

DECISÃO PENAL NEGOCIADA

CLÁUDIA CRUZ SANTOS

Resumo: A possibilidade de se responder à criminalidade — sobretudo a mais grave — através de uma decisão penal negociada (ou, como se prefere, obtida através da cooperação dos sujeitos processuais de modo a tornar dispensável a produção de prova em julgamento) vem suscitando divergências na doutrina e na jurisprudência. É propósito deste estudo avaliar criticamente as resistências à aceitação dos acordos sobre a sentença, comparando-os com as soluções de consenso já admitidas pelo direito processual penal português e distinguindo-os das soluções restaurativas.

Palavras-chave: acordos sobre a sentença, consenso, decisão penal negociada, justiça restaurativa, verdade.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O convite para intervir nas Terceiras Jornadas Açoreanas de Direito era irrecusável, depois de em 2010 me ter sido dada a honra de integrar o grupo de participantes nas Primeiras Jornadas. A inteligência e a diligência postas na organização, combinadas com a hospitalidade, o bom gosto e a discreta elegância que caracterizam os açoreanos, levou-me a resolver tratar o tema que me fora proposto — a decisão penal negociada ¹ —, esforçando-me por acreditar que navegaria em águas próximas daquelas que percorri no tempo que venho dedicando ao estudo da justiça restaurativa. Tratou-se, porém e como rapidamente descobri, de um grande engano, que só a muita vontade de regressar a Ponta Delgada e reencontrar amigos queridos ajuda a contextualizar. A verdade é que a justiça penal negociada me parece cada vez mais diferente da solução restaurativa para o conflito jurídico-penal.

¹ Optei por manter neste texto o título “Decisão penal negociada” por esse ter sido precisamente aquele que me foi proposto e que ficou registado no programa das Jornadas Açoreanas. Não desconheço, porém, a preferência pelos conceitos de “cooperação” e de “consenso” em detrimento do de “negócio”, que creio justificada pela intenção de vincar a diferença face a institutos como o da “plea bargaining”. Fica, portanto, registada a ressalva: não deve ver-se no título “decisão penal negociada” uma qualquer aceitação das ideias de manipulação da realidade, segredo e inverdade por vezes associadas ao conceito de “negócio penal”.

Este é, portanto, *quase* o primeiro encontro com um tema que se me apresenta como *quase* novo, pelo que não presidem a estas reflexões — desencadeadas por aquelas Terceiras Jornadas Açoreanas de Direito — quaisquer pretensões de exaustividade ou daquela definitividade que estes estudos nunca têm (e que este ainda tem menos do que outros).

As interrogações que presidem às considerações a tecer são as seguintes: haverá alguma diferença qualitativa entre o *consenso* que o nosso direito processual penal já admite, por um lado, e a *decisão penal negociada*, por outro lado, que justifique as reservas suscitadas pela aceitação desta última figura?; as especificidades da decisão penal negociada justificam a sua interdição por ela ser desconforme com a lei penal e processual penal vigente?

Estas duas perguntas principais darão o mote às duas partes em que o nosso estudo se estruturará: num primeiro momento considerar-se-á o problema do *consenso e da decisão penal negociada*; só depois se apreciará criticamente o entendimento — vertido já na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça — de que “o direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença”.

2. CONSENSO E DECISÃO PENAL NEGOCIADA

O ponto de partida para a reflexão parece dever ser este: *o processo penal português admite cada vez mais espaços de relevância da vontade dos sujeitos* — e, logo, cada vez mais espaços de consenso ².

Sendo assim, como justificar a boa vontade com que esse consenso é visto, por contraposição às dificuldades suscitadas pela decisão penal negociada — ou, como se prefere, pelos acordos sobre a sentença? *Haverá uma diferença qualitativa entre aquele consenso e esta “negociação”*, que ajude a compreender a ideia de Bernd SCHÜNEMANN de que “os acordos informais constituem a agressão mais profunda na evolução do processo penal alemão desde 1879 e uma machadada nas raízes de uma tradição centenária” ³?

A um primeiro olhar, poder-se-ia dizer que essa diferença material existe. No *consenso* estar-nos-íamos a referir ainda a um processo, enquanto a consideração do *acordo* suporia já um resultado. Mas a prioridade atribuída ao movimento ou à estática, em cada uma das hipóteses, não pode fazer-nos ignorar que todo o procedimento tende para um resultado e que todo o resul-

² Como afirma Manuel da COSTA ANDRADE, no contexto de detida análise das soluções de consenso e de oportunidade introduzidas pelo Código de Processo Penal em 1987 e referindo-se à suspensão provisória do processo e ao processo sumaríssimo, “ambas as figuras em exame corporizam soluções processuais preferentemente situadas no que, à falta de melhor, poderemos designar por *marginem do consenso* e do Estado de Direito *material e social*. Por oposição à outra *marginem*: a do *conflito* e do Estado de Direito, *tout court*, em que a *igualdade de armas* persiste como aspiração basililar”.

³ Cfr. Bernd SCHÜNEMANN, “Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano sobre el mundo?”, *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milénio*, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 293.

tado é produto de algum movimento. Ou seja: através do consenso pretende-se atingir um acordo que se julga possível; o acordo supõe a existência prévia de algum consenso relacionado com um procedimento de encontro de vontades.

