

tério público como o tribunal acham o conteúdo do acordo adequado à obtenção das finalidades penais e se vinculam a aceitar uma pena que virá a ser estabelecida dentro de uma moldura que é coerente com os critérios que norteiam a determinação da sanção e que permitirá a realização da justiça, porque se afirma que no acordo se promete uma vantagem que é inadmissível? A ideia com que se fica é a de que no Acórdão se chega a uma conclusão (a de que a promessa de vantagem é enganosa porque inadmissível) com base numa promessa que permanece indemonstrada — e que é, precisamente, a da inadmissibilidade do acordo sobre a sentença. Ou seja: diz-se que a prova é nula porque a confissão foi obtida de forma enganosa com base numa promessa inadmissível, mas porque é inadmissível essa promessa se os acordos sobre a sentença forem válidos, ficando o tribunal também por eles vinculado? Eis o que se não logrou mostrar.

Por estas razões assim sucintamente expostas, não se julga que através desta decisão se possa ter definitivamente afastado a possibilidade dos acordos sobre a sentença. Apesar da posterior Directiva n.º 2/2014 da Procuradoria-Geral da República — nos termos da qual “na ausência de solução legal inequívoca e considerando as divergências assinaladas” se determina que “os Senhores Magistrados e Agentes do Ministério Público se abstenham de promover ou aceitar a celebração de acordos sobre sentenças penais” — crê-se que é necessária uma reavaliação do tema. E crê-se que assim é porque se julga que a cooperação entre os sujeitos processuais inerente aos acordos sobre a sentença pode contribuir para uma solução mais conforme com o *princípio liberal* (porque favorecedora das limitações ao encarceramento) e mais conforme com o *princípio democrático* (porque mais construída através do diálogo). Sem que se vislumbrem prejuízos insuperáveis para a realização da justiça, desde que se tenham sempre no horizonte os pressupostos da verdadeira comunicação: a transparência e a lealdade.

ACORDOS SOBRE A SENTENÇA PENAL: PROBLEMAS E VIAS DE SOLUÇÃO ¹

NUNO BRANDÃO

Sumário: Pondera-se se serão constitucionalmente admissíveis práticas processuais penais negociadas dirigidas à obtenção de acordos para simplificação e encurtamento da marcha processual, mediante antecipação do sentido da sentença. Uma vez enunciados os termos em que tais soluções poderão ser aceites no ordenamento português, na linha do modelo alemão dos acordos sobre a sentença, preconiza-se uma abordagem gradual, que comece por uma sua introdução legal limitada a casos em que seja acordada a aplicação de pena não privativa da liberdade.

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

1. A criação jurisprudencial ou legal de espaços de interação com vista à definição consensual do sentido da sentença penal tem sido objecto de acceso debate na experiência processual penal portuguesa mais recente. Como é por todos sabido, os tiros de partida para esta discussão foram dados, há uns 3 anos, por Figueiredo Dias ² e por um grupo de juizes dos Açores composto por Francisco Moreira das Neves, Pedro Soares de Albergaria e Rui Pedro Lima ³. As propostas por eles trazidas a terreiro acompanham uma tendência bem marcada — e ao que parece, irreversível — da justiça penal de largas dezenas de países ⁴ e de tribunais penais internacionais ⁵, naquilo

¹ O presente artigo corresponde a uma versão desenvolvida da comunicação apresentada nas III Jornadas Açorianas de Direito, dedicadas ao tema da “Criação Judicial de Direito no Limiar do Séc. XXI”, em Outubro de 2014.

² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, Porto, C. D. do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

³ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA / PEDRO MENDES LIMA / JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, “Uma proposta de Justiça Negociada”, *Revista do CEJ*, n.º 15, 2011, p. 109 e ss.; estudo depois reproduzido em João Latalas (coord.), *Mudar a Justiça Penal. Linhas da Reforma do Processo Penal Português*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 69 e ss.

⁴ Para um recentíssimo ponto de situação na Europa continental, cf. o Ac. do TEDH de 29-04-2014, no caso *Naisivshvili e Togonidze c. Geórgia*, <http://www.echr.coe.int/>, 62. e ss.; e no plano mundial, STEPHEN C. THAMAN, “Introduction”, in: Thaman (org.), *World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, p. xvii e ss.

⁵ Referências em ALBERGARIA / LIMA / MOREIRA DAS NEVES, “Uma proposta de Justiça Negociada”, nota 4.

que se tornou já um lugar comum apelidar como o triunfo da *plea bargaining*⁶ norte-americana.⁷ Parece, não obstante, descabido qualificar este fenómeno de expansão das práticas penais negociadas nela inspiradas como uma americanização dos processos penais de tradição romano-germânica.⁸ De todo o modo, a sua indiscutível filiação americana tem sido suficiente para insilar em muitos um sentimento de desconfiância e até de aversão ao seu acolhimento nos sistemas processuais penais europeus.⁹

Fará sentido acompanhar este movimento internacional de abertura à chamada justiça negociada ou, pelo contrário, deverá o processo penal português continuar a manter-se à margem dele? É esta a questão que tem estado no centro do nosso debate e para a qual nos parece temerário procurar oferecer respostas terminantes, tãmanhas e razoáveis são as dúvidas com que tropeçamos a cada passo da discussão. Dúvidas acentuadas pelos sinais preocupantes que a *praxis* judiciária dos acordos sobre a sentença vem revelando um pouco por todo o lado. Por ela se percebe uma apatência dos profissionais do foro para adoptarem procedimentos que maximizem as chances de obtenção de uma solução processual consensualizada, ainda que, não raro, à margem ou até em ofensa da lei instituída e com atropelo de direitos e garantias fundamentais dos arguidos.¹⁰ Tudo o que aconselha prudência redobrada na institucionalização de mecanismos processuais de consenso determinantes de uma condenação do arguido.

É certo que, com o Código de Processo Penal de 1987, o nosso sistema processual acolheu um leque generoso de soluções de consenso.¹¹ Uma delas, a do processo sumaríssimo, podendo conduzir a uma condenação sem julgamento, mediante acordo do arguido. Tendo visto o seu regime progressivamente reconformado pelo legislador com vista a favorecer a sua aplicação

⁶ Para uma exaustiva análise do instituto da *plea bargaining* e sua génese, GEORGE FISHER, "Plea Bargaining's Triumph", *Yale Law Journal*, vol. 109, 1999-2000, p. 857 e ss., e PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.*, Alameda, Coimbra, 2007.

⁷ FRANÇOISE TULKENS, "Una giustizia negoziata?", in: Mireille Delmas-Marty / Mario Chiavarino (orgs.), *Procedura Penale D'Europa*, 2.^a ed., Padova, Cedam, 2001, p. 641.

⁸ MAXIMO LANGER, "From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n.º 1, 2004, p. 7 e passim.

⁹ Cf., entre outros, ANDREAS RANSIEK, "Zur Urteilssprache im Strafprozess: ein amerikanischer Fall", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 3/2008, p. 116 e ss.; CLAUD ROXIN / BERND SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 28.^a ed., München, C. H. Beck, 2014, § 15/6 e s., e EDUARDO MAIA COSTA, "Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo", *Julgare*, n.º 19, 2013, p. 88 e s.

¹⁰ Cf. o Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 19-03-2013, BVerfG 2 BvR 2628/10, 48. e s., in: http://www.bverfgo.de/entscheidungen/ts20130319_2bvr262810.html (doravante, Ac. do BVerfG de 19-03-2013), e o citado Ac. do TEDH de 29-04-2014, 58. e ss.

