

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXI

2020

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXI (2020) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2021

- **M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **Miguel Teixeira de Sousa**
15-52 A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras
The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines

- **Pierluigi Chiassoni**
53-78 *Common Law Positivism Through Civil Law Eyes*

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **Alfredo Calderale**
81-119 *The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto*
The Charter of the Forest at the time of Henry III Plantagenet

- **Aquilino Paulo Antunes**
121-153 Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão
Vaccines against Covid-19: Issues to Consider

- **Catarina Monteiro Pires | José Maria Cortes**
155-180 Breves notas sobre o contrato de concessão comercial angolano
Brief notes about the Angolan commercial concession contract

- **Catarina Salgado**
181-203 Breves notas sobre a arbitragem em linha
Brief notes on online arbitration

- **Diogo Costa Gonçalves | Diogo Tapada dos Santos**
205-230 Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo
Moratory interest, compensation and compulsory capitalisation of interest

- **Elsa Dias Oliveira**
231-255 A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas
Air passengers protection in package travel arrangements

- **Francisco José Abellán Contreras**
257-288 Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes
The effects of emphyteusis in the peninsular kingdoms during the Late Middle Ages: reflections on the rights and obligations of the contracting parties

- **Francisco Rodrigues Rocha**
289-316 Seguro desportivo. Cobertura de danos não patrimoniais?
Sports insurance. Non-financial losses cover?
- **Georges Martyn**
317-346 O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)
The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)
- **Hugo Ramos Alves**
347-383 Breves notas sobre o penhor financeiro
Brief notes on the financial pledge
- **Ino Augsburg**
385-414 *Concepts of Legal Control and the Distribution of Knowledge in the Administrative Field*
- **João de Oliveira Geraldés**
415-446 Sobre a promessa pública
On Promises of Rewards
- **Miguel Patrício**
447-477 Análise Económica do Risco aplicada à Actividade Seguradora
Economic Analysis of Risk applied to the Insurance Activity
- **Miguel Angel Morales Payan**
479-506 La vigilancia del ‘estado honesto’ de la mujer por la justicia almeriense durante la crisis del Antiguo Régimen
Surveillance of ‘women’s honesty’ by Almeria justice during the crisis of the Ancien Regime
- **Nuno Ricardo Pica dos Santos**
507-550 O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policia
The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach
- **Pedro Infante Mota**
551-582 Migração económica, a última fronteira
Economic migration, the last frontier

————— **Pedro Romano Martinez**
583-607 Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito
Different ways to pursuit justice in the application of the Law

————— **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**
609-627 Empreitada de bens imóveis e relações de consumo
The consumer law on real estate contracts

————— **Rui Pinto**
629-646 Oportunidade processual de interposição de apelação à luz do artigo 644.º CPC
The timing for filing an appeal under the art. 644 of Portuguese Civil Procedure Code

————— **Rute Saraiva**
647-681 A interpretação no momento ambiental
Interpretation in the environmental moment

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

————— **Filipe Afonso Rocha**
685-707 Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)
A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)

————— **Rui Soares Pereira | João Gouveia de Caires**
709-728 Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020
Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

————— **Diogo Pereira Duarte**
731-737 Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”
Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”

————— **Francisco Paes Marques**
739-742 Sêrvulo Correia – Mestre da Escola de Lisboa de Direito Público
Sêrvulo Correia – Master of the Lisbon Public Law School

————— **Gonçalo Sampaio e Mello**
743-751 Em torno das Salas-Museu da Faculdade de Direito de Lisboa – “Sala Professor Marcello Caetano” e “Sala Professor Paulo Cunha”
On The Museum-Chambers of the Law School of the University of Lisbon – Professor Marcello Caetano and Professor Paulo Cunha Chambers

————— **Rui Soares Pereira**
753-772 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Felipe Teixeira Neto – *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*
Cross-examination of the PhD Thesis presented by Felipe Teixeira Neto – Strict liability and damage: a hypothesis of systematic reconstruction

LIVROS & ARTIGOS

————— **Isabel Graes**
775-782 Recensão à obra *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad*, de Pedro Ortego Gil

————— **José Lamego**
783-784 Recensão à obra *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, de Thomas Olechowski

————— **Miguel Nogueira de Brito**
785-795 Recensão à obra *Ausnahmeverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policial

*The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach**

Nuno Ricardo Pica dos Santos**

Resumo: A colaboração de justiça é um meio incentivado pelas legislações nacionais e motivado por instrumentos jurídicos internacionais e regionais na repressão da criminalidade organizada.

Nos diversos Estados, encontram-se soluções que podem ser divididas em dois grandes grupos: a previsão de regime(s) de colaboração a nível processual, com regulação da sua disciplina, *e.g.* a colaboração premiada no Brasil; e, previsões avulsas para e em certos tipos criminais, sem um concreto regime processual, como ocorre em Portugal.

O presente estudo analisa os regimes de colaboração em Portugal, tentando conferir-lhes uma uniformidade na sua interpretação e aplicação prática e examinando os meios pelos quais o colaborador de justiça pode auxiliar a investigação, desde os meios de colaboração habituais aos mais sensíveis.

Abstract: In the context of fight against organised crime, the collaboration of justice is driven by national legislation and based upon international legal instruments.

Different solutions can be found on different states and can be grouped in two categories: the provision of a regime of collaboration at the procedural level, with regulation of its discipline, *e.g.* the collaboration in Brazil; and, loose forecasts for and in certain crimes, without a specific procedural regime, as occurs in Portugal.

The present study analyses the collaboration regimes in Portugal, trying to give them uniformity in their interpretation and practical application and examining the means by which the collaborator of justice can assist the investigation, from the usual means of collaboration to the most sensitive ones. In this context, we question the possible con-

* O presente artigo corresponde, na sua essência, ao relatório apresentado na unidade curricular de Direito Processual Penal do doutoramento em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, sob regência do Exmo. Sr. Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes, depositado nos serviços da FDUL em outubro de 2019.

** Doutorando em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

Assistente convidado no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI) e assistente de investigação no Centro de Investigação do ISCPSI (ICPOL).

Endereço eletrónico: picasantos@hotmail.com

Neste âmbito, questiona-se a possível ligação do colaborador de justiça a métodos ocultos de obtenção da prova, nomeadamente a ação controlada, a captação ambiental e, por fim, as ações encobertas.

Defende-se que, não estando os concretos meios de colaboração previstos na lei, o auxílio do colaborador segue as regras dos meios de obtenção de prova ou de prova com ele relacionados e que se mostrem admissíveis face ao envolvimento de um colaborador de justiça.

Palavras chave: Colaboração processual; Colaborador de justiça; Colaboração premiada; Métodos ocultos de obtenção da prova; Agente encoberto.

nection of the collaborator of justice to special methods of obtaining evidence, namely controlled delivery, environmental wiretaps and, finally, undercover operations. The main idea is that, as the concrete means of collaboration are not provided for in the legislation, the assistance follows the rules of the means of obtaining evidence or evidence related to it and which are admissible in the face of the involvement of a collaborator of justice.

Keywords: Procedural collaboration; Collaborator of justice; Award-winning collaboration; Special methods of obtaining evidence; Undercover agent.

Sumário: Introdução. 1. A colaboração processual na fase de investigação criminal. 2. O auxílio característico do colaborador. 3. O colaborador e os métodos ocultos de obtenção de prova: 3.1. Na operação controlada e na captação ambiental; 3.2. O colaborador como agente encoberto? Conclusão.

Introdução

A obtenção de informações, conhecimentos ou meios de prova a partir do interior de organizações criminosas ou, de modo mais abrangente, através de quem se encontra, tem acesso ou conhece diretamente, por alguma razão, o seio criminoso é uma realidade que desperta o interesse do Estado e dos órgãos de persecução criminal.

É um interesse que não depende do modelo de processo penal e que já se concretizava antes da previsão de figuras (atuais) que lhe deram corpo nos ordenamentos jurídicos, nomeadamente através de acordos informais entre a polícia e procuradores e os suspeitos, à margem de controlo judicial, no sentido da obtenção de informações sobre crimes, tornando-se informadores (em regra, não chegando a depor em tribunal), ou que poderiam culminar mesmo com uma sua atuação encoberta (*e.g.*, realizando transações de estupefacientes ou infiltrando-se em organizações criminosas)^{1/2}. Nos sistemas jurídicos da família romano-germânica, com a previsão do princípio da legalidade, um tal recurso viria a ter-se por

inadmissível, mas por pouco tempo, somente até à mitigação daquele por um princípio da oportunidade, dando cobertura legal a práticas correspondentes³.

Em 2000, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo) definiu, entre o mais, que os Estados Partes devem prever o recurso a técnicas especiais de investigação, nomeadamente entregas controladas e ações encobertas (artigo 20.º), bem como adotar medidas de encorajamento das pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados tendentes à sua colaboração, quer na fase de investigação quer em julgamento (artigo 26.º).

Ora, na sequência daquele e de outros instrumentos jurídicos internacionais⁴ e regionais⁵, corporizando o que se pode chamar de “regime de governança internacional” da criminalidade organizada⁶, os Estados têm previsto, em planos distintos, é certo, as ações encobertas (infiltração) – aplicável, por excelência, na investigação – e também a figura da colaboração – aplicável na investigação e em julgamento – na repressão dos mesmos tipos criminais.

Na realidade, tais institutos já vinham sendo consagrados em diversos ordenamentos jurídicos, corporizando uma tendência legislativa⁷. Na Europa, vários

¹ STEPHEN C. THAMAN, Cooperation agreements in U.S. Criminal Law: Do they enhance truth in factfinding in serious cases?, *Paper apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na FDUL*, Lisboa, 15-16 de abril, 2019, pp. 1-3.

² Referimo-nos à colaboração com a polícia e autoridades judiciárias, num âmbito estritamente processual, no que se pode apelidar de “arrepentimento processual”; quanto ao arrepentimento em sede substantiva, os antecedentes históricos do seu estudo e previsão recuam à Roma antiga, podendo encontrar-se, de modo pontual, em civilizações anteriores. Cf. MANUEL QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 1-28. Para uma definição de colaborador de justiça *vide* a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa Rec(2005)9.

³ KAI AMBOS, Os programas de clemência na Alemanha, *Paper apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na FDUL*, Lisboa, 15-16 de abril, 2019, pp. 1-2. *Vide* também MANUEL QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*, pp. 213-219, onde o A. dá uma perspetiva sobre as “testemunhas da coroa” do Direito alemão à luz do princípio da oportunidade, como limitação da “intensidade formal” do princípio da legalidade.

⁴ Por exemplo, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida).

⁵ Por exemplo, Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativo à luta contra o terrorismo, como já antes previa a Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa à mesma temática e substituída por aquela.

⁶ FÁBIO RAMAZZINI BECHARA / GIANPAOLO POGGIO SMANIO, Ministério Público e a estratégia de investigação no *Caso Lava Jato*: legalidade e eficácia probatória da informação de inteligência financeira, in *Corrupção: Ensaios sobre a operação Lava Jato*, Marcial Pons, São Paulo, 2019, p. 60.

⁷ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 67, n.ºs 3-4, 1996, p. 729.

países previam já figuras de colaboração processual⁸, tendo um especial destaque a realidade italiana, por razões particulares⁹.

O presente estudo versa sobre os regimes da colaboração, tal como surgem configurados no ordenamento jurídico português. Mais especificamente, o seu objeto é a figura da colaboração processual na fase de investigação criminal, nomeadamente os contributos ou auxílio que o colaborador pode dar ao processo e às autoridades, no cruzamento com os meios de prova e de obtenção da prova admissíveis, incluindo os métodos ocultos de investigação.

Os objetivos são os seguintes: (i) analisar os regimes da colaboração em Portugal, em concreto, as suas manifestações na fase de inquérito, caracterizando o instituto; (ii) identificar os meios pelos quais o auxílio do colaborador – a colaboração – se pode efetivar; (iii) verificar a sua possível relação com métodos ocultos de investigação; (iv) e, (v) analisar se o colaborador pode vir a assumir a qualidade de agente encoberto.

Formulamos, pois, o seguinte problema central de investigação:

A colaboração de justiça em Portugal não goza de consagração formal autónoma, pelo que o auxílio material do colaborador obedecerá aos meios de prova e de obtenção da prova previstos, na medida em que não haja uma incompatibilidade intrínseca com a figura da colaboração?

Para a resposta ao problema de investigação, o presente trabalho é estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, estuda-se o regime legal da colaboração processual, nomeadamente a sua natureza e objeto, procurando identificar-se uma formulação legal-tipo. No segundo capítulo, analisa-se os modos habituais como a colaboração se efetiva, *i.e.*, o auxílio característico do colaborador. No terceiro capítulo, relaciona-se a colaboração de justiça com os métodos ocultos de investigação, verificando-se se o meio de colaboração pode consistir no auxílio em meios de obtenção de prova excecionais, nomeadamente as ações controladas, a captação ou escutas ambientais e, por fim, se o colaborador pode vir a assumir a qualidade de agente encoberto, sistematizando-se o âmbito válido da colaboração, nos quadros do potencial invasivo e da natureza oculta identificados.

⁸ CARLO RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp. 26-202, e MANUEL QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*, pp. 74-310.

⁹ ADA PELLEGRINI GRINOVER, O crime organizado no sistema italiano, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 12, 1995, pp. 76-86, e MARIE-AUDE BEERNAERT, «Repentis» ou «collaborateurs de justice»: quelle légitimité dans le système pénal?, *Droit et Société*, n.º 55, 2003, p. 696.

1. A colaboração processual na fase de investigação criminal

O direito sancionatório público português dá relevo à colaboração processual, com projecção na sanção a aplicar.

As medidas de incentivo à colaboração não são, aliás, um privativo da área criminal, surgindo também no âmbito contraordenacional, nomeadamente no combate aos cartéis secretos através dos programas de clemência. Nestes, em consonância com o Direito da União Europeia¹⁰, prevê-se a dispensa e a redução gradativa da coima, fundados na cooperação com a Autoridade da Concorrência (artigos 75.º a 82.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

Contudo, no âmbito específico do Direito Penal, Portugal não conhece um instituto de colaboração premiada por si¹¹. Não obstante esse facto, toda a colaboração processual pode ter relevância, projetando-se na pena a aplicar. O ordenamento jurídico português abarca essa possibilidade, essencialmente por uma dupla via¹².

Em primeiro, como circunstância que atenua a responsabilidade de um arguido, por depor a favor dele, independentemente do tipo de crime (artigo 71.º, n.º 2, do Código Penal, doravante CP)¹³ e mesmo não surgindo a colaboração como circunstância ali expressamente elencada¹⁴. Trata-se, portanto, de situação a valorar

¹⁰ A este respeito, *vide* a recente Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, em especial artigos 17.º a 23.º.

¹¹ Não existe “um regime uno e integrado que regulamente o estatuto do coarguido colaborador”, SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador e o direito premial no crime de corrupção, in *Estudos Projeto ETHOS: Corrupção e criminalidade económico-financeira*, Procuradoria-Geral da República, Lisboa, 2018, p. 120.

¹² Para uma sistematização exaustiva das situações de colaboração premiada no ordenamento jurídico espanhol, realizando uma sua divisão segundo critérios diferentes (“excusas absolutórias” e os diversos tipos de atenuações da pena) *vide* TERESA ARMENTA DEU, Colaboración premiada en el proceso penal español, *Paper apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na FDUL*, Lisboa, 15-16 de abril, 2019, pp. 13-16.

