

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
ESCOLA DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**O ACORDO A SOBRE SENTENÇA EM PROCESSO PENAL
SOLUÇÃO DEMOCRÁTICA OU HECATOMBE CONSTITUCIONAL?**

MESTRADO FORENSE

*Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa para
obtenção do grau de Mestre por parte de João Paulo de Jesus Campos, sob orientação
do Professor Doutor Germano Marques da Silva.*

LISBOA, SETEMBRO DE 2018

O ACORDO SOBRE A SENTENÇA EM PROCESSO PENAL
Solução democrática ou hecatombe constitucional?

«La democracia es, a mi juicio, el régimen político en el que se alcanza la identificación entre gobernantes y gobernados»

— Manuel Jiménez de Parga

Agradecimentos

Agradeço do fundo do meu coração aos meus pais, que todos os dias se sacrificam para que eu possa ter as oportunidades que eles não tiveram.

Agradeço às minhas irmãs que amo muito, e a todos os meus sobrinhos, de quem gosto e cuido como se fossem meus.

Agradeço ao Tozé e à Zézinha, por serem como uns segundos pais para mim.

Agradeço à minha namorada, de quem a saudade insiste em não me deixar.

Agradeço à minha avó, que daqui a uns anos vai ser da minha idade, porque cada dia está mais nova.

Agradeço a todos os meus amigos, em especial, ao pequeno reduto com quem posso sempre contar.

Por último mas não menos importante, deixo um abraço muito especial ao meu orientador, Professor Doutor Germano Marques da Silva, pela compreensão, humildade e humanismo.

Um professor é a personificada consciência do aluno; confirma-o nas suas dúvidas; explica-lhe o motivo da sua insatisfação e estimula-lhe a vontade de melhorar.

Thomas Mann

ÍNDICE

Capítulo I

1. Introdução.....4 a 6.
2. O modelo alemão.....7 a 9.
3. A proposta de Figueiredo Dias.....9 a 10.

Capítulo II – A crítica aos acordos

4. Enquadramento geral.....10 a 11.
5. Direito penal vinculado a uma lógica economicista.....11 e 12.
6. Violação dos fins do Direito penal?.....12 e 13.
7. Verdade material.....14.
8. Restabelecimento da paz jurídica.....15 e 16.
9. Fins das penas.....16 a 18.
10. Desigualdade das partes no acordo.....18 e 19.
11. O processo equitativo e a transferência de poderes.....19 a 22.
12. Publicidade do processo e presunção da Inocência.....22 a 23.
13. O acordo e a prova.....24.
 - 13.1. A “hipervalorização da confissão incriminadora”25 a 27.
 - 13.2. O valor da confissão num acordo frustrado.....27 e 28.
14. A desnecessidade da solução.....29 e 30.
15. Congruência com a estrutura acusatória do processo.....31 e 32.

Capítulo III

16. Vantagens.....33 e 34.
 17. Proposta de direito a constituir.....34 e 35.
 18. Proposta de int. legislativa.....36 e 37.
 19. Conclusão.....37 e 38.
- BIBLIOGRAFIA.....39 a 41.

1. INTRODUÇÃO

Palavras-chave: Justiça negociada, acordos sobre a sentença penal, “plea bargaining”, consenso, direito penal.

Um modelo de justiça processual que consiga conferir resposta adequada à pressão da sociedade hodierna, é o santo graal das aspirações de qualquer sistema penal moderno.

A possibilidade de renovar o sistema processual penal português, aproximando-o de um modelo de justiça que seja mais democrático, onde se possa de igual forma dar cumprimento aos fins do processo penal, sem com isso sacrificar as garantias de defesa do arguido e alcançando um sistema mais eficiente, onde o custo-benefício seja favorável é o objetivo que se pretende.

Como poderá ser atingido este feito que parece um tanto ou quanto utópico?

Figueiredo Dias, inspirado pela reforma alemã, surge com uma proposta que consideramos ser um bom ponto de partida para uma reflexão, personalizada, sobre o tema.

Contrariando a ideia largamente difundida pelos corredores das faculdades, de que no Direito não existem certezas absolutas, começaremos o nosso estudo lançando um facto: o “boom” dos modelos de justiça negocial existe e veio para ficar.

O foco dos penalistas, que antes¹ se encontrava virado para o perigo do expansionismo penal no que respeita à tutela de novos bens jurídicos, encontra-se atualmente numa nova

¹ A partir da segunda metade do século XX.

tendência, por conta do fenômeno apelidado por alguns de *triumfo da plea bargaining*² *norte-americana*³.

Não é que sejamos dos que consideram que num modelo processual apenas estão em causa questões de mero procedimento, sem conteúdo material de relevo, numa lógica de pura eficiência na conformação do sistema adjetivo. Pelo contrário, interessa-nos o tema pelas questões materiais em causa, pela tutela de bens jurídicos fundamentais que implicitamente se relacionam com a lógica de um sistema processual. É que a vista desarmada do incauto pode cair no risco de subestimar o tema, por se considerar que o processo é tal como as ciências puras, algo exato, onde se pode resolver um problema sem que hajam mais graves repercussões.

Não queremos com isto dizer que é errada esta mudança de direção no foco do direito penal, pelo contrário, o que se quer chamar à atenção é que a questão da justiça negociada nunca foi nem nunca será meramente procedimental, é, pelo contrário *direito puro*, pois tal como no “efeito borboleta” de Edward Lorenz, uma mera alteração objetivamente insignificante, pode resultar numa lesão grave quando ligada em cadeia (entenda-se numa lógica sistemática). Refiro-me neste caso em concreto às **possíveis perversões de sistema** que são necessárias acautelar, sob pena de violações de direitos fundamentais.

Os acordos de sentença⁴ em processo penal são portanto a nova tendência da justiça penal, prova disso a nível da Europa continental, é o estudo levado a cabo em 2014, pelo TEDH,

² Para uma análise aprofundada sobre este instituto cf. ALBERGARIA, Pedro Soares de. “**Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.**”, Almedina, Coimbra, 2007. E ainda, FISHER, George, “**Plea Bargaining’s Triumph**”, Yale Law Journal, vol. 109, 1999-2000, p. 857 e ss.,

³ TULKENS, Françoise / VAN DE KERCHOVE, Michel “**La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?**”, Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1996, n.º5, p.447 e ss., Apud Nuno Brandão, op., cit. pág. 162.

⁴ Gostamos especialmente da terminologia de NUNO BRANDÃO quando se refere aos acordos como uma “criação jurisprudencial ou legal de espaços de interação com vista à definição consensual do sentido da sentença penal”. NUNO BRANDÃO “**Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução**”, revista JULGAR-n.º25, Coimbra Editora, 2015. pág. 161.

relativo ao julgamento do caso NATSVLISHVILI E TOGONIDZE v. GEÓRGIA. Neste acórdão⁵, o tribunal realiza uma análise de direito comparado dos institutos de justiça negocial de dezenas de países, onde reconheceu vantagens ao modelo.

«(...) the Court subscribes to the idea that plea bargaining, apart from offering the important benefits of speedy adjudication of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also, if applied correctly, be a successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences imposed and, as a result, the number of prisoners.»⁶

Poder-me-ão dizer que a globalização não pode servir sempre de bode expiatório, não podemos converter um fenômeno que é altamente genérico e dinâmico numa “(...) panaceia analítica e compreensiva para tudo⁷.” Porém, também não se pode negar que a influência de normatividade resultante quer de ordenamentos estrangeiros, quer de fontes de Direito Internacional é tão grande que chega a “atropelar” as próprias leis fundamentais, veja-se o caso do primado do Direito da UE.

⁵ Cujo tema versa sobre a contenda de vários cidadãos da Geórgia, relativa a atos do órgão equivalente ao MP daquele país.

⁶ European Court of Human Rights. Former Third Section. Application no. 9043/05 (Case of NATSVLISHVILI and TOGONIDZE v. GEORGIA). 8 set. 2014. § 69. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142672> ; Consultado a 06/06/2018.

⁷ COSTA, José de Faria. “O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico”. Revista Brasileira de Ciências Criminas, n.34, p. 9-10, abr./jun. 2001.

