

Os acordos sobre a sentença em processo penal

João Abrantes

I – Os acordos sobre a sentença em processo penal: breve noção e a sua origem no direito alemão

A recém-anunciada criação de um grupo de trabalho, para a definição de uma estratégia nacional, global e integrada de combate à corrupção, teve o condão de trazer, de novo, para o tópico da discussão jurídica, a introdução dos acordos sobre a sentença em processo penal.

A questão jurídica, em consideração, tem, como principal contenda, a aplicação do instituto dos *acordos sobre a sentença em processo penal* nos nossos Tribunais, não tendo reconhecimento legal no ordenamento jurídico-processual penal português. Impõe-se, desde logo, uma breve caracterização: estamos perante a possibilidade da consagração de um acordo entre o Ministério Público (MP) e o Arguido, que será sempre homologado pelo(s) Juiz(es), mediante o qual o Arguido confessará, de livre vontade, integralmente e sem reservas, em audiência de julgamento, a prática dos factos constantes da acusação, ficando os limites da pena, ou, o tipo de pena a aplicar, previamente definidos. O Tribunal terá, posteriormente, o poder de avaliar a credibilidade da confissão e aplicará a medida concreta da pena, dentro dos limites já definidos no acordo.

O instituto, em causa, tem equivalentes noutros Países: o “*patteggiamento sulla pena*” em Itália; o “*conformidade*” em Espanha; o “*reconnaissance préalable de culpabilité*” em França ou o “*instituto da transação penal*” no Brasil. No entanto, historicamente, é na Alemanha que, há várias décadas, se aplicam os acordos sobre a sentença em processo penal, conhecidos como “*Urteilsabsprachen*”, utilizados como um meio para obter processos mais céleres e eficazes. O propósito é obter um acordo, tendente a simplificar, e, assim, agilizar o processo. Utilizados, originalmente, nos denominados megaprocessos por crimes de natureza económico-financeira, promoveu-se, progressivamente, a sua aplicação noutros

¹ DIAS, FIGUEIREDO, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, Conselho Distrital do Porto da OA, Coleção Virar de Página, 2011, pp. 23 e 24.

tipos legais de crime², com a importante ressalva de, só recentemente, existir consagração legislativa, pois, desde 4 de agosto de 2009, que o Código de Processo Penal Alemão (*StPO*), no seu parágrafo 257 C, introduziu os acordos sobre a sentença no ordenamento jurídico alemão³. Em 2013, o Tribunal Constitucional Federal Alemão⁴ pronunciou-se sobre a constitucionalidade destes acordos, após uma investigação sobre o uso de expedientes ilegais no âmbito dos acordos.⁵

II – Requisitos

A admissibilidade legal deste acordo pressupõe, na opinião de FIGUEIREDO DIAS, o preenchimento dos seguintes requisitos⁶:

1. A confissão pelo Arguido da prática do crime (“*conditio sine qua non*” do acordo sobre a sentença);
2. O poder/dever do Tribunal da sindicância da credibilidade da confissão, salvaguarda do princípio de que o acordo nunca poderá prejudicar os princípios da investigação judicial e da descoberta da verdade material;
3. O acordo restringe-se ao limite máximo e, eventualmente, mínimo, da pena a aplicar, afluindo numa moldura concreta da pena;
4. A possibilidade, ou mesmo vinculação, a penas de substituição;
5. A disposição da faculdade de extensão do acordo quanto a penas acessórias;
6. A manutenção da decisão final do Tribunal, dentro dos limites consensualizados, por respeito ao princípio da culpa;
7. A publicitação do acordo, que deve constar da ata;
8. A proibição de prova dos elementos do processo negocial, na hipótese de o acordo fracassar;
9. A intervenção,

² MADLENER, KURT, *Simpósio em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 662.

³ Na doutrina alemã, uma posição muito crítica dos acordos é expressa por BERND SCHÜNEMANN, cf. SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, «Decisão Penal Negociada», *Revista JULGAR*, n.º 25, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 155.

