acusado a possibilidade de activar o mecanismo da colaboração premiada. Só quando o réu, por sua iniciativa, manifeste a vontade de confessar a prática do crime e de oferecer a sua colaboração se começará a desenvolver as diligências associadas a esse processo. Daí em diante, tanto o Ministério Público como o juiz poderão solicitar a colaboração do arguido na obtenção de provas relativas aos crimes em que ele tenha estado envolvido.

Advertimos que o início de um processo de colaboração premiada nos termos descritos não assegura ao réu a concessão do prémio na sentença judicial. Com efeito, a decisão de premiação estará ainda dependente da observação dos restantes critérios estruturantes do princípio da proporcionalidade – a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Neste domínio, o teste de adequação cifrar-se-á numa avaliação relativa à eficácia da colaboração do réu no caso concreto: se a colaboração permitiu que fossem logrados os resultados previstos na lei, então a concessão de um prémio na sentença considerar-se-á *adequada*.

Já a proporcionalidade em sentido estrito será avaliada em função dos imperativos de prevenção que se imponham (tanto de prevenção geral como de prevenção especial), exigindo-se que os bens jurídicos protegidos através da colaboração premiada tenham pelo menos o mesmo valor daqueles que deixam de se proteger (ou cuja protecção é, pelo menos, enfraquecida). Assim, para que este critério de razoabilidade se considere cumprido impõe-se que o crime cuja punição se admite atenuar não seja mais grave do que aqueles que o colaborador permite clarificar. Admitir-se o contrário implicaria sacrificar-se exigências preventivas mais fortes (associadas ao crime praticado pelo colaborador), por ordem a satisfazer-se outras menos intensas (as relativas aos crimes delatados pelo acusado) e, nesse caso, o balanço de proporcionalidade seria negativo.²⁰¹

Dessarte, o réu só garantirá o direito ao prémio se da sua colaboração resultarem informações relevantes que digam respeito a crimes cuja gravidade não seja inferior à daqueles que motivaram a sua própria acusação.

Ora, estando ambos os critérios (adequação e proporcionalidade em sentido estrito) inextricavelmente associados aos resultados concretos da colaboração, o seu cumprimento só poderá ser aferido no final do processo judicial, depois de desenvolvidas as diligências dependentes do auxílio do réu.

²⁰¹ Lembremos que, como expusemos no ponto, nos casos que convoquem bens jurídicos de semelhante valor, a intensidade das exigências preventivas poderá ser excogitada de factores como o grau de ilicitude dos factos ou a intensidade do dolo.

2.1. O carácter não vinculativo da decisão de colaboração

É importante que registemos algumas considerações relativamente aos efeitos jurídicos da decisão de colaboração por parte do réu.

Oferece-se-nos assinalar, a esse respeito, que o acusado que opte por se submeter ao processo de colaboração premiada nos termos em que o idealizamos não deverá ficar vinculado por essa decisão. O que deliberamos nesta matéria encontra apoio no artigo 4.º, §10 da Lei n.º 12.850/13, que, referindo-se ao acordo de colaboração entre o arguido e o Ministério Público, apresenta a seguinte formulação: “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”

Também no sistema que propomos devemos admitir que o acusado possa, junto do juiz, renunciar à colaboração em qualquer momento do processo – com efeito, sem embargo do réu ter decidido colaborar num primeiro momento, seria impensável que posteriormente ele pudesse vir a ser forçado a fazê-lo mesmo contra a sua vontade.

Não obstante nos inspirarmos na lei brasileira, devemos alertar para uma significativa diferença face ao regime que idealizamos no que tange à titularidade do direito a reverter a decisão de aplicação do processo de colaboração premiada.

A esse respeito, o preceito que transcrevemos dispõe que a retratação da proposta de colaboração é uma faculdade reconhecida não só ao arguido como também ao Ministério Público. Ora, é precisamente nesse aspecto que divergimos. A retratação por parte do órgão acusatório defraudaria inaceitavelmente as expectativas do colaborador, colocando-o numa situação de incerteza não compaginável com a segurança jurídica que deve proteger a posição do arguido no processo penal. Reconhecer-se essa possibilidade significaria admitir-se a ocorrência de casos em que, já depois de realizada a confissão e desenvolvida alguma colaboração por parte do arguido – elementos que podem ser valorados pelo juiz desde que não utilizados “exclusivamente em seu desfavor” -, o Ministério Público viesse a interromper o processo de colaboração premiada. Notemos que, por vezes, a decisão do arguido de prestar a sua colaboração terá sido determinada por expectativas, fundadas na relevância das informações em sua posse, em lograr uma permissão de determinado gau. Ora, se nesses casos o Ministério Público se retratar da

proposta de colaboração, o colaborador poderá não ter tido a possibilidade de aduzir todos os elementos que possuía e que lhe permitiriam alcançar o benefício a que havia aspirado.