¹¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)", in: Centro de Estudos Judiciários (org.), *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Alameda, 1988, p. 319 e ss., e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal", *RPCC*, 4/1996, p. 525 e ss.

na prática processual¹², com o correr dos anos o processo sumaríssimo deixou de ser uma figura praticamente desconhecida¹³ e ganhou expressão efectiva, na vida do nosso processo penal. Mas, segundo se pensa, está ele ainda longe de possuir o relevo que tem virtualidade para deter.¹⁴ E o que é mais, a sua concreta configuração faz dele não propriamente um modelo daquilo que se apelida de justiça negociada, mas antes uma manifestação de um tipo de justiça consensual¹⁵, onde ao arguido não cabe mais do que dar ou não a sua concordância a uma proposta condenatória já fechada e que lhe é apresentada sob a forma de "pegar ou largar"¹⁶.

Quando hoje se preconiza a integração no sistema processual penal de modelos que incorporem conversações entre os sujeitos processuais dirigidas à obtenção de um acordo sobre o conteúdo da sentença, isto é, penetrados por uma lógica do tipo negocial, está-se claramente a pretender dotar o processo de estruturas de interacção bem mais estreitas e dinâmicas do que as supostas pelo processo sumaríssimo ou pelos seus congéneres estrangeiros.¹⁷ Mas também por isso bem mais problemáticas quanto à sua admissibilidade e — mesmo que beneficiando de uma aceitação de princípio — quanto à definição do conteúdo que devem assumir para que possam ser compatíveis com os princípios constitucionais estruturantes do nosso processo penal. Nesta

¹² SÓNIA FIDALGO, "O processo sumaríssimo na revisão do Código de Processo Penal", *Revista do CEJ, n.º 9 (especial): Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal*, 2008, p. 297 e ss., e PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, "Os processos especiais na revisão de 2007 do Código de Processo Penal", *RPCC*, 4/2008, pp. 466 e s. e 487 e ss.

¹³ Em 1996, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Os processos sumário e sumaríssimo...", p. 538, fazia referência a uma "tendência actual de aplicação praticamente nula, entre nós, do processo sumaríssimo".

¹⁴ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, "Os processos especiais...", p. 489, e MAIA COSTA, "Justiça negociada", p. 91 e ss.

¹⁵ Seguimos aqui a contraposição proposta por FRANÇOISE TULKENS / MICHEL VAN DE KERCHOVE, "La justice pénale: justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996, n.º 5, p. 447 e ss., segundo a qual a *justiça consensual* corresponde a um modelo que concede um espaço mais ou menos relevante ao consentimento dos interessados, seja sob a forma positiva de uma aceitação ou sob a forma negativa de uma abstenção de recusa, ao passo que a *justiça negociada* constitui um modelo que reconhece aos envolvidos um poder de discussão do pleito que é susceptível, mediante concessões recíprocas, de influenciar, ao menos parcialmente, o conteúdo das propostas em jogo e de assim conduzir a um verdadeiro acordo negociado. Uma contraposição que, no fundo, corresponde à distinção estabelecida por FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 20 e ss., entre, respectivamente, *meras concordâncias e estruturas consensuais*.

¹⁶ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, "Os processos especiais...", p. 488 e s., assinala, em todo o caso, a "abertura a espaços de negociação ou ao menos de interacção pessoal" proporcionada pela obrigação, instituída em 2007, de audição do arguido pelo Ministério Público antes da formulação da proposta de sanção em processo sumaríssimo, nos termos do n.º 1 do art. 392.º do CPP.

¹⁷ V. g., o processo especial de ordens penais (*Strafbefehlsverfahren*), previsto pelo § 407 da StPO alemã (cf. ROXIN / SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*⁹⁸, § 68), que serviu de modelo ao nosso processo sumaríssimo; e o procedimento por decreto, constante do arts. 459.º e ss. do CPP italiano (vd. PAOLO TONINI, *Diritto Processuale Penale: Manuale Breve*, 9.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 576 e ss.).

sejam a garantia de um Ministério Público regido por critérios de estrita objectividade, 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 objecto do processo; a transparência e a publicidade de todo o procedimento; e os princípios da culpa e da presunção de inocência²³. Claro que a simples proclamação destas exigências está longe de constituir segurança do que quer que seja, nomeadamente, de que o procedimento se materialize nos casos de espécie com efectivo respeito por tais princípios e garantias. Conhecida que é a propensão de todos os actores judiciários para afeiçoar este tipo de práticas às suas conveniências e interesses pessoais²⁴ e a desigualdade fáctica que intercede entre os sujeitos processuais²⁵, é imprescindível dotar a regulação processual de mecanismos destinados a assegurar a concreta efectivação de todos aqueles pressupostos de validade²⁶.

Uma justiça negociada definida de um modo tal que dê real cumprimento àquela pleitora de garantias fundamentais é idónea a assumir-se como *modelo constitucionalmente válido* no nosso paradigma processual penal. Nesta linha — e não obstante todas as críticas e reservas que vêm sendo manifestadas por parte considerável da doutrina²⁷ — têm-se pronunciado, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal alemão, relativamente ao regime dos acordos sobre a sentença constante do § 257c da StPO²⁸, e o Tribunal Constitucional italiano, no que respeita ao chamado *patteggiamento*²⁹. De modo convergente — embora naturalmente influenciado pela necessidade de dar cobertura a

avaliação, não nos parece, de todo o modo, que possam desconsiderar-se as implicações que decorrem da viabilidade constitucional do modelo de processo sumariíssimo com as feições que actualmente conhece.

2. Como se adiantou e não há como (nem porque) negá-lo, a introdução de soluções penais condenatórias fundadas em entendimentos estabelecidos entre sujeitos processuais significará a entrada num trilho processual aberto fundamentalmente pela experiência norte-americana da *plea bargaining*¹⁸. Tal não implica, todavia, que daí decorra necessariamente a introdução de procedimentos sequer aparentados com a *plea bargaining* ou que com ela guardem um qualquer tipo de proximidade material. Uma ideia que é tão consensual como é consensual o repúdio visceral dos juristas dos sistemas penais continentais por uma *plea bargaining* à americana¹⁹. Seria, com efeito, insuportável e abertamente inconstitucional transigrir com práticas que admitem a manipulação dos factos e crimes imputados como instrumento de persuasão, quando não mesmo de coerção — acenando, *reclius*, ameaçando com a pena de morte ou a pena de prisão perpétua²⁰, se necessário — para obter do arguido o seu acordo com uma certa condenação (*charge bargaining*), que aceite como válida e eficaz uma *guilty plea* acompanhada de protestos de inocência²¹ ou que compaciavam com uma ocultação ao arguido dos elementos que compõem o caso da acusação durante as negociações entabuladas para a formação de um acordo²².

Se não é esse, nem pode de modo algum ser esse o caminho para a definição de um possível modelo de acordos sobre a sentença, outros há, que têm sido ensaiados e levados à prática noutras paragens, em que não há por que temer uma sua insuperável incompatibilidade com a nossa Constituição processual penal como emanação do princípio do Estado de direito (art. 2.º da CRP). Ponto é que, além do mais, seja guardada estrita fidelidade a determinados postulados basilares do nosso direito e processo penal, como

²³ Desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 43 e ss., e *passim*, e o Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 64 e ss.

²⁴ BIBAS, "Plea bargaining outside the shadow of trial", p. 2470 e s., e CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG, "Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2013, p. 214.

²⁵ FRANÇOISE TULKENS, "Una giustizia negoziata?", p. 657 e ss., e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Celeridade e eficácia — uma opção político-criminal", p. 50 e s.