2. O caso alemão

É verdade que o movimento europeu de justiça negociada surge sobretudo através da influência do modelo norte-americano. No entanto, como refere sabiamente FIGUEIREDO DIAS não se propõe entre nós uma importação do sistema norte-americano tal qual como ele está conformado, até porque tal seria flagrantemente inconstitucional quando confrontado com o constitucionalismo de matriz europeu. Existe no entanto, partilhando o entendimento de NUNO BRANDÃO, um “repúdio visceral” dos juristas⁸ no que toca a qualquer aproximação de um modelo ou instituto de justiça negociada, precisamente pelo facto de visualizarem e anteverem com temor, de forma errada, um modelo de justiça estado-unidense em solo português.

Diferentemente do que ocorre nos dias de hoje em Portugal, na Alemanha, os acordos de sentença, em processo penal «*Absprachen*» não são “moda nova”, uma vez que já se praticam desde 1970⁹. Recente é sim a sua previsão legal, que surgiu em 2009 com a reforma da lei processual penal.

A reforma da *Strafprozeßordnung* (doravante, StPO) foi precisamente a inspiração que precisava Figueiredo Dias para lançar “os tiros de partida”¹⁰ da contenda que é *infra* objeto de análise.

Apesar do ordenamento jurídico germânico se poder considerar como o paradigma por excelência do Direito continental, não se podem deixar de ressaltar algumas especificidades que o afastam do caso português. Desde logo o facto do modelo processual penal se encontrar vinculado ao princípio do inquisitório, o que dá aval a que o juiz participe de forma ativa na formação do acordo, analisando todos os elementos do

⁸ BRANDÃO, Nuno, *op. cit.* pág.164.

⁹ Estes eram acordos informais, denominados *Vergleiches*, onde era negociada a confissão do arguido em troca de uma atenuação da pena.

processo e podendo a par e passo dos outros participantes sugerir um limite mínimo e máximo da pena.

Consideramos que tal especificidade de regime não é admissível no nosso processo penal, conformado por um modelo acusatório integrado pelo princípio da investigação.

O pré-juízo que poderia decorrer da participação do juiz de julgamento na negociação do acordo, onde, por exemplo em momento anterior ao da confissão, para sugerir um limite máximo inferior ao da moldura penal para utilizar como “moeda-de-troca” poderia contacto com elementos substanciais respeitantes à culpabilidade do arguido, que poderiam no caso de frustração do acordo (mesmo sem ter havido confissão em audiência), afetar a sua imparcialidade e objetividade.

É certo que a convicção do julgador, enquanto elemento subjetivo que é, não se pode afastar, os juízes não são máquinas infalíveis que não se deixam afetar, por mais que blindados e rotinados que estejam. Porém, existe um dever constitucional de garantir da melhor forma possível a sua imparcialidade, não sendo esta a única hipótese em cima da mesa, consideramos que o juiz deverá ficar fora do acordo enquanto parte interventiva nas negociações.

Não é de estranhar enquanto sistema inquisitório¹¹, que na Alemanha também a própria iniciativa do acordo pertença ao juiz, já FIGUEIREDO DIAS na sua proposta defende que por ser um procedimento obtido através de consenso deverá ser admissível que qualquer das partes participantes possa também ter a sua iniciativa.¹²

É ainda de ressaltar que no sistema alemão não existe consagração que defina o momento até ao qual o acordo tem de ser alcançado, o que merece críticas pelo facto de permitir que o acordo possa ser celebrado depois de realizadas as atividades probatórias, situação

¹¹ SCHUNEMANN faz uma crítica ao modelo por considerar que se baseia no modelo americano da *plea bargain*, onde o sistema é acusatório puro e fundado no princípio da verdade formal. Este autor vai ainda mais longe quando considera que privilegiando o sistema alemão a verdade material, não pode a simples confissão gerar uma condenação por si só.

¹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “Acordos sobre a sentença em processo penal – O “Fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio?””, Conselho Distrital do Porto, Coleção Virar de Página, 2011.

em que não se retiraria partido da maior finalidade do acordo — o ganho na celeridade processual.

3. A proposta de Figueiredo Dias

Nota: De forma algo resumida, pelo facto do foco desta dissertação não ser o de realizar uma mera reprodução daquilo que já foi sobejamente escrito por Figueiredo Dias, mas sim de tentar abordar o tema de uma maneira mais dinâmica, tentando olhar para a sua viabilidade e para as vantagens e desvantagens do possível acolhimento de um instituto de justiça negocial, irei proceder a uma abordagem daquela que seria a proposta do professor, com a qual concordamos quase que na íntegra.

Visionário, o catedrático de Coimbra viu como legal e benéfica a celebração de acordos sobre sentença em Portugal, mesmo sem ser levado a cabo qualquer alteração legislativa. O Professor sustenta a legalidade da sua tese recorrendo à conjugação dos preceitos dos artigos 344.º do CPP, 72.º e 73.º do CP.

Figueiredo Dias estabelece os seguintes pressupostos a obedecer para que estes acordos produzam o seu efeito útil:

- i) É necessário que exista uma confissão por parte do arguido, nos termos do artigo 344.º do CPP;
- ii) Essa confissão tem que ser livre e esclarecida no sentido de não poder ser obtida por meio de coação ou extorsão, e de o arguido ter conhecimento pleno dos efeitos da mesma;
- iii) A confissão tem que respeitar a crimes cuja pena máxima não ultrapasse os 5 anos;

O ACORDO SOBRE A SENTENÇA EM PROCESSO PENAL
Solução democrática ou hecatombe constitucional?

- iv) O acordo tem que ser aceite por todos os sujeitos processuais;
- v) A aceitação do juiz dependerá da averiguação por parte deste da validade e veracidade da confissão, fiscalização essa que será crucial para a validade dos acordos;
- vi) O acordo tem que fixar uma moldura penal que fixará os limites inultrapassáveis pelo juiz no momento da condenação;
- vii) O acordo tem de ser público não podendo dele constar a renúncia ao exercício do recurso por parte dos sujeitos processuais;
- viii) No caso do acordo do acordo não ter sido alcançado por algum dos motivos elencados os elementos obtidos no seio das negociações para a conclusão do mesmo não poderão ser utilizados como elemento de prova nomeadamente a confissão do arguido.

Capítulo II
A CRITICA AOS ACORDOS

4. Enquadramento geral

(Para compreensão da seguinte reflexão deverá entender-se que concordamos e seguimos o modelo sugerido por FIGUEIREDO DIAS, exceto nos casos em que manifestarmos discordância ou diferente posição).

A problemática em torno dos acordos de sentença teve o seu início no seguimento de uma condenação por parte do Tribunal Judicial de Ponta Delgada a 01 de Fevereiro de 2011¹³, com base num acordo de sentença. O tribunal alicerçou-se precisamente na teoria de FIGUEIREDO DIAS para justificar a sua atuação. Escusado será dizer que se seguiu um período de instabilidade e incerteza no plano judicial.

Por um lado tínhamos pareceres das procuradorias gerais de Lisboa¹⁴ e de Coimbra¹⁵ a corroborarem a atuação por parte do Tribunal, por outro, surgia a crítica do conselheiro EDUARDO MAIA COSTA e o famoso acórdão do STJ de 10 de Abril de 2013, que se pronunciou contra a legalidade dos acordos sobre sentença.

Na crítica levada a cabo tanto pelo STJ como por Eduardo Maia Costa foram tecidas considerações que merecem a pena ser analisadas.

5. Direito penal vinculado a uma lógica economicista

Segundo o meritíssimo juiz, estes acordos seriam contrários à constituição, utilizando primeiramente um argumento mais genérico, o de que o direito processual penal não se pode fundar num ideal de racionalidade prática, numa “lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade”.¹⁶ Percebemos aqui o temor do juiz, bem como partilhamos do receio de uma possível administrativização do direito penal a médio, longo prazo. Porém o plano da discussão pretende-se mais objetivo, no campo concreto da violação de princípios constitucionais, não se pode confundir um receio com uma violação efetiva. Pergunto eu agora, qual é o mal de ter um sistema que pode ser mais eficiente, menos burocrático, que poupe custos ao Estado (numa aceção bem francesa, o

¹³ Ata de audiência de discussão e julgamento do Tribunal Judicial de Ponta Delgada, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7Be1d66fed-a2ac-4ef3-94b4-81a106ae11c3%7D.pdf>

¹⁴ http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.ht ml

¹⁵ <http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>

¹⁶ MAIA COSTA, op. cit., pág. 88.

Estado somos todos nós) e facilite a vida do cidadão, se não violar nenhum direito fundamental? A fórmula para isto é precisamente o que está em discussão, é esta a razão pela qual simplesmente não se adota um modelo de justiça negociada ao estilo da *common law* — violariam a maioria senão a totalidade das constituições da Europa continental. Agora se se poder melhor o sistema, mesmo que um pequeno passo de cada vez, porque não o fazer? Por simples aversão à mudança?