¹³ Acórdão do STJ, de 7 de fevereiro de 2007, Processo n.º 06P4543, disponível em www.dgsi.pt: “Do mesmo modo, atenua a sua responsabilidade a colaboração que, na fase de inquérito, deu à polícia”. Tratava-se de uma situação relativa à prática de um crime de roubo (artigo 210.º, n.º 1, do CP) a uma farmácia, em coautoria, em que o agente deu informações à Polícia Judiciária, aquando da investigação, que facilitaram a identificação do coarguido.

¹⁴ Não nos referimos aqui à figura do “arrependimento”, que pode ser valorada com enquadramento diverso: no âmbito da desistência (artigos 24.º e 25.º do CP), na determinação da medida da pena (artigo 71.º, n.º 2, al. e), do CP), na atenuação especial (72.º, n.º 2, al. c) ou, até, na dispensa da pena (artigo 74.º do CP) e, no plano processual, a redução de taxa de justiça em metade (artigo 344.º, n.º 2, al. c) do CPP), cf. INÊS FERREIRA LEITE, Arrependido: A colaboração do coarguido na investigação criminal, in *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 381, 386 e 392 e ss..

na determinação da medida concreta da pena, podendo levar a uma punição menos desfavorável.

Em segundo, e são estes casos que nos interessam, o sistema jurídico português compreende medidas de incentivo à colaboração no âmbito de específicos tipos legais de crime. Trata-se aqui, e nas palavras de Paulo de Sousa Mendes, de “manifestações residuais de relevância premial da colaboração de justiça”, contidas em “previsões avulsas”¹⁵.

Tais medidas podem ter como efeito a atenuação especial da pena (artigos 72.º, n.º 1, e 73.º do CP) ou a sua dispensa (artigo 74.º do CP), consistindo numa valoração que confere ao arguido uma posição mais favorável do que o regime supra referido.

Para além disso, e quanto aos crimes de corrupção ativa, deve ser destacado que a colaboração surge como pressuposto, embora não isolado, da possibilidade de suspensão provisória do processo (artigo 9.º da Lei n.º 36/94)¹⁶. O instituto da suspensão surge aqui com natureza diversa da suspensão nos termos do artigo 281.º do Código de Processo Penal (doravante CPP), ainda que aquele remeta parcialmente para este, determinada por “razões de política criminal distintas, ancoradas no direito premial”¹⁷.

Na realidade, pode ocorrer que uma colaboração processual não seja suficiente para conduzir a uma atenuação especial da pena, nos termos especialmente previstos, podendo (devendo), ainda assim, ser tida em conta no âmbito da determinação da medida concreta da pena ou conduzir, em conjunto com outras circunstâncias, a uma atenuação especial da pena nos termos gerais¹⁸.

Os mecanismos de colaboração processual surgem previstos, nomeadamente, no âmbito dos seguintes crimes: (i) associação criminosa (artigo 299.º, n.º 4, do CP); (ii) atos e organizações terroristas (artigos 2.º, n.º 5, 3.º, n.º 2, 4.º, n.º 13, 5.º, n.º 2, e 5.º-A, n.º 3, da Lei n.º 52/2003); (iii) tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas e outras atividades ilícitas, precursores e associações criminosas (artigos 21.º, 22.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, conforme artigo 31.º do mesmo diploma); (iv) tráfico e mediação de armas

¹⁵ PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, *Paper apresentado em conferência na Escola Alemã de Ciências Criminais (EACC) na Universidade de Göttingen*, Göttingen, 2 de outubro, 2018, p. 12.

¹⁶ Esta norma abarca os diversos crimes de corrupção ativa, não se limitando à “corrupção de funcionário (ou administrativa)”, SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, pp. 103-104.

¹⁷ SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 115.

¹⁸ Acórdão do TRE de 19 de maio de 2015, Processo n.º 7/11.2GBPTM.E1.

(artigo 87.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro); (v) branqueamento (artigo 368.º-A do CP); (vi) recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º e 374.º-B do CP); corrupção passiva (artigos 373.º e 374.º-B do CP); corrupção ativa (artigo 374.º e 374-B do CP); (vii) corrupção, peculato, participação económica em negócio (artigos 1.º, n.º 1, al. a) e 8.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro); (viii) infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (artigos 1.º, n.º 1, al. e) e 8.º da Lei n.º 36/94); (ix) corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional, corrupção passiva e ativa no setor privado (artigos 7.º a 9.º e 5.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril); (x) no âmbito desportivo, crimes de corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, oferta ou recebimento indevido de vantagem, associação criminosa e aposta anti-desportiva (artigos 8.º a 11.º-A e 13.º da Lei n.º 50/2007); (xi) no âmbito dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos (artigo 19.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho).

Várias destas previsões ocorreram em momento anterior à Convenção de Palermo. Aliás, o marco histórico na consagração da colaboração processual em Portugal é o início da década de 80, no âmbito de legislação relativa à criminalidade organizada, vindo a ser acolhida no Código Penal de 1982¹⁹. A relevância dos colaboradores de justiça em Portugal teve a sua primeira constatação no processo das FP-25, desempenhando um papel importante na investigação criminal e na acusação²⁰. A sua consagração deveu-se à influência dos mecanismos de colaboração previstos em Itália, no âmbito da repressão do terrorismo, em concreto, o designado regime dos “arrepentidos”²¹.

A formulação legal atual daquelas medidas não surge, de todo, coincidente nos diversos crimes referidos.

Quanto ao crime de associação criminosa, prevê-se a possibilidade de atenuação especial da pena ou a não punição do agente, se este “impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes” (artigo 299.º, n.º 4, do CP).

¹⁹ Cf. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, Crime et châtement: Statut des repentis, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 4, 1986, p. 753.

²⁰ Cf. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, Crime et châtement: Statut des repentis, p. 755.

²¹ Acórdão do TRE, de 14 de julho de 2009, Processo n.º 35/05.7FBOLH.E1, disponível em www.dgsi.pt. Sobre as soluções da legislação italiana contemporâneas à sua consagração em Portugal, vide FRANCESCO PALAZZO, La législation italienne sur les repentis: discipline, problèmes et perspectives, *Revue De Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 4, 1986, pp. 757-769, e MANUEL QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*, pp. 74-182.

Mais concordante com uma ideia precisa de colaboração apresenta-se o regime aplicável ao crime de associação criminosa que vise a prática de crimes de tráfico e outras atividades ilícitas (artigo 21.º) ou de precursores (artigo 22.º), previsto no artigo 28.º do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, em que o agente poderá gozar de uma atenuação especial da pena ou haver lugar à sua dispensa se “(...) auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações” (artigo 31.º do DL n.º 15/93). Este é também o regime aplicável aos próprios crimes de tráfico e outras atividades ilícitas (artigo 21.º) ou de precursores (artigo 22.º), quer como crimes da associação criminosa quer como crimes fora de um quadro organizado.

Igualmente assertivo é o regime aplicável nos crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional, prevendo-se a possibilidade de atenuação especial da pena ou a não punição do agente, se este “(...) auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis” (artigos 2.º, n.º 5, 3.º, n.º 2, 4.º, n.º 13, e 5.º, n.º 2, da Lei n.º 52/2003). Já quanto ao crime de financiamento do terrorismo afirma-se que “a pena é especialmente atenuada ou não tem lugar a punição, se o agente (...) auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis” (artigo 5.º-A, n.º 3, da Lei n.º 52/2003).

Quanto ao crime de branqueamento, prevê-se a possibilidade de atenuação especial da pena “se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens” (artigo 368.º-A do CP).

As soluções de direito premial têm um especial relevo no âmbito dos crimes de corrupção, nos quais, para além da possibilidade de atenuação especial da pena, se prevê, quanto a alguns deles, a possibilidade de suspensão provisória do processo.

Quanto aos crimes de corrupção no setor público, estabelece-se que a pena é especialmente atenuada se o agente, “até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis” (artigo 374.º-B, n.º 2, al. a), do CP).

Por sua vez, também quanto a crimes de corrupção, mas a que se acrescenta crimes de peculato, participação económica em negócio e infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional, prevê-se a possibilidade de atenuação especial da pena “se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis” (artigo 8.º da Lei 36/94, de 29 de setembro – Medidas de combate à corrupção e criminalidade económico-financeira).

Mais, especificamente quanto aos crimes de corrupção ativa, prevê-se a possibilidade de o Ministério Público suspender provisoriamente o processo, com a concordância do juiz de instrução, mediante a imposição de injunções e regras de conduta, com a verificação cumulativa de três pressupostos, entre os quais se encontra a concordância do arguido e ter “denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade” (artigo 9.º da Lei n.º 36/94).

Já quanto aos crimes de corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional, corrupção passiva e ativa no setor privado (artigos 7.º a 9.º da Lei n.º 20/2008) prevê-se a possibilidade de atenuação especial da pena “se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis ou de algum modo contribuir decisivamente para a descoberta da verdade” (artigo 5.º da Lei n.º 20/2008).

A partir da análise das várias previsões podemos tecer as seguintes considerações:

i) As medidas de incentivo à colaboração no ordenamento jurídico português surgem com recortes diversos;

ii) Considerando os crimes de associação criminosa no âmbito do tráfico de estupefacientes e de organização terrorista face ao crime de associação criminosa, verificamos que enquanto naqueles dois o eventual benefício (atenuação especial ou não punição/dispensa de pena) advirá do auxílio concreto às autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, neste último depende de “impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes”. Formulações bastante diversas. Na realidade, e na essência, a formulação quanto ao crime de associação criminosa é similar à constante da versão originária do CP, datada de 1982, no então artigo 287.º, n.º 4, aplicável ao crime de organizações terroristas, previsto nessa altura e até 2003 no CP (artigo 288.º, n.º 7, do CP/1982). Não obstante, mesmo já nessa altura, quanto ao crime de terrorismo, a formulação que se seguia era a de “auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura dos outros responsáveis”, conforme artigo 289.º, n.º 3, do CP/1982;

iii) No âmbito da criminalidade praticada em associação, não se compreende a falta de previsão de uma medida de incentivo à colaboração no âmbito do crime de associação de auxílio à imigração ilegal (artigo 184.º da Lei n.º 23/2007);

iv) Enquanto, em regra, se prevê a mera possibilidade (“pode”) em outras prevê-se uma suposta obrigatoriedade (“é”) na concessão do benefício pelo tribunal, dependente, é certo, de o tribunal considerar que houve auxílio concreto na recolha

de provas e que essas provas foram decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis²²;

v) Se na maioria das situações o comportamento a premiar se situa numa fase de inquérito (“recolha de/das provas decisivas”), nos crimes de corrupção passiva ou ativa no setor público, o comportamento previsto é expressamente por referência ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância (“obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”);

vi) Mas quanto aos crimes de corrupção passiva e ativa no setor privado, a referência é a um tempo mais restrita – “recolha das provas decisivas” – parecendo limitar à fase de inquérito, mas a outro mais ampla, prevendo não só o auxílio na identificação ou captura de outros responsáveis como também o facto de o agente “de algum modo contribuir decisivamente para a descoberta da verdade”;

vii) Se, em regra, o benefício advirá do auxílio prestado na recolha de provas para a identificação de outros responsáveis da prática do crime pelo qual o colaborador está indiciado (ainda que não no mesmo processo, como veremos), no crime de branqueamento prevê-se a possibilidade de benefício se o auxílio na recolha das provas for direcionado para os responsáveis dos factos ilícitos típicos de onde provenham as vantagens, ou seja, os factos antecedentes.

Em conclusão preliminar, podemos dizer que os incentivos à colaboração no ordenamento jurídico português são caracterizados pela sua incoerência – não se mostram uniformes em termos da sua construção – e incompletude – não cobrem certos crimes relativamente aos quais se verificariam as mesmas razões de previsão²³.

²² Mas os benefícios a conferir “não são de funcionamento automático, dependendo da culpa e da personalidade do agente”, para além da verificação do pressuposto do auxílio, cf. Acórdão do TRL, de 3 de outubro de 2002, Processo n.º 0091849, disponível em www.dgsi.pt. Salientando que se trata de uma medida excecional e de funcionamento não automático, *vide* também Acórdãos do TRE, de 19 de maio de 2015, Processo n.º 7/11.2GBPTM.E1, disponível em www.dgsi.pt, e de 14 de julho de 2009, já citado. É uma faculdade que pode levar a tratamento diverso de situações aparentemente idênticas, o que não contraria o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, que não exige uma “igualdade absoluta em todas as situações nem proíbe diferenciações de tratamento”, cf. Acórdão do STJ, de 5 de dezembro de 1990, Processo n.º 041046, disponível em www.dgsi.pt.

²³ Estamos aqui a referir-nos, apenas, aos mecanismos de colaboração especificamente previstos. No que se refere à figura do “arrependido”, Inês Ferreira Leite considera que não existe “um tratamento unitário e constante”, atendendo à sua previsão genérica quanto à medida da pena e previsões específicas de isenção ou atenuação especial, cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Arrependido*, pp. 380-381. É a estas previsões específicas de incentivo à colaboração que nos referimos, não implicando elas que exista arrependimento.

A ideia reitora dos mecanismos de colaboração processual previstos no ordenamento jurídico português é a da possibilidade de atenuação especial da pena ou da sua dispensa, quando o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Tratar-se-á, pois, de atenuação especial da pena a coberto da 1.^a parte do n.º 1 do artigo 72.º do CP (“casos expressamente previstos na lei”) que segue os termos do artigo 73.º, com redução da moldura da pena aplicável: nos casos em análise, quando o tribunal se decida pela atenuação especial da pena, o seu limite máximo será reduzido de um terço e o limite mínimo para um quinto²⁴. Quanto à possibilidade de dispensa de pena, esta só poderá ocorrer se para além do auxílio concreto na recolha de provas decisivas se verificarem os requisitos do n.º 1 do artigo 74.º (diminutas ilicitude do facto e culpa do agente, reparação do dano e não se opuserem razões de prevenção), por força do n.º 3 do mesmo artigo²⁵.

Trata-se, assim, de regulação de mecanismos de incentivo à colaboração processual em normas de direito substantivo, sem regime processual próprio. E ainda que se veja nelas “um sentido processual”, não se pode concordar que positivem uma “prática investigatória”²⁶, pois falta-lhes a disciplina. Ora, considerando que a natureza dos colaboradores de justiça é essencialmente processual, com uma atuação centrada no processo, a que correspondem benefícios na pena²⁷, torna-se manifesta a insuficiência dos regimes previstos em Portugal. Mesmo quando o instituto surge previsto em diploma avulso que contém, ele próprio, normas processuais, associa-se à possibilidade de atenuação especial da pena sem que se regule um concreto modo de colaboração (artigo 8.º da Lei n.º 36/94).

²⁴ O instituto não é de “funcionamento automático” face ao preenchimento das circunstâncias, depende “da ponderação global da conduta do agente”, verificando-se uma “diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade da pena que se traduz numa menor gravidade do crime, cf. Acórdão do TRE, de 19 de maio de 2015, Processo n.º 7/11.2GBPTM.E1.

²⁵ No caso da dispensa de pena em crimes de corrupção (artigo 374.º-B, n.º 1, do CP), Sérgio Pena entende que os únicos pressupostos a serem respeitados são os “pressupostos específicos” daquela norma, não estando dependente dos requisitos gerais previstos no artigo 74.º, n.º 1, com fundamento em (i) razões de política criminal que estão na origem daquela previsão e que consubstanciam uma finalidade específica e diversa face à medida geral, (ii) que até decorrem de instrumentos jurídicos internacionais, e (iii) pelo facto de a redação anterior da norma determinar então a obrigatoriedade da aplicação de dispensa de pena, verificados os seus próprios pressupostos, SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido, pp. 107-109.