²⁶ Claramente nesta direcção, o citado Acórdão de 19-03-2013 do Bundesverfassungsgericht. Na Alemanha, a propósito do novo regime legal (§ 257c e outros da StPO) instituído pela *Verständigungsgesetz* de 2009, por todos e com amplas referências doutrinais, ROXIN / SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 177 e ss.; e em Itália, relativamente ao processo abreviado e ao *patteggiamento*, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 9.ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 746 e ss., que refere, criticamente, a existência de um consenso generalizado acerca da compatibilidade de ambos com o paradigma acusatório do processo italiano "formou-se em torno dos dois institutos um consenso tão generalizado como acrílico" (p. 747).

²⁸ Ac. do BVerfG de 19-03-2013; e já antes, na mesma direcção, o Ac. do BVerfG de 27-01-1987, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, p. 419 e s. Criticando, porém, o Tribunal Constitucional Federal por se ter esquivado a ponderar os problemas de constitucionalidade sob uma perspectiva estrutural, STUCKENBERG, "Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren", p. 214, e THOMAS WEIGEND / JENIA IONTCHEVA TURNER, "The constitutionality of negotiated criminal judgments in Germany", *German Law Journal*, vol. 15, n.º 1, 2014, pp. 82 e 100.

²⁹ Cf. os Acs. da Corte Costituzionale n.ºs 313/1990, 100/2003 e 225/2003 — www.cortecostituzionale.it.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 22 e s.

¹⁹ Entre nós, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais", in: AA. VV., *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 212 e s. e 236, e *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 16 e s. e *passim*; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Celeridade e eficácia — uma opção político-criminal", in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 49 e ss.; e PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *Plea Bargaining*, p. 109 e ss.

²⁰ *Caso Bordenkircher c. Hayes* julgado pelo Supremo Tribunal Federal dos E.U.A. por Acórdão de 18-01-1978 (in: 434 U.S. 357 (1978)) — cf. PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *Plea Bargaining*, p. 84 e ss.

²¹ *Caso North Carolina c. Alford*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal por Acórdão de 23-11-1970 (in: 400 U.S. 25 (1970)): "Appellee pleaded guilty, although disclaiming guilt, because of the threat of the death penalty, and was sentenced to 30 years' imprisonment" — crítica, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *Plea Bargaining*, p. 88 e ss.

²² STEPHANOS BIBAS, "Plea bargaining outside the shadow of trial", *Harvard Law Review*, vol. 117, 2003-2004, p. 2493 e ss., e PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *Plea Bargaining*, p. 66 e ss.

soluções de *plea bargaining* já há muito enraizadas num número considerável de países do Conselho da Europa; e com uma latitude ainda mais extensa e por demais questionável quando se refere à *charge bargaining* —, entende o TEDH que “there cannot be anything improper in the process of charge or sentence bargaining in itself”³⁰.

2.1. Posto o problema dos acordos sobre a sentença no plano da sua viabilidade constitucional, o que parece ressaltar é a sua capacidade de congruência com a estrutura que o nosso processo penal deve assumir. Uma *estrutura basicamente acusatória*, determina o n.º 5 do art. 32.º da Constituição³¹. Bem se sabe que não se trata do mesmo modelo acusatório, fundamentalmente adversarial, da tradição anglo-americana, onde medrou a *plea bargaining*. Estamos antes num quadro de um processo onde o Ministério Público não actua como parte; a promoção processual deve obedecer ao princípio da legalidade (art. 219.º-1 da CRP), nele indo implicada a indisponibilidade do objecto do processo e a imutabilidade da acusação³²; e o tribunal deve orientar-se pelo princípio da investigação, que lhe atribui o poder-dever de instruir autonomamente o material probatório necessário à formação das bases da sua decisão sobre o objecto da causa³³. Exigências todas elas, ainda assim, que devem integrar-se num sistema de natureza essencialmente acusatória, onde pontua uma concepção do arguido como autêntico sujeito processual, como alguém que também no processo deve, tanto quanto possível, ser senhor do seu destino. Isso implica reconhecer-lhe o *direito fundamental* a uma *participação consitutiva* na declaração do direito do caso³⁴. E em tal direito não pode deixar de ir compreendida uma faculdade de auto-incriminação através da confissão, como expressão livre da sua auto-responsabilidade e do seu direito de autodeterminação³⁵.

³⁰ Caso *Natsvishvili e Togonidze c. Geórgia*, 90.

³¹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 522, e GERMANO MARQUES DA SILVA / HENRIQUE SALINAS, in: Jorge Miranda / Rui Medeiros (orgs.), *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 720 e ss.

³² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, pp. 126 e s. e 251 e s.; JOSÉ LOBO MOUTINHO, in: Jorge Miranda / Rui Medeiros (orgs.), *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 227 e s., e ROXIN / SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*⁹⁸, § 15/28.

³³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 148, e ROXIN / SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*⁹⁸, § 15/3.

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 137, e GERMANO MARQUES DA SILVA / HENRIQUE SALINAS, *Constituição Portuguesa Anotada*², I, p. 729: “A estrutura acusatória do processo significa, no que é essencial, o reconhecimento do arguido como sujeito processual (...)”. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 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”.

É evidente que a vulnerabilidade que é conatural à posição de arguido³⁶ impõe que a sua intervenção e o seu processo de decisão sejam protegidos por todos os cuidados necessários a garantir que a sua participação num acordo representa efectivamente uma expressão informada da sua liberdade. E aqui, aquelas características do nosso sistema processual que à partida se diriam adversas à implementação de um modelo de justiça negociada podem assumir um papel decisivo na salvaguarda de que o procedimento dirigido ao acordo se desenvolve em conformidade com a ideia de Estado de direito material. Pense-se, por exemplo, na oposição à tentação de enveredar pela *charge bargaining* que é oferecida pelo princípio da indisponibilidade do objecto do processo ou no papel de fiscalização da legalidade do acordo que ao Ministério Público é cometido³⁷.

Decisiva para impedir que uma solução de justiça negociada resvale para um cenário incompatível com o princípio do Estado de direito é a manutenção nas mãos do tribunal do poder de sindicat a fiabilidade e a veracidade da confissão, o que só é possível acautelar através da subsistência do funcionamento do *princípio da investigação*³⁸. Só assim, com efeito, podem prevenir-se de forma consistente as violações do *princípio da culpa*³⁹ inerentes às confissões falsas. É este um dos perigos maiores dos acordos sobre a sentença, o da condenação de um inocente ou de um culpado mas numa pena que exceda a sua culpa. O princípio da culpa proíbe ao Estado a aplicação de uma pena sem culpa ou superior à medida da culpa. Esta garantia fundamental do cidadão a que o Estado se encontra absolutamente vinculado tem de projectar-se também no plano processual. Concretamente, num dever estadual de institucionalização de soluções processuais que contribuam para minimizar o risco de condenações incompatíveis com o princípio da culpa, sempre latente num quadro de justiça consensual ou negociada⁴⁰, seja pela via de uma confissão falsa, seja pela via do acordo, explícito ou tácito, não secundado por confissão, a uma proposta condenatória.

2.2. Na ponderação da admissibilidade constitucional de um modelo de justiça negociada releva *ainda* sobremaneira a necessidade, imposta pela

³⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Celeridade e eficácia — uma opção político-criminal”, p. 50 e s.

³⁷ Assim, o Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 91. e ss.

³⁸ Cf. o § 257c, n.º 1, II, da StPO.