Consideramos ainda que uma medida como os acordos de sentença deva ser encarada como uma possível evolução de sistema que a ser bem implementada resultará em vantagens para todos os intervenientes no processo. Como tal causa-nos alguma estranheza que seja tratada pelo autor como uma mera “informalização de procedimentos”¹⁷. Do ponto de vista de quem aguarda justiça durante anos estando num limbo de uma produção de prova definhante dificilmente poderá considerar a realização de um acordo como algo tão leviano.

E ainda, tendo presente o modelo do professor FD, dificilmente se poderia falar numa *informalização de procedimentos na lógica da economia*, isto simplesmente porque o processo comum não deixaria de existir, o acordo seria somente mais uma diversão processual como as que já existem no código desde 1987.

Acrescento ainda que *a contrario*, num hipotético e impossível cenário onde se adotasse um modelo de justiça ao estilo da *plea bairgan*, que conferisse poderes de celebração dos acordos ao Ministério Público antes da acusação e por sua vez lhe permitisse criar a sua verdade formal¹⁸, negociando com o arguido a declaração de culpa e extinguindo praticamente o processo comum¹⁹ para deste modo servir uma máxima de simplificação, eficiência e economia de custos, descurando os direitos e garantias fundamentais, concordaria em absoluto com o excelentíssimo juiz.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ As estatísticas relativas a condenações nos EUA são portanto enganadoras, sendo por isso mais fiável recorrer às estatísticas correspondentes às detenções. ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.**, op. Cit., p.125.

¹⁹ Cerca de 80% a 95% dos casos são resolvidos utilizando a *plea bairgan*, cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia — O Homem Delinvente e a Sociedade Crimógena*. Coimbra, 1992, p. 484 e ss.

6. Violação dos fins do direito penal?

EDUARDO MAIA COSTA refere ainda como fundamento para a inconstitucionalidade, a violação de uma das três grandes finalidades do direito penal, identificadas como tal pela Doutrina: a realização da justiça e a descoberta da verdade material, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica²⁰.

Segundo o juiz, o acolhimento da justiça negociada poderia resultar num desequilíbrio destes três grandes pilares de igual dignidade, mais concretamente, existiria um favorecimento do restabelecimento da paz jurídica em relação à verdade material, reconduzida à própria justiça da decisão, que por sua vez sairia prejudicada. Parece-nos a nós que este argumento também não procede, mais uma vez quando apelando ao modelo do professor²¹, confesso que não percebo como pode sair reforçado neste caso o restabelecimento da paz jurídica, nem tampouco prejudicada a verdade material e consequente justiça da decisão.

«Privilegiar o restabelecimento da paz jurídica, que protege essencialmente o valor da segurança, e para o qual contribui decisivamente a obtenção de uma solução consensual para a causa, em detrimento da verdade material e portanto da justiça da decisão, constitui um sacrifício inaceitável desta última e portanto uma solução de rejeitar.»²²

²⁰ MAIA COSTA, Eduardo. “**Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo**”, *Julgar*, n.º 19, 2013, pag 93.

²¹ Nota: Fico com a ideia de que o meritíssimo juiz construiu a sua argumentação tendo em mente o modelo da Plea Bargain norte-americano.

²² MAIA COSTA, *op., cit.* pag 93.

7. Verdade material

Pois partindo do pressuposto que existe uma confissão, que essa confissão é válida, garantida pelo poder fiscalizador do tribunal decorrente do exercício dos poderes conferidos pelo “princípio da investigação”, como podemos considerar que o processo penal estaria com a adoção deste instituto a prescindir ou subalternizar a verdade? O fim do direito penal não se altera, aliás, caso contrário, sempre que existisse uma confissão, (que terá que imprescindivelmente alicerçar o acordo) teríamos que chegar à conclusão de que o fim da realização da justiça e da verdade material não teria sido alcançado? O mesmo seria admitir que o sistema estaria podre e que todas as confissões seriam pervertidas, uma mentira em troca sabe-se lá de que vantagem.

Concordamos ainda aqui com o professor FD e com a maioria da Doutrina, em especial com quando afirma que a verdade é sempre uma verdade processualmente válida, o processo deve buscar a verdade material, porém, como a máquina do tempo ainda não foi inventada e nunca mas nunca se tem total domínio sobre os factos, a verdade que se obtêm é a verdade possível através do processo, é a verdade que o tribunal obtêm através quando chega a uma *certeza jurídica*, como bem nos ensina GERMANO SILVA²³. É a verdade material que se pretende sempre, porém não temos aquilo que queremos mais sim aquilo que conseguimos ter.

Aqui está nas mãos do juiz exercer da melhor forma possível os seus poderes investigatórios, para que elimine qualquer tipo de possível perversão, garantindo que a confissão é válida e verdadeira, tal como já sucede no regime normal da confissão. O próprio professor FIGUEIREDO DIAS afasta liminarmente a possibilidade de ser admissível qualquer tipo de negociação em prol do direito das partes que ao estilo estadunidense sacrifique a verdade material.²⁴

²³ MARQUES DA SILVA, Germano. “**Direito Processual Português, Noções Gerais, Sujeitos Processuais e Objeto**”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2013, pág. 25.

²⁴ “Deverá ser proibido ao tribunal, ao MP e ao arguido qualquer “negociação” tendente a alcançar um “equilíbrio dos interesses das partes”, qualquer mercadejar com a justiça material, não se tratando neles

8. Restabelecimento da paz jurídica

Quanto ao restabelecimento da paz jurídica também não vemos como existirá um privilégio. Aliás, entre nós este argumento causou-nos alguma estranheza. É que por vezes, e isto é comum a MAIA COSTA e à argumentação do STJ. Por um lado é nos dito pelo STJ que as exigências de prevenção geral e especial não ficam cumpridas quando existam acordos sobre sentença, contrariamente MAIA COSTA diz-nos que o restabelecimento da paz jurídica sai reforçada em detrimento da verdade material pela sua estreita ligação com a segurança, pressupomos que com isto o autor considera que a validade da norma sai reforçada perante a comunidade.

São apontadas críticas que recorrem a argumentos que por vezes parecem incompatíveis, por exemplo, é crítica comum a que afirma que o acordo seria na verdade um “acordo leonino”²⁵. Apesar da crítica neste ponto ser direcionada com especial enfoque para a igualdade das partes²⁶, parece estar implícito na sua argumentação pois refere duas coisas de relevar: que no processo se passará a prescindir da verdade material e da transparência; e que uma pessoa “rica e ou poderosa” poderia sair beneficiada num acordo, em virtude de i) poder contratar melhor patrocínio judiciário; e ii) poder estar em pé de igualdade nas negociações com o MP; subentendo daqui que o autor considere portanto que neste caso específico de um acordo celebrado com um arguido “rico e poderosa”, levado a cabo num sistema que não preza a verdade material e que não é transparente mas sim obscuro como o autor afirma, tal geraria suspeição por parte da sociedade, contribuindo para um enfraquecimento da validade das normas por parte dos destinatários.²⁷ Admito porém que

de nenhuma “troca” ou “barganha”. DIAS, Figueiredo, **“Acordos sobre a sentença em processo penal — o fim do Estado de Direito ou um novo princípio”**, *op. cit.*, p.50.

²⁵ MAIA COSTA, *op., cit.* pág. 95.

²⁶ que segundo o autor é uma falácia e não existe realmente, pois nunca se está de igual para igual com o MP, exceto no caso dos “ricos e poderosos”.

²⁷ MAIA COSTA, *op., cit.* pág. 93.

a minha interpretação seja rebuscada e não corresponda à realidade daquilo que pressupõe o autor.

Terminando este ponto, o acordo terá que ter SEMPRE por base uma confissão, total ou parcial, tal como já acontece nos dias de hoje, portanto, qual será a diferença no que concerne à paz jurídica? Não há qualquer diferença.

A análise neste ponto transpõe-nos no entanto para a necessidade de uma análise mais profunda dos fins das penas no âmbito do acordo de sentença, que será agora encetada.