⁴ Ac. BVerfG 2 BvR 2628/10, de 19/03/2013. Em Itália, o Tribunal Constitucional também se pronunciou sobre o “*patteggiamento sulla pena*”, cf. BRANDÃO, NUNO, «Acordos sobre a Sentença Penal: Problemas e Vias de Solução», *Revista JULGAR*, n.º 25, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 165.

⁵ *Ibidem*, pp. 162, 165, 171 e 172.

⁶ Entende FIGUEIREDO DIAS (nota 1), pp. 111 e segs., que a introdução deste instituto no ordenamento jurídico-penal será concretizada, necessariamente, com uma reforma do processo penal, mas que, até lá, não existe nenhum entrave para a aplicação do mesmo na jurisprudência portuguesa.

no acordo, dos principais sujeitos processuais: Juiz, MP, Arguido e o seu Defensor.⁷ 10. A proibição da renúncia prévia ao direito de recurso; 11. O acordo deve ser obtido até ao início da produção de prova, após as declarações do Arguido; 12. O cumprimento de todos os atos processuais legalmente prescritos, incluindo a prolação da sentença.

III – A problemática da aplicabilidade dos acordos

A aplicação deste instituto tem suscitado dúvidas e incertezas. Procuraremos, nas próximas linhas, tentar elucidar as mais pertinentes⁸.

1- *A invalidade legal do acordo, baseada na ausência de uma sustentação legal no direito processual penal português.*

Uma das brechas apontadas a este instituto refere-se à ausência de fundamentação legal. O Código de Processo Penal Português (CPP) não tem nenhuma norma que regule, especificamente, os acordos sobre a sentença em processo penal. Não havendo fundamentação legal, desvanece toda e qualquer tentativa de basear uma decisão judicial neste instituto. Será assim?

Estatui o art.º 4.º do CPP: “*Nos casos omissos, quando as disposições deste Código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal*”.

⁷ FIGUEIREDO DIAS (nota 1), pp. 83 a 88, defende que o assistente, enquanto sujeito processual e na qualidade de colaborador do MP, deve ser convidado a colaborar na formulação do acordo, mas não terá o poder de invalidar o acordo alcançado pelos restantes sujeitos processuais.

⁸ Foi no círculo judicial de Ponta Delgada que, pela primeira vez na jurisprudência portuguesa, um Tribunal decidiu-se pela aplicação do instituto em causa (Orientação da PGDL n.º 1/2012 de 13/01/2013, disponível em <www.pgdlisboa.pt>). Além desta decisão judicial, vide o Ac. do Tribunal Judicial de Mangualde, processo comum coletivo n.º 292/10.7 GAMGL, de 12 de setembro de 2012; o Ac. TRC, processo comum coletivo n.º 292/10.7 GAMGL, de 27 de Fevereiro de 2013 (disponível em <www.dgsi.pt>); o Ac. do Tribunal Judicial de Vouzela, processo comum coletivo n.º 224/06.7 GAVZL, de 09 de julho de 2012; vejam-se, de igual modo, o Memorandum de 19 de janeiro de 2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra e os artigos do Juiz Conselheiro JOSÉ DE SOUTO MOURA – *Acordos em Processo Penal*, disponíveis em <www.dgsi.pt>.

Não existindo fundamentação legal, prevê o art.º 4.º do CPP, numa primeira fase, a aplicação, por analogia, de disposições deste Código. Numa segunda fase, e apenas quando essa aplicação não for possível, observar-se-ão as normas do processo civil harmonizáveis com o processo penal. Poder-se-á, então, perguntar: haverá alguma norma que possa aplicar-se por analogia? A resposta remete-nos para o disposto no art.º 344.º do CPP. A *ratio legis* deste artigo assenta “(...) no regime de valorização da confissão ser construído com o propósito do incremento da celeridade processual”º.

O art.º 344.º do CPP prevê a possibilidade de o Arguido confessar os factos na audiência de julgamento, de livre vontade, integralmente e sem reservas, com a confissão a ter implicações no normal decorrer do processo (n.º 2 do art.º 344.º), as mais relevantes das quais são a renúncia à produção de prova, relativa aos factos imputados e a imediata passagem às alegações orais. Esta confissão será sempre validada pelo Tribunal, que mantém o poder de aferir da credibilidade da confissão do Arguido.