³⁹ Para uma fundamentação jurídico-constitucional do princípio da dignidade da pessoa e no princípio do Estado de direito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 4.ª Cap., § 70, e o Ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão de 25-10-1966, BVerfGE 20, 323, p. 331. Pela jurisprudência constitucional portuguesa, cf. o Ac. do TC n.º 426/91 e a síntese de MARIA JOÃO ANTUNES, “A problemática penal e o Tribunal Constitucional”, in: Alves Correia et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I: *Responsabilidade: entre Passado e Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 108 e s.

⁴⁰ Nesta direcção, o Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 53. e ss., invocando o princípio da culpa como razão fundamental para a imprescindibilidade do princípio da investigação nos acordos sobre a sentença (cf., especialmente, 56.)

ideia de Estado de direito, de dar cabal cumprimento ao *dever estadual de protecção de bens justfundamentais* ⁴¹, ao qual é imprescindível um *processo penal eficaz e funcionalmente orientado* ⁴². Na síntese de Figueiredo Dias, "o Estado de direito só pode realizar-se quando se torne seguro que o agente criminoso será, no quadro das leis vigentes, perseguido, sentenciado e punido em tempo razoável com uma pena justa. Por isso um processo penal funcionalmente orientado constitui uma exigência irrenunciável do Estado de direito" ⁴³.

É incontestável que este enfoque constitucional sobre o problema se cruza com uma racionalidade pragmática e utilitarista que permeia todo o discurso a favor de soluções penais negociadas e que é seguramente a razão decisiva da sua difusão generalizada. É porque permitem "resolver" os processos de forma mais rápida, mais simples, mais económica e poupando trabalho a magistrados e advogados que as práticas negociadas se têm disseminado por toda a parte. Mas depreciar e pôr em causa estas práticas porque se reconduzem (também) a razões desta índole significa desconside-rar que nelas vão envolvidas exigências essenciais para a sobrevivência do sistema de justiça processual penal na actualidade, designadamente, de *celeridade, de simplificação e de economia processual* ⁴⁴. Exigências que, por isso mesmo, têm de ser assumidas como condições de legitimação material do processo penal ⁴⁵, do mesmo passo conferindo uma caução legitimadora a modelos de acordos sobre a sentença penal.

3. É sob esta premissa, fundada, de que o nosso quadro constitucional oferece espaço à implementação de práticas processuais de acordos sobre a sentença ⁴⁶ e motivados pela convicção, também ela fundada, de que tais

⁴¹ Sobre este dever, desenvolvidamente, JOSEF ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", in: Isensee / Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., IX, § 191, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, *passim*; KLAUS STERN, "Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung", *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, p. 241 e ss.; e na experiência constitucional portuguesa, os Acs. do TC n.º 85/85 (AcsTC 5.ª, p. 252 e ss.) e 75/2010 (AcsTC 77.ª, p. 165 e ss.), e JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 86 e ss. Para uma sua consideração na dimensão processual, ROBERT ALEX, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, p. 428 e ss.

⁴² Assim, na perspectiva dos acordos sobre a sentença, o Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 56. e ss., na linha da sua jurisprudência anterior.

⁴³ FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 38.

⁴⁴ Para uma consideração da celeridade processual e da necessidade de garantir a eficiência do sistema de justiça penal como tópicos legitimadores de soluções processuais consensuais, cf. o Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 59., e FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 37 e ss.

⁴⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Celeridade e eficácia — uma opção político-criminal", p. 39 e ss., e MAIA COSTA, "Justiça negociada", p. 89.

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 35 e ss.; ALBERGARIA / LIMA / MOREIRA DAS NEVES, "Uma proposta de Justiça Negociada", *passim*; e J. F. MOREIRA DAS NEVES, "Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!", *RMP*, 135, 2013, p. 53

práticas se apresentem hoje como indispensáveis para que o nosso processo penal esteja em condições de fazer face às tremendas dificuldades da mais variada ordem com que se depara ⁴⁷ que foram então apresentadas as propostas de justiça negociada a que nos começámos por referir. Três anos decorridos sobre a sua formulação, é já possível fazer um breve balanço sobre o destino que conheceram. Sobre o que, em virtude delas, aconteceu; e sobre o que, apesar delas, não aconteceu. As ideias e propostas de Figueiredo Dias, de um lado, e de Pedro Albergaria, Pedro Lima e Moreira das Neves, de outro lado, deve ser creditado o mérito de terem despertado a doutrina e o sistema de justiça nacionais para um debate sobre a introdução de modelos inovadores que possam apetrechar o nosso processo penal de soluções que concorram para dar resposta aos difíceis e complexos problemas com que está confrontado. Concorde-se ou não com tais ideias e propostas, são de louvar o compromisso de cidadania que animou os seus autores e o agir das águas que lograram provocar.

A proposta de Pedro Albergaria, Pedro Lima e Moreira das Neves preconiza uma alteração substancial no modelo do processo sumariíssimo, delineada a partir do exemplo italiano do *patteggiamento* ⁴⁸; naturalmente a consumir por via legislativa, e que passa, no essencial, pelo seguinte: no final do inquérito, sendo em concreto legalmente admissível a adopção de uma solução consensual, o Ministério Público deverá, em regra, chamar o arguido e o seu defensor ao processo para com eles discutir a possibilidade de aplicação de uma suspensão provisória do processo ou de uma sanção fixada em processo sumariíssimo; sanção essa que, independentemente do crime indiciado e da pena abstracta que lhe couber, pode ser uma qualquer pena de substituição ou inclusivamente uma pena de prisão efectiva de medida não superior a 5 anos; prevenido-se ainda, para estímulo da formação do acordo, uma atenuação necessária da sanção a aplicar e uma proibição de *reformatio in pejus*. Questionável em alguns dos seus traços essenciais, mas apontando soluções várias que fazem todo o sentido se se quiser favorecer a aplicação da suspensão provisória do processo e do processo sumariíssimo, a proposta não parece ter lido eco nos trabalhos legislativos que conduziram à revisão de 2013 do Código de Processo Penal.

e ss. Ainda nesta direcção, NUNO BRANDÃO, "Acordos sobre a decisão administrativa e sobre a sentença no processo contra-ordenacional", *RPCC*, 4/2011, p. 593 e ss., e CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Justiça Restaurativa: Um Modelo de Reacção ao Crime Diferente da Justiça Penal. Porquê, Para Qué e Como?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 582 e ss. Contra, MAIA COSTA, "Justiça negociada", p. 93 e ss.

⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, pp. 13 e ss. e 26 e s.; ALBERGARIA / LIMA / MOREIRA DAS NEVES, "Uma proposta de Justiça Negociada", p. 111; e MOREIRA DAS NEVES, "Acordos sobre a sentença penal", p. 37 e ss.

⁴⁸ Sobre este instituto, ROBERTO ANGELINI, "A negociação das penas no direito italiano", *Juigar*, n.º 19, 2013, p. 221 e ss., e TONINI, *Diritto Processuale Penale*, p. 560 e ss. A influência do *patteggiamento* sobre a proposta de justiça negociada que apresentou conjuntamente com Pedro Soares de Albergaria e Rui Pedro Lima é assumida por MOREIRA DAS NEVES, "Acordos sobre a sentença penal", p. 50.