Por forma a proteger as expectativas do colaborador entendemos, então, que, dado início à colaboração, só ele terá o direito de interromper liminarmente esse processo – o juiz só poderá travar a aplicação do regime da colaboração premiada quando, no momento de prolação da sentença, vier a entender que a colaboração desenvolvida não haja cumprido os requisitos da premiação, relativos à eficácia da colaboração e à gravidade dos crimes delatados.^{202; 203}

Nesta matéria, será ainda pertinente problematizar que efeitos deverão atribuir-se à colaboração que tiver sido levada a cabo até ao momento da renúncia por parte do réu.

Ainda inspirados na lei enunciada, parece-nos justo que as provas auto-incriminatórias não possam, como já observámos, ser utilizadas exclusivamente em desfavor do colaborador. Ao deter-se no conteúdo da colaboração que haja sido desenvolvida, o juiz deverá, então, considerar e valorar não só o que disponha em sentido desfavorável ao réu (*maxime*, a sua confissão) como aquilo que deva relevar favoravelmente (as informações úteis que tenha providenciado relativamente aos crimes objecto da colaboração). Dessarte, caso o contributo prestado pelo acusado cumpra os requisitos da premiação, a renúncia em nada prejudicará o seu direito a ser beneficiado na sentença.²⁰⁴

3. Benefícios a conceder ao colaborador

Cumpre advertir que a lei deverá disciplinar a matéria dos benefícios a conceder ao colaborador por ordem a evitar um excesso de discricionariedade do poder judicial nesse domínio. Assim, ao determinar a sua decisão no momento da sentença, o juiz estará vinculado a um elenco premial previamente definido pelo legislador, em que poderão figurar benefícios como o perdão judicial, a redução da pena ou a substituição de pena

²⁰² Relativamente à possibilidade de o juiz vir a recusar a outorga de benefícios na sentença com base nas referidas ponderações de eficácia, leia-se o que já registámos no ponto 2.1. deste capítulo.

²⁰³ Aduzindo argumentação semelhante à expendida neste ponto, Eduardo Araújo da Silva afirma que “um eventual arrependimento por parte do Ministério Público afigura-se incompatível com a natureza do instituto, pois trairia a confiança nele depositada, sendo certo que, nos termos da lei, ainda poderia usufruir dos reflexos da colaboração na identificação de outras provas. Ressalte-se que a retratação não se confunde com revogação, que poderá ocorrer quando houver quebra de uma das cláusulas do acordo, como a falta da prometida efetividade na apuração dos fatos ou a delação parcial em juízo.” SILVA, *Organizações criminosas... cit.*, p. 67.

²⁰⁴ Vide, SANTOS, Dutra, *op. cit.*, p. 92.

privativa por pena não privativa da liberdade²⁰⁵ (recorde-se que, de acordo com o concluído no ponto 1.2. do presente capítulo, está excluída a possibilidade de não oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, por força dos imperativos da reserva de jurisdição do juiz).

Não se julgue perante o exposto que tal regime suprima totalmente o poder do julgador nesta matéria, convertendo-o num aplicador mecânico dos prémios abstractamente previstos na lei – para além de lhe caber discernir e optar por um dos vários prémios legalmente admitidos, ele não estará ainda dispensado de proceder a operações de valoração na determinação do *quantum* do benefício a aplicar. Nesse sentido, leia-se o disposto no artigo 4.º, §1 da Lei n.º 12.850/2013, que incumbe o juiz de proceder a ponderações relativamente à personalidade do colaborador, à natureza, às circunstâncias, à gravidade e à repercussão social do facto criminoso e à eficácia da colaboração, critérios de que dependerá a concessão do benefício.

Ora, parece-nos razoável que num processo de colaboração premiada a determinação da pena dependa da eficácia da colaboração, sendo que quanto maior, maior deverá também ser o benefício aplicado. Com efeito, a solução de fazer corresponder o prémio ao grau de eficácia da colaboração cumpre o propósito de incentivar o réu a fornecer mais das informações de que disponha, contribuindo em maior medida para a administração da justiça penal e para a protecção dos bens jurídicos ofendidos pelos ilícitos perpetrados no contexto de organização criminosa.

Não obstante, na esteira do preceito a que fizemos referência, há outros factores que o juiz deverá ter em consideração. Como limite à correlação entre eficácia e benefício poderão impor-se, por exemplo, exigências de prevenção especial aferidas a partir da personalidade do colaborador. Dutra Santos aflora essa possibilidade ao afirmar que “embora os antecedentes não sejam requisito objetivo à outorga do perdão judicial, é inegável que o delator que coleciona condenações transitadas em julgado, por crimes da mesma espécie daquele objeto da colaboração, não faz jus à extinção da punibilidade, por mais incisiva e eficaz que tenha sido.”²⁰⁶

²⁰⁵ Baseamo-nos no artigo 4º da Lei n.º 12.850/13.

²⁰⁶ SANTOS, *op. cit.*, pp. 100-101, nota 128.