Esbatida a diferença à luz deste critério, poder-se-ia questionar se a fronteira passaria então pelo grau de poder conformador da decisão atribuído às autoridades judiciárias ou antes às “partes” arguido e ofendido. Seria, assim, o maior poder de condicionamento da solução pelas “partes”, inerente à decisão negociada, o fundamento para as maiores reservas que suscita? A resposta não pode, segundo se crê, passar por aqui, na medida em que na decisão penal negociada o poder de modelação da decisão pelas autoridades judiciárias não é menor do que em soluções de consenso como a suspensão provisória do processo ou o processo sumaríssimo. Pelo contrário, onde o grau de manifestação da autoridade estadual na decisão parece menor é, apenas, na mediação penal como forma de diversão que, se é solução de consenso, não é já, como mais à frente se verá, uma *decisão penal* negociada — na mediação, a solução para o conflito é construída pelo arguido e pelo ofendido que, no horizonte dos crimes particulares, a encontram com desapego pelas finalidades de prevenção geral e especial que orientam a resposta penal. Ou seja: não pode considerar-se uma decisão penal, aparecendo antes como uma solução restaurativa.

Em rigor, nem sequer se pode afirmar de forma definitiva que no processo penal todo o poder é apenas do Estado, que decidiria de modo autoritário, e que nas práticas restaurativas é unicamente a vontade dos particulares envolvidos no crime que releva ⁴. No que respeita às práticas restaurativas, elas tendem a surgir no âmbito de uma regulamentação estadual que define os seus pressupostos e os seus limites. No que tange à justiça penal, se, de facto, só através de uma decisão judicial se pode aplicar uma sanção penal, a tramitação do processo que nela desemboca será condicionada pela actividade dos sujeitos processuais, qualidade de que também gozam o arguido e o assistente. A decisão penal é, nessa medida, também ainda construída através do diálogo, apesar do poder decisório outorgado às autoridades judiciárias. E também na decisão penal negociada a decisão será ainda confor-

⁴ Recorde-se, além disso, que a tentativa de legitimação da justiça penal estadual através da teoria do contrato social não prescinde de uma certa ideia de *acordo*. Nas palavras de Winfried HASSEMER, (in *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* cit., p. 23), “em um plano horizontal o contrato social significa (...) o acordo — imaginário — dos cidadãos quanto a um ordenamento jurídico vinculante para todos”. Todavia, como também nota o Autor, esse contrato social, já em um plano vertical, “precisa de ser garantido institucionalmente. Essa garantia produz-se instituindo contratualmente uma autoridade superior a quem cabe fiscalizar que as cláusulas contratuais realmente se cumprem”. Todavia, quando neste ponto da reflexão se menciona o consenso por oposição à decisão autoritária do conflito, não é naturalmente desse “acordo imaginário” que se trata, mas antes da possibilidade de através da comunicação se contribuir para a conformação efectiva da solução para o conflito, em moldes que, por suporem algum entendimento dos intervenientes do conflito, tornam desnecessária a decisão autoritária.

mada pelas autoridades judiciárias, em função das finalidades especificamente penais, mesmo que se atribua específica relevância à cooperação do arguido.

Em síntese: já existem na justiça penal portuguesa hipóteses em que se atribui relevância ao acordo de sujeitos processuais em moldes que, por exemplo, evitam o julgamento e a condenação (na suspensão provisória do processo) ou o julgamento e a condenação a pena de prisão (no processo sumaríssimo). E, nos crimes particulares em sentido amplo, a vontade do ofendido condiciona a existência ou a continuação do processo penal ⁵.

O princípio da *oficialidade* conhece assim limitações decorrentes, desde logo, da consagração generosa da necessidade de queixa do ofendido para que o Estado possa desencadear o processo penal e, com menor frequência, da exigência de acusação particular para a sujeição do caso a julgamento. Tais desvios à oficialidade têm sido explicados fazendo apelo à menor gravidade daqueles ilícitos, a qual tornaria desnecessária a intervenção punitiva estadual se o ofendido a não reclamar, supondo-se ainda que o reduzido desvalor da conduta não causa significativo abalo comunitário. Por outro lado, a exigência de queixa e, em algumas hipóteses, de acusação particular, configura-se ainda como um reconhecimento da autonomia da vontade do ofendido em não ver expostas no processo penal questões que, por serem eminentemente atinentes à sua intimidade ou à sua privacidade, poderiam com a sua reafirmação em juízo levar a uma intensificação ou a uma revisão da ofensa.

Existe por isso já, na justiça penal, o reconhecimento — inerente à aceitação dos crimes particulares em sentido amplo — de uma certa disponibilidade do conflito (comprovada pela possibilidade de se pôr fim ao processo através da desistência de queixa).

Já em um outro plano, também se deve reconhecer que a expansão no direito processual penal das soluções de consenso e das soluções de oportunidade ⁶ funciona como limite à tradicional *legalidade*. Neste sentido, parece

⁵ Sobre a forma como a existência de crimes particulares se relaciona com uma certa “despublicização” do direito penal e sobre a sua justificação em função da “ténue censurabilidade da conduta do agente” e do “diminuto ou nulo abalo social provocado”, cfr. Carlota Pizarro de ALMEIDA, *Despublicização do Direito Criminal*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 17 ss.