9. Fins das penas

Coloca-se a questão de saber se a prevenção especial sairia afetada com o acordo.²⁸

Existem autores²⁹ que consideram que uma atenuação na pena, quando não existam menores necessidades de ressocialização é contrária aos fins das penas e associada a um “prémio” conferido pelo juiz. Pois bem, percebemos este argumento caso estejamos a tratar de uma mera “barganha” ao estilo da plea bargain, que conforme mencionado *supra* é felizmente impossível de colocar em causa em Portugal pela garantística lei fundamental de que dispomos. Será trabalho do juiz garantir que qualquer atenuação a

existir, seja proporcional ao cumprimento dos fins das penas. O juiz tem a obrigação (e é por isso que como nos ensina GERMANO SILVA, de todo o Direito é a profissão de

²⁸ Em relação à prevenção geral positiva pensamos não haver plano para grande discussão, isto porque havendo a aplicação de uma pena com o efeito dissuasor que dela advém, a integridade da norma não se encontra afetada — caso contrário teríamos que considerar que toda e qualquer atenuação da pena retiraria o efeito dissuasor que se pretende. Ou seja, consideramos não haver nem um privilégio, como diz MAIA COSTA, nem um real prejuízo.

²⁹ Nomeadamente o caso de ANABELA RODRIGUES: “A atenuação, não representando uma resposta à verificação de uma circunstância que indicie menores necessidades de ressocialização, encontra-se inevitavelmente associada a uma lógica premial.” cf. RODRIGUES, Anabela. **A celeridade no processo penal, uma visão de Direito Comparado**, op. cit., p.51.

mais dificuldade e responsabilidade) de ponderar com base em todos os elementos de que dispõe, de forma a acautelar o equilíbrio da justiça na sua solução.

De forma diferente, no caso americano, em que o processo se conforma com a verdade formal, sobretudo no domínio da *charge bargaining*, não é de estranhar que os fins das penas saiam prejudicados.³⁰

É realizada uma crítica que vai sobretudo no sentido de considerar que o réu ao confessar, não o faria por arrependimento, mas sim por pretender ganhar um benefício, o que resultaria no falhanço da prevenção especial, por existir um falhanço no que concerne à ressocialização. Mais uma vez discordamos, até porque ao confessar o arguido afirma o seu “livre arbítrio sob ser sancionado”³¹, através de um reconhecimento público de que falhou para com a sociedade.

Depois, veja-se que estamos a falar sempre de casos de pequena e média criminalidade, em que o desvalor ético-jurídico será sempre menor quando comparado com crimes de maior gravidade penal — julgo pois que nestes casos a confissão do arguido (quando poderia optar por seguir o processo comum e possivelmente ser condenado em menor medida ou até absolvido), feita diante dos “olhos da sociedade” e tendo em conta o papel estigmatizador que o Direito penal tem sobre a consciência da pessoa, não pode ser considerada como um mero prémio, devendo valorizar-se a atuação do arguido no reconhecimento do seu erro num plano de reconhecimento do seu erro e de tentativa de restabelecer a ordem social que feriu com a perpetuação do crime.

Ninguém está em condições de afirmar que em nenhum caso o arguido se irá realmente mostrar ou não arrependimento, esse papel caberá ao juiz na sua análise ao caso concreto. Afinal é por razões destas que o juiz funciona como fiscalizador do acordo, se este

³⁰ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.**, op. Cit., p.125. Cf. ainda sobre a discussão de uma solução para o tema dos fins das penas nos E.U.A a teoria neoretribucionista do *just deserts* GARLAND, *The Culture of Control — Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001.

³¹ PALERMO, Pablo Galain. **Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal**, 2.º Congresso de Investigação Criminal, Organização Científica., Coimbra, Almedina, 2010, pág. 637.

considerar que os limites acordados não cumprem os fins da pena, deve portanto recorrer ao seu veto.

10. Desigualdade das partes no acordo

Outro argumento que é comum a ambas as críticas aqui tratadas (de MAIA COSTA e do STJ), tem que ver com o facto das desigualdades sociais poderem ser transportadas para o acordo, existindo um desequilíbrio entre as partes. É verdade que num contrato normalmente existirá sempre uma parte mais fraca, mas uma vez me indago, então mas não é já isso que acontece nos dias de hoje? Aliás, os meios de consenso existentes no código funcionam como um contrato de adesão, onde o arguido apenas tem a faculdade de aceitar ou de recusar. Contrariamente nos contratos sobre sentença há uma negociação que é real, o arguido contribui para o conteúdo das negociações, podendo inclusive propor o limite de pena que considera justo.

Há inclusive Doutrina³² que entende que o processo deveria de assumir a estrutura de um modelo acusatório puro, para que o MP pudesse vestir de uma vez o papel de parte na lide, sem ter a pressão da subordinação à prossecução da justiça.³³

Resumidamente e de forma mais clara, o argumento crítico é o de que o contrato não é justo em relação à igualdade entre as partes, por duas razões:

³² Neste sentido Paulo Sousa Mendes.

³³ Não concordamos com a posição exposta em cima, pois queremos crer que o Ministério Público é um órgão composto por magistrados com uma excelente formação e que cumpre com objetividade e rigor ético as suas funções — comportamentos desviantes podem pois ocorrer em qualquer órgão, porém queremos acreditar que no caso não é a regra. Poderá até ser um caso de “idealismo utópico” como lhe chama FIGUEIREDO DIAS, o de esperar que o MP cumpra as suas duas funções (de acusação e a de sujeito processual) com imparcialidade, porém quero crer que sim. Esta é umas das posições que não gostaria nada de alterar. DIAS, Figueiredo, Direito Processual Penal, op. Cit., p.369.

- i) desigualdade social: os ricos poderiam contratar melhores advogados e conseguir melhores acordos;
- ii) ainda assim o MP é a parte mais forte na generalidade dos casos;

Primeiramente devo referir que considerar o MP como uma parte ao estilo de um sistema acusatório puro, esquecendo por completo a sua vinculação legal aos fins do processo é proceder a uma análise *contra legem* e partir do princípio que o órgão é na maioria dos casos prevaricador, não cumprindo da melhor forma as funções adstritas. Depois e mais uma vez, o argumento da desigualdade social é transversal a todo o processo, não só ao acordo.

11. O processo equitativo e a transferência de poderes

Concordamos com o conselheiro quando escreve que para atingir o chamado “processo equitativo” é necessário que o juiz assuma um papel de figura central, independente e terceiro relativamente às partes.³⁴

Não concordamos no entanto quando considera que a posição central do processo será sempre relegada para o Ministério Público³⁵ porque o juiz verá o seu «(...) *papel de decisor imparcial supra-partes completamente desvirtuado*»³⁶.

Mais uma vez somos da opinião que garantindo (como sabiamente advertiu GERMANO SILVA na sua primeira intervenção pública sobre o tema, que o papel do juiz deverá passar sempre por ser o de *fiscalizador* do acordo)³⁷, ficando-lhe portanto vedada a

³⁴ “Neste enquadramento geral, é evidente que a justiça negociada não pode ocupar um lugar central no processo penal. O contrário seria desvirtuar, em suma, a natureza indeclinavelmente *pública* do direito penal. E seria infringir ao “processo equitativo” algumas lesões tão profundas que o atingiram no seu cerne, de que faz parte, como figura central, o juiz independente e terceiro relativamente às partes.” MAIA COSTA, Eduardo op. cit., p.94.

³⁵ Independentemente de o juiz assumir um papel ativo ou de mero homologador.

³⁶ *Idem*.

possibilidade de intervir quanto ao conteúdo e de ter a iniciativa para o mesmo, percebendo ainda que enquanto fiscalizador do acordo o juiz terá a faculdade de o reprovar se lhe aprouverem dúvidas relativas à validade ou veracidade da confissão, ou até se simplesmente considerar que a restrição da moldura penal não é adequada ao cumprimento dos fins da pena; e ainda considerando que a concreta medida da pena será sempre decidida pelo juiz ainda que restringida por um acordo que avalizou *a priori*, não percebemos como pode existir mácula da sua imparcialidade enquanto entidade que se coloca de forma “terceira” em relação aos intervenientes no acordo. É que assumindo o a veste de fiscalizador do acordo o juiz garante a sua imparcialidade por não se envolver de forma ativa nas negociações.

Em relação ao argumento de que o juiz perderia os seus poderes, relegando-os para o MP e deixando portanto de ser figura central do processo: consideramos que o Ministério Público poderia sim sair com os seus poderes reforçados caso admitíssemos que seriam admissíveis no ordenamento jurídico português a celebração de acordos sobre a sentença em momento anterior à fixação da acusação, permitindo hipoteticamente que o MP manipulasse o conteúdo da acusação ao estilo da *charge-bairgaining* americana — situação que resultaria numa ilegalidade e inconstitucionalidade flagrante.