A mesma sina teve a proposta de Figueiredo Dias, inspirada no exemplo alemão dos acordos sobre a sentença⁴⁹. O seu propósito, ao menos no plano imediato, seria não o de provocar uma revisão legislativa, mas despertar os práticos do foro penal para a possibilidade de, já no âmbito da lei vigente, serem efectuados acordos entre os sujeitos processuais que, na fase do julgamento e passando por uma confissão livre e sem reservas do arguido, simplificassem os procedimentos e abreviassem a audiência. Acolhida favoravelmente por largos sectores do Ministério Público⁵⁰ e levada a efeito em vários processos judiciais⁵¹, a proposta acabou por ser travada pelo Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão de Abril de 2013⁵², ao qual se seguiu a Directiva n.º 2/2014 da Procuradoria-Geral da República, que determinou que os magistrados e agentes do Ministério Público devem abster-se de promover ou aceitar a celebração de acordos sobre sentenças penais. Com estas decisões do Supremo Tribunal de Justiça e da Procuradoria-Geral da República, o desejo de uma introdução gradual do modelo dos acordos sobre a sentença através da sua materialização na *praxis* judiciária encontra-se irremediavelmente comprometido.

Há, com certeza, razões ponderosas para receber com cautela e reservas este ideário a favor dos acordos sobre a sentença na falta de um regime legal directamente dirigido à sua materialização. Ainda que se entenda que existe, como nos parece que efectivamente existe, base legal para a formação destes acordos⁵³, essa ausência de lei expressa e directa é fonte de inse-

gurança e imprevisibilidade e propicia o surgimento de desigualdades na realização da justiça penal. Riscos que poderiam ser minorados se, em vez de bloquear *in limine* o funcionamento dos acordos sobre a sentença, a Procuradoria-Geral da República a eles tivesse decidido aderir, definindo orientações no sentido da uniformização do procedimento de actuação do Ministério Público, e se os tribunais, em especial o Supremo Tribunal de Justiça, manifestassem abertura para o seu acolhimento. Não foi isso que, todavia, sucedeu, pelo que, doravante, um modelo de acordos sobre a sentença "à alemã" só logrará adquirir expressão efectiva entre nós mediante intervenção legislativa.

4. Esta autêntica "jurisprudência de cautelas" é tanto mais justificada quanto se conhece agora o uso significativo de expedientes ilegais no âmbito dos acordos sobre a sentença firmados na justiça alemã após a sua consagração na SIPO. As estatísticas constam de um estudo empírico desenvolvido por Karsten Altenhain a solicitação do Tribunal Constitucional Federal alemão no âmbito da apreciação da constitucionalidade do novo regime legal dos acordos instituído em 2009, que culminou no muito aguardado⁵⁴ acórdão sobre a lei dos acordos (*Verständigungsgesetz*)⁵⁵.

4.1. Com essa investigação⁵⁶, versando sobre o ano de 2011, ficou a saber-se que mais de metade dos 190 juizes ouvidos (precisamente, 58,9%,) concluíram acordos sobre a sentença de um modo informal, isto é, à margem do regime estipulado pelo art. 257c da SIPO, sendo que cerca de um quarto (26,7%) o fizeram em todos os casos. O dever de publicitação do acordo foi considerado como um formalismo supérfluo por uma parte não despreciable dos juizes inquiridos, sendo frequentemente inobservado o dever de consagração na acta do malogro do acordo tentado pelos envolvidos. Quase 40% (em rigor, 38,3%) nem sempre deu cumprimento ao dever de investigar a credibilidade da confissão, havendo ai quem só o fizesse de quando em vez, raramente ou mesmo nunca. Mais de um terço (35,3%) dos juizes inquiridos declararam terem já comunicado à defesa, no âmbito das conversações com vista a um acordo, não só o limite máximo de pena que estariam dispostos

parece, José Souto de Moura, *Acordos em Processo Penal*, 2012, in: <http://www.pgdilisboa.pt/doc/pgrfiles/acordos%20souto%20moura.pdf>.

54

STUCKENBERG, "Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren", p. 213, e ANDREAS MOSBACHER, "The decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on plea agreements", *German Law Journal*, vol. 15, n.º 1, 2014, p. 5.

55

O já várias vezes mencionado Ac. do BVerfG de 19-03-2013.

56

Os dados em texto constam do Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 49. O estudo em apreço corresponde à obra de KARSTEN ALTENHAIN / FRANK DIETMEIER / MARKUS MAY, *Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2013. A análise incidiu sobre a aplicação da lei dos acordos sobre a sentença durante o ano de 2011, no estado da Renânia do Norte-Vestfália, tendo sido consultados 190 juizes, com um grupo de controlo constituído por 68 procuradores e 76 advogados especialistas na área penal.

49 Para uma análise do regime legal dos acordos sobre a sentença, ROXIN / SCHÜENMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 1717 e ss., e § 44/59 e ss., GERWIN MOLDENHAUER / MARC WENSKÉ, in: HANNICH (org.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7.ª ed., München, C. H. Beck, 2013, § 257c, e MAIKE FROMMANN, "Regulating plea-bargaining in Germany: can the Italian approach serve as a model to guarantee the independence of german judges?", *Hanse Law Review*, vol. 5, n.º 1, 2009, p. 202 e ss.

50

Cf. a Recomendação n.º 1/12, de 13-1-2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, e os Memorandos 2/12 (de 19-01-2012) e 4/12 (de 01/02/2012) da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra.

51 Referindo-se a alguns desses casos, MOREIRA DAS NEVES, "Acordos sobre a sentença penal", p. 51 e ss. Nos tribunais superiores, pronunciando-se pela conformidade legal e constitucional de um concreto acordo sobre a sentença, Ac. do TRC de 27-02-2013 (Proc. 292/10.7GAMGL.C1, www.dgsi.pt), com o seguinte sumário: "1 — Muito embora não existia regulamentação legal específica, é certo que a obtenção de acordos sobre a sentença em processo penal não é proibida pela lei, podendo mesmo encontrar sustentáculo no regime do artigo 344.º do Código de Processo Penal. II — Esta via negociada permitirá dar cumprimento ao princípio constitucional do Estado de Direito, ao propiciar uma maior agilização, celeridade e economia processuais".

52

Ac. de 10-04-2013 (Proc. 224/06.7GAVZL.C1.S1, www.dgsi.pt): "1 — O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença. II — 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". Sobre esta decisão, criticamente, MOREIRA DAS NEVES, "Acordos sobre a sentença penal", p. 51 e ss.

53

FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 35 e ss., NUNO BRANDÃO, "Acordos sobre a decisão administrativa...", p. 593 e ss., MOREIRA DAS NEVES, "Acordos sobre a sentença penal", p. 62, o referido Ac. do TRC de 27-02-2013, e ainda, tanto quanto

a aplicar em caso de confissão (conforme prescreve a lei), como ainda (para lá do legalmente permitido) a pena concreta que fixariam se o acordo fosse levado avante e, inversamente, a pena que o arguido deveria esperar caso o acordo se frustrasse; 16% deles adoptando por norma esse comportamento.⁵⁷ Os recursos interpostos de sentenças tiradas na sequência de acordos foram vistos como muito raros, declarando um pouco mais de um quarto dos juízes (27,4%) que, apesar de disposição expressa em contrário (§ 302, n.º 1, II, da StPO), a renúncia antecipada ao recurso conistou expressamente de acordos por si firmados (isso sucedendo sempre com 14,7% dos juízes; e frequentemente com 56,6%). Segundo a maioria dos inquiridos, o “desconto de pena” decorrente de uma confissão produzida em conformidade com o “promelido” no acordo ronda entre um quarto e um terço da pena que provavelmente seria aplicável na sequência de um julgamento “adversarial”.