Não obstante, o n.º 3 do art.º 344.º estabelece determinadas situações em que não se aplica o referido n.º 2, designadamente, a existência de coarguidos e a não confissão por todos eles, a moldura penal do crime, em causa, e a fiabilidade da confissão do Arguido.

A solução preconizada por este artigo seria uma base legal sustentada e credível para a aplicação dos acordos sobre a sentença em processo penal. Aliás, se fizermos um exercício de comparação entre o disposto nos números do artigo e aquilo que FIGUEIREDO DIAS defende (*supra* descrito), enquanto pressupostos de aplicação do instituto, as semelhanças são por demais evidentes:

- a) a confissão livre, integral e sem reservas do Arguido;
- b) o poder de aferição pelo Tribunal da credibilidade desta confissão;
- c) o princípio da publicidade, aplicável nas duas situações;

º ALBUQUERQUE, PAULO PINTO, *Comentário ao Código de Processo Penal – art.º 344º*, 4ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

- d) o acordo deve ser obtido, em regra, até ao início da produção da prova;
- e) não existirá nenhuma renúncia ao direito de recurso.

2 – *A inevitável tentativa de comparação com a figura do “plea bargaining”, do processo penal norte-americano*¹⁰.

O processo penal norte-americano, tal como, atualmente, o conhecemos, com a matriz da declaração negociada da culpa do Arguido — “*plea bargaining*” — teve a sua origem no princípio do século XX (1920/1930). As razões, pelas quais o processo penal norte-americano adotou esta figura, deveram-se a fatores sociais, *v.g.* o aumento exponencial da população americana, com a vaga de imigração do início do século XX, que resultaram no acréscimo de litígios e, conseqüentemente, num recrudescimento substancial de processos pendentes.

Os principais sujeitos processuais do processo penal norte-americano são o Juiz, o MP, o Arguido e o Defensor. Se o “*plea bargaining*” é uma construção destes sujeitos processuais, criado por eles e para satisfazer os seus interesses, teremos de realçar o MP norte-americano, provavelmente, como a figura que mais se diferencia do modelo português.

O MP norte-americano, designado por “*Attorney General*”/“*Prosecutor*”, é eleito pelo povo, numa verdadeira democratização da Justiça, concebido como um “*lawyer of the people*”. Se o sentimento dos eleitores será sempre de expectativa em verem solucionados os seus problemas, numa vertente criminológica, os problemas de uma população serão sempre os receios, legítimos, dos efeitos tenebrosos da insegurança e do aumento dos crimes mais violentos. Do outro lado, teremos um MP que será mais bem-sucedido, consoante o maior número de condenações que conseguir, sempre com o objetivo final de uma reeleição para o cargo.

O modelo processual norte-americano tem traços similares com o processo de partes do processo civil. Cabe às partes a iniciativa processual, trazendo para o

¹⁰ ALBERGARIA, SOARES, *Plea Bargaining-Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.*, Coimbra, Almedina, 2007.

juízo de julgamento das provas necessárias, o que leva a que, da parte da defesa, haja uma investigação paralela à investigação do MP. O Juiz tem, neste modelo processual, um papel de árbitro, de moderador, funcionando como garante do cumprimento das normas processuais.

Perante este cenário, a figura do “*plea bargaining*” surge como uma consequência natural do processo de partes. Uma declaração negociada de culpa do Arguido pressupõe que haja cedências por parte do MP, consubstanciadas, no limite, na “*renúncia à acção penal ou revogação da decisão de acusar*”.¹¹

No modelo norte-americano, o MP tem várias possibilidades, atendendo nomeadamente, ao registo criminal do Arguido, à natureza do crime, à perspectiva do Arguido em cooperar noutras investigações, à probabilidade de condenação, ao interesse público no processo ser julgado, em vez de negociado.¹² Não se estranha por isso, que o MP disponha do processo conforme as propostas que a Defesa lhe apresenta ou da consistência da prova recolhida e da perspectiva de uma sólida acusação.