⁶ Uma análise destes conceitos não pode prescindir do estudo de referência de Manuel da COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)”, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal* (CEJ), 1988, p. 317 ss. Também João Conde CORREIA refere, a propósito da expansão das soluções de consenso, a ideia de que “o processo deveria optar, cada vez mais, por um sistema argumentativo, capaz de propiciar um diálogo livre e em condições de igualdade, por forma a que cada uma das partes pudesse defender os seus interesses e dar o seu contributo para a decisão” (*O Mito do Caso Julgado e a Revisão Propter Nova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 61). Pedro CAEIRO («Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema», *Separata da Revista do Ministério Público n.º 84*, p. 32), depois de reafirmar a “doutrina pacífica” segundo a qual “os princípios da legalidade e da oportunidade surgem, num plano lógico, como *lugares inversos*”, define a oportunidade como “*uma liberdade de*

significativa a argumentação acolhida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 16/2009, de 18 de Novembro, no sentido em que «neste novo enquadramento também o princípio da legalidade vem a ser objecto de uma actualização interpretativa, imposta pela própria evolução da dogmática do processo penal, e a compulsoriedade do exercício da acção penal é quebrada com a aceitação de margens de actuação que visam a desjudicialização, encontrando o seu lugar programas de política criminal em que surgem como pontos centrais, e irrenunciáveis, os temas da “mediação”, da “desjudicialização”, da “justiça penal negociada”, dando foros de cidadania a uma decantada “justiça restaurativa”, e a institutos processuais penais como o do “arquivamento em caso de dispensa de pena”, da “suspensão provisória do processo”, da “*plea bargaining*” e tantos mais»⁷.

Os conceitos de consenso e de oportunidade, apesar da frequência com que são emparelhados na análise destas temáticas, têm distintos conteúdos e podem existir de forma desligada⁸. Assim, por exemplo, o processo sumariíssimo será manifestação de uma solução de consenso, mas não já de oportunidade⁹. Também nos acordos sobre a sentença sobressai mais o

apreciação do MP relativamente ao se da decisão de investigar ou de acusar apesar de estarem reunidos os pressupostos legais (gerais) dos ditos deveres. Sobre o assunto, cfr., ainda, Mário Ferreira MONTE, que defende uma ampliação do âmbito da oportunidade associada ao consenso no processo penal (“Do princípio da legalidade no processo penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidade”, *Revista do Ministério Público*, n.º 101, ano 26, Jan-Mar de 2005, ps. 67 ss.). Para uma ponderação do sentido dos juízos de oportunidade a partir da ideia de que “a generalidade dos sistemas baseados na legalidade se tem vindo a abrir à recepção de normas de *oportunidade controlada*, geralmente racionalizadas como uma tentativa de melhorar a *eficácia*, o *rendimento*, a *capacidade de resposta* da Justiça penal”, vd. Teresa BELEZA, “A recepção de regras de oportunidade no direito penal português: resolução processual de problemas substantivos?”, *Revista Jurídica*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 21, 1997, p. 9. Mais recentemente, António CALADO afirma que, do seu ponto de vista, a oportunidade “não é em si mesma arbitrária, mas antes o seu espaço surge em resultado da prévia existência de uma diversidade de soluções aplicáveis” (*Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 47).

⁷ Este Acórdão n.º 16/2009 do STJ, de 18 de Novembro, fixou a jurisprudência de que “a discordância do juiz de instrução em relação à determinação do Ministério Público, visando a suspensão provisória do processo, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 281.º do Código de Processo penal, não é passível de recurso”. O que sobretudo interessa a este ponto da reflexão não é, porém, esta decisão, mas antes aquela linha de argumentação atinente a uma nova compreensão do princípio da legalidade da promoção processual (o Acórdão, de 18 de Novembro de 2009, foi publicado no *DR*, 1.ª série, n.º 248, de 24 de Dezembro de 2009, p. 8737 ss.).

⁸ A este binómio consenso-oportunidade associa-se ainda, com frequência, um terceiro vector, o da celeridade, que vem ganhando peso autónomo no pensamento político-criminal contemporâneo e que no processo penal português adquire expressão nomeadamente através da consagração (e da progressiva expansão) das formas especiais do processo. Sobre a questão, veja-se Ana Luísa PINTO (*Celeridade no Processo Penal: o direito à decisão em prazo razoável*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008), que conclui pela dupla natureza — objectiva e subjectiva — do valor dessa celeridade (ob. cit., p. 311).

⁹ Pedro CAEIRO (últ. ob. cit., ps. 36-7), depois de considerar que, num plano material, o processo sumariíssimo não é uma solução de oportunidade, na medida sobretudo em que «o “requecimento” do MP constitui um *equivalente funcional* da acusação», afirma-o, naturalmente,

consenso do que a oportunidade, na medida em que ainda existe uma acusação feita pelo ministério público. Compreende-se bem, porém, o convívio fácil entre os conceitos de consenso e de oportunidade: os desvios à regra da legalidade ainda dominante ¹⁰ e o encurtamento do rito ordinário encontram algum conforto na compreensão de que não ocorrem contra ninguém, sendo antes da vontade de todos.