²⁶ Como o refere expressamente TERESA PIZARRO BELEZA, Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português, *Revista do Ministério Público*, 19, n.º 74, 1998, pp. 45-46.

²⁷ TERESA ARMENTA DEU, Colaboración premiada en el proceso penal español, p. 7.

A falta de uma disciplina própria para a operacionalização (possível) de atenuação especial da pena torna estes regimes, a nosso ver, insuficientes para a possibilidade de negociação entre o Ministério Público e um coarguido, pois que a atenuação será decidida, na fase de julgamento, pelo tribunal e unicamente conforme a sua apreciação²⁸.

Não pode, de facto, o Ministério Público prometer a atenuação especial da pena ou a sua dispensa ao coarguido caso ele colabore na recolha de provas decisivas, pois que tal configura uma proibição de prova, acarretando a nulidade das provas assim obtidas, conforme artigos 32.º, n.º 8, da CRP, e 126.º, n.º 2, al. e), do CPP^{29/30}. Pelo contrário, pode e deve informar de tal possibilidade, sempre dependente da decisão judicial. Tal como os OPC podem e devem. Mesmo nas situações em que a Lei refere que a pena “é” especialmente atenuada, tal dependerá da apreciação que o tribunal faça da natureza do auxílio.

Ademais, os mecanismos de incentivo à colaboração processual existentes em Portugal não se configuram como um meio de obtenção de prova, pois não se situam no domínio processual ou adjetivo, mas sim no âmbito material ou substantivo. Sintomático disto é o facto de a decisão determinante sobre o benefício ser da inteira disponibilidade do tribunal, isto é, ficar ao seu “prudente julgamento”³¹, não se encontrando limitado pela atuação anterior do Ministério Público – titular do inquérito, fase, por excelência, de descoberta e recolha das provas. Mas o tribunal tem de valorar a colaboração, dando os factos que a ela se referem como provados

²⁸ Paulo de Sousa Mendes salienta que a lei “não disciplina o tempo e o modo da negociação entre o Ministério Público e o arguido, nem estabelece a forma e os limites do acordo, nem sequer estabelece os termos da sua relevância defronte do poder jurisdicional, o qual, em última análise, pode revelar-se totalmente avesso ao acordo”, PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, p. 12.

²⁹ Neste sentido, mas abordando a obtenção de confissões e outras declarações, *vide* INÊS FERREIRA LEITE, Arrependido, pp. 389-390. A A. conclui “no sentido de ser impossível, nas fases de inquérito ou instrução, fazer-se uma previsão segura sobre o sentido da decisão de mérito final ou sobre a pena ou medida que irá ser aplicada pelo juiz”. Em igual sentido e no mesmo âmbito, TERESA PIZARRO BELEZA, Tão amigos que nós éramos, p. 45. *Vide* também, mas de um modo que abarca qualquer colaboração nas fases preliminares, GERMANO MARQUES DA SILVA, Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democrático e da lealdade em processo penal, *Direito e justiça*, vol. VIII, tomo 2, 1994, p. 33.

³⁰ Com interesse, ainda que em âmbito diverso da colaboração processual, *vide* o Acórdão do STJ, de 10 de abril de 2013, Processo n.º 224/06.7 GAVZL.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt, no qual se decidiu que “constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar”.

³¹ Acórdão do STJ, de 12 de julho de 2006, Processo n.º 06P1947, disponível em www.dgsi.pt.

ou não provados, sob pena de nulidade da decisão (artigos 379.º, n.º 1, al. a), e 374.º, n.º 2, do CPP), exigindo-se que, mesmo oficiosamente, afira a “exata medida da colaboração” prestada e as circunstâncias em que ocorreu³². Para isto, o Ministério Público deverá fazer, obrigatoriamente, constar da acusação esses factos e respetiva base legal conferente do valor como atenuante especial (artigo 283.º, n.º 3, als. b) e c), do CPP), por uma tríplice razão: (i) definição da sua posição no processo; (ii) vinculação temática do tribunal; e (iii) salvaguarda de interposição de recursos sobre a matéria³³.

Em suma, não há a possibilidade de qualquer negociação processual, traduzida em acordo de colaboração formal³⁴ entre o Ministério Público e o arguido, posto que o MP não pode dar garantias de benefícios premiais em consequência da colaboração. No máximo, poderá comprometer-se em pugnar por eles na fase de julgamento.

Há, diga-se, uma situação em que se vislumbra a possibilidade de negociação para recompensa premial, caso se verifique colaboração. Falamos da suspensão provisória do processo no caso do crime de corrupção ativa (artigo 9.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 36/94), em que o facto de o arguido ter “denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade” é um dos pressupostos para a suspensão. É, aliás, assinalado como um instituto cuja *arquitetura* lhe permite ser “eficaz enquanto mecanismo premial da colaboração com a realização da justiça” e com uma aplicação prática comprovada³⁵. Trata-se de um “espaço de consenso entre sujeitos processuais-penais” alicerçado naquele pressuposto³⁶, *i.e.*, na colaboração do arguido. Não estamos a afirmar que a contribuição para a descoberta da verdade

³² Acórdão do TRE, de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 7/11.2GBPTM.1, disponível em www.dgsi.pt.

³³ SÉRGIO PENA, A colaboração por declarações de coarguido colaborador, p. 114, a propósito dos crimes de corrupção, mas cujas razões são aplicáveis em qualquer caso de relevância premial da colaboração. Para o A. a tomada de posição do MP na acusação e as garantias associadas permitem “considerar amparadas, com um mínimo de segurança, as expectativas de aplicação da atenuação especial da pena ao arguido colaborador. Tal facto conjugado com as regras da valoração das declarações de coarguido revelam (...) que o instituto é ainda adequado às finalidades premiais que pretende regular, dispondo de margem de evolução na prática judiciária”.

³⁴ Cf. JOANA COSTA, Justiça negociada: algumas notas sobre os acordos sobre a sentença em processo penal e a colaboração premiada à luz da Constituição, *Paper apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na FDUL*, Lisboa, 15-16 de abril, 2019, p. 16. A A. salienta que a impossibilidade de negociação ou *concertação* se constitui como o obstáculo que um regime de colaboração premiada visa afastar.

³⁵ SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 119.

³⁶ SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, pp. 115-116.

pode constituir injunção ou regra de conduta da medida de suspensão³⁷, à qual o arguido daria a sua concordância, a que, acrescentando-se a concordância do JIC, teríamos um *acordo de colaboração* na forma de suspensão provisória do processo. De facto, a lei “exige que tenha já havido essa contribuição para que possa ser aplicada a suspensão provisória”, pelo que tal não se pode constituir como injunção, é pressuposto³⁸.

Mas, não se vislumbra qualquer ilegalidade, se o MP negociar com o arguido de corrupção ativa os termos da sua colaboração (decisiva) na fase de investigação – *e.g.*, dando informações e facultando documentos – a prestar com a contrapartida da promoção da suspensão provisória do processo, logo que esse (e os outros) pressupostos estiverem verificados. Trata-se de cumprir a lei, informar corretamente o arguido, não o privar de um regime que lhe é mais favorável e esclarecer os crimes de corrupção (ativa e passiva).

Todo o quadro referido é substancialmente diverso de ordenamentos jurídicos que disciplinem a colaboração processual premiada.

Na verdade, a Convenção de Palermo é omissa quanto a procedimentos tendentes à colaboração, deixando aos Estados a margem para a sua concretização e instrumentos a utilizar³⁹. Apesar de a tal opção não ser alheia a matriz do processo penal respetivo, nomeadamente os papéis-tipo do acusado, acusador e julgador, a previsão de acordos de colaboração – um “contrato penal”⁴⁰ – é passível de absorção por sistemas caracterizados como inquisitoriais e marcados por uma maior intervenção judicial, precisamente por influência dos sistemas ditos adversariais⁴¹.

Como exemplo recente da instituição de um regime de direito premial surge-nos o Brasil, em que a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, criou o instituto da

³⁷ Em específico, a injunção de prestação de declarações pelo coarguido colaborador em julgamento, sob pena de revogação da suspensão, não se mostra admissível, INÊS FERREIRA LEITE, A colaboração do coarguido na fase de investigação, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 231-234, e Acórdão do STJ de 15 de abril de 2010, analisado pela Autora. Com dúvidas quanto à admissibilidade da fixação de injunção de prestação de declarações pelo coarguido colaborador, em especial se “importar qualquer obrigação de resultado ou orientação de conteúdo”, mas admitindo que a injunção possa consistir “na colaboração do arguido para a descoberta da verdade material”, SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 119.

³⁸ INÊS FERREIRA LEITE, A colaboração do coarguido na fase de investigação, pp. 231-234, e Acórdão do STJ, de 15 de abril de 2010, disponível em www.dgsi.pt.

³⁹ MARCOS ZILLI, Transplantes, traduções e Cavalos de Troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da *Operação Lava Jato*, in *Corrupção: Ensaio sobre a operação Lava Jato*, Marcial Pons, São Paulo, 2019, pp. 107-108.

⁴⁰ Na expressão de JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, Crime et châtiment: Statut des repentis, p. 755.

⁴¹ MARCOS ZILLI, Transplantes, traduções e Cavalos de Troia, pp. 97-101.

colaboração premiada, com a natureza expressa de meio de obtenção de prova excepcional, no quadro da persecução criminal dos crimes de organização criminosa, organização terrorista e dos seus próprios crimes (artigos 1.º, n.ºs 1 e 2, 4.º a 7.º)⁴². O legislador dedicou especial atenção ao instituto, tendo-o regulado de modo “exaustivo”^{43/44} e previsto a celebração de acordos de colaboração⁴⁵.

A figura do acordo de colaboração, que faça nascer um direito subjetivo na esfera do arguido quanto aos termos acordados em seu benefício⁴⁶, constitui-se como a pedra de toque de um sistema de colaboração processual.

Isto é, concordando-se em ver na Convenção de Palermo uma base de desenvolvimento para regimes de colaboração premiada, a sua maior ou menor efetividade depende da consagração de um regime processual⁴⁷.

Em Portugal, esse regime não existe, sendo que as normas que preveem tais institutos têm estabilizado numa formulação legal-tipo: o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

⁴² A Lei 9.034, de 3 maio de 1995, revogada pela Lei 12.850/2013, já previra a redução da pena de um a dois terços em caso de colaboração espontânea do agente que conduzisse ao esclarecimento dos crimes praticados em organização criminosa e da sua autoria (artigo 6.º). Naquela Lei, a colaboração não surgia expressamente como meio de obtenção de prova. Na redação original do artigo 2.º, II e III, constavam, sem prejuízo de outros, os procedimentos de investigação e formação de provas para aquela criminalidade, nomeadamente a ação controlada e o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, sendo que em 2001, através da Lei 10.217, de 11 de abril, foram aditados ao artigo 2.º os meios de captação ambiental e de infiltração policial (III e IV), esta última antes vetada no diploma de 1995. *Vide* DIOGO MALAN, Da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e os limites relativos à privacidade, in *Crime organizado – Análise da Lei 12.850/2013*, Marcial Pons, São Paulo, 2017, pp. 54-56.

⁴³ PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, p. 2.

⁴⁴ Alguma doutrina tem considerado que a regulação da colaboração premiada no âmbito da Lei 12.850/2013 é aplicável a outros casos nos quais esteja consagrado legalmente o instituto, precisamente por naquela surgir de modo detalhado e integral, cf. ENEAS ROMERO, A colaboração premiada, in *Crime organizado – Análise da Lei 12.850/2013*, Marcial Pons, São Paulo, 2017, p. 262.

⁴⁵ A colaboração processual é firmada em acordo – acordo de colaboração – que pode ser celebrado em qualquer fase do processo, desde a investigação até já depois do trânsito em julgado, em plena fase de cumprimento de pena, conforme artigo 4.º, n.ºs 2, 4 e 5, da Lei 12.850/2013, cf. ENEAS ROMERO, A colaboração premiada, p. 265.

⁴⁶ MARCOS ZILLI, Transplantes, traduções e Cavalos de Troia, p. 119.

⁴⁷ *Vide* o Acórdão do STJ, de 12 de julho de 2006, em que o Supremo Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso do arguido, quanto ao requerimento da consideração do benefício premial ao abrigo do artigo 31.º do DL 15/93, concordante também com a posição do Ministério Público, mas que os Tribunais *a quo* haviam desconsiderado.

A diversidade de requisitos associados ao mecanismo da colaboração torna-o de “exequibilidade (...) complexa”⁴⁸. Vejamos, pois, de que auxílio se trata, de que modo pode a colaboração efetivar-se.

2. O auxílio característico do colaborador

Para a delimitação dos mecanismos de incentivo à colaboração existentes em Portugal importa atender ao seu núcleo essencial, isto é, à caracterização do auxílio do agente.

Cabe perguntar, como pode o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis? E por quais crimes?

Em termos genéricos, podem ser identificados os seguintes requisitos: (i) que o agente preste auxílio às autoridades; (ii) que seja um auxílio concreto; (iii) e que o auxílio se dirija ou “tenha por objeto a recolha de provas decisivas, ou a incriminação ou captura de outros responsáveis”⁴⁹.

Desde já se deve avançar que o auxílio pode ter lugar no âmbito do processo em que o colaborador é arguido ou noutro, mas por crimes similares⁵⁰. Ou seja, não pode usufruir do regime da colaboração o arguido que auxilie investigações por crimes fora de previsão da colaboração. Mas pode, assim, haver concessão de benefícios a arguido colaborador, em crime de execução singular, precisamente quando o auxílio se referir a outros crimes⁵¹. Deste modo, a figura do colaborador pode ter relevância fora de situações de comparticipação⁵², *i.e.*, no seu próprio processo pode ser o único arguido e o crime ser de execução singular, colaborando relativamente a outro processo.

Apesar de a legislação não o limitar, ponto é que a colaboração seja dada relativamente a crimes similares ou relacionados, no caso concreto, com os crimes para os quais se prevê o relevo da colaboração. Esta *conexão* é exigida por um mínimo de respeito às razões político-criminais que levaram o Estado a prever o

⁴⁸ Acórdão do TRE, de 14 de julho de 2009, Processo n.º 35/05.7FBOLH.E1.

⁴⁹ EDUARDO LOBO, Comentário a Acórdão proferido em processo do Tribunal da Guarda em 29.11.1994, in *Droga, decisões de Tribunais de 1.ª Instância, 1994, Comentários*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Lisboa, 1997, p. 298, seguido pelo Acórdão do TRE, de 14 de julho de 2009, Processo n.º 35/05.7FBOLH.E1.

⁵⁰ Acórdão do STJ, de 12 de julho de 2006, Processo n.º 06P1947.

⁵¹ Ao prever-se mecanismos premiais avulsos, com atenuação especial da pena (artigos 72.º, n.º 1 e 73.º do CP), em crimes que podem não ter sido praticados em comparticipação, até relativamente a crimes similares investigados em outros processos, perde-se coerência quando a valoração de uma colaboração de arguido em processo por crime em que não se prevê aquela atenuação especial da pena, mas referida a crime onde há aquela previsão, goze somente de uma circunstância atenuante, (artigo 71.º, n.º 2, do CP).

⁵² Em sentido contrário, INÊS FERREIRA LEITE, *Arrependido*, pp. 381-382 e 394.

relevo da colaboração só para esses tipos de crime. Aliás, na Alemanha, Kai Ambos nota criticamente que o requisito de conexão exigido hoje quer no âmbito do “grande programa de clemência” quer nos “pequenos programas de clemência”, antes de ser exigência legal, já era tido como implícito aos regimes, em específico no âmbito do tráfico de estupefacientes, apenas beneficiando as “testemunhas da coroa” por colaboração relativamente aos seus crimes ou crimes relacionados⁵³.