Estes dados inspiram uma preocupação tal que levaram o Tribunal Constitucional Federal alemão a exortar o legislador a manter a *praxis* sob monitorização, sob pena de, no futuro, caso subsistam vícios de aplicação com a magnitude detectada, vir a ser declarada a inconstitucionalidade do regime dos acordos.⁵⁸ Foi esta dramática realidade posta a nu perante o Tribunal que terá, aliás, justificado que este adoptasse uma decisão com um conteúdo pouco ortodoxo à luz dos habituais padrões de autocontenção que devem caracterizar a actuação de um tribunal constitucional. A um ponto de detalhe tal sobre os termos em que, da sua perspectiva, a lei deve ser interpretada para que se adeque aos princípios constitucionais aplicáveis que a sua intervenção chegou a ser comparada à de um comentador do CPP.⁵⁹

Seja como for, os limites rigorosos traçados pelo Tribunal e as injunções que dele emanaram no sentido de uma interpretação da lei conforme com os princípios da culpa, da verdade material, da publicidade e do *fair trial* são da maior valia para uma concepção de um modelo de justiça negociada conguente com a ideia de Estado de direito material, que *proscree* qualquer tipo de *negociação com a própria justiça*.

4.2. Ainda que seja assumido como um meio destinado a uma simplificação do processo e a uma facilitação do percurso necessário ao seu desfecho, o acordo *enquanto tal* não é, nem pode ser — como bem vinca o Tribunal — o substrato em que se funda a sentença: esta baseia-se única e

⁵⁷ Sobre este ponto, com interesse, ainda FROMMANN, “Regulating plea-bargaining in Germany”, p. 205 e s.

⁵⁸ Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 107 e 121.

⁵⁹ A expressão é empregue por WEIGEND / TURNER, “The constitutionality of negotiated criminal judgments in Germany”, p. 94. STUCKENBERG, “Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren”, p. 214, afirma mesmo que estes resultados não podem senão caracterizar-se como uma falência parcial do Estado de direito.

⁶⁰ ALEXANDER SCHEMMEL / CHRISTIAN CORELL / NATALE RICHTER, “Plea Bargaining in criminal proceedings: changes to criminal defense counsel practice as a result of the German Constitutional Court verdict of 19 March 2013?”, *German Law Journal*, vol. 15, n.º 1, 2014, p. 48.

exclusivamente na convicção, suficientemente fundada, do tribunal acerca dos factos que integram o objecto do processo.⁶¹ Nessa medida, para o funcionamento do acordo é imprescindível a confissão.⁶² Não, porém, como simples declaração ou assunção de culpa, estando arredada a possibilidade de o acordo incidir sobre a questão da culpabilidade *qua tale*, mas como elemento probatório dirigido ao esclarecimento e comprovação dos factos objecto do processo. Sendo essa a sua função, serão de considerar inadmissíveis e inidóneas para esse efeito as confissões meramente formais, vazias de conteúdo.⁶³ Exige-se que seja o arguido a apresentar ao tribunal, sem induções e com as suas próprias palavras, a sua versão dos factos, a fim de o tribunal avaliar se está ou não realmente diante de uma confissão e apreciar a verosimilhança do relatado. Neste contexto, e atento o risco da apresentação de uma confissão falsa,⁶⁴ deve o tribunal manter todos os poderes de indagação inerentes ao princípio da investigação e sindicatar, através de uma actividade probatória suplementar,⁶⁵ a fidedignidade da confissão.⁶⁶

Sendo este núcleo estrutural de validade do acordo sobre a sentença acompanhado de normas que garantam que a participação do arguido representa uma expressão verdadeiramente livre e informada da sua vontade⁶⁷ e que assegurem efectivamente a transparência e publicitação das conversações,⁶⁸ poderá a regulação legal dos acordos sobre a sentença dar cumprimento ao princípio da culpa, do mesmo passo que assegura que um encurtamento do processo não é conseguido à custa do dever de busca da verdade material.⁶⁹ Um modelo de justiça negociada que, portanto, e em via de princípio, julgamos estar em condições de responder às necessidades de política-criminal que motivam a sua chamada à acção⁷⁰ sem sacrificar a ideia de Estado de direito material que deve nutrir o nosso processo penal.

5. Nos alvares do nosso actual Código de Processo Penal, Costa Andrade exprime a ideia de que o pensamento do consenso que nele se procurou verteu estava vocacionado fundamentalmente para o domínio da pequena criminalidade, contrastante com um reduto de criminalidade grave, no âmbito

⁶¹ Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 68., acompanhando a exposição de motivos do projecto legislativo da *Verständigungsgesetz*, in: BTDrucks 16/12310, p. 13 — <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/123/1612310.pdf>.

⁶² § 257c, n.º 2, II, da StPO. “A confissão deve ser parte integrante de qualquer acordo”.

⁶³ Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 70.

⁶⁴ Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 68.

⁶⁵ ANDREAS MOSSBACHER, “The decision of the Federal Constitutional Court...”, p. 8.

⁶⁶ Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 71.

⁶⁷ Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 112.

⁶⁸ Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 80. e ss.

⁶⁹ Ac. do BVerfG de 19-03-2013, 110.

⁷⁰ Confira, porém, STUCKENBERG, “Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren”, p. 215, para quem existe uma contradição teleológica entre a ideia dos acordos e a subsistência plena do princípio da investigação. “um acordo é inútil e destituído de sentido se a perseguição da verdade material não for abreviada”.

da qual imperaria uma lógica de conflitualidade⁷¹. Se esta compreensão se mantém válida no que à pequena e média criminalidade diz respeito, tem vindo todavia a ser questionada no que se refere à criminalidade grave, sobretudo no âmbito do direito penal secundário, que com o correr do tempo se tornou um palco privilegiado para o funcionamento da justiça negociada.

Acompanhamos a ideia de que procedimentos consensualizados destinados a um acordo sobre a sentença ou a um simplificação da marcha processual cobram hoje especial sentido quando em causa estejam fenómenos criminais graves e complexos, as mais das vezes de difícil e longo processamento, e sujeitos à ameaça de pesadas penas de prisão efectiva. Mas há também que ter em conta as desconfianças que entre nós rodeiam toda esta matéria e o modo como o instituto dos acordos sobre a sentença foi concretamente mobilizado pela prática alemã após o seu expresso reconhecimento pela lei processual penal. E por isso, entendendo o nosso legislador ser o momento de avançar para a introdução de soluções de justiça negociada, seria aconselhável a adopção de uma *abordagem gradual*, começando-se pela pequena e média criminalidade e só depois, em função do balanço realizado, eventualmente avançando para o seu alargamento a todos os demais domínios⁷².

Entre um modelo na linha do *patteggiamento* italiano proposto por Pedro Albergaria, Pedro Lima e Moreira das Neves e uma solução como a alemã dos acordos sobre a sentença, sugerida por Figueiredo Dias, é para esta segunda que nos inclinamos.

5.1. Aquela primeira alternativa avançada por Pedro Albergaria, Pedro Lima e Moreira das Neves vai composta por uma solução que há muito deveria conhecer forma de lei: a de impor ao Ministério Público, no termo do inquérito, sempre que for legalmente possível enveredar por uma via de consenso, a obrigação de conferenciar com a defesa, a fim de com esta discutir a eventual aplicação de uma suspensão provisória do processo ou de uma sanção em processo sumaríssimo.

É de saudar ainda o protagonismo que é concedido ao Ministério Público e à defesa e o papel relativamente recatado que é atribuído ao juiz. Mas esses que nos parecem ser pontos fortes da proposta encerram vulnerabilidades que porventura aconselham uma reponderação do seu conteúdo, nomeadamente, quando em causa possa estar a aplicação de uma pena de prisão efectiva (não superior a 5 anos), como se pretende.