A repercussão social do facto criminoso, a que alude o artigo 4.º, §1, determinará, por seu turno, um mínimo de exigência de prevenção geral que não poderá ser prejudicado pelo benefício concedido ao colaborador.

Assim, quanto menor a acuidade com que se imponham exigências de prevenção (tanto geral como especial) no caso concreto, maior será a margem de determinação do prémio em conformidade com o grau de eficácia da colaboração.

4. Direitos do colaborador

Autonomizamos este sub-capítulo por ordem a assinalar a necessidade de consagração de um conjunto de direitos do colaborador, decorrente da circunstância de especial risco a que ele se sujeita.

Poderíamos ser tentados a considerar que o colaborador não necessitaria que lhe reconhecessem mais (ou outros) direitos comparativamente com os que se atribuem a um comum denunciante, argumentando que, ao apresentar queixa de determinado crime, aquele também se sujeitaria à cominação de represálias por parte do sujeito acusado. Porém, não deve, neste domínio, ignorar-se a especial natureza que, por vários factores, a criminalidade organizada assume. Com efeito, a configuração do crime organizado, implicando a associação em conluio de uma multiplicidade de agentes criminosos, propicia o desenvolvimento de relações de confiança cuja preservação é reputada na máxima imperatividade – a delação por parte de um dos membros representa uma traição e é fortemente censurada e perseguida.

É de notar ainda que ao serviço das redes criminosas, fenómeno de verdadeira “profissionalização do crime” (passe a formulação prosaica), existe frequentemente um conjunto privilegiado de meios técnicos e materiais que podem facilitar a obtenção de informações relativamente à colaboração do delator e, conseqüentemente, permitir exercer pressões que o demovam de prestar esse contributo.

Ora, pelas razões expostas, entendemos que a situação de especial susceptibilidade em que se encontrará o colaborador, reclama do legislador a previsão de um conjunto de direitos que o salvaguardem das ameaças que aventámos.

Não ousando proceder a exercícios legislativos originais na matéria em que nos detemos, limitar-nos-emos a dar a conhecer a disciplina que o legislador brasileiro consagrou na Lei n.º 12.850/13.

No artigo 5.º do referido diploma prevê-se que o colaborador goze dos direitos como: “ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.”

5. A manifestação de vontade do colaborador

Um dos mais importantes requisitos de validade do processo de colaboração premiada prende-se com a manifestação de vontade pela qual o arguido transmite a sua decisão de colaborar. Implicando, como já observámos, uma renúncia a importantes direitos que protegem a sua posição no processo penal (referimo-nos aos direitos ao silêncio, ao contraditório, à não auto-incriminação), a iniciativa do acusado em se submeter a um processo de colaboração premiada representa uma decisão cujos efeitos se produzem num domínio extremamente sensível.

Dada a delicadeza que envolve o recurso ao instituto premial, é, então, de uma importância vital que a manifestação de vontade emitida pelo réu diante do juiz seja claramente voluntária e esclarecida.

Para que a colaboração premiada seja válida é necessário desde logo que o arguido apresente capacidade de estar em juízo. Essa circunstância não representa, porém, uma particularidade do regime que estudamos, visto tratar-se de um pressuposto geral da participação de um sujeito em qualquer processo judicial. Aquilo que justifica a expressa imposição da voluntariedade neste domínio é uma exigência de que a manifestação de vontade do réu seja livre, não se admitindo verificarem-se pressões ou coacções externas que a viciem.²⁰⁷

²⁰⁷ Referimo-nos, entenda-se, a condicionamentos para além dos que, como concluímos em capítulos precedentes, resultam tão-só do incentivo premial legalmente previsto.

Pretende-se ainda que a manifestação de vontade do acusado seja esclarecida. A exigência que daí decorre prende-se com a situação de cientificação do réu relativamente às consequências da decisão de se submeter ao processo de colaboração premiada.²⁰⁸ Dessarte, o arguido deverá estar consciente dos direitos a que renuncia e informado relativamente aos precisos factos que lhe são imputados, às penas que, não obstante a colaboração, poderão ainda ser aplicadas, aos benefícios que lhe podem ser concedidos e às condições exigidas para que eles lhe sejam outorgados.²⁰⁹

Tanto a lei portuguesa como a brasileira consagram expressamente o requisito da voluntariedade. No Código de Processo Penal português prevê-se, relativamente à prova por confissão (lembramos que o regime de colaboração premiada implica a confissão por parte do colaborador), que o juiz pergunte ao arguido se actua de livre vontade e fora de qualquer coacção (artigo 344.º/1). Já no ordenamento jurídico brasileiro, a lei 12.850/13, no seu artigo 4.º, §7, IV, impõe ao juiz que na homologação do acordo de colaboração premiada afira, entre outros requisitos, da voluntariedade da manifestação de vontade, advertindo ainda que tenha especial atenção aos casos em que o colaborador esteja ou tenha estado sob efeito de medidas cautelares, situação que poderá perturbar a decisão do arguido.