Outro aspeto preliminar que importa referir é que a construção legal tipo – reportando as provas à “identificação ou captura de outros responsáveis” – permite (e exige-se) “numa interpretação teleológica sustentada na natureza premial da norma em referência e ainda minimamente suportada pelo elemento literal, a inclusão de qualquer outra colaboração relevante para o sustentáculo probatório da incriminação contra, pelo menos, um outro agente do crime ou de crime conexo”⁵⁴. A referência a “identificação ou captura” não limita, pois, a “amplitude da colaboração decisiva”, valendo as provas que “revelarem aptidão decisiva para a construção do acervo probatório contra pelo menos outro responsável”⁵⁵, portanto, mesmo já identificado ou referenciado no processo. Abarca, como surge expressamente em algumas normas avulsas (*e.g.*, no instituto da suspensão provisória do processo no crime de corrupção ativa), o “contributo decisivo para a descoberta da verdade”, conceito “omnicomprensivo” a que se pode reconduzir a colaboração relevante^{56/57}.

O auxílio pode consistir na mera prestação de informações, mesmo não documentadas em auto, que permitam a identificação ou a captura de outros responsáveis. Tais informações (*e.g.*, nomes e moradas) podem ser prestadas diretamente ao OPC, que atestará depois a colaboração dada, nomeadamente em audiência de julgamento. Tratar-se-á da forma de colaboração mais ténue, que poderá conduzir a uma atenuação da pena, mas, em princípio, insuficiente para

⁵³ KAI AMBOS, Os programas de clemência na Alemanha, pp. 5-8.

⁵⁴ SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 112.

⁵⁵ SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 112, referindo-se ao regime de atenuação da pena nos crimes de corrupção (artigo 374.º-B, n.º 2, al. a) e que tem validade para os restantes casos de previsão premial avulsa.

⁵⁶ SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 117.

⁵⁷ Sintomático deste conceito *omnicomprensivo*, subjacente à colaboração processual, surge-nos a previsão expressa dos resultados relevantes para a colaboração premiada no regime brasileiro: (i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (iii) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (iv) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, conforme artigo 4.º da Lei 12.850/2013.

uma dispensa de pena⁵⁸. Mas a colaboração através da “simples” prestação de informações pode ter valor muito relevante, conduzindo ao resultado máximo da colaboração, *i.e.*, desmantelamento de associações criminosas com a detenção e posterior responsabilização dos seus membros⁵⁹.

Aliás, central na definição de “testemunha” para efeitos da Lei n.º 93/99, que pode ter o estatuto processual de arguido, é a disposição “de informação ou de conhecimento necessários à revelação, perceção ou apreciação de factos que constituam objeto do processo” (artigo 2.º da Lei n.º 93/99) ou, naturalmente, que venham a constituir, após a revelação de informação ou conhecimento.

Mas para que o auxílio seja considerado concreto não é suficiente a simples referência a nomes sem que as autoridades possam identificar ou localizar esses responsáveis, ou seja, “resultados inócuos” não são relevantes⁶⁰. O auxílio tem de permitir acrescentar algo à investigação, pois está implícito à colaboração um “binómio qualidade/eficácia”⁶¹, mesmo que não venha a ser decisiva para a condenação em julgamento⁶².

⁵⁸ O STJ entendeu que “não é suficiente para ser decretada a isenção da pena do arguido que, não obstante a relevância da sua colaboração com a Polícia Judiciária no âmbito do tráfico de heroína, só depois de ter sido encontrado na posse de 610 gramas de heroína, ter sido preso e instaurado processo, perante a gravidade da sua conduta, e que fez revelações que permitiram já a detenção de dois indivíduos por tráfico de heroína e a apreensão de 750 gramas de tal produto”. Tratava-se de uma situação de tráfico de estupefacientes, em que o arguido entendia “ter colaborado ativamente para a identificação de outros traficantes, presos depois na base das suas informações” e “ter facultado vasta informação a ser alvo de tratamento atual por parte da Polícia Judiciária”, tendo o Inspetor, em audiência de julgamento, “manifestado e confirmado o interesse da Polícia Judiciária numa libertação do arguido”. O arguido havia iniciado a colaboração com a PJ após a sua detenção, por tráfico de estupefacientes (heroína), tendo fornecido o nome de duas pessoas e a sua morada, que, após processo autónomo, viriam a ser detidas, com apreensão de 750 gramas de heroína. Outras informações prestadas revelaram-se inoperantes ou estavam ainda a ser alvo de exploração pela PJ. O STJ sufragou o entendimento do Tribunal *a quo* quanto à aplicabilidade da atenuação livre e não da isenção (vigência do DL n.º 430/81), “não obstante a relevância da colaboração”, tendo em atenção o contexto em que surgiu, só após a detenção. Cf. Acórdão do STJ, de 14 de janeiro de 1993, Processo n.º 042796, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁹ Acórdão do STJ, de 12 de julho de 2006, Processo n.º 06P1947.

⁶⁰ Acórdão do TRE, de 14 de julho de 2009, Processo n.º 35/05.7FBOLH.E1.

⁶¹ Acórdão do TRE, de 14 de julho de 2009: “A atenuação especial da pena, prevista no artigo 31.º do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, é excecional. Entender que, após a detenção em flagrante delito, a mera alusão a um ou outro nome dos (aleadamente) “verdadeiros” traficantes, com resultados inócuos, poderia traduzir-se na atenuação especial da pena, seria premiar uma estratégia de aparente colaboração com as autoridades sem quaisquer resultados concretos, tendo como único escopo essa mesma atenuação. Não é indiferente à norma o binómio qualidade/eficácia da colaboração”.

⁶² INÊS FERREIRA LEITE, Arrependido, p. 395. A Autora fala a este respeito de um “juízo de prognose póstuma”, portanto, juízo feito em julgamento, mas a reportar-se ao momento em que a colaboração

Já quando a colaboração relevante é dada relativamente a outro processo, e no processo em que é arguido não existe colaboração concreta (dando, *e.g.*, informações vagas), não beneficiará de atenuação especial da pena, com fundamento na norma específica que prevê a colaboração⁶³.

Outro meio de colaboração relacionado com a prestação de informações é o acompanhamento dos OPC em diligências de investigação, *e.g.*, na sinalização de locais relacionados com práticas ilícitas⁶⁴, desde que dessas diligências resultem dados concretos, de imediato, ou que se venham a revelar úteis para o processo.

Não se trata aqui, tal como no caso da mera prestação de informações indocumentadas, de meios de prova por si, mas sim de um auxílio que pode levar à recolha de meios de prova, nomeadamente através da realização de diligências de revista, busca e apreensão.

Esta relação entre informação prestada e a sua utilização para fundamentação de pedido para a realização de diligências de busca, domiciliária ou não domiciliária, e apreensão encontra-se expressamente presente nos regimes de clemência no combate aos cartéis – no domínio contraordenacional, é certo – em especial, se a Autoridade da Concorrência não dispuser ainda de elementos suficientes para proceder à diligência (artigos 77.º, n.º 1, al. a), e 78.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012).

Já como meio de prova, por si, surgem-nos as declarações do arguido⁶⁵ sobre os factos probandos e outros, a revelar, com interesse penal, de que possuía

ocorreu. No mesmo sentido SÉRGIO PENA, *A prova por declarações de coarguido colaborador*, pp. 112-114. No Brasil, a eficácia do acordo depende da produção dos resultados legalmente previstos, constituindo as medidas de colaboração “obrigações de meios”, PAULO DE SOUSA MENDES, *A colaboração premiada à luz do direito comparado*, p. 3.

⁶³ Acórdão do TRE, de 19 de maio de 2015, Processo n.º 7/11.2GBPTM.E1: “Na verdade, se é certo que o recorrente contribuiu decisivamente para a detenção, num outro processo, de um indivíduo que, atendendo à quantidade e qualidade do produto estupefaciente que tinha em seu poder e, bem assim, à pena que lhe veio a ser aplicada, se dedicava ao tráfico numa escala que já teria, pelo menos, uma expressão média, e não obstante a lei não exigir que o auxílio prestado às autoridades se reporte ao processo em que tenha a qualidade de arguido, não é menos certo que tal colaboração não pode deixar de ser ponderada de forma global, levando também em conta a sua postura nestes autos, que foi qual pontuada por protestos de arrependimento e manifestações de vontade em colaborar na investigação que não tiveram qualquer resultado ou expressão prática assinalável.” Neste caso, a colaboração processual dada no outro processo foi tida em conta, juntamente com outras circunstâncias, para a atenuação especial da pena por via do artigo 72.º, n.ºs 1 e 2, al. d).

⁶⁴ Acórdão do TRE, de 19 de maio de 2015, Processo n.º 7/11.2GBPTM.E1.

⁶⁵ Sobre a colaboração do coarguido por via da prestação de declarações e respetivo valor, *vide* INÊS FERREIRA LEITE, *Arrependido: A colaboração do coarguido na investigação criminal*, e INÊS FERREIRA LEITE, *A colaboração do coarguido na fase de investigação*, bem como a bibliografia referida neles. Assim como, TERESA PIZARRO BELEZA, *Tão amigos que nós éramos*, e SÉRGIO PENA, *A prova por declarações de coarguido colaborador*. Também, TERESA ARMENTA DEU, “Colaboración premiada en el proceso penal español”, pp. 22-23.

conhecimento direto (artigos 140.º, n.º 2, e 128.º, n.º 1, do CPP), nomeadamente sobre a participação de outros agentes⁶⁶. Aliás, as declarações do colaborador constituirão o meio de colaboração, por excelência⁶⁷, na fase de investigação e em fase posterior⁶⁸, sendo esta componente de prova pessoal a salientada na própria definição de colaborador de justiça constante na Recomendação Rec(2005)9 do Conselho da Europa⁶⁹. É certo que, por força do princípio da imediação (artigo 355.º do CP), a valia das declarações, como meio de prova, prestadas na fase de inquérito, está dependente, em princípio, da sua repetição na fase de julgamento⁷⁰; mas aquele princípio, com a revisão de 2013, sofreu uma compressão, ao permitir-se a reprodução ou leitura de declarações prestadas em inquérito ou instrução, (i) perante autoridade judiciária e com assistência de defensor, tendo o arguido sido informado dessa possibilidade, ficando sujeitas ao princípio da livre apreciação da prova (artigos 357.º, n.º 1, al. b), e 141.º, n.º 4, al. b)) ou mesmo perante OPC quando for o arguido a solicitar a reprodução ou leitura em julgamento (artigo 357.º, n.º 1, al. a))⁷¹.

São declarações prestadas na qualidade de arguido, quer respeitem ao próprio processo quer a processos conexos, pois aquela qualidade é causa de impedimento a depor como testemunha (artigo 133.º, n.º 1, al. a), do CPP).

Não obstante ser desejável a corroboração⁷² das declarações prestadas na qualidade de arguido com outros meios de prova ou que elas conduzam à recolha

⁶⁶ Cf. Acórdão do TRL, de 20 de março de 2007, Processo n.º 10954/2006-5, disponível em www.dgsi.pt, e jurisprudência do STJ ali referida.

⁶⁷ Cf. SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 82.

⁶⁸ Sobre a natureza jurídica das declarações do colaborador, em específico, face ao sistema de colaboração premiada no Brasil, *vide* PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, pp. 17-18, e ENEAS ROMERO, A colaboração premiada, pp. 263-265.

⁶⁹ O *collaborator of justice* surge definido como “any person who faces criminal charges, or has been convicted of taking part in a criminal association or other criminal organisation of any kind, or in offences of organised crime, but who agrees to cooperate with criminal justice authorities, particularly by giving testimony about a criminal association or organisation, or about any offence connected with organised crime or other serious crimes”.

⁷⁰ INÊS FERREIRA LEITE, Arrependido, p. 387, e TERESA PIZARRO BELEZA, Tão amigos que nós éramos, p. 51.

⁷¹ SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, pp. 87-92.

⁷² Sobre a necessidade ou não de “prova corroborante” *vide* SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, pp. 86-87. Defendendo a necessidade de “uma verificação suplementar que se traduz na exigência de corroboração”, entendida como “a existência de elementos oriundos de fontes probatórias distintas da declaração que, embora não se reportem diretamente ao mesmo facto narrado na declaração, permitem concluir pela veracidade desta”, *vide* ANTÓNIO ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, *O conhecimento probatório do coarguido*, BFDUC, Stvdia Iuridica 42, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 218-228.

de meios de prova que lhes venham dar credibilidade, estas são, por si, um meio válido de colaboração^{73/74}. Estas podem, por exemplo, dar um sentido na interpretação de provas constantes do processo que de outro modo permaneceriam indecifráveis ou obscuras, tornando-as decisivas.

Assim, sem prejuízo de se concordar, com Inês Ferreira Leite, que as declarações de coarguido não podem “fundamentar, de modo exclusivo, uma decisão condenatória para os restantes coarguidos”, já não se concorda com a extensão da conclusão da A., englobando não só “as declarações meramente descritivas”, mas também as “declarações complementares de coarguido associadas à produção de outros meios de prova obtidos através da colaboração do mesmo, tais como objetos do crime, documentos, gravações, etc”⁷⁵. Todas elas podem ser meios válidos de colaboração, não podendo a primeira, por si só, fundamentar uma condenação, mas, no caso da segunda, em associação com os outros meios, nada obsta a que possa conduzir a uma condenação, porque, desde logo, não se trata de prova exclusiva. Ponto é avaliar os outros meios: os tais objetos, documentos e gravações, afastando quaisquer dúvidas que sobre os mesmo possa haver, nomeadamente de se tratar de provas forjadas, o que poderá ser concretizado através de exames e, em especial, perícias. E a valia da colaboração por declarações de coarguido também se revela pelo facto de que o que é insuficiente para uma condenação poder ser suficiente para uma acusação⁷⁶, assim se materializando a colaboração processual naquela fase e que poderá ser tida em conta independentemente do resultado posterior, em sede de julgamento.

⁷³ Em sentido contrário, Inês Ferreira Leite considera que “o fornecimento de meras declarações incriminatórias para outros agentes do crime, sem qualquer elemento de prova adicional ou complementar que as corrobore, não deverá sustentar um juízo favorável no que respeita à colaboração do arguido, uma vez que tais declarações, por si só e sem qualquer corroboração, nunca poderão ser consideradas como indícios suficientes do que quer que seja”, cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Arrependido*, p. 396.

⁷⁴ Stephen Thaman alerta que, entre as causas mais frequentes de condenações erradas nos Estados Unidos da América, se encontram os testemunhos falsos de informadores e as falsas confissões, o que leva, em alguns Estados federados, à exigência de corroboração desses meios de prova com provas independentes ou que aquelas não possam, por si só, conduzir a condenações, STEPHEN THAMAN, *Cooperation agreements in U.S. Criminal Law*, pp. 10-11. Jéssica Roth chama a atenção para o facto de as regras de corroboração estabelecidas se mostrarem insuficientes, nomeadamente quando a corroboração pode decorrer do testemunho de outros informadores, salientando a necessidade de mais estudos sobre boas práticas quanto à utilização de informadores, JÉSSICA A. ROTH, *Informant witnesses and the risk of wrongful convictions*, *American Law Review*, n.º 53, 2016, pp. 761 e 797.

⁷⁵ INÊS FERREIRA LEITE, *Arrependido*, p. 402.