Perguntar-se-á então, se este modelo de processo de partes, com uma “*justiça negociada*”, não prejudicará a descoberta da verdade material, no fundo, um dos objetivos primários do Estado, enquanto garante da segurança e da paz social? Não se sobreporá o papel negociador do MP ao seu papel de representante do Povo, enquanto defensor dos Direitos, Liberdades e Garantias? Teremos aqui uma discricionariedade de atuação do MP?¹³

Terão sido estas inquietações que suscitaram a proibição da “*selective prosecution*”, ou seja, propôs-se evitar a discricionariedade de atuação do MP, no que conduziria a uma consagração constitucional, através da “*equal protection*

¹¹ SOARES DE ALBERGARIA (nota 10), p. 51.

¹² *Ibidem*, pp. 65 e segs.

¹³ *Ibidem*, p. 54.

clause”, consagrada na XIV Emenda à Constituição Federal¹⁴, firmando-se, assim, a doutrina do “*due process*”.

Além das óbvias diferenças de organização, mormente, na estrutura orgânica do MP, as principais disparidades¹⁵ residem na confrontação entre a matriz do processo penal norte-americano e a matriz do nosso processo penal, no papel dos sujeitos processuais e na própria estruturação dos formalismos processuais.

3 – *O direito do Arguido à não autoincriminação no processo penal (“nemo tenetur se ipsum accusare”)*.

O princípio “*nemo tenetur se ipsum accusare*” tem expressão, não só no direito processual penal português (*vide* artigos 61.º, n.º 1, al. d); 141.º, n.º 4, al. a) e 343.º, n.º 1, todos do CPP), mas, de igual modo, na CEDH (*vide* art.º 6º, n.ºs 1 e 2). A este princípio está implícito o direito do Arguido ao silêncio, estando este obrigado a falar verdade, apenas, no que concerne a alguns dados (*v.g.* nome, filiação, morada, estado civil, data de nascimento, profissão).

O Tribunal Constitucional já se tinha pronunciado sobre o direito do Arguido ao silêncio, ao declarar a inconstitucionalidade do n.º 2 do art.º 342.º do CPP, por entender que “(...) a imposição ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais formulada no início da audiência de julgamento, viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido”¹⁶. A doutrina portuguesa refere, outrossim, que este princípio protege a dignidade humana e a liberdade de ação, enquanto fundamentos da proteção contra a autoincriminação¹⁷.

¹⁴*Ibidem*, p. 58.

¹⁵ NUNO BRANDÃO, (nota 4), p. 164 e 166.

¹⁶ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 695/95, de 5/12. Numa das últimas revisões do CPP, o dever do Arguido em declarar quais os seus antecedentes criminais foi eliminado do elenco normativo do n.º 1 do art.º 342.º do CPP.

¹⁷ ANDRADE, COSTA, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 125.

Se o Arguido tem o direito de não prestar declarações, além daquelas a que está obrigado no início do julgamento, tem, similarmente, o poder absoluto de prescindir desse direito e falar sobre factos que digam respeito à matéria que está a ser discutida na acusação (cf. art.º 343.º do CPP). Podendo prescindir desse direito e declarar que pretende falar, o Arguido pode, em última análise, confessar os factos¹⁸ de que está acusado, até por uma questão de estratégia da sua própria defesa, atuando esta confissão como fator atenuante, uma demonstração de arrependimento, ocorrendo a partir daqui o juízo de sindicância do Tribunal que avaliará as condições em que o Arguido confessou.

Analisado o princípio da não autoincriminação, surge uma brecha na tramitação dos acordos sobre a sentença em processo penal: *até que ponto uma proposta do MP, no início da audiência, será um factor de pressão colocado sobre o Arguido?* Uma não aceitação da proposta de acordo do MP levará a uma atitude “hostil”, por parte das autoridades judiciais?¹⁹ Estaríamos, aqui, perante uma coação ao Arguido, colocando o mesmo “entre a espada e a parede”?