Relativamente ao requisito do esclarecimento é mister advertir que ele não tem previsão expressa em nenhuma das leis a que fizemos referência. No entanto, ele encontra-

²⁰⁸ Vinicius de Vaconcellos argumenta em sentido semelhante relativamente à confissão no contexto da barganha. Leia-se as seguintes palavras do autor: “Além da voluntariedade, a decisão do acusado que reconhece sua culpabilidade e aceita a imposição antecipada de uma sanção penal precisa ser informada/inteligente. (...) Portanto, tal condição almeja evitar que o réu seja enganado pelo promotor ou que tome uma decisão sem o conhecimento essencial de suas condições e consequências, e, para tanto, deve ser analisada em três aspectos. Primeiro, a necessária compreensão das acusações, ou seja, da natureza das imputações a ele responsabilizadas, além do esclarecimento de quais fatos precisam ser provados para autorizar um veredito condenatório. Também, é primordial o entendimento das consequências da barganha, especialmente da pena a ser imposta e dos seus possíveis reflexos, como dos determinantes máximo e mínimo da punição, dos prazos para progressão de regime ou liberdade condicional, da possibilidade de conversão em pena não restritiva de direitos, da necessidade de reparação dos danos causados, entre outras decorrências. Por fim, mister a compreensão dos direitos que são objetos de renúncia a partir do consenso à barganha, como, por exemplo, o direito à defesa, ao acompanhamento de um advogado/ durante todo o processo, ao contraditório, à não autoincriminação, ao julgamento por jurados, e, em alguns casos, ao recurso.” VASCONCELLOS, *op. cit.*, pp. 93 e 94.

²⁰⁹ Relativamente à última circunstância elencada é necessário, desde logo, que o arguido esteja informado de que o facto de o juiz declarar a admissibilidade da colaboração premiada no caso sub-judice e de ser dado início a esse processo não garante que lhe venham a ser outorgados benefícios. O seu advogado deverá inteirá-lo de que a concessão do prémio dependerá do cumprimento dos requisitos da adequação (eficácia da colaboração) e da proporcionalidade em sentido estrito (menor gravidade dos crimes delatados comparativamente com aqueles de que o próprio é acusado), como observámos no sub-capítulo relativo ao acordo de colaboração.

se ínsito à exigência de que o réu seja acompanhado pelo advogado, cujas funções se cifram precisamente no acompanhamento do acusado, por forma a suprir a sua falta de preparação para inteligir a matéria jurídica relevante no caso concreto.

Nesse sentido, a Lei 12.850/13 estabelece que “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor” e ainda que “nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público” (artigos 4.º, §15 e 3.º-C, §1, respectivamente).

6. Eficácia da colaboração

No que até este passo temos exposto, já resultou a florada a ideia de que a concessão de benefícios ao colaborador deverá estar dependente da eficácia da colaboração desenvolvida.

Essa é também a solução adoptada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 12.850/13, no que dispõe sobre o regime da colaboração premiada. Estatui o referido diploma que a concessão de prémios por parte do juiz ficará dependente da obtenção, com base na colaboração, de resultados como “a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (artigo 4.º, I, II, III, IV e V, respectivamente).

Ora, parece-nos da mais elementar sensatez que a premiação esteja dependente da verificação de um conjunto de resultados objectivos decorrentes do contributo prestado pelo colaborador. De facto, a não consagração dessa imposição, certamente tentaria os acusados à insídia de obter benefícios na sentença sem contribuir verdadeiramente para a investigação e perseguição de crime algum. A exigência de obtenção de resultados objectivos, permite prevenir a possibilidade de o arguido dissimular uma predisposição para colaborar, emitindo depoimentos falsos e coligindo elementos pretensamente probatórios, com consciência de que nada resultaria da matéria aduzida.

No regime que idealizamos, o requisito de eficácia é, aliás, excogitado do princípio da proporcionalidade enquanto critério de validade da colaboração premiada no caso concreto. Para que se prescindia (pelo menos parcialmente) da punição dos crimes praticados pelo colaborador, impõe-se que a sua colaboração seja adequada à perseguição de outros crimes (não menos graves do que o praticado pelo arguido) e outros agentes criminosos – a adequação depende, então, de eficácia, de resultados objectivos.

7. Força probatória da colaboração

Outra das discussões doutrinárias que o instituto da colaboração premiada suscita prende-se com a eficácia que deve atribuir-se à colaboração do acusado.