A ideia segundo a qual existe um verdadeiro *dever* de promoção processual para a entidade — no caso português, o Ministério Público — a quem incumbe a abertura do inquérito e a dedução da acusação, *se continua a ser a regra no nosso direito processual penal é, porém, uma regra sujeita a um cada vez maior número de excepções* ¹¹. Para o progressivo enfraquecimento dessa regra contribuem influências provindas do pensamento criminológico, das concepções sobre os fins da pena e de correntes político criminais ¹². Como muito bem notou Manuel da COSTA ANDRADE, «a legalidade — no

enquanto exemplo de consenso. Nas exactas palavras do Autor, “afigura-se que o processo sumariíssimo, constituindo inegavelmente um mecanismo de diversão e de consenso, se aproxima mais do paradigma da legalidade do que do paradigma da oportunidade”.

¹⁰ Para uma análise, sob uma perspectiva criminológica, da distância que se crê existir, porém, entre o princípio da legalidade da promoção processual tal como está consagrado na lei e aquela que pode ser a prática das instâncias formais de controlo, vd. Cláudia SANTOS, *O crime de colarinho branco* cit., p. 227 ss.

¹¹ Deve, porém, dar-se conta das dúvidas com que muitos Autores encaram a expansão das soluções de celeridade e de consenso na justiça penal. Em jeito de ilustração, considere-se a opinião de Winfried HASSEMER (*Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* cit., ps. 62-3), que vê nesta tendência uma das características do direito penal que apoda de “moderno”: «o problema central do moderno direito penal é a distância entre a sua capacidade real, por um lado, e as expectativas de solução que gera, por outro, que, ao ampliarem-se, qualitativa e quantitativamente, podem fazer chegar — e já se está a chegar — a um momento em que se procurem novas vias, de carácter sobretudo processual, para aumentar essa capacidade. E como um processo penal com todas as garantias do Estado de Direito custa tempo e dinheiro, começam a dar-se, e não por acaso, nos sectores que caracterizam o moderno direito penal, os chamados “acordos”, que se levam a cabo no processo penal entre a acusação e a defesa, como uma forma de solução do conflito». O Autor acrescenta que não pode compreender-se esta evolução do direito processual penal desligada da evolução do direito penal: «o direito penal material e o direito processual penal estão, em última instância, em íntima relação funcional e, por isso, um direito processual penal com todas as garantias só é possível contando com um direito penal material baseado nos mesmos princípios: ou seja, presidido pelo princípio da legalidade, concentrado em bens jurídicos precisos e limitado a funções que possam ser cumpridas. As incriminações massivas no direito penal material produzem estratégias de actuação também massivas no direito processual penal». A razão pela qual se citou este pensamento de Hassemer é sobretudo uma: exemplificar uma compreensão que importa ter em conta e segundo a qual muitas novidades do direito processual penal orientadas para a simplificação, para a celeridade e para a diversão podem não constituir um bem em si mesmas, representando antes um mal imposto por opções também questionáveis em sede de expansão do direito penal. Pronunciando-se sobre a introdução, no direito processual penal alemão, do princípio da oportunidade (através do parágrafo 153 e seguintes do StPO) e sobre os “acordos entre as partes”, o Autor considera que configuram “quebras das garantias jurídicas do processo penal” e entende que “mais do que opções, são formas de claudicação resignada face às necessidades do moderno direito penal”.

¹² As teorias funcionalistas parecem mais favoráveis ao surgimento das soluções de oportunidade e de consenso do que aquelas outras que pretendam a realização de uma justiça absoluta.

sentido de a investigação e sobretudo a promoção processual valerem *sem alternativa* em relação aos factos clarificados em termos de a condenação dos respectivos agentes se apresentar nitidamente provável — valia como reverso de um direito penal que se sacrificava ao dogma absolutizado da retribuição da pena como “negação da negação” hegeliana. De um direito penal que, em conformidade, aspirava e acreditava na meta do *full enforcement*, da aplicação sem resíduos das normas incriminatórias a todas as condutas em abstracto subsumíveis»¹³.

O abandono do “mito da justiça absoluta”, na terminologia adoptada por Pedro CAEIRO, tem-se revelado no direito processual penal português¹⁴ também através da adopção progressiva de soluções que, independentemente da forma como as qualifiquemos — de legalidade aberta a valorações de política criminal, de legalidade mitigada ou de oportunidade —, radicam na compreensão da indesejabilidade da punição de toda a criminalidade conhecida pelas instâncias formais de controlo¹⁵. Assim, surgem com o Código de Processo Penal de 1987 as formas de diversão (a diversão simples representada pelo arquivamento em caso de dispensa da pena e a diversão com intervenção que é a suspensão provisória do processo), cuja história vem sendo — após alguma turbulência doutrinal inicial e alguma renitência por parte dos aplicadores — de gradual ampliação dos seus âmbitos de aplicação¹⁶.

Aquilo que agora se quer sublinhar é que o alargamento das possibilidades de diversão resultante da “expansão” do arquivamento em caso de dispensa da pena e, sobretudo, da suspensão provisória do processo tem como reverso, naturalmente, uma *compressão da legalidade da promoção processual*¹⁷ entendida enquanto obrigação de acusar sempre que existam indícios suficientes de que o agente cometeu um crime.

¹³ Manuel da COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade” cit., p. 339.