Garantindo que o que se encontra em discussão é apenas a moldura penal resultante dos factos constantes da acusação, não olvidando que em Portugal o Ministério Público tem como dever constitucional a prossecução da justiça e da verdade material, e ainda considerando que as negociações entre MP e arguido são encetadas em relação aos limites à pena dos crimes do qual o arguido vem acusado, (limites estes posteriormente sujeitos ao controlo do juiz, que como mencionado supra terá sempre o poder de determinar a pena concreta) não vemos mais uma vez em que medida pode o Ministério Público sair reforçado nos seus poderes.

Poderão no entanto responder-me que o MP pode realizar pressão para que o arguido confesse os factos dos quais vem acusado, afirmando ou sugerindo em sede de

negociações, que caso não o faça e tendo em conta a matéria probatória que dispõe contra o mesmo, este seja sentenciado em maior medida caso recuse a negociação.

Mais uma vez o que existe aqui por parte da crítica é o receio de perversão do sistema, devemos no entanto ter em conta duas coisas muito relevantes:

- i) a regra no processo penal português é a da publicidade do inquérito;
- ii) a atuação do MP é vinculada por critérios de estrita legalidade;

Ficando então afastado qualquer cenário em que o MP possa manipular a informação acerca dos meios de prova para com o arguido, fazendo por exemplo crer que dispõe de provas que na verdade não tem, como forma de pressão para extrair a confissão do arguido. Para além disso, durante o acordo o arguido estará acompanhado pelo seu defensor, será informado das consequências da sua confissão e terá sempre a faculdade de o recusar. Mais se adianta que é precisamente para garantir a validade e veracidade da confissão que o juiz a fiscaliza, servindo como um verdadeiro mecanismo de controlo de qualquer possível perversão do sistema no que a este ponto diz respeito.

Mais uma vez são utilizados pela crítica argumentos que nos parecem incompatíveis. Por um lado, considera-se o acordo nefasto por retirar poderes ao juiz, figura central do processo, empoderando o MP em seu detrimento, porém consideram que num cenário de lógica contratual o arguido sairia sempre prejudicado do acordo enquanto parte contratual mais fraca. Então mas não é aí que tem que entrar o papel do juiz enquanto garante da validade, veracidade e justiça do acordo proposto? Não continua a caber ao juiz a final, a determinação da medida da pena, ainda que restringida por um limite máximo que este mesmo assentiu, olhando para a matéria do caso que tem nas suas mãos? Não pode o juiz simplesmente não aceitar o acordo caso não o considere adequado no caso concreto?

Por outro lado não percebo tamanha desconfiança para com a capacidade do MP para cumprir as suas obrigações legais, desconfiar que o Ministério Público não consegue distinguir o seu dever de ação penal com o seu papel de sujeito processual é desconfiar da idoneidade do órgão. Não quero isto dizer que sejamos ingênuos ao ponto de

consideramos que comportamentos desviantes não possam ocorrer, contudo consideramos que não se pode partir do princípio de que se trata da regra. Tal seria admitir que o sistema implementado não funciona.

Consideramos não existirem portanto razões para um alarmismo generalizado, perceberia a aversão à mudança, caso existissem entre nós os perigos da celebração de acordos relativos ao conteúdo da acusação buscando uma verdade formal, onde poderia hipoteticamente existir o risco de o arguido ser “ameaçado com uma pena severa” em troca da confissão de um crime do qual pode até ser inocente, por um Ministério Público que não estivesse obrigado a prosseguir os fins do processo e que por sua vez pudesse manipular a existência de provas, “jogando” com o arguido... Este é um cenário impossível de acontecer num modelo continental de Direito.

Que o leitor nos perdoe a irreverência e a ousadia na analogia, mas afastar *a priori* toda e qualquer proposta de um modelo de acordo sobre sentença, que pode ser absolutamente benéfico para o processo e para a própria realização do princípio do Estado de Direito, só porque se olha unicamente para algumas perversões de sistema decorrentes de modelos da *common law*, seria como proibir os partidos de direita, porque existiu uma Alemanha nazi.

12. Publicidade do processo e presunção da inocência

É ainda muitas vezes apontada como crítica a falta de transparência do processo e a violação do princípio da Inocência nos casos em que existe recurso à negociação da medida da pena.

Em relação à falta de transparência das negociações consideramos não se poder falar de verdadeiro obscurantismo, por muitas das razões que temos abordado nos pontos acima.

As negociações do acordo serão conduzidas por um Ministério Público vinculado à prossecução da legalidade e dos fins do processo; o arguido estará informado das consequências da aceitação do acordo e estará acompanhado pelo seu defensor; as negociações dirão apenas respeito à medida da pena e não ao conteúdo da acusação e existirá o posterior controlo do juiz, bem como ainda o acordo será publicitado na ata de audiência.

A crítica que diz respeito a uma possível violação do princípio da presunção também não nos faz grande sentido, isto porque mais uma vez, é o arguido que opta por realizar o acordo, afastando assim a possibilidade de disputar a sua absolvição em sede de regime comum. Passa-se precisamente o mesmo nos casos em que o arguido confessa nos termos do regime do artigo 344.º do código de processo penal.

A presunção da Inocência é então um direito de que o arguido dispõe, como exemplo, pode-se dar também o do direito ao silêncio³⁸, que mesmo de forma consciente e informada, o arguido pode optar por afastar e com isso sair prejudicado no resultado do pleito.

³⁸ Que, como sabemos, se encontra intimamente ligado com a não autoincriminação do arguido.

13. O acordo e a prova

Na decisão do Acórdão do STJ contrário à legalidade dos acordos, o Tribunal considerou como prova proibida a celebração de um acordo de sentença.³⁹

Em primeiro lugar caberá lembrar que na linha do Professor GERMANO SILVA consideramos que a interpretação normativa da conjugação dos artigos 344.º do CPP, 72.º e 73.º do CP não é suficiente para sustentar a legalidade dos acordos. Esta foi precisamente uma das conclusões a que chegou o STJ e com a qual concordamos.

Neste plano e por um argumento de maioria da razão, se consideramos que os acordos são ilegais pela falta de regulamentação ordinária, também teríamos que considerar que a sua utilização como meio de obter uma confissão constitui um meio de prova proibido, nos termos explicitados pelo Tribunal.

A contrario sensu, somos da opinião de que quando existir uma regulamentação específica do acordo, este problema não se coloque.

É portanto mais importante neste ponto analisar outros problemas relacionados com a prova:

- i) a denominada “hipervalorização da confissão incriminadora” enquanto meio de prova;
- ii) o problema que coloca o caso em que existe confissão, sem que porém se alcance o acordo sobre a sentença (o valor da confissão num acordo frustrado);

³⁹ Segundo a interpretação do tribunal “(...) a confissão operada no caso vertente tem na sua génese a promessa de uma vantagem que não é legalmente admissível.” Consubstanciando uma prova proibida nos termos dos artigos 126.º, n.º1 e 2, e) do CPP.

13.1. A “hipervalorização da confissão incriminadora”

Causa alguma estranheza por entre parte da Doutrina, que a confissão sirva por si só como prova bastante para a decisão condenatória.

Sabemos que para existir uma decisão condenatória é necessário que exista uma convicção do julgador, acerca da culpabilidade do arguido, que sustente um juízo de *certeza jurídica*⁴⁰ em relação à ocorrência dos factos constantes da acusação ou da pronúncia (prática do crime e identidade do agente).

Para estes autores⁴¹, a assunção da culpabilidade não seria suficiente, ainda que garantida a sua validade e veracidade pelo julgador, para sustentar a condenação, alertando por isso para o perigo de a confissão passar a ser a prova magna do processo, estabelecendo um paralelo com o negro período das provas tarifadas.

Os argumentos são normalmente embasados no sistema da Plea Bairgan, ainda que por vezes, como no caso de GIACOMOLLI e GOMES DE VASCONCELLOS⁴², não exista qualquer distinção entre os diferentes modelos e institutos de justiça negocial.

Para justificar o repúdio pelo valor probatório atribuído à confissão, é sempre colocado em causa um possível cenário de repressão e coerção do sistema⁴³, que traria como resultado a dúvida sobre a validade e veracidade da confissão.

⁴¹ Neste sentido, entre outros, ALBERGARIA, Pedro Soares de., SCHUNEMANN, Bernd., RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás., GIACOMOLLI, Nereu José., GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius.