⁷⁶ TERESA PIZARRO BELEZA, *Tão amigos que nós éramos*, pp. 47 e 56.

Mas também pode haver colaboração relevante através de prova testemunhal. Assim poderá acontecer: (i) ocorrendo separação de processos; e, (ii) quando a colaboração respeitar a processo autónomo. O colaborador assumirá a qualidade de testemunha no processo face ao ordenamento jurídico nacional, mas face à Recomendação Rec (2005) 9 é incluído na noção de colaborador de justiça e excluído da noção de testemunha (ponto 1 da Recomendação).

Na primeira situação identificada, o artigo 133.º, n.º 2, do CPP estabelece que: “em caso de separação de processos, os arguidos de um mesmo crime ou de um crime conexo, mesmo que já condenados por sentença transitada em julgado, só podem depor como testemunhas se nisso expressamente consentirem”. Assim, havendo separação de processos, com o consentimento expreso do arguido, pode ele ser ouvido como testemunha no âmbito do processo antes conexo. Resultam cobertos pelo elemento literal da norma os casos em que o processo no qual é arguido ainda corra ou já esteja decidido por sentença condenatória transitada em julgado. Inês Ferreira Leite entende exigível, quanto àquela norma, “uma interpretação restritiva – numa leitura constitucional – segundo a qual os coarguidos em processos separados, enquanto mantivessem a qualidade de arguidos (nos seus respetivos processos) nunca poderiam prestar declarações como testemunhas” para salvaguarda do direito à não autoincriminação⁷⁷. Ora, esta interpretação não parece ser a seguida recentemente pelo Tribunal Constitucional⁷⁸. Por outro, numa leitura daquela norma, os casos que a A. pretende subtrair enquadrar-se bem no seu cerne, esvaziando-a quase de conteúdo⁷⁹. E sem que haja uma limitação intolerável àquele direito, pois a posição enquanto arguido está protegida. Num primeiro momento, só será ouvido como testemunha mediante o seu expreso consentimento, garantindo-se a “liberdade” quanto à prestação do depoimento, assim também se protegendo o direito à não autoincriminação⁸⁰. Num segundo momento, tendo consentido, fica-lhe sempre reservada a prerrogativa do artigo 132.º, n.º 2, do CPP. A prova dali resultante – testemunhal – será depois apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente (artigo 127.º do CPP), como

⁷⁷ INÊS FERREIRA LEITE, A colaboração do coarguido na fase de investigação, p. 229.

⁷⁸ *Vide* fundamentação do Acórdão do TC n.º 108/2014, de 12 de fevereiro, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁷⁹ Pois, como refere Sérgio Pena, a cessação da qualidade de arguido por absolvição ou outra causa de extinção do procedimento (que o A. elenca como arquivamento em caso de dispensa de pena, arquivamento no âmbito da suspensão provisória do processo, arquivamento nos termos dos n.ºs 1 ou 2 do artigo 277.º, despacho de não pronúncia transitado em julgado e despacho de rejeição da acusação, transitado e julgado), torna a situação não subsumível ao impedimento relativo consagrado no artigo 133.º, n.º 2, do CPP. Mas o depoente conservará sempre as prerrogativas dos artigos 132.º, n.º 2, e 59.º, n.ºs 1 e 2, SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, pp. 98-100.

⁸⁰ Cf. fundamentação do Acórdão do TC n.º 108/2014, de 12 de fevereiro.

é, também, de resto, no caso das declarações de arguido, sem prejuízo, é certo, de todos os especiais cuidados que o tribunal deverá ter nestes casos⁸¹. Mas havendo recusa a responder nos termos do artigo 132.º, n.º 2, do CPP, admite-se, sim, e para a correspondente proteção do coarguido, a aplicação analógica do artigo 345.º, n.º 4, do CPP⁸². Assim se verificando que o sistema resultante é coerente e assegura todas as garantias de defesa dos arguidos – colaboradores e não colaboradores.

Neste primeiro grupo de casos deve também ser considerada a situação em que a conexão (comunhão ou apensação) não operou, apesar da verificação dos pressupostos objetivos ou subjetivos previstos no n.º 1 do artigo 24.º do CPP. Assim, a solução do artigo 133.º, n.º 2, engloba quer a separação de processos por crimes conexos que tramitaram, em certo momento, em conjunto (artigo 30.º do CPP) quer aqueles que sempre tramitaram em separado mas em que se verificam os pressupostos da conexão, *i.e.*, a “inexistência de comunhão processual” relevante pode ser derivada da separação processual mas abarca também uma separação *ab initio*⁸³.

No segundo caso, não sendo requisito da colaboração que o auxílio se refira ao processo em que é arguido ou conexo, sendo este ouvido, deverá sê-lo na qualidade de testemunha, obedecendo em pleno às regras da prova testemunhal, com a ressalva anterior quanto aos casos de separação originária em que se verificam os pressupostos da conexão.

Outro meio de prova suscetível de consubstanciar uma colaboração é a prova documental – quer documentos fornecidos diretamente pelo colaborador⁸⁴ quer documentos a que se tenha chegado por via das suas informações ou declarações.

A este respeito, parece-nos relevante uma distinção: por um lado, os documentos pertencentes *e/ou* na posse do colaborador que este voluntariamente entregue, suscetíveis de apreensão, sobre os quais nenhuma referência especial há a fazer; por outro, os documentos, suas cópias ou outros modos de reprodução dos mesmos, *e.g.* fotografias, que não pertençam ou estejam no posse espontânea do colaborador, mas cujo original ou cópia pertença, esteja na posse ou sob o domínio da própria organização ou dos demais coautores ou partícipes, e aos quais o colaborador poderia aceder com o intuito de os fazer chegar ao conhecimento da investigação. Quanto a estes, considerando que, em alternativa à sua obtenção por via da colaboração, os mesmos só poderiam compor o processo na sequência de realização

⁸¹ Vide SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 87.

⁸² Cf. INÊS FERREIRA LEITE, A colaboração do coarguido na fase de investigação, p. 230.

⁸³ Cf. ANTÓNIO ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, *O conhecimento probatório do coarguido*, pp. 121-123.

⁸⁴ PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada, p. 19, e SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 82.

de buscas ou revistas a outros visados, julgamos que se manifesta já aqui um potencial invasivo ou intrusivo da colaboração. Acresce que, sendo os documentos entregues pelo colaborador, os demais visados não têm conhecimento de quais os documentos que já compõem a investigação, ou da sua própria existência, o que não se verificaria no caso de apreensão na sequência de buscas.

Não pode o auxílio consistir numa forma alternativa de obtenção de meios de prova – que poderiam ser obtidos pela investigação com recurso a métodos de obtenção de meios de prova dependentes de mandado – com subtração das garantias associadas a esses métodos (*e.g.*, se a investigação pretende proceder à recolha de documentação que se encontra na residência de um outro visado, essa recolha de prova tem de ser feita ao abrigo de uma busca domiciliária, nos termos do artigo 177.º, e não com recurso a um colaborador). E o mesmo diga-se quanto à obtenção de documentos localizados em espaços que obedecem a um regime qualificado de busca e apreensão (*e.g.*, escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, conforme artigos 177.º, n.ºs 5 e 6, 180.º e 181.º do CPP).

Outro meio de colaboração válido consiste na entrega de instrumentos, produtos ou vantagens relacionados com o crime e, em geral, de qualquer objeto que possa servir à prova (incluindo a prova documental), que, detetados logo pelo OPC, seriam alvo de apreensão (artigo 178.º, n.º 1, do CPP). Quando fornecidos pelo colaborador deverão, igualmente, ser objeto de apreensão formal, com descrição das circunstâncias em que foram entregues, não se subtraindo assim, pelo menos, à validação pela autoridade judiciária (artigo 178.º, n.º 3, do CPP).

Acresce que o momento da apreensão é o determinante para o início da cadeia da custódia da prova⁸⁵. Para a certificação da origem dos objetos e sua relação com o crime pode revelar-se essencial a realização de exames e perícias, admitindo-se, face aos respetivos resultados, a eventual desnecessidade de apreensão de outros meios para valoração plena daqueles.

Verificamos, assim, que a colaboração pode consistir em declarações, na entrega de prova documental, na prestação de informações ou auxílio a diligências que conduzam à obtenção de meios de prova. O auxílio respeita, pois, quer a meios de prova (por si) quer a meios de obtenção de prova. Podemos dizer que não é “de excluir qualquer outro meio de prova ou participação em meio de obtenção de prova que possa ser convocável enquanto objeto da colaboração”⁸⁶. O leque será

⁸⁵ Salientando a fragilidade da cadeia da custódia da prova, *vide* PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, p. 19.

⁸⁶ SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 82, onde o Autor dá o exemplo da participação na reconstituição do facto ou no exame de lugares ou coisas.

tão vasto quanto o permitido pelo regime das proibições de prova. O auxílio na colaboração é multiforme, traduzindo-se em meios de prova de natureza diversa⁸⁷. Valem, pois, “formas de colaboração «atípicas»”⁸⁸. A atipicidade é, aliás, a regra quanto aos meios de prova e seus modos de obtenção (artigo 125.º do CPP), limitada, desde logo, pelo regime das proibições de prova (artigo 126.º do CPP)⁸⁹ e, também, pelos regimes expressamente previstos – típicos – pois, sobre estes, nenhuma liberdade haverá, tendo o seu regime de ser respeitado⁹⁰.

Valerão, assim, formas de colaboração atípicas até ao momento em que a colaboração seja prevista como meio de obtenção de prova – sendo prevista, a sua regulação tem de ser respeitada⁹¹.

Para além daqueles meios, que consideramos no âmago da colaboração, veremos a seguir se o auxílio ou participação material do colaborador pode ocorrer no âmbito de meios ocultos de investigação, em especial, operação controlada, escuta ambiental e ação encoberta.

3. O colaborador e os métodos ocultos de obtenção de prova

A doutrina não se apresenta unânime na qualificação da colaboração premiada⁹².

Por um lado, há autores que admitem expressamente a sua qualificação como método oculto de investigação, a par da ação controlada, da infiltração de agentes,

⁸⁷ Paulo de Sousa Mendes salienta, a propósito do acordo de colaboração no Brasil, a sua natureza de “meio de prova composto”, que não se limita às declarações do colaborador, PAULO DE SOUSA MENDES, *A colaboração premiada à luz do direito comparado*, pp. 16-19.

⁸⁸ Inês Ferreira Leite salienta este ponto, referindo que “valendo no sistema português o princípio da atipicidade na obtenção e produção de prova, nada obsta a que sejam obtidos meios de prova através de formas de colaboração «atípicas» por parte do arguido, tais como a identificação de locais do crime ou da localização de cadáveres, a recolha e entrega de objetos do crime, a indicação de locais para realização de revistas e buscas, entre outros.” Cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Arrependido*, p. 388.

⁸⁹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Tão amigos que nós éramos*, pp. 40-42.

⁹⁰ PAULO DE SOUSA MENDES, *As proibições de prova no processo penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 135-136. Face ao “catálogo de meios de prova típicos”, o A. refere mesmo que a “proclamação da liberdade na escolha dos meios de prova a utilizar no processo é, afinal de contas, ilusória.

⁹¹ *Vide* PAULO DE SOUSA MENDES, *A colaboração premiada à luz do direito comparado*, p. 6.

⁹² No Brasil, a colaboração premiada integra um elenco não taxativo de meios de obtenção de prova (artigo 3.º da Lei 12.850/2013), juntamente com, entre outros, métodos ocultos de investigação: a captação ambiental (sem regime previsto); a ação controlada (artigos 8.º e 9.º); o acesso a registos, dados cadastrais, documentos e informações (15.º a 17.º); a interceção de comunicações (nos termos da Lei 9.296/1996); a infiltração, por policiais, em atividade de investigação (10.º a 14.º); e, por fim, a cooperação na obtenção de provas.

do acesso a registos, dados cadastrais, documentos e informações e da captação ambiental de sinais⁹³ ou que, pelo menos implicitamente, colocando a colaboração em rol composto por informadores, agentes provocadores, dos serviços de informações ou encobertos, assim o admitem⁹⁴, salientando até tratar-se de uma técnica de infiltração⁹⁵. Por outro lado, existem autores que salientam que a colaboração não é nem método invasivo nem método oculto, sendo antes “meio ostensivo”, pois é negociada entre o potencial colaborador e o Estado⁹⁶, pelo que “não se estabelece na surpresa”, mas em acordo entre as partes⁹⁷.

Quanto a nós, pensamos que a colaboração não é, de facto, um método oculto, pois é feita com negociação; o que não significa que o auxílio do colaborador não possa considerar-se oculto, do ponto de vista dos coarguidos, quando aquele mantenha a ligação à organização – após o contacto com a investigação e enquanto colabora com as autoridades.

Os meios de obtenção de prova que referimos – operação ou ação controlada, captação ambiental de sinais e ação encoberta ou infiltração – configuram-se como métodos ou meios ocultos de investigação⁹⁸.

Num contexto de influência ou importação de soluções de outros ordenamentos, a coberto dos designados transplantes ou traduções⁹⁹, não é descabido pensar-se que a aplicação prática de institutos novos em certos países possa, por si, influenciar a aplicação de institutos com base similar (colaboração processual com relevo premial) em outros países, principalmente quando partilhem legados jurídicos, históricos e culturais. Tanto mais quanto partilhem a fonte da Convenção de Palermo, independentemente da diversidade de consagrações, em concreto, e se reconheça uma “margem de evolução na prática judiciária”^{100/101}.

⁹³ DIOGO MALAN, Da captação ambiental, p. 56.

⁹⁴ PAULO CÉSAR BUSATO, Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada, in *Crime organizado – Análise da Lei 12.850/2013*, Marcial Pons, São Paulo, 2017, p. 220.

⁹⁵ MIGUEL ÁNGEL NÚÑES PAZ / GERMÁN GUILLÉN LÓPEZ, Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en matéria de tráfico de drogas, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 61, 2008, pp. 119-120.

⁹⁶ PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, p. 4.

⁹⁷ GUSTAVO BADARÓ, Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova, in *Crime organizado – Análise da Lei 12.850/2013*, Marcial Pons, São Paulo, 2017, pp. 20 e 23.

⁹⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral), in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 531-535.

⁹⁹ Vide MARCOS ZILLI, Transplantes, traduções e Cavalos de Troia, pp. 115-120.

¹⁰⁰ SÉRGIO PENA, A prova por declarações de coarguido colaborador, p. 114.

Vejam, atendendo à sua relevância e como ponto de partida, um caso ocorrido no Brasil em que a operação controlada¹⁰² e a captação ambiental¹⁰³ tiveram expressão máxima, na ligação com a colaboração premiada.

A operação “Caixa de Pandora”, também conhecida como “Mensalão do DEM”, foi desencadeada no Brasil, pela Polícia Federal, no ano de 2009. Na sua sequência, e com ela relacionados, foram instaurados mais de vinte processos-crime e várias ações de improbidade administrativa. Estavam em causa crimes de formação de quadrilha (organização criminosa), corrupção, peculato e atos de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito ou com prejuízo ao erário público (artigos 9.º e 10.º da Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade), envolvendo altos cargos do Governo do Distrito Federal (GDF), entre os quais o então Governador J. R. A..

Os factos são vastos e praticados ao longo de vários anos, investigados e julgados em processos distintos, que se encontram em diversas fases, pelo que aqui nos iremos debruçar sobre uma seleção desses factos relacionados com a temática em estudo.