¹⁴ Naturalmente, o abandono daquele “mito” tem outras consequências, não só no plano adjetivo como no plano substantivo. No que respeita a este último, considere-se, por exemplo, a dispensa da pena.

¹⁵ A esta afirmação subjaz o entendimento de que não só não é possível que a justiça penal tome conhecimento de toda a criminalidade existente — as cifras negras parecem incontornáveis —, como também não é desejável, *mesmo quanto à criminalidade conhecida*, um sancionamento penal em todos os casos. Uma compreensão destas duas ideias não pode, mais uma vez, prescindir do pensamento da criminologia de sessenta, crítico das instâncias formais de controlo. Uma análise muito detida da problemática da selecção ao longo das várias instâncias formais de controlo é a de Jorge de FIGUEIREDO DIAS e Manuel da COSTA ANDRADE, in *Criminologia, O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora: 1997, 3.ª reimpr., p. 384 ss. Para uma reflexão sobre “as necessidades institucionais e objectivo-lógicas da selecção”, veja-se Günther KAISER, *Criminologia, Una Introducción a sus Fundamentos Científicos*, Madrid: Espasa-Calpe, 1978, p. 98 ss.

¹⁶ Sobre a alteração, em 2007, do regime jurídico da suspensão provisória do processo, cfr. Rui do CARMO, “A suspensão provisória do processo no Código de Processo Penal revisto: alterações e clarificações”, *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial), 2.º semestre de 2008, p. 321 ss.

¹⁷ A que não corresponde a admissibilidade de qualquer arbítrio por parte da autoridade judiciária quanto à forma como encerra o inquérito. Muito pelo contrário, a alteração a que o instituto foi sujeito em 2007 reforça — sem deixar margem para dúvidas — a natureza de *dever* da suspensão provisória do processo sempre que estiverem reunidos os seus requisitos.

Todavia, além dessa compressão da legalidade da promoção processual associada à expansão dos mecanismos consagrados nos artigos 280.º e 281.º do CPP, vêm surgindo novidades legislativas que, de forma apenas implícita ou de modo explícito, acabam por significar também um enfraquecimento daquele princípio. Escolha-se, enquanto exemplo do primeiro caso, a Lei-Quadro da Política Criminal e, enquanto exemplo da assunção explícita de uma nova forma de diversão, o regime jurídico da mediação penal de adultos.

A afirmação de que através da Lei-Quadro da Política Criminal — a Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio — se reconhece a impossibilidade do *full enforcement* parece ser contrariada, todavia, pelo disposto no artigo 2.º do próprio diploma: “a definição de objectivos, prioridades e orientações, nos termos da presente lei, não pode (...) prejudicar o princípio da legalidade”. Esta deve ser vista, porém, como uma previsão de natureza puramente “simbólica” e sem correspondência com aquele que é o próprio *sentido* de uma Lei-Quadro da Política Criminal que pretende, entre outros aspectos, enunciar os *crimes de investigação prioritária*. De facto, só pode compreender-se o surgimento deste conjunto de orientações a partir da aceitação de que é impossível (e porventura indesejável) reprimir com o mesmo grau de eficiência todas as manifestações da criminalidade *conhecida*. Só por ser assim se vislumbra, de resto, que o legislador tenha pretendido atribuir a competência para a *escolha* daquilo que é *prioritário* a quem já possui legitimidade democrática para a definição das opções coerentes com determinado programa político-criminal. Na mera existência desta lei — e no significado que ela não pode deixar de assumir — vai implícita, portanto, a aceitação de que existem mecanismos de selecção da criminalidade cujo conhecimento chega às instâncias formais de controlo, mecanismos esses que são condicionados por factores vários, desde logo as insuficiências de meios que obrigam à tomada de decisões quanto às investigações para onde os recursos devem ser primeiramente canalizados. Ora, é a aceitação deste suporte fáctico sem o qual a própria lei dificilmente se compreende que se não coaduna, de forma manifesta, com uma vigência plena do princípio da legalidade da promoção processual ¹⁸.

¹⁸ Subscreeve-se assim inteiramente a afirmação de Manuel da COSTA ANDRADRE de que «como uma leitura mais atenta do diploma deixa a descoberto, os enunciados de sentido aparentemente mais inovador são invariavelmente lançados “sem prejuízo” de enunciados de sentido antinómico (...). Não será, por exemplo, arriscado acreditar que o proclamado e intransigente apego ao princípio da *legalidade* processual venha a neutralizar o efeito esperado das “prioridades” da política criminal, afinal de contas, uma das ideias nucleares da lei. *Legalidade* que, por certo, cortará também o caminho ao que, pelo menos numa primeira aproximação, parecia ser outro dos grandes desígnios do diploma: assegurar à selecção uma legitimação e um enquadramento democráticos». E partilha-se também a ideia segundo a qual «o processo legislativo que levou à aprovação da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, tem na sua origem o mal-estar provocado pela consciência do desfasamento entre a criminalidade *real* e a criminalidade formalmente reconhecida e sancionada. O que se desdobra em dois enunciados de facto: primeiro, *nem todo o crime cometido é objecto de processamento e sancionamento, nos termos legais*; segundo, a “escolha” das infracções que acabam por ser objecto de sancionamento formal é o resultado de incontroláveis — e indesejáveis — forças do acaso

Por outro lado, agora de forma *explícita*, surgiu em 2007, no ordenamento processual penal português, um outro mecanismo de diversão — e, logo, um outro limite à vigência plena da legalidade da promoção processual penal —, que é a mediação penal de adultos. Nesta, abre-se uma nova possibilidade de a solução para o conflito criminal ser encontrada em primeira linha pelo arguido e pelo ofendido, com o auxílio, enquanto facilitador da comunicação, de um mediador de conflitos, excluindo-se a necessidade de intervenção de um juiz e cabendo ao ministério público uma função homologatória associada apenas ao controlo da legalidade do conteúdo do acordo.