⁴² Nicolás., GIACOMOLLI, Nereu José., GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. “**Justiça Criminal Negocial: Crítica à fragilização da Jurisdição Penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**”, Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol.20- N.3, 2015, págs. 1126 e ss.

⁴³ “ (...) aquela negociação e aquele acordo são as mais das vezes impostos ao arguido com recurso a formas de pressão e através da erosão de direitos e garantias processuais (...).”; “Efectivamente, a hipervalorização da confissão que se extrai da esmagadora prevalência de pleas of guilty ocorre porque o sistema está desenhado para ser coercivo e, porque o é, dá em que o arguido sejam subtraídas, por renúncia, as garantias

Quanto a isto cabe-nos dizer que a convicção para a condenação, tanto em processo comum como em acordo sobre sentença, cabe ao julgador. Se o ato confessório, onde o arguido assume a sua responsabilidade total ou parcial em relação ao conteúdo da acusação, dando por sua vez resposta às duas principais perguntas que compõe o juízo para uma condenação (a prática do crime e a identidade do agente) não servir para o juiz formar a sua convicção quanto à culpabilidade do arguido, é porque nesse caso concreto, o juiz coloca em causa a validade ou veracidade da mesma, cabendo-lhe utilizar dos seus poderes investigatórios para garantir que a confissão é verdadeira, se existir coerção do sistema, é porque o juiz foi incompetente, e para a falta de objetividade do julgador existe sempre o recurso enquanto mecanismo de controlo de perversões do sistema.

Mais uma vez se reafirma, o papel crucial para que o sistema funcione continua a ser o do juiz, é este órgão soberano que tem que garantir que o arguido aceitou aquele acordo de forma livre e esclarecida, sabendo das possíveis consequências penais que a sua confissão acarreta.

Enquanto verdadeiro sujeito processual e portanto, senhor do seu próprio destino no processo, não se pode deixar de reconhecer ao arguido a faculdade de auto-responsabilização recorrendo para tal à confissão. Imprescindível será para tal que o faça de forma livre e esclarecida.⁴⁴

SCHUNEMANN refere que «*La presunción de inocencia recogida por la Convención de Derechos Humanos también se lesiona por toda iniciativa del Juez dirigida a obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral, así como por cualquier decisión condenatoria tomada sobre la base de una magra confesión contenida en el acta.*»⁴⁵

Pontos importantes a retirar a presente citação:

e direitos processuais que estão preordenados a assegurar um processo justo”. ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A** *op., cit.* pág. 116.

⁴⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. “**Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**”, Coimbra, Editora, 1992, p. 121 e s.: “O que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade. Na liberdade de declaração espelha-se, assim, o estatuto do arguido como autêntico sujeito processual”.

⁴⁵ SCHUNEMANN, Bernd. **¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha Triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)** Trad. Silvana Bacigalupo., “Jornadas sobre la reforma del derecho penal en alemania”, Publicado en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1991, pág. 115.

- i) SCHUNEMANN refere-se em concreto ao caso alemão, onde o modelo de processo é inquisitório e o juiz participa de forma ativa no acordo podendo inclusive ter a sua iniciativa, situação da qual discordamos para um instituto a adotar para Portugal, neste plano, hipoteticamente seria sim mais fácil que o arguido se sentisse pressionado para confessar dada a sugestão vir do juiz;
- ii) Mais uma vez se reforça o papel do juiz na garantia de que o sistema funciona sem perversões.

Percebemos que a perda de critério por parte do juiz consubstanciaria algo de perigoso, tendo em conta o valor probatório atribuído à confissão, a inobservância do juiz quanto à sua validade e admissibilidade poderia resultar num cenário em que validaria os acordos recorrendo a um procedimento leviano, lembrando a mera assinatura de um despacho administrativo, critica que alguns autores apontam principalmente ao sistema norte-americano pela esmagadora de casos resolvidos com base na *plea bargain*, mas também ao modelo alemão, ainda que por vezes de forma implícita, como quando sugerem que o juiz aplica de forma quase que automática, na maioria dos casos, o limite mínimo decorrente do acordo.

13.2 O valor da confissão num acordo frustrado

Este ponto versa sobre aquele que foi, provavelmente, o obstáculo mais complicado com que se deparámos e que em muito contribuiu para que nos desviássemos da proposta de FIGUEIREDO DIAS e enveredássemos por outro caminho.

Basicamente, referimo-nos aos casos em que o arguido confessa o crime durante o período de negociações, porém não se alcança o acordo entre os participantes. Neste caso, qual será o valor probatório da confissão?

Em relação ao aproveitamento da confissão enquanto meio objetivo de prova, não restam grandes dúvidas, seria como é óbvio, um meio de prova proibido⁴⁶, tal como qualquer meio probatório que decorresse do ato confessorio (teoria dos frutos da árvore envenenada⁴⁷), ainda que aqui a solução não seja tão linear — FIGUEIREDO DIAS revela relutância em considerar que «(...) *provas como v.g., documentos ou testemunhos não possam ser validamente produzidas e validadas*;».⁴⁸

O caso complica-se quando se trata do elemento subjetivo, que não se pode controlar. Pode a convicção do juiz ficar contaminada pelos elementos constantes desta confissão, ainda que não possa julgar atribuindo-lhe um valor objetivo para a decisão de condenação?

Quer-nos parecer que sim. Consideramos inclusive que num plano de direito a constituir, em que tal como na proposta de FIGUEIREDO DIAS seja responsável pelo acordo o juiz de julgamento, deva surgir na lei um novo impedimento legal, como forma de cautela para estes casos.

⁴⁶ Solução prevista no ordenamento jurídico alemão, cf. § 257c (4) da StPO.

⁴⁷ Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em proceso penal**, 1ª reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (1ª ed., 1992).

⁴⁸ Cf. FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p.78; e ainda MESQUITA, Paulo Dá, “**A Prova do Crime e o Que se Disse Antes do Julgamento: Estudo Sobre a Prova no Processo Penal Português à Luz do Sistema Norte-Americano**”, Coimbra Editora, 2011 MENDES, Paulo de Sousa “**As proibições de prova no processo penal**”, in: AA.VV., Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais (org.: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut e coord. científica de Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154. MORÃO, Helena “**O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português**”, in RPCC 16 (2006), pp. 575-620.

14. A desnecessidade da solução

Este é talvez o argumento mais forte e dos menos explorados por parte da crítica em geral — o da própria desnecessidade do acordo, em relação às soluções que já constam atualmente no código.

MAIA COSTA explora este argumento quando chama à colação a natureza dualista do código, terminando inclusive a sua monografia da seguinte forma: «*Mais do que optar pela justiça negociada, que é apostar no escuro, nada garantindo o seu sucesso, importa aproveitar a prata da casa, tão desprezada.*»

Não podemos deixar de lhe conferir uma certa razão. Um modelo de justiça negociada como o que se propõe tem que ser sobejamente bem idealizado e estruturado para que se diminua dentro da medida do possível o risco de perversões.

Os argumentos em si também têm alguma lógica, desde logo o facto de se destinarem ao mesmo tipo de criminalidade (pequena e média) que as soluções de diversão processual já existentes no código. Haverá então espaço, ou sequer necessidade para os acordos? Será que vale a pena a provação numa lógica de custo-benefício? São estas as questões que se devem colocar.

A verdade é que não existe uma resposta modelo. Somos da opinião que existe espaço para os acordos de sentença, sem que ocorra uma verdadeira sobreposição de institutos, é que apesar de serem destinados aos casos de criminalidade “modesta”, aplicam-se a casos diferentes, irei explicar: o arguido que aceita o acordo assume a sua culpabilidade, algo que só acontece no caso do processo sumaríssimo, porém, no caso deste último, o que acontece não é verdadeiramente uma negociação com o arguido, mas sim uma sujeição do mesmo a um consenso, sob a forma positiva de uma aceitação.⁴⁹ O acordo

⁴⁹ TULKENS, Françoise / VAN DE KERCHOVE, Michel “**La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?**”, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996, n.º5, p.447 e ss., *apud* BRANDÃO, Nuno, *op.*, *cit.* 163.

revela-se portanto de maior interesse para o arguido, para não falar que mais democrático e civilizado.