Na base do esquema estaria um sistema de sobrefaturação de serviços por empresas. O valor cobrado para além do preço de mercado teria como destino as empresas e políticos, a fim de garantir (comprar) o seu apoio.

¹⁰¹ Sendo certo que a diversa gravidade de realidades criminais têm impacto no modo como os respetivos Estados projetam e toleram a compressão de direitos individuais no que toca à obtenção de prova, cf. TERESA ARMENTA DEU, *A prova ilícita: Um estudo comparado*, 1.ª edição (traduzido por Nereu José Giacomoli da 2.ª edição original), Marcial Pons, São Paulo, 2014, pp. 65-66.

¹⁰² A ação controlada integra o elenco de meios de obtenção de prova previstos no artigo 3.º, III, da Lei 12.850/2013, surgindo regulada nos artigos 8.º e 9.º, consistindo em “retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”, estando sujeita a prévia comunicação ao juiz competente que lhe pode estabelecer limites (artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 12.850/2013).

¹⁰³ A captação ambiental surge prevista no elenco de meios referido no artigo 3.º da Lei 12.850/2013. Contudo, tal como ocorria com a Lei 9.034/95, o instituto não foi regulado. Na realidade, a Lei revogada previa algo do seu regime, prevendo a “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registo e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”, conforme artigo 2.º, II, ao passo que a Lei 12.850/2013 apenas se refere à “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos”. Naturalmente que o meio previsto é o mesmo e que continuará a carecer de autorização judicial, atento o seu carácter intrusivo para direitos fundamentais. Mas tudo o resto não surge regulado. Parte da doutrina considera que será aplicável, por analogia, o regime das interceções telefónicas. Outros autores, atenta a diversidade de natureza e de restrição aos direitos fundamentais entre aqueles meios, alegam a impossibilidade de aplicação, por analogia, do regime das interceções telefónicas, pelo que advogam a violação do princípio da legalidade probatória, cf. DIOGO MALAN, Da captação ambiental, p. 69.

Para os desenvolvimentos que as investigações vieram a ter e processos que originaram, foi crucial a intervenção do colaborador D. B., então Secretário de Relações Institucionais do GDF e ex-delegado da Polícia Civil, que celebrou acordo de colaboração tendo como contrapartida a redução de pena.

Nessa sequência, e por despacho do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi autorizada a instalação de equipamentos de escuta ambiental nas roupas de D. B. para gravação de imagem e som aquando das entregas de dinheiro a políticos¹⁰⁴. Tal aconteceu por várias vezes, durante um período de três meses, com utilização de equipamento pertencente à Polícia Federal.

Na realidade, a prova resultante das gravações foi colocada em causa pelas defesas, não pelo facto de ter sido obtida por intermédio de um colaborador, em momento posterior ao contacto com a investigação, mas pela alegação de que as conversas teriam sido editadas. Realizadas perícias às gravações, tendo sido demonstrada a sua fidedignidade, as defesas colocaram em causa os próprios aparelhos de captação ambiental, alegando que teriam sido usados gravadores particulares e não oficiais, isto é, da Polícia Federal (cf. Ação penal n.º 2014.01.1.051865-8 correndo no Juízo da 7.ª Vara Criminal de Brasília). Uma vez resolvida esta questão, o processo-crime principal estará em condições de prosseguir.

Vejamos, então, como em outra instância¹⁰⁵ o Tribunal decidiu e, em especial, justificou a não condenação de alguns réus, conforme Acórdão n.º 1142295, de 05/12/2018.

Neste Acórdão, refere-se que D. B. afirmou nas suas declarações que “...entregou propina ao réu G., mas não realizou gravação desta operação. Em relação a R. P., o delator declarou que nunca entregou, de forma direta ou indireta, propina para o mesmo. Em relação ao réu P. O., o colaborador declarou que o mesmo ficava com 30% da propina, mas não informa quem era o responsável pelo repasse ou se alguma vez, pessoalmente, repassou valores em favor do mesmo.”

Acrescenta o Acórdão: “Em relação a estes réus não foi captada qualquer gravação de conversa ou vídeo onde apareça a voz ou a imagem dos mesmos. Tal fato traz dúvida sobre a participação destes réus no esquema de propina das empresas de informática, em especial a L.. Se o colaborador processual D. B. tinha trânsito fácil entre as altas autoridades do Distrito Federal, poderia perfeitamente ter gravado conversa com estes réus para tratar de propinas dos contratos de informática. No entanto, não o fez.”

¹⁰⁴ Posteriormente, D. B. passou a usufruir do regime de proteção de testemunhas.

¹⁰⁵ No âmbito da ação de improbidade administrativa n.º 2013.01.1.081889-9 de 10/06/2013.

Este caso complexo é revelador dos desafios que o instituto da colaboração premiada coloca na prática e com repercussão legal. Por um lado, a colaboração premiada e o colaborador surgem aqui associados, de modo direto, a outros meios de obtenção de prova, nomeadamente métodos ocultos, como o são a captação ambiental e a ação controlada¹⁰⁶. Por outro, o colaborador terá agido conforme instruções da Polícia Federal, após celebração de acordo para redução de pena, havendo semelhanças entre a sua atuação e a atuação possível de um agente infiltrado¹⁰⁷.

Assim, para além da ligação direta da colaboração, *in casu*, com os métodos ocultos da captação ambiental e da ação controlada, o caso sugere uma reflexão sobre a possibilidade de um colaborador se converter em agente infiltrado ou encoberto, adquirindo uma espécie de dupla qualidade.

São estas ligações ilustradas que vamos explorar de seguida, à luz da realidade portuguesa, analisando se e em que medida pode um colaborador ter uma participação direta neles, nomeadamente na entrega controlada ou vigiada, na captação ambiental e em ação encoberta.

3.1. Na operação controlada e na captação ambiental

A operação controlada, também designada de ação ou entrega controlada ou vigiada, encontra-se normalmente associada ao tráfico de estupefacientes, aí tendo

¹⁰⁶ Após a comunicação da situação e início da colaboração por D. B., a organização e os crimes associados vão sendo acompanhados pela Polícia Federal. A operação que culminou na detenção de vários intervenientes viria a ocorrer cerca de três meses após o início da colaboração, ocorrendo durante esse período a prática de diversos factos criminais, com gravação de comportamentos (entrega e receção de dinheiro) integrantes dos tipos legais de crime em investigação, permitindo a coleta de provas e obtenção de informações relevantes para a condução da investigação e para o processo. Ora, o colaborador D. B. desempenha aqui precisamente esse papel, permitindo e assegurando a observação e acompanhamento da organização pelas instâncias formais. Sendo atribuída à colaboração premiada uma sua “capacidade expansiva”, de onde resultam diversos aspetos sensíveis, cf. PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, p. 5, pensamos que o instituto da ação controlada pode aqui ser um fator multiplicador dessa equação.

¹⁰⁷ Faz aqui sentido interrogarmo-nos sobre os riscos para os quais alerta Paulo de Sousa Mendes, em concreto no que respeita à tentativa da investigação de fazer com que o colaborador passe a agir como agente infiltrado, PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, p. 6. De facto, neste aspeto, podemos dizer que a situação de D. B. é um caso limite. A sua atuação tem características de agente infiltrado. A sua validade – isto é, a sua não configuração material como infiltrado, cuja validade estaria dependente de ser formalmente infiltrado (o que nunca poderia ser, pois o regime brasileiro limita a infiltração a polícias), sob pena de uma fraude ao regime da infiltração – sustenta-se: (i) na autorização judicial para portar equipamentos tendentes à gravação de imagem e som; (ii) no facto de a investigação estar a desenvolver uma ação controlada; e, (iii) por tais circunstâncias se terem mantido por um curto período de tempo.

tido consagração no artigo 61.º do DL n.º 15/93. Esta norma viria a ser revogada pela Lei n.º 104/2001, de 25 de agosto, que aditou à Lei n.º 144/99, de 31 de agosto (lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal), o artigo 160.º-A, com a epígrafe “entregas controladas ou vigiadas”, alargando-se o instituto a investigações criminais transfronteiriças relativas a infrações que admitam extradição, deixando de estar limitada ao tráfico de estupefacientes.

A ideia central é deixar a organização funcionar, não interferindo, em princípio, naquele que seria o seu normal desenvolvimento – ou seja, tal como se não estivesse a correr precisamente a ação controlada – acompanhando e observando a atuação da organização e os seus eventuais crimes, os seus autores e partícipes, com a finalidade da identificação e responsabilização criminal do maior número de agentes.

Apesar de a medida ter tido origem nas legislações sobre tráfico de estupefacientes, foi-se alargando, em diversos países, a outros âmbitos, consagrada inclusive em termos legislativos puramente nacionais¹⁰⁸.

Na prática, a operação controlada é uma técnica de investigação com aplicação para além do âmbito de investigação da criminalidade transfronteiriça. É, pois, uma técnica adequada à investigação de crimes que pressuponham a entrega de substâncias ilícitas (*e.g.* estupefacientes) ou a circulação de dinheiro (*e.g.* crimes de tráfico de estupefacientes ou corrupção).

Para o desenvolvimento de ações controladas revela-se determinante a existência de agentes infiltrados, informadores ou outras pessoas com um conhecimento adequado relativo à organização ou então o acesso a esse conhecimento através de outros meios (*e.g.*, escutas telefónicas).

O arguido pode desempenhar aquela função, colaborando com as autoridades através da sua participação em operação controlada, que permita a identificação e eventual detenção de outros responsáveis. Por exemplo, na sequência da detenção de cidadão na posse de substâncias estupefacientes que iria entregar a outrem, pode esse arguido, querendo colaborar, prestar-se a proceder à entrega vigiada daquele produto, que leve a desenvolvimentos relevantes no processo. O TRL entendeu que tal é possível e que se reconduz a uma situação em que o coarguido se presta a “auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação de outros responsáveis, para assim poder colher o benefício da atenuação prevista no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22-1”¹⁰⁹. Mais, o TRL afastou em absoluto a possibilidade de tal se configurar como uma ação encoberta: “não

¹⁰⁸ Vide NÚÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ, *Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador*, pp. 97-116.

¹⁰⁹ Cf. Acórdão do TRL, de 20 de março de 2007, Processo n.º 10954/2006-5.

está, nem nunca esteve em causa qualquer ação encoberta. O que aconteceu foi algo bem mais simples”. O que aconteceu foi que, após a detenção em flagrante delito do arguido, no Aeroporto de Ponta Delgada, portando uma cinta contendo heroína, este “disse querer indicar a quem ia entregar o produto estupefaciente, pelo que, removida a cinta com produto estupefaciente, lhe foi colocada uma cinta similar, contendo um pó lícito”. O arguido, na situação de detido, foi conduzido a um café que indicou. Após a entrega do suposto estupefaciente e de ter recebido € 19.500 em notas do BCE, o outro responsável foi detido pelos inspetores da PJ que acompanharam toda a operação¹¹⁰.

Quanto à captação ambiental, esta abarca, em Portugal, a interceção de comunicação entre presentes e o registo de voz e de imagem, obedecendo a regimes distintos¹¹¹. O regime das escutas telefónicas, com as necessárias adaptações, é aplicável à interceção de comunicações entre presentes, conforme previsto expressamente no artigo 189.º, n.º 1, *in fine*, do Código de Processo Penal, e, mais amplamente, ao registo de voz e de imagem, de acordo com o artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada.

A captação ambiental pode ser, na prática, realizada por dois modos: ou através da prévia instalação de equipamentos para a realização de gravações no local pretendido; ou através do porte de equipamento destinado à gravação por um terceiro.

No âmbito do segundo modo, interessa sobremaneira a conceptualização deste meio feita por Arantes Filho: “...atividade de captação e registo de comunicações entre pessoas presentes de carácter reservado, por um terceiro, com o emprego de meios técnicos, utilizados em operação oculta e simultânea à comunicação, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um ou de alguns deles”¹¹².

Em qualquer daqueles modos, regra geral, será um agente de polícia, dissimulado, a instalar ou portar um gravador de modo oculto¹¹³. O que não significa que o

¹¹⁰ O TRL entende pois que “não está em causa qualquer ação encoberta quando um dos arguidos, depois de ter sido encontrado pelas autoridades na posse de determinada quantidade de droga, se presta a auxiliar essas autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação de outros responsáveis, nomeadamente a pessoa a quem se destinava essa droga, para assim poder beneficiar da atenuação prevista no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22-1” através de uma operação controlada, cf. Acórdão do TRL, de 20 de março de 2007.

¹¹¹ Vide JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, O registo de voz e de imagem e as escutas ambientais, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 274 e ss..

¹¹² MARCIO GERALDO BRITTO ARANTES FILHO, *A interceção de comunicação entre pessoas presentes*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. 157.

¹¹³ DIOGO MALAN, Da captação ambiental, pp. 57-65.

agente seja um infiltrado na organização, mas o seu modo de agir será o de agente encoberto¹¹⁴. Estas características mantêm-se quando é um particular a proceder à gravação.

Verificados os requisitos para a realização de interceção de comunicação entre presentes ou registo de voz e de imagem, pode ser o colaborador a garantir essa gravação, desde que obtida prévia autorização do juiz e, naturalmente, tratando-se de crimes dos respetivos catálogos. Se uma gravação ou fotografia ilícita (artigo 199.º do CP), obtida por um particular sem intervenção prévia de instâncias formais, não é válida como prova (artigo 167.º do CPP)¹¹⁵, então, havendo essa intervenção, tratar-se-ia de pura atuação ilegal do Ministério Público ou OPC, entidades a quem primeiramente se dirige a matéria das proibições de prova (artigo 126.º do CPP), abarcando, naturalmente, os particulares a agir sob as ordens ou direção daquelas entidades¹¹⁶.

3.2. O colaborador como agente encoberto?

Apesar de a doutrina realizar a distinção entre agentes encobertos e agentes infiltrados, não há uma concordância exata quanto ao conteúdo de cada realidade, em especial, no seu confronto com as terminologias legais¹¹⁷. Atendendo a que as legislações optam por se referir ao mesmo instituto ou como infiltração e agente

¹¹⁴ A doutrina fala de uma equiparação, em termos de danosidade social, das gravações de conversas tidas em casa com as ações encobertas (BERNSMANN e JANSEN, *Heimliche Ermittlungsmethode und ihre Kontrolle. Ein Systematische Überblick*, *StV*, 1998, p. 223 *cit. in* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação*, p. 539).

¹¹⁵ Costa Andrade salienta que o artigo 167.º do CPP, prevendo que a validade como prova das gravações e fotografias depende da sua não ilicitude, se dirige (também e especificamente) aos particulares, podendo mesmo entender-se que a generalidade das proibições de prova vincula aqueles, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, reimpr., pp. 196-198. Nesse sentido, TERESA PIZARRO BELEZA, *Tão amigos que nós éramos*, p. 44, dando relevo ao facto de o artigo 32.º (n.º 8) da CRP se encontrar sistematicamente no título respeitante aos direitos, liberdades e garantias, que “são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (artigo 18.º, n.º 1, da CRP). Mas aquela proibição não é absoluta, podendo ser valorada uma gravação ou fotografia ilícita se necessária, à falta de outros meios, para a demonstração da inocência, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 45.

¹¹⁶ PAULO DE SOUSA MENDES, *As proibições de prova no processo penal*, pp. 138-141, e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 46.