Ora, nesse domínio, a doutrina é unânime em reconhecer que a colaboração premiada, *per se*, não tem força incriminadora, isto é, não pode por si só fundamentar uma decisão condenatória.²¹⁰

A lei brasileira é muito clara a restringir o valor atribuído aos depoimentos do colaborador. O artigo 4.º, § 16 da Lei n.º 12.850/2013 estabelece que medias como sentenças condenatórias, recebimento de denúncia ou queixa-crime e medidas cautelares reais ou pessoais não poderão ser proferidas com fundamento apenas nas declarações do colaborador.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro nem sequer a confissão por parte do acusado é suficiente para a sua própria condenação, por força do artigo 197.º do Código de Processo Penal, que dispõe o seguinte: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”²¹¹

Assim, se mesmo a confissão não vale mais do que um argumento de reforço para a conformação da sentença, então os depoimentos do acusado relativamente a terceiros alegadamente co-autores nunca poderiam exceder esse valor, ficando totalmente vedada a

²¹⁰ Nesse sentido: PEREIRA, *op. cit.*, p. 90; GREGHI, *op. cit.*, p. 11; LIMA, *op. cit.*, pp. 540 e segs.; SANTOS, *op. cit.*, p. 98.

²¹¹ O Código de Processo Penal português adopta regime semelhante para os crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos (artigo n.º 344.º, n.º 3/c) e n.º 4), estabelecendo para os restantes que “a confissão integral e sem reservas implica renúncia à produção de prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados” (artigo 344.º/2/a)).

possibilidade de fundamentarem juízos condenatórios. Como, aliás, já referimos, o juiz não deverá reconhecer às declarações do acusado relevância superior à dos depoimentos de uma comum testemunha²¹², isto é, não poderá atribuir-lhes maior grau de certeza e deverá manter critérios exigentes na confirmação da matéria alegada.²¹³ Dessarte, a colaboração do arguido carecerá sempre de confirmação por outros elementos probatórios que ele próprio deverá aduzir, como a indicação do produto do crime, de contas bancárias, a localização do produto directo ou indirecto da infracção penal.²¹⁴

Apesar de tanto o legislador brasileiro como a jurisprudência afirmarem inequivocamente a necessidade de apresentação de um conjunto de provas que confirmem o conteúdo dos depoimentos do colaborador, existe, ainda assim, na doutrina quem formule críticas aos efeitos do instituto da colaboração premiada neste domínio. As aporias que se assinalam fundam-se no disposto no artigo 4.º, § 14 da Lei n.º 12.850/2013, segundo o qual “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”

Ora, vinga nalguma doutrina o entendimento de que este compromisso legal de dizer a verdade que, segundo o preceito enunciado, vinculará o réu a que se aplique o instituto da colaboração premiada, pode tentar o juiz a reforçar o valor probatório das suas declarações, colocando-as no centro da fundamentação da sua decisão.²¹⁵

²¹² Leia-se as palavras de Renato Lima: “(...) ao atribuir o cometimento do crime a outra pessoa, o delator passa a agir como se fosse testemunha, tendo o ato, nessa parte, natureza de prova testemunhal (...)”. LIMA, *op. cit.*, p. 541.

²¹³ Relativamente à posição do juiz face às informações apresentadas pelo colaborador, Renato Lima afirma que “com o fito de prevenir delações falsas, deve o magistrado ter extrema cautela no momento da valoração da colaboração premiada, devendo se perquirir acerca da personalidade do colaborador, das relações precedentes entre ele e o (s) acusado (s) delatado (s), dos móveis da colaboração, da verossimilhança das alegações e do seu contexto circunstancial.” *Ibidem*, p. 541. No mesmo sentido, Eduardo Araújo da Silva adverte que o juiz deve ter em consideração que o prémio previsto para os colaboradores pode motivar certos acusados a persegui-lo a custo da verdade dos seus depoimentos incriminadores. SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime organizado: procedimento probatório*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 145.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 540.

²¹⁵ Nesse sentido Michelle Barbosa de Brito afirma que “(...) do procedimento concernente à delação premiada inaugurado pela Lei n.º 12.850/2013, a consequência inarredável será a atribuição de maior valor probatório às declarações do delator, no que diz respeito tanto à confissão quanto ao teor da delação (incriminação), já que o terá feito sob o compromisso de dizer a verdade.” BRITO, *op. cit.*, p. 72.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada é um instituto jurídico envolto em controvérsia. Oriundo de tradições jurídicas anglo-saxónicas, em que não suscita maiores discussões, ele tem sido observado com significativa desconfiança no seio dos sistemas jurídicos romano-germânicos, mesmo no contexto de ordenamentos jurídicos que já o consagram. Entre a doutrina detractora do instituto são invocados vícios em aspectos como: a ética, que seria ferida pelo incentivo do Estado à delação, à traição violadora de relações de confiança; a lógica do próprio instituto, que, concebido para extorquir informações, votaria o arguido a uma posição de objecto do processo, característica dos sistemas processuais inquisitórios; a presunção de inocência do sujeito delatado, que veria a sua culpabilidade pré-delineada pela versão factual aduzida pelo colaborador; a medida da pena aplicada ao colaborador, que, atenuada pelos prémios concedidos, se revela insuficiente face às exigências preventivas decorrentes dos delitos por ele praticados; os direitos à não auto-incriminação e ao silêncio do réu colaborador, ofendidos pelos incentivos à colaboração.