É também por esta razão, por considerarmos o acordo de sentença mais vantajoso, principalmente para o arguido, (ainda que bem mais delicado do ponto de vista constitucional, e por isso exista a necessidade de uma intervenção legislativa muito bem conseguida), que tomámos como modelo base para início da nossa análise a proposta do professor FIGUEIREDO DIAS em detrimento da igualmente excelente tese de PEDRO ALBERGARIA, PEDRO LIMA E MOREIRA DAS NEVES, que, inspirada no sistema Italiano do *patteggiamento*, preconiza uma alteração no modelo do processo sumaríssimo.⁵⁰

Dado o campo de incerteza em que se movemos, mais não nos apraz dizer quanto a este assunto, para além de que não temos qualquer dúvida, que um modelo de acordos sobre sentença pensado com viabilidade constitucional de forma a conseguir dar cumprimento às garantias fundamentais do processo, trará vantagens dentro de um campo democrático, ainda por explorar. Concordamos plenamente com BRANDÃO na síntese que faz deste núcleo de garantias e por isso transcrevemo-lo: «(...) *garantia de um Ministério Público regido por critérios de estrita objetividade, isenção e neutralidade; a garantia de que o arguido possa participar de corpo inteiro nas conversações destinadas à formação do acordo e que possa manifestar a sua vontade de forma plenamente livre e informada; a garantia da assistência do arguido por defensor; o princípio da indisponibilidade do objeto do processo; a transparência e a publicidade de todo o procedimento; e os princípios da culpa e da presunção da inocência.*»⁵¹

Não vemos portanto qual o problema de adicionar mais uma solução, inovadora e diferente no seu âmago àquelas já existentes, se concebida de forma a respeitar toda e qualquer garantia fundamental.⁵²

⁵⁰ Cf. ALBERGARIA, Pedro Soares de / LIMA, Pedro Mendes / MOREIRA DAS NEVES, José Francisco, “**Uma proposta de Justiça Negociada**”, Revista do CEJ, n.º15, 2011, p.109 e ss;

⁵¹ BRANDÃO, Nuno. *op., cit.* pág. 165. Cf. ainda FIGUEIREDO DIAS, *op., cit.* pág. 43 e ss.

⁵² Nesta linha de entendimento pronunciou-se o Tribunal Constitucional Federal Alemão, relativamente ao regime dos acordos constante do § 257 c da StPO, Ac. do BVerfG de 19/03/2013, in: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html, consultado a 26/07/2018, pág. 64 e ss.

15. Congruência com a estrutura acusatória do processo

A dúvida que se coloca neste ponto é deveras pertinente e tem que ver sobretudo com o facto de o nosso processo não ser conformado com base num modelo acusatório puro como o que acontece no direito de tradição anglo-americana, o que pode servir inclusive como uma vantagem para a instalação de um instituto de justiça negociada que cumpra as garantias fundamentais.⁵³

- i) O nosso Ministério Público não atua como parte adversária no processo, mas sim como um elemento subordinado ao princípio da legalidade, pelo que lhe cabe a promoção processual que por sua vez implica a indisponibilidade do objeto do processo e a imutabilidade da acusação;
- ii) O tribunal deve orientar-se pelo princípio da investigação;
- iii) Conceção do arguido enquanto verdadeiro sujeito processual, com o direito fundamental a uma participação constitutiva, onde se compreende uma faculdade de auto-incriminação através da confissão;

O autor brasileiro AURY LOPES JR. tece duras críticas aos modelos de justiça negociada, considerando que existe um desfiguramento do modelo contraditório com a adoção de um modelo de justiça negocial, pelo facto de se relegar para segundo plano o contraditório (enquanto próprio pleito), utilizando como argumento o facto da quase totalidade dos processos nos E.U.A não chegar a julgamento.⁵⁴ Consideramos esta visão do princípio do contraditório extremamente redutora.

Este princípio deve ser observado numa análise sistemática enquanto conformador do sistema, não podendo ser reconduzido apenas à audiência de julgamento, este princípio

⁵³ BRANDÃO, Nuno. *op., cit.* pág. 166.

⁵⁴ LOPES JR, Aury. “A instrumentalidade garantista do processo penal” Revista de Direito Internacional, Brazilian Journal of International Law, volume 13, n.º1, 2016; pág. 13.

tem sido sim interpretado enquanto uma exigência de equidade⁵⁵ transversal em todos os momentos do processo. Neste caso concreto, em que o arguido é “senhor do seu destino” escolhendo realizar o acordo, estão cumpridas as exigências de contraditório. Deixamos aqui uma transcrição de um acórdão da Relação de Évora que consideramos pertinente: *«O contraditório não é o cumprimento de uma mera formalidade para acautelar a regularidade processual, mas a garantia de que a todo o sujeito afectado por uma decisão é dada a possibilidade de ser previamente ouvido e de, assim, trazer ao processo elementos necessários a essa decisão, contribuindo activamente para que o tribunal possa decidir bem.»*⁵⁶

Consideramos portanto, ainda beneficiar do contraditório o arguido que fazendo uso da sua faculdade de autodeterminação processual, escolhe aceitar um acordo em detrimento da produção da prova na audiência de julgamento. Principalmente se considerarmos o seu papel ativo nas negociações do acordo, é que como já foi referido e diferentemente do que sucede nos outros meios de diversão processual, no caso do acordo sobre sentença existe uma verdadeira faculdade de negociação por parte do arguido e não uma mera faculdade de recusa ou de adesão às condições que lhe são impostas, numa lógica de *tudo ou nada*.

⁵⁵ “IV- (...) no sentido em que ao acusado deve ser proporcionada a possibilidade de expor a sua posição e de apresentar e produzir as provas em condições que lhe não coloquem dificuldades ou desvantagens em relação à acusação; V - O princípio tem, assim, uma vocação instrumental da realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas: numa perspectiva processual, significa que não pode ser tomada qualquer decisão que afecte o arguido sem que lhe seja dada a oportunidade para se pronunciar; no plano da igualdade de armas na administração das provas, significa que qualquer um dos sujeitos processuais interessados, nomeadamente o arguido, deve ter a possibilidade de convocar e interrogar as testemunhas nas mesmas condições que os outros sujeitos processuais (a “parte” adversa).” Ac. do STJ, de 16/01/2008 in www.dgsi.pt (Proc. n.º 07P4565), consultado a 4/08/2018.

⁵⁶ Ac. da RE, de 20/11/2012 in www.dgsi.pt (Proc. n.º288/94.4TBBJA-C.E1).

16. Vantagens do acordo

É comum referir que a única vantagem que se retiraria dos acordos sobre sentença seria a celeridade, menorizando assim o significado deste conceito. É que a celeridade de que se fala não pode ser restringida à simples aceleração da marcha processual numa lógica funcional, ligada à redução de despesas.

Desde logo e na linha do Professor FIGUEIREDO DIAS, é o próprio cumprimento do princípio do Estado de Direito, e da efetivação da Justiça penal⁵⁷ que está em causa, não podendo esta última ser plenamente alcançada por um sistema que não consegue dar resposta à demanda em tempo **útil**.

É nos dito inclusive por MAIA COSTA, que os ganhos em termos de celeridade processual nem seriam assim tão relevantes, pelo facto de na proposta do professor FIGUEIREDO DIAS não se preterir da audiência de julgamento, mas sim do momento processual da produção de prova na audiência, o que segundo o juiz significaria que «(...) *as economias processuais não seriam muitas*».

Cabe-nos dizer a este respeito que a produção de prova em audiência pode bem arrastar-se durante anos, e ainda que é a parte mais delicada e vexatória do julgamento.

O atraso na Justiça não é favorável para nenhum sujeito processual. O arguido vê a sua pena “acrescida” pela própria morosidade do sistema, na medida em que levará mais tempo a prestar contas à sociedade pelos seus atos. Principalmente a sua pena será mais dura do ponto de vista psicológico, superando muitas vezes a proporcionalidade que se pretende obter entre o crime e a pena, o arguido só ficará em paz e plenamente ressocializado quando resolver os seus “problemas com a Justiça”, porquê negar-lhe a possibilidade de reconhecer perante a comunidade os seus erros, em troca de uma solução benéfica a todos os sujeitos? É que mais repressão nunca foi o caminho, pelo contrário, e o direito penal, ao longo da História tem-nos ensinado isso.

⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, *op., cit.* pág. 28.

Também a vítima veria com bons olhos a obtenção de Justiça em tempo célere, podendo, igualmente retomar a sua vida quotidiana, alheia da extenuante pressão que envolve o processo penal.