Situando-se o debate entre o Ministério Público e o arguido num momento processual próximo do encerramento do inquérito, mas em que não se encon-

⁷¹ COSTA ANDRADE, "Consenso e oportunidade", p. 334 e s. Nesta direcção, já antes FIGUEIREDO DIAS, "Para uma reforma global do processo penal português", p. 232 e ss.

⁷² No fundo, parece ser este também o espírito que anima a proposta de ALBERGARIA / LIMA / MOREIRA DAS NEVES, "Uma proposta de Justiça Negociada".

tra ainda fechada a acusação, há um risco de a discussão deslizar para uma *charge bargaining*, em ordem a moldar a imputação de modo a viabilizar a pena desejada⁷³.

Admitindo-se a aplicação de pena de prisão, será além disso de recusar um acção tão passiva do juiz como aquela que se defende na proposta. De forma a diminuir o risco de punição de um inocente, impõe-se, a nosso ver, que o juiz verifique se o processo se encontra instruído com meios de prova que apontem claramente para a responsabilidade penal do arguido e ainda que este, mais do que declarar presencialmente diante do juiz a sua disponibilidade para aceitar uma pena privativa da sua liberdade, faça acompanhar essa sua concordância de uma confissão credível dos factos que lhe são imputados na proposta sancionatória do Ministério Público.

5.2. Estas vulnerabilidades mostram-se, por seu turno, acauteladas no modelo dos acordos sobre a sentença defendido por Figueiredo Dias. Sendo o seu funcionamento circunscrito à fase de julgamento, como nos parece desejável⁷⁴, o acordo estará sempre balizado pela imputação já constante de acusação ou pronúncia deduzidas em fase processual anterior. Uma vez que tal imputação é indisponível e tendencialmente imutável, não pode ela ser objecto de discussão, assim ficando liminarmente travadas quaisquer tentações de *charge bargaining*. A seu favor, e decisivamente, deve ainda creditar-se a tutela do princípio da culpa oferecida pela *intangibilidade do princípio da investigação* que nela se prevê.

Não falta quem acuse — curiosamente, sobretudo do lado dos que repudiam o modelo dos acordos sobre a sentença⁷⁵ — que assim, afinal de contas, pouco se ganha no plano da celeridade e da economia de meios, pois sempre haverá que realizar um inquérito⁷⁶ e abrir uma audiência de julgamento, que não prescindirá de produção de prova, designadamente, da confissão do arguido e talvez alguma mais. Trata-se, no entanto, de uma crítica que desconsidera a circunstância de o encurtamento da audiência que assim normalmente se conseguirá, mesmo que não muito significativo, potenciar ganhos de eficiência consideráveis quando materializado na enorme massa de processos relativos à pequena e média criminalidade em que pode

⁷³ Alertando para este perigo, embora a propósito da hipótese, adiantada por Figueiredo Dias, de extensão dos acordos à fase do inquérito, SOUTO DE MOURA, *Acordos em Processo Penal*, p. 12 e s.

⁷⁴ Neste sentido, também SOUTO DE MOURA, *Acordos em Processo Penal*, p. 12 e s. Admitindo, porém, o seu alargamento à fase de inquérito, FIGUEIREDO DIAS, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, p. 101 e ss.

⁷⁵ STUCKENBERG, "Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren", p. 215, e MAIA COSTA, "Justiça negociada", p. 96.

⁷⁶ Não deixa de ser paradoxal que este que é um trunfo fundamental para assegurar a solvabilidade constitucional da solução dos acordos sobre a sentença, colocando entre eles e a *plea bargaining* uma barreira intransponível, seja visto por tais críticos como uma sua debilidade.

das vezes escolhidas penas não detentivas, seja de multa principal seja em substituição da prisão. Não haveria, por isso, razão para reecer que um modelo de acordos sobre a sentença assim (inicialmente) limitado a casos de aplicação de penas não privativas da liberdade fosse desprovido de expressão e/ou interesse práticos.

Neste contexto, quando se pondera a possibilidade de (começar por) instituir um regime de acordos sobre a sentença somente dirigido à pequena e média criminalidade com o conteúdo proposto, não deixa de impressionar o contraste que resulta da sua contraposição com o processo sumaríssimo tal qual se encontra ele hoje configurado. E chega a gerar perplexidade a pacata existência que o processo sumaríssimo tem gozado quando comparada com as reações hostis que logo foram opostas às sugestões de abertura do processo penal português a formas de justiça negociada.

Desde 2007 que o processo sumaríssimo vale para quaisquer crimes abstractamente puníveis com prisão até 5 anos, permitindo a concreta aplicação de qualquer pena ou medida de segurança não privativas da liberdade⁷⁹, num procedimento em que não é posta de parte a possibilidade de uma discussão entre o Ministério Público e o arguido sobre a pena a aplicar⁸⁰, em que ao juiz é negada a possibilidade de verificar se do processo constam meios de prova que suportem uma responsabilização penal do arguido⁸¹; em que, prescindindo-se da sua confissão e até sequer da audiência, não se exige mais do que uma simples não oposição do arguido para lhe ser aplicada a pena, através de um despacho que “vale como sentença condenatória e não admite recurso ordinário” (art. 397.º-2 do CPP); e em que se vem aceitando a imposição de pena de prisão no caso de revogação da pena não privativa da liberdade por incumprimento do seu regime de execução⁸².

Tanto quanto se tem observado, nada disto tem suscitado sobresaltos de maior na doutrina e na jurisprudência, comum e constitucional⁸³. E toda-avia, estando em causa uma responsabilização penal materializada na aplica-

⁷⁹ Assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Celeridade e eficácia — uma opção políptico-criminal”, p. 48, SÓNIA FIDALGO, “O processo sumaríssimo na revisão do Código de Processo Penal”, p. 300 e s., e ainda, relativamente à pena de substituição de suspensão de execução da pena de prisão (art. 50.º do CP), o Ac. do TRP de 10-07-2014 (Proc. 87/12.3GDCTB C-1, www.dgsi.pt).

⁸⁰ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “Os processos especiais...”, pp. 488 e s. e 498 e s.

⁸¹ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “Os processos especiais...”, p. 498, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa, Univ. Católica Editora, 2011, 395-71.

⁸² Cf., v. g., o Ac. do TRC de 03-10-2012 (492/08.0GSBAND-A.C1, www.dgsi.pt) e o citado Ac. do TRP de 10-07-2014: “não vemos incompatibilidade em que alguém que foi julgado e condenado no âmbito dum processo sumaríssimo, não possa vir, posteriormente, a cumprir uma pena privativa de liberdade no caso de incumprimento da pena (substituíva) que primitivamente lhe foi aplicada”. Assim, na doutrina, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “Os processos especiais...”, p. 504 e ss.; contra, SÓNIA FIDALGO, “O processo sumaríssimo na revisão do Código de Processo Penal”, p. 317 e s.

⁸³ Paradigmático, quanto ao modo de conceber o papel do juiz no âmbito do processo sumaríssimo, o Ac. do TC n.º 444/2012 (AcstC 85.º, p. 131 e ss.).

ser levado a efeito. Tal como desconsidera ainda o alívio que representa no volume de trabalho do juiz no momento da elaboração da sentença, em especial na parte relativa à fundamentação da matéria de facto⁷⁷.