A ponderação do regime da mediação penal, por comparação com o da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo, desvenda porém que *o consenso de que aqui se trata não é exactamente o mesmo*.

Não é o mesmo desde logo quanto àqueles que são intervenientes no consenso. A suspensão provisória do processo supõe a concordância das autoridades judiciárias Ministério Público e juiz de instrução, assim como do arguido e do assistente¹⁹. Por sua vez, a condenação em processo sumaríssimo só é possível se quanto a ela houver concordância do Ministério Público, do juiz, do arguido e do assistente (quanto a este último, apenas quando o crime for particular em sentido estrito)²⁰. Desta mera enunciação decorre, em primeiro lugar, a diversa possibilidade de participação do *ofendido* pelo cometimento do crime: enquanto essa participação é essencial na prática restaurativa que é a mediação penal; já nas principais soluções de consenso conhecidas pelo nosso direito processual penal, a possibilidade de intervenção é limitada ao assistente (e, no processo sumaríssimo, para além disso, restrita às contadas hipóteses de acusação por crime particular em sentido estrito). Por outro lado, se quer a suspensão provisória do processo quer a condenação em processo sumaríssimo supõem a intervenção do Ministério Público e *de um juiz*, já a verificação do acordo obtido na mediação penal e a homologação da desistência de queixa bastam-se com a intervenção do *Ministério Público*.

Todavia, a diferença fundamental prende-se com a legitimidade para a conformação da solução relativamente à qual depois se manifesta (ou não) concordância. Na suspensão provisória do processo e no processo sumaríssimo, não existe uma construção do conteúdo da solução por aqueles que

ou das pré-compreensões e emoções pessoais dos agentes do Ministério Público ou das polícias criminais». Ao reafirmar o princípio da legalidade, o legislador perdeu a oportunidade de dar uma “resposta decididamente *cognitiva*: a aceitação da selecção como um dado, conjugada com a tentativa de lhe emprestar controlo e legitimação democráticas”. O Autor conclui que esta solução legal deixa os destinatários num “caso de conflito de deveres. A ultrapassar fechando os olhos às *prioridades e orientações* por causa da *legalidade*; ou, inversamente, sacrificando a legalidade por causa das *prioridades e orientações*” [in “Lei-Quadro da Política Criminal (Leitura crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio), *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3938, p. 263 e p. 271].

¹⁹ Cfr. o artigo 281.º, n.º 1, alínea a) do CPP.

²⁰ Cfr. os artigos 392.º a 398.º do CPP.

foram os intervenientes no conflito concreto (o agente do crime e a sua vítima). A solução — ou a proposta de solução — é conformada pelas autoridades judiciárias em função das finalidades especificamente penais, cabendo ao arguido e ao assistente a possibilidade de aceitarem ou não tal solução, mas não a possibilidade de influenciarem decisivamente o seu conteúdo ²¹. Na mediação penal, pelo contrário, há como que uma inversão de papéis: é ao agente do crime e ao ofendido que compete a modelação da solução que culminará no acordo, não podendo o Ministério Público determinar o seu conteúdo, mas tão-somente homologar a desistência de queixa quando comprovar a verificação dos requisitos legais que presidem à determinação do acordo ²².

O *consenso* que se tem em conta quando se ponderam as soluções já conhecidas pelo nosso direito processual penal e o *consenso* que é elemento intrínseco das práticas restaurativas não se revestem, assim, exactamente das mesmas características. Sobre aquele consenso que se tem em mente quando se ponderam os regimes jurídicos da suspensão provisória do processo ou do processo sumaríssimo, concorda-se na íntegra com a afirmação de Jorge de FIGUEIREDO DIAS de que se não trata, aí, de “verdadeiro consenso”: «a decantada e já operada consensualização do processo penal português — como igualmente do italiano, do espanhol, do francês, do brasileiro — não se baseia assumidamente em estruturas e procedimentos de verdadeiro “consenso”, mas mais simplesmente em meras *concordâncias* perante (ou na *aceitação* de) propostas ou requerimentos de um ou mais sujeitos processuais dirigidos a outro ou outros». Depois de exemplificar esta sua afirmação através de aspectos dos regimes jurídicos do arquivamento em caso de dispensa de pena, da suspensão provisória do processo ou do processo sumaríssimo, o Autor conclui que “não estão (...) aqui em causa procedimentos metodológicos — nomeadamente o uso de estruturas comunicacionais não ritualizadas — aplicados pelos intervenientes em ordem a uma tomada de decisão, como sempre se tornaria necessário para falar de uma autêntica estrutura de consenso” ²³.