A maioria dos autores tende a olhar apenas para os benefícios dos acordos apenas numa lógica monetária estritamente económica, de poupança de custos para o Estado e de menor volume de trabalhos para os juízes. Nós consideramos precisamente o contrário, é que o atraso na obtenção de Justiça não interfere em nada na vida do Juiz, que contará sempre e de igual forma com o seu vencimento no final do mês, é sim a “raia miúda” que despende custos e perde anos de vida ao sabor da dilação da Justiça. Se como extra conseguirmos diminuir a carga de trabalho sobre os juízes e advogados e ainda poupar receitas ao Estado, porque não o fazer?

Se procuradores, advogados e juízes poderem reunir esforços dentro de um quadro de absoluta lealdade, olhando em uníssonos para o fim comum (o favorecimento do processo), teremos uma justiça mais democratizada e evoluída, onde se podem finalmente resolver os processos intermináveis de que dispomos atualmente.

17. Do Direito a Constituir

Da reflexão levada por nós a cabo, iremos deixar a solução que nos pareceu ser aquela que melhor se integraria no sistema atual, sem gerar grandes tumultos, e principalmente, evitando alguns dos possíveis problemas que são comumente levantados.

Basicamente propomos a instauração de um instituto de acordos de sentença que se processe em moldes semelhantes ao que ocorre hoje com a suspensão provisória do processo.⁵⁸

A fiscalização e homologação ficaria ao encargo do JIC⁵⁹, o que traria como vantagens um maior reforço na celeridade processual, por se prescindir a própria audiência de julgamento e não apenas a produção da prova.

Encontraríamos assim solução para o problema probatório dos casos em que existe confissão porém o acordo não se alcança, pois teríamos outro juiz que não o de julgamento a aferir da validade da confissão, portanto, caso o arguido confessasse e o acordo não prosseguisse, manter-se-ia intacta a imparcialidade do juiz responsável pela condenação do arguido. Parece-nos a nós que o debate instrutório deveria substituir o papel da audiência de julgamento como palco da prolação do acordo, por ser o ato mais democratizado do processo, com exceção da audiência.

Concordamos ainda com NUNO BRANDÃO, quando preconiza que a abordagem ao instituto deverá ser gradual⁶⁰ e não deverá portanto, *ab initio*, abranger penas privativas da liberdade, como se de um período de *vacatio legis* se tratasse, para que se possa deste modo conferir um período de adaptação da ordem jurídica sem a pressão sempre acrescida de determinar uma pena de prisão da liberdade com base num instituto desconhecido pela praxis.

⁵⁸ Acerca do instituto cf. MARQUES DA SILVA, Germano “**Direito Processual Penal Português, do procedimento (marcha do processo), vol.3.**”, Univ. Católica Editora, págs. 108 e ss.

⁵⁹ Recordamos que no modelo alemão e na proposta de FIGUEIREDO DIAS esta competência pertence ao juiz de julgamento.

⁶⁰ NUNO BRANDÃO, op., cit. pág. 161.

Proposta de intervenção legislativa

Artigo 1º - Definições legais

(...)

n) “Acordo de sentença” entende-se por acordo de sentença a transação legal realizada entre arguido e Ministério Público na fase de instrução, controlada e homologada pelo juiz.

Artigo # — Acordo de sentença

1. É admissível o acordo de sentença se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão.
2. O acordo sobre sentença tem como requisito imprescindível a confissão do arguido, nos termos do artigo 344º.
3. Deverá resultar como contrapartida da confissão a fixação de um limite máximo da pena, inferior àquele previsto para o tipo penal, ou a aplicação de uma pena de substituição nos casos em que a lei o permita.
4. A validade e veracidade da confissão está sujeita ao controlo do juiz de instrução.
5. O juiz rejeita o acordo nos casos de confissão ilegal, ou ainda quando considere que o limite acordado não se adegue ao grau de culpabilidade do arguido.
6. Cabe ao juiz de instrução proferir sentença homologatória do acordo determinando a pena concreta aplicável ao arguido atendendo para tal ao limite fixado no acordo.

Artigo 286º — Finalidade e âmbito da instrução

(...)

1. A instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento, bem como a apreciação dos acordos de sentença.

Conclusão

Concluo indagando acerca do que é ser conclusivo. Será esta apenas uma maneira formal de colocar termo à dissertação, terei pelo contrário que concluir por defender algo, apresentar um substrato material que é o produto da reflexão levada a cabo? Se for esse o caso, então concluo sem concluir. Porém, sinto-me com a capacidade de poder inferir.

Do alto da minha “pequenez jurídica” ter a mesma palavra que os grandes mestres para poder opinar acerca do que me apraz é Democracia. Consenso é Democracia. Não existe Democracia sem Estado de Direito, não existe Estado de Direito sem Justiça e por sua vez não existe Justiça sem uma resposta atempada. Não é um problema puramente económico, não é um mero problema de custos estaduais, o tempo vale mais que o dinheiro, já que nos estabelece a moldura penal da vida, o dinheiro vem em segundo plano enquanto criação do Homem.

O mais importante é portanto o homem enquanto fim em si mesmo, o Estado vem em segundo plano. Se conseguirmos acautelar ambos os interesses teremos uma solução para o nosso problema. Tentámos dar o nosso modesto contributo.

Ps. Que me perdoe o leitor que considere a intervenção demasiado expedita, é que achámos que faria *jus* ao próprio tema uma análise que se resumisse ao seu reduto essencial, perdendo pouco tempo com apêndices, que por muito que componham a obra mais não são do que a repetição dos ensinamentos dos grandes mestres. É que ouvi dizer um dia, de forma eloquente mas certa, que «para conhecer a lei, basta saber ler»; e ainda que «aquilo que falta aos juristas é a criatividade!»

Bibliografia

§ ALBERGARIA, Pedro Soares de, “**Plea Bargaining – Aproximação À Justiça Negociada nos E.U.A**”, Coimbra: Almedina, 2007.

§ BRANDÃO, Nuno, “**Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução**”, revista JULGAR-n.º25, Coimbra Editora, 2015.

§ COSTA ANDRADE, Manuel da:

§ “**Consenso e Oportunidade**”, in Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal, CEJ, Almedina, Coimbra, 1995;

§ “**Sobre as proibições de prova em processo penal**”, Coimbra Editora, 2006.

§ COSTA, José de Faria. “**O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Econômico**”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.34, p. 9-10, abr./jun. 2001.

§ CAEIRO, Pedro, “**Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema**”, RMP, n.º 84, Lisboa, 2000.

§ DÁ MESQUITA, Paulo Dá, “**A Prova do Crime e o Que se Disse Antes do Julgamento: Estudo Sobre a Prova no Processo Penal Português à Luz do Sistema Norte-Americano**”, Coimbra Editora, 2011

§ DIAS, Jorge de Figueiredo, “**Acordos sobre a sentença em processo penal – O “Fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio?”**”, Conselho Distrital do Porto, Coleção Virar de Página, 2011;

§ GIACOMOLLI, Nereu José., GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. “**Justiça Criminal Negocial: Crítica à fragilização da Jurisdição Penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**”, Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol.20- N.3, 2015, págs. 1126 e ss.

§ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. “**Justiça Criminal Negocial: Crítica à fragilização da Jurisdição Penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**”, Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol.20- N.3, 2015, págs. 1126 e ss.

§ MARQUES DA SILVA, Germano:

§ “**Direito Processual Português, Noções Gerais, Sujeitos Processuais e Objeto**”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2013.

§ “**Direito Processual Português, do Procedimento (Marcha do Processo)**, vol.3., Universidade Católica Editora, Lisboa 2015.

§ LOPES JR, Aury. “**A instrumentalidade garantista do processo penal**” Revista de Direito Internacional, Brazilian Journal of International Law, volume 13, n.º1, 2016

§ MENDES, Paulo de Sousa “**As proibições de prova no processo penal**”, in: AA.VV., Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais (org.: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut e coord. científica de Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina.

§ PALERMO, Pablo Galain. **Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal**, 2.º Congresso de Investigação Criminal, Organização Científica., Coimbra, Almedina, 2010, pág. 637.

§ RODRIGUES, Anabela Miranda, “**Os processos sumário e sumaríssimo ou a Celeridade e o Consenso no Código de Processo Penal**”, RPCC, Ano 6 (1996), Fasc. 4.

§ SCHUNEMANN, Bernd, “**Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?**” Trad. Silvana Bacigalupo, in Espanha. Consejo General del poder judicial. Jornadas sobre la “reforma del derecho penal en alemania”, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1991.