¹¹⁷ Cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 564-602, ISABEL ONETO, *O agente infiltrado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 137-150, e MANUEL AUGUSTO MEIREIS, *Homens de confiança. Será o caminho?*, in *II Congresso de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 93-97.

infiltrado (*e.g.*, no Brasil, cf. artigo 53.º da Lei 11.343/2006 e artigo 10.º da Lei 12.850/2013) ou como ação encoberta e agente encoberto (*e.g.*, em Portugal, a Lei n.º 101/2001), utilizamos aqui os conceitos indistintamente¹¹⁸. São, pois, nos diversos ordenamentos jurídicos, “equivalentes funcionais”¹¹⁹.

A existência de traços comuns ou de uma relação entre colaboração e infiltração é assinalada, na doutrina, há algum tempo. Estes meios têm, na origem, algo que os une, pois são modos de a investigação se introduzir na organização criminosa: do exterior para o seu interior, com o agente infiltrado; e, imediatamente a partir do seu interior, através do colaborador¹²⁰. Também na doutrina nacional, ainda que sob o prisma de princípios gerais do processo penal, e de modo muito crítico, é anotada a proximidade entre “os agentes informadores e infiltrados” e o “*arrepentido* e delator”¹²¹ ou “«homens de confiança» *ex ante* (os propriamente ditos) e *ex post* (os «arrepentidos»)»¹²². Noutro plano, também na jurisprudência se pode observar a associação do colaborador a um “homem de confiança”¹²³.

Enfim, nas ações encobertas pretende-se infiltrar alguém num determinado “ambiente” criminoso, ao passo que na colaboração aproveita-se quem já está no meio¹²⁴.

Mas poderá um colaborador tornar-se agente infiltrado, atuando sob controlo do Estado?

O ponto de partida para a resposta a esta pergunta corresponde aos regimes legais da colaboração e das ações encobertas: (i) quanto aos regimes da colaboração, importa considerar se tal medida se encontra prevista ou se é, pelo contrário, afastada; (ii) no que respeita às ações encobertas, importa considerar, desde logo, quem pode assumir a qualidade de agente encoberto.

Vejam, em primeiro lugar, a solução adotada pelo legislador brasileiro. Na regulamentação da colaboração premiada (artigos 3.º e 4.º a 7.º) não surge referência expressa à ação infiltrada o que indica, por aí, uma resposta negativa, por força do

¹¹⁸ Aliás, em Portugal, o artigo 59.º-A do DL n.º 15/93 referia-se a “infiltrados”, que viria ser revogado pela Lei n.º 101/2001, passando a terminologia a ser “agente encoberto”.

¹¹⁹ KAI AMBOS, Estado e futuro do Direito Penal comparado, *Anatomia do Crime*, n.º 6, 2017, p. 26.

¹²⁰ CARLOS ENRIQUE EDWARDS, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada: modificación a la Ley de estupefacientes. Análisis de la ley 24.424*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 26.

¹²¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, Bufos, infiltrados, provocadores e arrepentidos, p. 31.

¹²² TERESA PIZARRO BELEZA, Tão amigos que nós éramos, p. 48.

¹²³ Cf. Acórdão do STJ, de 14 de janeiro de 1993, Processo n.º 042796.

¹²⁴ Cf. TERESA ARMENTA DEU, Colaboración premiada en el proceso penal español, p. 6, e bibliografía citada pela Autora.

princípio da legalidade¹²⁵. De todo o modo, Paulo de Sousa Mendes identifica aquela possibilidade como um risco real, alertando para o facto de as instâncias formais puderem precisamente “procurar a implementação de medidas de colaboração não previstas legalmente, tais como, por exemplo, a concordância do arguido para atuar daí em diante como agente infiltrado na organização criminosa”¹²⁶.

Por outro lado, a infiltração de agentes surge prevista e regulada nos artigos 3.º, VII, e 10.º a 14.º da Lei 12.850/2013. A designação da figura no elenco dos meios de obtenção de prova – infiltração, por policiais, em atividade de investigação – deixa logo antever que a opção legislativa foi limitar o sujeito da infiltração a agente de polícia (artigos 3.º, VII, e 10.º). Aliás, tal vem em consonância com o previsto na Lei antidroga (artigo 53.º da Lei 11.343/2006), bem como, mas de modo mais restrito em termos subjetivos, com a anterior previsão da figura no artigo 2.º, V, da Lei 9.034/95, aditado pela Lei 10.217/2001 – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação.

Com este duplo fundamento legal, e atendendo ao princípio da legalidade probatória (artigo 157.º do Código de Processo Penal brasileiro), o colaborador não pode assumir (formalmente) a função de agente infiltrado, isto é, não lhe pode ser concedido o “estatuto” de agente infiltrado. Os métodos ocultos de investigação, configurando uma afetação de direitos fundamentais, estão sujeitos a uma “intransponível reserva de lei”¹²⁷.

No caso a que nos referimos supra, D. B. nunca poderia ser formalmente – e não foi – um agente infiltrado. Hoje, com a Lei 12.850/2013, tal como então, ao abrigo da Lei 9.034/1995 (Lei de Repressão ao Crime Organizado), na alteração da Lei 10.217/2001, a ação de infiltração só pode ocorrer com agentes policiais. Mas esta resposta está aqui facilitada pela construção dos respetivos regimes legais.

Em Portugal, assim não acontece¹²⁸.

O regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal prevê que essas ações possam ser desenvolvidas por funcionário de investigação criminal ou por terceiro que atuará sob o controlo da polícia judiciária

¹²⁵ PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, p. 6.

¹²⁶ PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, p. 6.

¹²⁷ MANUEL DA COSTA ANDRADE, Métodos ocultos de investigação, p. 540.

¹²⁸ Para um estudo comparativo entre Portugal e o Brasil *vide* RENATO STANZIOLA VIEIRA, Agente infiltrado – estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 87, 2010, pp. 188 e ss..

(artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto). Esta noção de terceiro compreende quer os funcionários de outros órgãos de polícia criminal, que atuarão sob controlo da polícia judiciária, quer os cidadãos particulares¹²⁹.

Ora, nas legislações sobre o recurso a agentes infiltrados, podemos identificar regimes em que o infiltrado tem de ser polícia, outros que admitem a possibilidade de cidadãos particulares, e outros ainda, que reconhecendo especificidades aos particulares que tenham uma relação com os investigados, autonomizam este último caso¹³⁰.

Se, por um lado, a existência de regimes em que o agente infiltrado só pode ser polícia confere ao regime português uma abertura para que, no âmbito dos cidadãos particulares, possamos enquadrar os colaboradores, por outro, a existência de regimes que autonomizam a figura do particular com uma relação prévia de confiança pode induzir resposta contrária – ou seja, autonomia e especificidade de um problema a carecer de resposta especial e prevista expressamente.

De facto, se os problemas associados à figura do agente infiltrado são exponenciados quando se trate de particular ao invés de polícia¹³¹, as preocupações ganham ainda outra dimensão se esse particular tiver “interesses diretos quanto ao crime a investigar”, encontrando-se as diversas situações num crescente de dúvida e interrogações quanto à sua legitimidade¹³².

Visto assim, não se pode concluir, sem mais, que aquele conceito de terceiro abarca um colaborador – cidadão particular envolvido no crime e que se encontra a auxiliar a investigação.

Ora, os crimes para os quais se prevê a relevância especial da colaboração têm em comum a possibilidade de recurso a ações encobertas¹³³. Mais, no âmbito específico das medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, a Lei n.º 36/94 previu, na sua redação original, que “é legítima, com vista à obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de atos de colaboração

¹²⁹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, pp. 588-590.

¹³⁰ TERESA ARMENTA DEU, *A prova ilícita*, pp. 79-82. A Autora dá o exemplo da Colômbia, em que se verifica “a previsão específica do recurso como agente infiltrado a particulares que gozem da confiança do indiciado ou acusado. Não deverão mudar sua identidade e seus atos se limitarão à busca e obtenção de informações relevantes, elementos materiais probatórios e evidência física”.

¹³¹ *Vide* um caso apresentado por ISABEL ONETO, *O agente infiltrado*, pp. 198-203.

¹³² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, pp. 589-590.

¹³³ Cf. artigo 2.º da Lei n.º 101/2001, nomeadamente os crimes de organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo (al. *f*)), associações criminosas (al. *j*)), relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (al. *l*)), branqueamento (al. *m*)), corrupção, peculato e participação económica em negócio (al. *n*)) e infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (al. *e*)), crimes para os quais se preveem incentivos premiais à colaboração (*vide* capítulo I).

ou instrumentais relativamente aos crimes previstos no n.º 1 do artigo 1.º do presente diploma”, cujos atos dependiam “sempre da prévia autorização da autoridade judiciária competente”, conforme artigo 6.º, n.ºs 1 e 2.

Este artigo 6.º da Lei n.º 36/94, que tinha como epígrafe “Atos de colaboração ou instrumentais” – qualificado, por Rui Pereira, como uma “forma mais imprecisa” de ação encoberta¹³⁴ – viria a ser revogado precisamente pela Lei n.º 101/2001, que estabeleceu o regime das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Aliás, esta Lei n.º 101/2001, para além de revogar aquele artigo 6.º, revogou o regime de infiltração previsto no âmbito do tráfico de estupefacientes (artigos 59.º e 59.º-A do DL n.º 15/93), regulamentando a figura para todo um catálogo de crimes.

Parece então que o regime das ações encobertas pode englobar atos de colaboração ou instrumentais de terceiros, envolvidos ou não em prática delituosa anterior.

É verdade que quanto aos regimes da colaboração não surge a referência à possibilidade de o colaborador se tornar agente encoberto. Mas não surge esta referência como não surge a qualquer outro meio de prova ou de obtenção da prova – pois o regime não está densificado – não se excluindo, todavia, essas outras possibilidades, nomeadamente as operações controladas e a captação ambiental de sinais. Portanto, o auxílio dado pode precisamente ter lugar através de ações material e subsequentemente relacionadas com o crime pelo qual está o colaborador indiciado, conduzindo à descoberta de outros responsáveis¹³⁵.

Pode até revelar-se contrário à investigação criminal o abandono imediato da organização, tudo dependerá do momento da investigação, da sua solidez, do momento certo para desencadear outras medidas processuais penais, tal como a realização de buscas, detenções, entre outras.

Realizando um paralelismo com a investigação contraordenacional no âmbito dos cartéis, a condição de pôr termo à sua participação na infração verifica-se até ao momento em que forneça “todas as informações e provas que tenha ou venha a ter na sua posse ou sob o seu controlo”, podendo, mesmo após aquele momento, excecionalmente, “na medida do que seja razoavelmente necessário, no entender da Autoridade da Concorrência, para preservar a eficácia da investigação”, revelar-se necessária a sua manutenção no cartel (artigos 77.º, n.º 2, al. a) e b) e 78.º, n.º 1, al. b) da Lei n.º 19/2012).

¹³⁴ Face ao regime constante nos artigos 59.º e 59.º-A do DL n.º 15/93, RUI CARLOS PEREIRA, O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 283-311.

¹³⁵ Cf. Acórdão do TRL, de 20 de março de 2007, Processo n.º 10954/2006-5.

Analisando especificamente a questão de o colaborador se tornar agente encoberto, Inês Ferreira Leite admite que em circunstâncias excepcionais um “arrependido” se possa converter em “agente encoberto”, em específico, “quando constitua o único meio de obter outros meios de prova que não se reduzam às declarações do coarguido, e que só possam ser obtidos através de uma atuação – em si passível de ser qualificada como crime – a desenvolver pelo agente do crime, sendo então justificada, à luz destes objetivos e ponderada a gravidade do crime sob investigação, a isenção de responsabilidade penal do “agente do crime” face às condutas desenvolvidas na qualidade de “agente encoberto”¹³⁶.

Referindo-se também a esta problemática, Rui Pereira admite que o agente encoberto possa ser “um terceiro que aspire a beneficiar do estatuto de «arrependido»”, por exemplo, no âmbito do crime de associação criminosa, de terrorismo ou de tráfico de estupefacientes, acrescentando mesmo que “a sua participação na «ação encoberta» pode ser configurada, na prática, como condição de atenuação especial ou de dispensa de pena”¹³⁷.

No âmbito da corrupção, Rosário Teixeira¹³⁸ defende que o colaborador (corruptor ativo) pode vir a constituir-se como agente encoberto, nos termos da Lei n.º 101/2001, sendo necessária a sua aceitação e gozando de isenção de responsabilidade pelos factos posteriores. O A. realça a importância daquela colaboração, nomeadamente para a aquisição da prova do recebimento da vantagem. Neste âmbito, poderá constituir-se como um modo de fazer face à assinalada dificuldade de infiltrar elementos policiais para a investigação de crimes de corrupção no setor público, gerando problemas de ineficácia do recurso ao agente encoberto em legislações que o limitam aos polícias, como nota Armenta Deu ao falar da realidade espanhola¹³⁹.

Quanto a nós, julgamos haver razões processuais, complementadas com razões substantivas, que afastam a possibilidade de o arguido se tornar agente encoberto.

Quanto às razões processuais, a discussão sobre se o colaborador pode vir a ser agente encoberto não pode olvidar que o auxílio relevante do arguido pode dizer respeito à investigação de crimes no âmbito do seu processo e conexos ou à investigação de crimes em outros processos.

Na primeira situação, quando o investigado, futuro colaborador, contactar com o processo deve ser constituído arguido – tratar-se-á de um caso de

¹³⁶ INÊS FERREIRA LEITE, *Arrependido*, pp. 382-385.

¹³⁷ RUI CARLOS PEREIRA, *O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa*, pp. 283-311.

¹³⁸ JORGE ROSÁRIO TEIXEIRA, *Colaboração processual e corrupção*, *Paper apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na FDUL*, Lisboa, 15-16 de abril, 2019.

¹³⁹ TERESA ARMENTA DEU, *Colaboración premiada en el proceso penal español*, p. 5.

constituição obrigatória de arguido, por imposição do artigo 58.º, n.º 1, als. a) a d), do CPP.

A posição processual de arguido não é compaginável com a figura de agente encoberto – não na sua plenitude ou sem ajustes. Isso o demonstra os sistemas que, prevendo a possibilidade de um terceiro ser agente encoberto, autonomizam a situação em que o terceiro é alguém do círculo de confiança do investigado, limitando aí as possibilidades de atuação como agente encoberto.

O agente encoberto será alguém que, processualmente, é qualificado como OPC e/ou testemunha, sendo sempre nesta qualidade que o respetivo regime (implicitamente) admite que preste eventualmente declarações em tribunal (artigo 4.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 101/2001). Ora, o CPP, no seu artigo 133.º, n.º 1, al. a), prevê a “proibição de cumulação da qualidade de arguido e da qualidade de testemunha no mesmo processo ou conexos”¹⁴⁰, tratando-se de um “impedimento absoluto”¹⁴¹.

Assim, se admitíssemos que o colaborador poderia converter-se em agente encoberto, teríamos sempre de negar a possibilidade de vir a ser ouvido em julgamento como testemunha. Teríamos, pois, sobre métodos excecionais de obtenção de prova, que obedecem a uma “legalidade estrita” e a um respeito escrupuloso dos seus termos, que criar um regime atípico, algo que não é autorizado¹⁴².

Além do mais, o eventual depoimento do agente encoberto em Tribunal configura, em abstrato, uma situação na qual o testemunho pode vir a ser prestado com ocultação de imagem ou distorção da voz (artigo 4.º n.ºs 3 e 4 da Lei n.º 101/2001, e artigo 4.º da Lei n.º 93/99). No caso de se tratar de arguido, para além de tal ser impraticável, pois o arguido estará, em princípio, na sala de audiência juntamente com os outros arguidos, a eventual possibilidade de ele vir a depor em tribunal pela sua qualidade de agente encoberto, sob anonimato, seria não só uma limitação intolerável ao direito de defesa e contraditório dos coarguidos¹⁴³ como algo absolutamente desleal.