O presente estudo concedeu-nos oportunidade de nos posicionarmos face a estas críticas, discordando de algumas, mas aceitando a relevância de outras. Procurou-se, no entanto, demonstrar que as aporias que o instituto da colaboração premiada, de facto, apresenta não hão-de necessariamente determinar a sua inconstitucionalidade.

Relativamente à limitação aos direitos à não auto-incriminação e ao silêncio concluímos não se tratar de um caso de renúncia a direitos fundamentais, mas de uma restrição imposta pelo Estado, no exercício da sua função de compatibilização entre direitos fundamentais e valores constitucionais comunitários colidentes. No caso estudado, representando a colaboração premiada um apoio à investigação criminal, são os valores de realização da justiça (da qual depende a segurança do Estado) que justificam uma compressão aos direitos dos arguidos à não auto-incriminação e ao silêncio. Caso o instituto da colaboração premiada eliminasse por completo esses direitos, retirando ao arguido o poder de decisão relativamente ao seu comportamento processual, a sua consagração seria inaceitável à luz dos critérios de validade das restrições a direitos fundamentais, como os de salvaguarda do núcleo essencial do direito restringido e o princípio da proporcionalidade. Porém, o efeito produzido pela promessa de prémios à

colaboração não é tão agressivo quanto na hipótese descrita: o poder de decisão não deixa de pertencer ao arguido, apesar de ele ser incentivado a confessar/colaborar, tanto segundo a perspectiva da bonificação (promessa de um prémio à cooperação) como pela perspectiva de desfavorecimento (ameaça de uma punição mais severa caso não se preste a colaboração).

Apurámos ainda as evidentes dificuldades com que o Estado português se tem deparado no combate à criminalidade económico-financeira, reflectidas em dados apresentados por organismos internacionais demonstrando a existência de sérias lacunas que urgem ser supridas. É, então, evidente a necessidade de encontrar novos meios de investigação capazes de superar o impasse nas investigações e a colaboração premiada tem-se revelado eficaz nos ordenamentos jurídicos que efectivamente a aplicam.

Ora, todas essas circunstâncias favorecem um juízo positivo de *proporcionalidade* (em sentido amplo) da colaboração premiada, e afiguram-se como razões verdadeiramente ponderosas para justificar a compressão dos aludidos direitos de defesa do réu.

Segundo se concluiu, o instituto da colaboração premiada reclama ainda que se proceda a avaliações de proporcionalidade relativas à concessão do benefício penal. Nesse momento, são as exigências preventivas – as que decorrem do delito praticado pelo colaborador e as que resultam dos crimes delatados – que determinam a razoabilidade da premiação da colaboração. Só quando os crimes delatados exigirem maiores preocupações preventivas será razoável a concessão do benefício penal por aplicação de uma pena especialmente leniente – nesses casos, o Estado prescinde de parte da protecção dos bens jurídicos ofendidos pelos factos imputados ao colaborador, mas o ordenamento jurídico é vantajosamente compensado pela repressão dos crimes delatados, cujas exigências preventivas tornam ainda mais indispensável a punição.

Relativamente ao regime legal da colaboração premiada que projectámos, avulta enquanto aspecto divergente face ao previsto na lei brasileira 12.850/2013, em que nos apoiámos, a supressão dos acordos de colaboração enquanto mote da aplicação do instituto no processo. O estudo que Gomes Canotilho e Nuno Brandão dedicam aos acordos de colaboração premiada referentes à Operação Lava Jato demonstra eloquentemente os efeitos perniciosos que podem resultar da atribuição ao Ministério Público de um papel

central nos processos de colaboração premiada.²¹⁶ O princípio da separação de poderes e a reserva de função jurisdicional levam-nos, então, a preferir um regime em que se atribua ao juiz a competência para determinar o início de um processo de colaboração premiada, se o arguido declarar a sua vontade nesse sentido.

²¹⁶ CANOTILHO & BRANDÃO, *op. cit.*

VI. Bibliografia

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, Virgílio Afonso da Silva (trad. da 5ª edição alemã), São Paulo: Malheiros Editores, 2008

AMELUNG, Knut, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes: Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981

AMARAL, Maria Lúcia, “O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 13, janeiro-março de 2007

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 5ª ed., 2012

ANGELINI, Roberto, “A negociação das penas no direito italiano: (o chamado patteggiamento)”, *Julgar*, n.º 19, 2013

BARROSO, Luís Roberto, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, Belo Horizonte: Fórum, 2012

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, Lucia Guidicini & Alessandro Berti Contessa (trad.), São Paulo: WMF Martins Fontes, 3ª ed., 2005

BITENCOURT, Cezar Roberto & BUSATO, Paulo César, *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*, São Paulo: Saraiva, 2014

BITTAR, Walter Barbosa, *Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 8ª ed., 1999

BRACTON, *On the Laws and Customs of England*, v.1 translated with revisions and notes, by Samuel E. Thorne, London: Oxford University Press, 1968