Perante este cenário de uma hipotética coação sobre o Arguido, para que aceite o acordo, e, com isso, confesse, poderemos ter uma proibição de prova? Estipula o art.º 126.º, n.ºs 1 e 2, al. e) do CPP, coadjuvado pelo preceito constitucional do art.º 32.º, nº 8 da CRP, que uma prova obtida através de coação ou promessa de vantagem legalmente inadmissível, será nula, não obstante o consentimento do próprio Arguido.

Vejamos,

O Arguido é e será sempre livre de aceitar ou não as condições propostas pelo MP, sem que uma não aceitação possa prejudicá-lo, porque, caso algum Tribunal formulasse um pré-juízo do Arguido, por não ter aceite um acordo, teríamos, aí sim,

¹⁸ “expressão livre da sua auto-responsabilidade e do seu direito de autodeterminação”, cf. NUNO BRANDÃO (nota 4), p. 166.

¹⁹ KURT MADLENER (nota 2), p. 663.

uma violação da imparcialidade²⁰ dos Tribunais e a violação do princípio da imediação, previsto no art.º 355.º, n.º 1, do CPP.

Uma proposta de acordo, onde o MP indique os limites da moldura penal a aplicar, poderá ser uma vantagem para o Arguido ponderar a sua resposta. No entanto, um Arguido, convicto da sua inocência, poderá não aceitar as condições propostas e manter-se firme na sua vontade de rebater a acusação contra si formulada, prosseguindo o processo os seus trâmites legais.

A única vantagem será o Arguido conhecer, logo no início da audiência de julgamento, qual o limite máximo da pena ou o tipo de pena proposta pelo MP.

Se considerarmos esta proposta como uma vantagem, será ela legalmente inadmissível e, por isso, a prova, obtida pela confissão, será uma prova proibida? Este é, segundo o meu ponto de vista, o ponto primordial no debate em torno da legalidade dos acordos sobre a sentença.

Será admissível a existência de uma norma na nossa legislação processual penal, que permita, no início da audiência de julgamento, ao Arguido conhecer de imediato qual o tipo de pena e os limites dessa pena propostos pelo MP, baseando-se este sujeito processual, unicamente, no privilegiado conhecimento de toda a acusação e na forte convicção de uma condenação?

O Supremo Tribunal de Justiça, num Acórdão²¹ de 2013, pronunciou-se pela nulidade da prova, quando obtida nestes moldes²².

²⁰ A garantia da imparcialidade do Juiz é uma das objeções que se aponta ao modelo alemão dos acordos, onde o papel do Juiz, na tramitação dos acordos, é mais interventivo do que no nosso Direito, quando o acordo não é alcançado entre os sujeitos processuais – *máxime* entre o Juiz e o Arguido – e o processo segue para a fase de julgamento. Numa comparação do papel do Juiz nos dois modelos processuais, *vide* NUNO BRANDÃO (nota 4), p. 176.

²¹ Ac. STJ, proc. n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, de 10-04-2013 (disponível em <www.dgsi.pt>). A posição dos Juízes Conselheiros foi desfavorável à aplicação do instituto, consubstanciada nos seguintes fundamentos: “I- 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”; Posição idêntica e desfavorável foi expressa pela PGR, na diretiva n.º 2/14 de 2014-02-21, na sequência de uma tentativa de acordo no julgamento do processo conhecido por “*caso Remédio Santo*”. Ver, na mesma senda, a opinião do Juiz Conselheiro EDUARDO MAIA COSTA, *Acordos sobre Sentença Penal – II Jornadas de Direito Penal dos Açores*, Ponta Delgada, 2012.

Parece-me que, a existir alguma vantagem, a sua inadmissibilidade legal só se verificará quando incluir, p. ex., a promessa relativa à determinação de uma concreta pena, designadamente, a promessa feita pelo Tribunal de uma pena específica, se o Arguido confessar.