Uma objeção pertinente que se usa opor ao sistema alemão dos acordos sobre a sentença é o protagonismo central que confere ao juiz nas conversações dirigidas à formação do acordo, susceptível de pôr em perigo a *garantia de imparcialidade*, logo na sua dimensão objectiva⁷⁸. Um receio que adquire especial acuidade no caso de malogro das conversações e de realização de um julgamento abertamente conflitual. Esse papel que o juiz penal alemão vem assumindo neste domínio resulta da própria prática forense, onde predominam as discussões entre o juiz e a defesa, ficando o Ministério Público um pouco na sombra. Isso parece ser fruto do próprio modo como o CPP alemão concebe a intervenção do juiz na audiência de julgamento, atribuindo-lhe um papel bem mais activo na produção da prova do que aquele que o nosso juiz penal desempenha. Porventura por isto, quando entre nós se ensaiaram tentativas de acordos sobre a sentença, as conversações foram por norma estabelecidas sobretudo entre o Ministério Público e o arguido, entrando o juiz já só depois de aqueles se terem entendido. Parece-nos ser esta uma matriz de intervenção mais consentânea com a nossa experiência processual e que leva vantagem em relação à alemã desde logo no plano fundamental da defesa da imparcialidade do juiz.

6. Um modelo de acordos sobre a sentença similar ao alemão, mas adaptado à realidade nacional e orientado pelas diretrizes enunciadas parecem-nos estar em condições de ser ensaiado pelo legislador português. Justamente porque se trataria de uma novidade e em ordem a avaliar em que termos seria recebido e sobretudo aplicado na prática, cremos que — ao menos numa primeira fase e a título, digamos assim, experimental — faria sentido *começar* por circunscrevê-lo a um âmbito de actuação limitado: deveria valer somente naqueles casos em que o tribunal, o Ministério Público e o arguido convergissem num entendimento que passaria pela aplicação, a final, de uma *pena não privativa da liberdade*.

Tratar-se-ia de um sistema que abstrairia assim da medida máxima da pena abstracta aplicável e poderia deste modo abranger um espectro muito alargado de delitos, só estando dele à partida excluídos os abstractamente puníveis com um *limite mínimo* de pena de prisão superior a 5 anos (cf. art. 50.º-1, do CP, a *contrário*). A larga maioria dos processos que entre nós chegam à fase de julgamento usam ter por objecto crimes puníveis com pena de multa ou com pena de prisão cujo limite mínimo abstracto é compatível com uma ulterior escolha de pena não privativa da liberdade, sendo as mais

⁷⁷ MOREIRA DAS NEVES, “Acordos sobre a sentença penal”, p. 63 e s.

⁷⁸ ROXIN / SCHUNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 8/11, FROMMANN, “Regulating plea-bargaining in Germany”, p. 207 e s., e MAIA COSTA, “Justiça negociada”, p. 96.

ção de uma pena não privativa da liberdade, a tutela dos princípios da culpa e da verdade material e concomitantemente a protecção do arguido ficam substancialmente aquém daquela que seria garantida por um procedimento como o dos acordos sobre a sentença.

Dir-se-á: mas em questão está somente a pequena e média criminalidade e só podem aplicar-se penas não detentivas, assim podendo relaxar-se as garantias processuais (e ao que parece, também as consciências). Isto esquece, porém, que logo a declaração de culpa que vai implícita no despacho de aplicação da pena em processo sumaríssimo já representa uma afronta estadual à esfera dos direitos de liberdade do arguido⁸⁴, constituindo a pena — sempre e seja ela qual for, privativa da liberdade ou não — manifestação de uma censura estadual desqualificante com o significado de uma massiva reprovação ética dirigida ao condenado⁸⁵. Tal como desconsidera ainda que o princípio da culpa é tão violado quando se pune um inocente com uma pena de prisão como quando se aplica uma pena não privativa da liberdade a um inocente.

O que pretendemos significar é que escapa à nossa compreensão que se possa conviver tranquilamente com um processo sumaríssimo com as características enunciadas, e por isso de duvidosa constitucionalidade, enquanto se persiste numa recusa obstinada de formas mais participadas e garantistas de justiça negociada, como é o caso dos acordos sobre a sentença. E com isto terminamos, dizendo apenas que à questão de saber se deve o processo penal português abrir-se a uma experiência de justiça negociada, respondemos que sim... mas que deve fazê-lo gradual e prudentemente.

⁸⁴ OTTO LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, p. 96 e ss.

⁸⁵ WALTER SAX, "Grundsätze der Strafrechtspflege", in: Bettermann / Nipperdey / Scheuner (orgs.), *Die Grundrechte*, Band 3, *Halbband 2: Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 924.

DISCURSO NO ENCERRAMENTO DAS III JORNADAS AÇOREANAS DE DIREITO

(*Hotel Marina Atlântico, Ponta Delgada, 24 de Outubro de 2014*)

JOÃO BOSCO MOTA AMARAL

Senhoras Magistradas e
Senhores Magistrados
Distintos Convidados
Minhas Senhoras e
Meus Senhores:

Agradeço ao Meritíssimo Juiz-Presidente da Comarca dos Açores a gentileza do convite para comparecer na sessão de encerramento destas III Jornadas Açoreanas de Direito e nela me dirigir a todos os participantes.

Felicitó os organizadores das Jornadas, que testemunham o empenho dos Magistrados em serviço nos Tribunais na Região Autónoma dos Açores em manterem canais de comunicação e diálogo funcionais entre si e com a sociedade em que actuam.

Ainda não há muito tempo teve lugar iniciativa análoga, levada a efeito pela Delegação dos Açores da Ordem dos Advogados.

Pode muito bem pois dizer-se que está generalizada na nossa Região Autónoma uma atitude de esclarecida abertura dos profissionais que fazem funcionar o aparelho da Justiça, a qual por sua vez evidencia a preocupação de melhorar a qualidade da prática de cada um e do sistema no seu conjunto. Só temos de nos congratular com tão saudável movimentação porque ela assim proporciona a todos os cidadãos e cidadãs um melhor acesso ao Direito e à sociedade açoreana no seu conjunto os benefícios da prevalência do Estado de Direito e do império da Lei.

Minhas Senhoras e
Meus Senhores:

O tema das III Jornadas é a criação do Direito pelos Tribunais. As comunicações e debates destes dias foram decerto muito profícuos no estudo deste assunto e não tenho a veleidade de ir muito mais além na reflexão sobre ele.



JULGAR

III JORNADAS AÇORIANAS DE DIREITO

JULGAR

- | | |
|------------------------|---|
| José Mouraz Lopes | <i>Separação de poderes e criação do Direito: alguns tópicos para reflexão</i>
— <i>Discurso de abertura das III Jornadas Açorianas de Direito</i> |
| Michele Taruffo | <i>A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade</i> |
| Perfecto Andrés Ibañez | <i>Separación de poderes y creación judicial del derecho hoy</i> |

DEBATER

- | | |
|------------------------|---|
| Lúis Menezes Leitão | <i>O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação</i> |
| Gemma Vives Martínez | <i>Dação em pagamento nas execuções hipotecárias e abuso de direito</i> |
| Augusto Silva Dias | <i>A responsabilidade criminal do "outro": os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural</i> |
| Paulo Dá Mesquita | <i>Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português</i>
— <i>Convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a mediação e a confiança nos juizes</i> |
| Cláudia Cruz Santos | <i>Decisão penal negociada</i> |
| Nuno Brandão | <i>Acordos Sobre a Sentença Penal: Problemas e Vias de Solução</i> |
| João Bosco Mota Amaral | <i>Discurso no encerramento das III Jornadas Açorianas de Direito</i> |

DIVULGAR

- | | |
|---|--|
| Lúis Noronha Nascimento | <i>O Estatuto do juiz europeu ou o estatuto europeu do juiz?</i> |
| José Joaquim Fernandes Oliveira Martins | <i>A acção especial de reconhecimento de existência de contrato de trabalho — vinho velho em odres novos</i> |