Este estudo de Jorge de FIGUEIREDO DIAS, subordinado ao título *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal — O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, assim como as controvérsias em torno da admissibilidade destes acordos, justificam uma reflexão sobre a extensão que o consenso

²¹ Não se julga que esta afirmação seja prejudicada pelo facto de ter havido um certo alargamento, a partir de 2007, da possibilidade de intervenção do arguido ou do assistente nos âmbitos da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. Assim, a proposta de suspensão provisória do processo pode ser oficiosa ou “a requerimento do arguido ou do assistente” (cfr. art. 281.º, n.º 1 do CP) e, no caso do processo sumaríssimo, reconhece-se a possibilidade de “iniciativa do arguido” ou a decisão pelo ministério público “depois de o ter ouvido” (cfr. art. 392.º, n.º 1 do CPP).

²² Cfr. o artigo 5.º, n.º 5 da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

²³ Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal — O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, cit., p. 20-1.

poderá assumir no direito processual penal português, nomeadamente se a *praxis*²⁴ e eventualmente a lei (caso se julgue indispensável a sua alteração) acompanharem o sentido das novidades introduzidas no código de processo penal alemão e há mais de três décadas conhecidas na aplicação da justiça penal naquele país²⁵. O Autor defende a possibilidade de acordos sobre a sentença, quer quanto à questão da culpabilidade, quer quanto à questão da pena, com fundamento no princípio jurídico-constitucional do favorecimento do processo²⁶, que liga à exigência da tutela judicial efectiva contida no artigo 20.º da CRP.

²⁴ Com uma rapidez porventura surpreendente, o estudo de Jorge de Figueiredo Dias teve eco no funcionamento das instâncias formais de controlo. Assim, por exemplo, logo em 13 de Janeiro de 2012, através da Orientação de Acção n.º 1/2012 da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, tomou-se posição favorável quanto à aceitação dos acordos sobre a sentença. E a Procuradoria Geral Distrital de Coimbra, nomeadamente, associou-se à recomendação da PGD de Lisboa por memorando de 19 de Janeiro de 2012. Iniciou-se, assim, um período de intenso debate sobre a ampliação da cooperação e do consenso no processo penal português.

²⁵ Jorge de FIGUEIREDO DIAS tem no seu horizonte reflexivo o regime jurídico alemão relativo aos “acordos sobre a sentença” (*Urteilsabsprachen*), que resultou da alteração à StPO (Código de Processo Penal alemão) através da Lei de 4.8.2009. Todavia, não deixa de reconhecer que “apesar do conhecido e quase sacral respeito que a *praxis* judiciária alemã manifesta pelo seu direito positivo, os acordos em processo penal tornaram-se, desde os finais dos anos 70 do século passado, uma realidade *sine lege* e *praeter legem* da prática judiciária germânica” (últ. ob. cit., p. 23). A alteração legislativa é sujeita à apreciação crítica de Joce-lyne LEBLOIS-HAPPE/Xavier PIN/Julien WALTHER [“Chronique de droit penal allemand (Période du 1er janvier au 31 décembre 2009)”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, ano 81, 1.º-2.º trimestres, 2010, p. 301], para quem “quanto a um ponto, críticos e partidários da nova lei estão de acordo: trata-se da mais importante reforma da StPO desde a sua entrada em vigor em 1879. É uma verdadeira mudança de paradigma (...). A partir desta lei, o processo alemão torna-se dual: coabitam um processo clássico e um processo negociado”. Os Autores acrescentam que “este fenómeno de legalização dos acordos tende a generalizar-se pouco a pouco: observa-se também no direito suíço, pois que os artigos 358.º e ss (“Processo Simplificado”) do Código de Processo Penal Federal vigente a partir de 2011 generalizam a todo o país uma prática que alguns cantões já conheciam” (ob. cit., p. 305). Entre os Autores alemães muito críticos dos acordos sobre a sentença, cfr. Bernd SCHÜNEMANN, para quem “os acordos informais constituem a agressão mais profunda na evolução do processo penal alemão desde 1879 e uma machadada nas raízes de uma tradição centenária. Dito de outra maneira, trata-se de uma questão que afecta o nosso conceito de direito penal e, com isso, de certa forma, a separação fundamental para a nossa sociedade entre o sistema jurídico e o sistema económico” (“Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano sobre el mundo?”, *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milénio*, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 293). Claus ROXIN também refere os acordos sobre a sentença como um dos três âmbitos problemáticos do direito processual penal, mas em jeito menos crítico do que o de SCHÜNEMANN, tendendo antes a considerar que “pode ser que no futuro [que parece ter-se tornado presente] necessitemos de duas regulações processuais, uma contaditória e outra consensual” (“La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro”, in *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio*, coord. da versão alemã: Eser/Hassemer/Burkhardt/; coord. da versão espanhola: Muñoz Conde, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 398).