A determinação de uma moldura penal, dentro da qual o Tribunal decidirá qual a pena em concreto a aplicar, já está subjacente no final do inquérito, quando o MP, com o espectro da sanção da nulidade, na própria acusação que deduz, indica as disposições legais aplicáveis ao caso, conforme dispõe o art.º 283.º, n.º 3 al. c), do CPP.

Não poderíamos, por outro lado, olvidar o princípio da lealdade processual entre as partes, consagrado nos artigos 10.º da DUDH e 6.º da CEDH.

4 – Múltiplos Arguidos: quais os efeitos/consequências no acordo, em resultado da não aceitação, por parte de alguns dos Arguidos, da proposta do MP?

Na existência de coarguidos no processo, a não aceitação, por parte de uma parcela, da proposta de acordo, terá como relevância jurídica o prosseguimento dos normais trâmites legais, exclusivamente quanto a estes. As declarações proferidas, no momento da confissão, pelos outros coarguidos, que tenham aceite o acordo proposto, não podem servir como meio de prova contra aqueles que não aceitaram e preferiram submeter-se a um processo penal completo, como o próprio CPP já prevê no art.º 345.º, n.º 4.

²² Numa postura crítica aos fundamentos do STJ, vide CLÁUDIA CRUZ SANTOS, (nota 3), pp. 159 (parte final) e 160.

IV – Conclusão

O CPP já admite soluções de consenso²³, onde a concordância dos sujeitos processuais é uma das condições para a formalização desses institutos (v.g. suspensão provisória do processo, processo sumaríssimo). A aplicação, pelos nossos Tribunais, do instituto dos acordos sobre a sentença em processo penal, não trará uma fraturante metamorfose, isto apesar dos agoiros e (infundadas) profecias. O nosso processo penal continuará a ter uma matriz acusatória, integrado por um princípio de investigação²⁴, onde o papel do MP continuará a ser o de investigar e acusar (ou arquivar). Não haverá uma transferência dos poderes do Juiz para o MP, como já foi sugerido, porque o Juiz continuará a ter a faculdade de avaliar a credibilidade da confissão²⁵ do Arguido e decidirá qual a pena em concreto a aplicar, permitindo-se, outrossim, nos casos em que o Tribunal tenha dúvidas, que haja produção de mais provas. Não haverá o receio do Arguido ser coagido a aceitar o acordo apresentado, porquanto, este acordo parte de uma proposta, e, como tal, o Arguido e o seu Defensor, convictos da inocência, são livres de aceitarem ou não as condições do acordo, quando considerem que os indícios e as provas constantes da acusação podem ser contraditados em audiência de julgamento. Não existirá uma renúncia prévia ao recurso, o que permitirá ao Arguido e ao seu Defensor, caso não aceitem as penas, em concreto, aplicadas, recorrerem para uma instância superior. Teríamos uma justiça mais célere, com todos os convenientes que daí advêm, sob a égide de estruturas de consenso, tendo por base a intervenção e a vontade expressa de todos os sujeitos processuais. A implementação desta solução de futuro, numa escala gradual²⁶, deverá constituir uma réplica face às novas realidades

²³ CLÁUDIA CRUZ SANTOS (nota 3), pp. 148 e 149.

²⁴ Aliado ao poder-dever do Tribunal de sindicar a credibilidade da confissão do Arguido, evitando-se assim “(...) as violações ao princípio da culpa inerentes às confissões falsas.”, cf. NUNO BRANDÃO (nota 4), p. 173.

²⁵ “para o funcionamento do acordo é imprescindível a confissão (...) como elemento probatório dirigido ao esclarecimento e comprovação dos factos objeto do processo”, *ibidem* p. 173.

²⁶ Aplicação, *primo*, em situações de pequena e média criminalidade, cf. NUNO BRANDÃO (nota 4), p. 174.

socioeconómicas e às conseqüentes respostas jurídicas, incrementando-se, como defende FIGUEIREDO DIAS, a introdução de “(...) estruturas de consenso, em detrimento de estruturas de conflito”²⁷.

²⁷ FIGUEIREDO DIAS (nota 1), p. 16.