BRANDÃO, Nuno, “Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução”, *Julgar*, n.º 25, 2015, pp. 161-178

BRITO, Michelle Barbosa De, *Delação premiada e decisão penal: Da eficiência à integridade*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e BRANDÃO, Nuno, “Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, ano 25, 2017, pp. 133-171

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 3ª ed., 1993, p. 151;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra: Almedina, 1974

CARVALHO, Grandinetti Castanho de, *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª ed., 2006

CARVALHO, Natália Oliveira, *A delação premiada no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 4ª ed., 2015

COSTA, José Manuel Cardoso da, “O princípio da dignidade humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesa”, in: *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, obra colectiva, São Paulo, 1999

CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e Crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995

DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 3ª ed., 1998

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Acordos sobre a sentença em processo penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio”?*, Porto: Ordem dos Advogados – Conselho Distrital do Porto, 2011

DIAS, Jorge de Figueiredo & ANDRADE, Manuel da Costa, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, in: *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova*, Coimbra: Almedina, 2009

DIEZ-PICAZO, Luis María, “Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, n.º 45, 2001

DINO, Nicolao, “A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória”, in: Daniel de Resende Salgado & Ronaldo Pinheiro de Queiroz (Orgs.), *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*, Salvador: Juspodivm, 3ª ed., 2019

FASSONE, Elvio, “Il processo penale e la valutazione dell’apporto probatorio del chiamante in correità”, in: NEUBURGER, L. de Cataldo (Coord.), *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, Padova: Cedam, 1992

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, Ana Sica, Fauzi Choukr, Juarez Tavares, Luiz Gomes (trad.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2002

FERRAJOLI, Luigi, “Ravvedimento processuale e inquisizione penale”, *Questione Giustizia*, 1982

FILHO, Willis Santiago Guerra, “Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade”, in: Willis Santiago Guerra Filho (Coord.), *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

FLORA, Giovanni, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova: Cedam, 1984

FREIRE DOS REIS, Pascoal, *Instituições de direito criminal português*, 1794. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf]

GAZZOLA, Gustavo dos Reis, “Delação premiada”, in: Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques & Luiz Flávio Gomes (Coord.), *Limites constitucionais da investigação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

GÖLDNER, Detlef Christoph, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969

GOMES, Luiz Flávio, “Corrupção política e delação premiada”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano VI, n.º 34, Porto Alegre, out.-nov./2005.

GRANZINOLI, Cassio M. M., “A delação premiada”, in: *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

GREGHI, Fabiana, “A delação premiada no combate ao crime organizado”, *Revista de direito público, Londrina*, V. 2, N. 3, SET./DEZ., 2007

HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 3ª ed., 1983

HAIN, Eberhard, “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass-und Untermassverbot?”, *DVBI (Deutsches Verwaltungsblatt)*, 1993

HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 14ª ed., 1984

HIPPEL, Eike Von, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965

HIRSCHBERG, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 1981

JÄCKEL, Hartmut, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1967

JESUS, Damásio de, “Estágio atual da “Delação Premiada” no Direito Penal Brasileiro”, *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 06, nº 36, fev.-mar. de 2006

JÚNIOR, Américo & DEZAN, Willy, “Delação premiada e direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal a partir da regulamentação constante na lei 12.850/2013”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Ano 11, Volume 18, Número 1, Janeiro-Abril de 2017

KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*, trad. QUINTELA, Paulo, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa: Edições 70, 2007

KHALED JR., Salah H., *A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial*, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013

LANGBEIN, John H, “Torture and plea bargaining”, in: MORAWETZ, Thomas (Ed.), *Criminal law*, Aldershot: Ashgate, 2001

LEÃO, Anabela, “Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso”, in: *Estudos em comemorações dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 999 e seguintes

LERCHE, Peter, *Übermass und Verfassungsrecht*, Köln: Heymann, 1961

LIMA, Renato Brasileiro De, *Legislação criminal especial comentada*, Salvador: JusPODIVM, 4ªed., 2016

LIPPKE, Richard L., *The etics of plea bargaining*, Oxford: Oxford University Press, 2011

LITWIN, Frank, *Grundrechtsschutz Gegen Sich Selbst Das Spannungsverhaeltnis Von Grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht Und Gemeinschaftsbezogenheit Des Individuums*, Frankfurt: Peter Lang, 1993

MACHETE, Rui, “Conceitos indeterminados e restrições de direitos fundamentais por via regulamentar”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

MARAT, Jean-Paul, *Plano de legislação criminal*, Carmensita Ibaixe & João Ibaixe Jr. (trad.), São Paulo: Quartier Latin, 2008

MARQUES, Mário Reis, “A dignidade humana: minimum invulnerável ou simples cláusula de estilo?”, in: Jónatas Machado, João Loureiro & Fernando Correia (org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