¹⁴⁰ INÊS FERREIRA LEITE, *Arrependido*, p. 9.

¹⁴¹ SÉRGIO PENA, *A prova por declarações*, p. 93.

¹⁴² Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *A colaboração premiada à luz do direito comparado*, p. 6.

¹⁴³ Neste caso, e à semelhança de outras situações de testemunho anónimo, no mínimo, qualquer decisão não poderia ser sustentada unicamente ou de modo decisivo nesse testemunho, por tal ser incompatível com o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cf. RENATO STANZIOLA VIEIRA, *Testemunha anónima e paridade de armas na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Encontros e desencontros*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 20, n.º 3, 2010, pp. 432-436, e diversa jurisprudência do TEDH aí referida, bem como ponto 21 da Recomendação Rec (2005)9. O TEDH tem-se pronunciado sobre a valoração do testemunho anónimo em consonância com o artigo 6.º, n.º 3, al. d), reservando a questão da admissibilidade

Mas é todo o estatuto do arguido (artigo 60.º do CPP), no seu conjunto de direitos e deveres processuais (artigo 61.º do CPP), que não se compadece com a assunção da qualidade de agente encoberto. De facto, se o arguido poderá estar a ser tecnicamente assistido por defensor, a sua participação na ação encoberta como colaboração processual relevante seria do seu conhecimento. Ora, é inerente à ação encoberta o seu sigilo e conhecimento reservado às autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal (artigos 3.º, n.ºs 3 a 6, 4.º e 6.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001). Tratando-se de agente da polícia criminal que atue com identidade fictícia, o respetivo despacho de atribuição é mesmo classificado de secreto (artigo 5.º, n.º 4). Seria, pois, estranha a possibilidade de desenvolvimento de uma ação encoberta com conhecimento dessa ação por pessoas que não AJ ou OPC, ainda que o processo pudesse estar sujeito a segredo de justiça, vinculando o defensor (artigo 86.º do CPP).

Em suma, misturar o estatuto de arguido com a qualificação de agente encoberto seria uma promiscuidade processual inadmissível.

Acresce que uma interpretação do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001, em concreto, do seu trecho final – “com ocultação da sua qualidade e identidade” – feita à luz da natureza e essência do próprio instituto da ação encoberta, conduz a uma negação da possibilidade de um “arrendido” ou colaborador se poder tornar formalmente em “agente encoberto”, no âmbito do mesmo processo ou conexo.

Quanto às razões substantivas, os fundamentos da atenuação ou dispensa de pena nos regimes de colaboração, por um lado, e da isenção de responsabilidade nas ações encobertas, por outro, são conflituantes. No primeiro caso, constitui-se “como contrapartida dos elementos de prova que o colaborador traz para o processo penal”¹⁴⁴, como instituto de direito premial, relativamente a factos passados e presentes. O prémio deriva de uma atuação processual, sem reflexo na ilicitude dos crimes cometidos. No segundo caso, a isenção de responsabilidade conferida pelo Estado, limitada aos termos previstos no artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, é uma decorrência da exclusão da ilicitude por cumprimento de dever¹⁴⁵. Ou seja, reside no facto de o agente encoberto estar a agir para os fins da justiça e ao serviço da investigação – é o Estado a agir –, quer de modo direto, quando se trate de funcionário de investigação criminal da Polícia Judiciária, quer indireto, quando se trate de um terceiro que atua

do meio para as legislações nacionais. Crítico desta posição, RENATO STANZIOLA VIEIRA, Testemunha anónima, pp. 436-442.

¹⁴⁴ Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, A colaboração premiada à luz do direito comparado, p. 9.

¹⁴⁵ Assim é maioritariamente entendido, vide MANUEL AUGUSTO MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 164, e ISABEL ONETO, *O agente infiltrado*, pp. 154-155, com amplas referências bibliográficas.

sob o controlo da Polícia Judiciária. E é por isso que o legislador estabeleceu os critérios e limites que hão de regular a atuação do agente encoberto, conhecendo-os este de antemão para que possa adequar o seu comportamento posterior. Seria intolerável para um Estado de Direito democrático, relativamente a uma mesma realidade fática contínua ou relacionada, conferir a atenuação ou dispensa da pena quanto a crimes já cometidos e, por factos posteriores, conferir a isenção de pena ao abrigo do regime das ações encobertas. Isto é, na prática, o benefício da atenuação ou dispensa de pena relativamente aos crimes já praticados seria contrapartida de uma atuação que, por certo, conduziria à prática de crimes posteriores, relativamente aos quais gozaria de uma isenção de responsabilidade.

Em suma, por todos os argumentos anteriores, o benefício premial pela colaboração não pode decorrer de participação do colaborador em ações encobertas – o colaborador não pode, pois, enquanto tal, assumir a qualidade de agente encoberto.

Conclusão

A obtenção de prova a partir de pessoas no/do meio criminoso é algo que se mostra muito relevante nas investigações criminais, em especial nas relativas à criminalidade organizada.

A previsão legal de métodos que permitam aquele acesso, regulando a sua utilização, legitima o modo de atuar da investigação que os respeite.

Em Portugal, não se pode afirmar que exista um instituto de colaboração premiada. Existem sim diversas consagrações de colaboração em determinados tipos legais de crime, que podem dar origem a atenuação especial ou dispensa de pena ou conduzir à suspensão provisória do processo.

A colaboração pode ter lugar no seu próprio processo, em processo conexo e, ainda, em processo por crime relativamente ao qual, por razões de política criminal, esteja prevista a relevância da colaboração.

O auxílio do colaborador pode efetivar-se através do fornecimento de informações relevantes, mesmo sem chegar a depor ou testemunhar em Tribunal, do acompanhamento em diligências de investigação, da prestação de declarações, do fornecimento de documentação, instrumentos, produtos, vantagens ou quaisquer objetos com relevo para os factos probandos ou que revelem novos factos.

O colaborador pode participar em operação controlada ou captação ambiental, desde que cumpridos os requisitos daqueles meios de obtenção de prova e da colaboração, devendo a autorização da autoridade judiciária competente mencionar expressamente a participação do colaborador, enquanto terceiro, naqueles meios. Não sendo a colaboração processual (ou premiada) método oculto de obtenção

de prova, existe, ainda assim, a possibilidade de o auxílio do colaborador se materializar em tais métodos. Tratando-se de uma situação com semelhanças à de um agente encoberto, tal não pode configurar uma infiltração, nesta se transformando se o colaborador estiver a agir sob controlo do Estado, respeitando ordens da Polícia e reportando de modo contínuo a vida de uma organização, durante um período que exceda uma razoabilidade aferida face às circunstâncias do caso concreto.

A colaboração e as ações encobertas são – na e pela sua natureza – meios (de obtenção de prova) distintos, apresentando em comum a obtenção de informações, conhecimento ou prova a partir do interior da organização criminosa. Mas são intrinsecamente incompatíveis, isto é, o colaborador, no âmbito da colaboração, não pode assumir a qualidade de agente encoberto – é uma *metamorfose* inadmissível – com fundamento em razões processuais e materiais.

A diversidade de consagrações da relevância premial por colaboração processual sugere a necessidade de uma previsão legislativa uniforme, com natureza processual e regime densificado, aplicável a um catálogo de crimes. Ganhar-se-ia, desde logo, em coerência e vocação de completude. O lugar adequado seria em legislação avulsa, em específico na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, através do aditamento de artigos ao Capítulo III, com epígrafe “Outros meios de produção de prova”, logo após o artigo 6.º, referente ao registo de voz e de imagem. Tal regime deveria dar solução aos problemas aqui analisados, nomeadamente o modo de se efetivar a colaboração, os resultados a valorar, os termos da participação do colaborador em entregas controladas e na captação ambiental e a inadmissibilidade de se poder converter em agente encoberto.

Bibliografia

- Ambos, Kai. “Estado e futuro do Direito Penal comparado.” *Anatomia do Crime* 6 (2017): 9-42.
- Ambos, Kai. “Os programas de clemência na Alemanha.” *Paper* apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 15-16 de abril, 2019.
- Andrade, Manuel da Costa. “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral).” In *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, coord. Mário Ferreira Monte *et al.*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- Andrade, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 1.ª edição. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- Armenta Deu, Teresa. *A prova ilícita: Um estudo comparado*. Traduzido por Nereu José Giacomolli (da 2.ª edição original). 1.ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

- Armenta Deu, Teresa. “Colaboración premiada en el proceso penal español.” *Paper* apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 15-16 de abril, 2019.
- Badaró, Gustavo. “Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova.” In *Crime organizado – Análise da Lei 12.850/2013*, coordenado por Kai Ambos e Eneas Romero, 13-49. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- Barreiros, José António. “Crime et châtiment: Statut des repentis.” *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 4 (1986): 753-755.
- Bechara, Fábio Ramazzini, e Gianpaolo Poggio Smanio. “Ministério Público e a estratégia de investigação no *Caso Lava Jato*: legalidade e eficácia probatória da informação de inteligência financeira.” In *Corrupção: Ensaio sobre a operação Lava Jato*, coord. Kai Ambos, Marcos Zilli, e Paulo de Sousa Mendes, 57-91. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- Beernaert, Marie-Aude. “«Repentis» ou «collaborateurs de justice»: quelle légitimité dans le système pénal?”. *Droit et Société* 55 (2003): 693-713.
- Beleza, Teresa Pizarro. “Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português.” *Revista do Ministério Público* 19, n.º 74 (1998): 39-60.
- Busato, Paulo César. “Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada.” In *Crime organizado – Análise da Lei 12.850/2013*, coordenado por Kai Ambos e Eneas Romero, 219-252. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- Caires, João Gouveia de. “O registo de voz e de imagem e as escutas ambientais.” In *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, coord. M. Fernanda Palma, A. Silva Dias, P. Sousa Mendes e Carlota Almeida, 273-298. Coimbra: Almedina, 2014.
- Costa, Joana. “Justiça negociada: algumas notas sobre os acordos sobre a sentença em processo penal e a colaboração premiada à luz da Constituição.” *Paper* apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 15-16 de abril, 2019.
- Edwards, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada: modificación a la Ley de estupefacientes. Análisis de la ley 24.424*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- Filho, Marcio Geraldo Britto Arantes. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- Grinover, Ada Pellegrini. “O crime organizado no sistema italiano.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 12 (1995): 76-86.
- Leite, Inês Ferreira. “Arrepentido: A colaboração do co-arguido na investigação criminal.” In *2.º Congresso de Investigação Criminal*, ed. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, 377-406. Coimbra: Almedina, 2010.
- Leite, Inês Ferreira. “A colaboração do co-arguido na fase de investigação”. In *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes e Carlota Almeida, 223-236. Coimbra: Almedina, 2014.

- Lobo, Eduardo. “Comentário a Acórdão proferido em processo do Tribunal da Guarda em 29.11.1994.” In *Droga, decisões de Tribunais de 1.ª Instância, 1994, Comentários*. Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1997.
- Malan, Diogo. “Da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e os limites relativos à privacidade.” In *Crime organizado – Análise da Lei 12.850/2013*, coordenado por Kai Ambos e Eneas Romero, 51-81. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- Meireis, Manuel Augusto. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1999.
- Meireis, Manuel Augusto. “Homens de confiança. Será o caminho?” In *II Congresso de Processo Penal*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, 81-101. Coimbra: Almedina, 2006.
- Mendes, Paulo de Sousa. “As proibições de prova no processo penal.” In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord. científica Maria Fernanda Palma, 133-154. Coimbra: Almedina, 2004.
- Mendes, Paulo de Sousa. “A colaboração premiada à luz do direito comparado.” *Paper* apresentado em conferência na Escola Alemã de Ciências Criminais, Göttingen, 2 de outubro, 2018.
- Núñez Paz, Miguel Ángel, e Guillén López, Germán. “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 61 (2008): 89-164.
- Oneto, Isabel. *O agente infiltrado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- Palazzo, Francesco. “La législation italienne sur les repentis: discipline, problèmes et perspectives.” *Revue De Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 4 (1986): 757-769.
- Pena, Sérgio. “A prova por declarações de coarguido colaborador e o direito premial no crime de corrupção.” In *Estudos Projeto ETHOS: Corrupção e criminalidade económico-financeira*, 81-121. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2018.
- Pereira, Rui Carlos. “O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa.” In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, 283-311. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- Quintanar Díez, Manuel. *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*. Madrid: Edersa, 1996.
- Riva, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002.
- Romero, Eneas. “A colaboração premiada.” In *Crime organizado – Análise da Lei 12.850/2013*, coordenado por Kai Ambos e Eneas Romero, 253-277. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- Roth, Jéssica A. “Informant witnesses and the risk of wrongful convictions.” *American Law Review* 53 (2016): 737-797.
- Seiça, António Alberto Medina de. *O conhecimento probatório do coarguido*. BFDUC, Stvdia Ivridica 42. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

- Silva, Germano Marques da. “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democrático e da lealdade em processo penal.” *Direito e justiça* 8, tomo 2 (1994): 27-34.
- Teixeira, Jorge Rosário. “Colaboração processual e corrupção”. Paper apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 15-16 de abril, 2019.
- Thaman, Stephen C. “Cooperation agreements in U.S. Criminal Law: Do they enhance truth in factfinding in serious cases?”. Paper apresentado no Workshop sobre Colaboração Premiada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 15-16 de abril, 2019.
- Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 5.^a edição. Coimbra: Almedina, 2017.
- Vieira, Renato Stanzola. “Testemunha anónima e paridade de armas na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Encontros e desencontros.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 20, n.º 3 (2010): 415-449.
- Vieira, Renato Stanzola. “Agente infiltrado – estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal).” *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 87 (2010): 188-231.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana.” *Revue Internationale de Droit Pénal* 67, n.ºs 3-4 (1996): 725-738.
- Zilli, Marcos. 2019. “Transplantes, traduções e Cavalos de Troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da *Operação Lava Jato*. In *Corrupção: Ensaio sobre a operação Lava Jato*, coord. Kai Ambos, Marcos Zilli, e Paulo de Sousa Mendes, 93-132. São Paulo: Marcial Pons.

Jurisprudência

- Ac. do STJ de 5 de dezembro de 1990 (Processo n.º 041046).
- Ac. do STJ de 14 de janeiro de 1993 (Processo n.º 042796).
- Ac. do STJ de 12 de julho de 2006 (Processo n.º 06P1947).
- Ac. do STJ de 7 de fevereiro de 2007 (Processo n.º 06P4543).
- Ac. do STJ de 15 de abril de 2010 (Processo n.º 154/01.9JACBR.C1.S1).
- Ac. do STJ de 10 de abril de 2013 (Processo n.º 224/06.7 GAVZL.C1.S1).
- Ac. do TC n.º 108/2014, de 12 de fevereiro (Processo n.º 933/13).
- Ac. do TRE de 14 de julho de 2009 (Processo n.º 35/05.7FBOLH.E1).
- Ac. do TRE de 14 de janeiro de 2014 (Processo n.º 7/11.2GBPTM.1).
- Ac. do TRE de 19 de maio de 2015 (Processo n.º 7/11.2GBPTM.E1).
- Ac. do TRL de 3 de outubro de 2002 (Processo n.º 0091849).
- Ac. do TRL de 20 de março de 2007 (Processo n.º 10954/2006-5).
- Acórdão n.º 1142295, de 5 de dezembro de 2018 (Ação de improbidade administrativa n.º 2013.01.1.081889-9 de 10/06/2013).