MARTINEZ, Miguel e BENDAHAN, Mayo, “Reconocimiento constitucional de la dignidade individual y derechos de personalidad”, *Revista de Derecho Politico*, n.º 66, 2006

MARTINEZ-PUJALTE, Antonio, *La garantia del contenido essencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2017

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 3ª ed., 2000

MODERNE, Franck, “La dignité de la personne humaine, comme principe constitutionnel dans les Constitutions portugaise et française”, in: Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996

MORGADO, Maria José & VERGAR, José, *O inimigo sem rosto: fraude e corrupção em Portugal*, Lisboa: Publicações D. Quixote, 2003

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 4ª Ed., 2012,

MOTA PINTO, Paulo, “A limitação voluntária do direito à reserva da intimidade da vida privada”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 21, 2002

MÜLLER, Jörg Paul, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern: Stämpfli, 1982

NOVAIS, Jorge, *A dignidade da pessoa humana*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2018

NOVAIS, Jorge, *A dignidade da pessoa humana*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2018

NOVAIS, Jorge, “As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição”, Coimbra, 2003

NOVAIS, Jorge, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra: Almedina, 2019

NOVAIS, Jorge, “Renúncia a direitos fundamentais”, in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais: nos anos 20 da Constituição de 1976*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Editora Atlas, 2014

PADOVANI, Tullio, “La soave inquisizione: osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 2, n.24, apr./giug, 1981, pp. 529-545

PAZ, Isabel Sánchez García de, *La criminalidade organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson, 2005

PEREIRA E SOUSA, Joaquim, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, 2. Ed., Lisboa, 1800. Disponível em: [www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1072.pdf].

PEREIRA, Frederico Valdez, “Compatibilização constitucional da colaboração premiada”, *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 84-99, jan./abr., 2013.

PETERS, Hans, "Eltemrecht, Erziehung, Bildung und Schule", in: Karl A. Bettermann, Hans C. Nipperdey & Ulrich Scheuner (Orgs.), *Die Grundrechte*, v. IV/1, Berlin: Duncker & Humblot, 1960

PINHO, Humberto & PORTO, José, “Colaboração premiada: Um negócio jurídico processual?”, in: Bruno Espiñeira & Felipe Caldeira (Orgs.), *Delação premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017

PINTO, Frederico Lacerda da Costa, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação”, in, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova*, Coimbra: Almedina, 2009

QUEIJO, Maria Elizabeth, *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2012

RAPOZA, Phillip, “A experiência americana do Plea Bargaining: A exceção transformada em regra”, *Julgar*, nº 19, pp. 207-220, 2013.

RIVA, Carlo Ruga, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano: Giuffrè, 2002

ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Muñoz Conde (trad.), Madrid: Reus, 1999.

SANTOS, Cláudia Cruz, *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto: a evolução das incriminações penais, a jurisprudência, o tempo para a investigação e a delação premiada*, Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2018

SANTOS, Marcos Paulo Dutra, *Colaboração (Delação) premiada*, Salvador: JusPODIVM, 2ª ed., 2017

SARLET, Ingo, “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, *Revista brasileira de Ciências Criminais*”, 47, 2004

SARLET, Ingo, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 10ª ed, 2015

SCHOLLER, Heinrich, “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha”, *Revista Interesse Público* 2/95 e ss., abr.-jun. 1999

SIEBERT, Wolfgang, *Verwirkung und Unzuliissigkeit der Rechtsausübung*, Marburg: Elwert, 1934

SIEBERT, Wolfgang, "Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs", in: Von Georg Dahm, Ernst R. Huber, K. Larenz, Karl Michaelis, Friedrich Schaffstein & Wolfgang Siebert, *Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft*, Berlin: Junker & Dünhaupt, 1935, p. 195.

. SILVA, Eduardo Araujo da, *Crime organizado: procedimento probatório*, São Paulo: Atlas, 2003

SILVA, Eduardo Araujo da, *Organizações criminosas: Aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/2013*, São Paulo: Atlas, 2.ª ed., 2015

SPENGLER, Adriana & WEBER, Cleverson, “A «troca de favores» entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor”, in: Bruno Espíneira & Felipe Caldeira (Orgs.), *Delação premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017

STELLA, Federico, “La tutela penale della società”, in: MARINUCCI, G. & DOLCINI, E., *Diritto penale in trasformazione*, Milano: Giuffrè, 1985

TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2012

TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2004

TURESSI, Flavio Eduardo, “Breves apontamentos sobre crime organizado, delação premiada e proibição da proteção penal insuficiente”, *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 3, 2013

VALLE, Juliano Keller do, *Crítica à delação premiada: uma análise através da teoria do garantismo penal*, São Paulo: Conceito Editorial, 2012

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes De, *Barganha e justiça criminal negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*, São Paulo: IBCCRIM, 2015

VIEIRA, Andréia Costa, *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2007

WATSON, Alan, *The making of the Civil Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1981

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, “Crime organizado: uma categoria frustrada”, *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, v. 1, 1996