²⁶ Jorge de FIGUEIREDO DIAS toma o princípio na definição que lhe é dada por António Carlos VIEIRA DE ANDRADE, como princípio segundo o qual “o Estado tem o dever fundamental de assegurar uma prestação plenamente eficiente do serviço de justiça, enquanto forma de realização do direito à tutela judicial efectiva” (últ. ob. cit., p. 38), estabelecendo a conexão entre estas exigências constitucionais e a admissibilidade daqueles acordos a partir da ideia da necessidade que estes podem assumir no contexto da “inevitável escassez dos recursos

Aquilo que neste ponto se pretende evidenciar é que, tendo em conta os sujeitos do consenso e as finalidades da solução procurada, os acordos sobre a sentença parecem ter mais semelhanças com as figuras da suspensão provisória do processo ou com o processo sumaríssimo do que com práticas restaurativas como a mediação penal. É assim na medida em que as autoridades judiciais preservam um papel nuclear na definição da solução para o conflito e na medida em que essa solução é ainda conformada pelas finalidades de prevenção especial e geral, limitadas pela culpa. Ou seja: esses acordos sobre a sentença, cuja aplicabilidade significaria uma nova expansão das soluções de consenso na justiça penal, não equivalem, ainda assim, ao mesmo consenso que se procura através das práticas restaurativas.

Assim sendo, aquilo que se pretende vincar é que *inexiste diferença qualitativa entre o modo de consenso já admitido em institutos como a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo, por um lado, e os acordos sobre a sentença, por outro lado. Trata-se sempre de formas de cooperação no processo penal em que as autoridades judiciais não perdem o controlo sobre a procura de uma solução conforme com as finalidades especificamente penais de prevenção especial e geral.*

Como se compreendem, então, as resistências suscitadas pela aceitação daqueles acordos sobre a sentença? A resposta parece ser apenas uma: *a sua atinência também à criminalidade mais grave (e é apenas aí que ganham decisiva importância), aquela em que a mais grave de todas as penas — a pena de prisão — continua a desempenhar um papel essencial (e, porventura, ainda demasiado essencial). Justificar-se-á, porém, por esta razão a sua interdição como regra? Não é o que se crê, desde que os acordos sobre a sentença sejam limitados por um conjunto de exigências destinadas a impedir a sua contradição com princípios tão essenciais como o princípio da culpa na sua dimensão adjectiva e o princípio da reserva de juiz. Julga-se, antes, que um recurso sensato àqueles acordos pode favorecer quer a realização da justiça, quer a almejada contenção da prisão, diminuindo os tempos, os custos e a incerteza dos julgamentos penais (com tudo o que representam de desfavorável também para a sociedade e para o arguido) e também permitindo respostas menos punitivas e mais construtivas do que o encarceramento.*

3. OS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA SOB O ENFOQUE DO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS

De forma simplificada, parece poder dizer-se que os acordos sobre a sentença têm na base uma *confissão* do arguido, à qual se atribuem efeitos

económicos estaduais que podem ser adstritos à realização da justiça penal". Afirma, ainda, a utilidade da aceitação destes acordos em um contexto de crise da justiça penal associada a um sentimento de ineficácia. E relembra o direito fundamental dos cidadãos à celeridade processual (com consagração expressa no artigo 32.º, n.º 2 da CRP), assim como o princípio, "velho já de séculos, da *economia processual*".

sobre as questões da culpabilidade e da pena, sendo que tais efeitos resultam de um consenso entre sujeitos processuais (que acordam em que àquela admissão voluntária da responsabilidade pelo arguido corresponda um determinado leque de possibilidades sancionatórias). Trata-se, assim, de um procedimento orientado para o favorecimento, simplificação e aceleração do processo. Nos termos do estudo de Jorge de FIGUEIREDO DIAS, o momento temporal em que estes acordos relevariam seria o da audiência de julgamento (sem prejuízo da possibilidade de uma *actuação cooperativa* em outras fases, sobretudo a de *inquérito* ²⁷), em princípio aquando da prestação de declarações do arguido e antes da apresentação de meios de prova, devendo o acordo constar, necessariamente, da acta da audiência, de modo a garantir a indispensável publicidade.

Não cabe a esta análise, repita-se, uma ponderação alargada da coerência destes acordos sobre a sentença com as normas constitucionais e com as normas processuais penais vigentes. Dessa matéria se ocupa, muito convincentemente, Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *definindo limites àqueles acordos que permitam, ainda, o respeito pela ideia base da indisponibilidade do processo dominante nos países do sistema europeu continental* — limites esses que são importantes para traçar as fronteiras entre estes acordos sobre a sentença, já admitidos no direito alemão, e a negociação (de que é exemplo recorrente o instituto da *plea bargaining* ²⁸) conhecida no sistema anglo-saxónico. A ideia que se sublinha é, portanto, a de que, definidos certos limites, aqueles acordos poderão ser, ainda, compatíveis com os princípios da “investigação, da verdade material, da publicidade, da lealdade processual ou do direito ao recurso”, com as vantagens de que evitarão “longas e improdutivas prestações de prova”, possibilitarão uma “mais rápida realização do decurso do processo e da restauração da paz jurídica”, poderão contribuir para a protecção da vítima na medida em que evitem a vitimização secundária que a fase de produção da prova com frequência acarreta ²⁹.

²⁷ Apesar de o Autor não ver obstáculos a “conversações e consensos entre o ministério público e o arguido na fase de inquérito” em moldes que facilitem e favoreçam o próprio processo, a ideia que parece ser central é a de que aquelas conversações e aqueles consensos «não constituem uma forma de “decidir” o processo e não podem por isso obstar a que se apliquem no caso as formalidades legais exigidas pela prossecução processual”. Jorge de FIGUEIREDO DIAS não deixa, porém, de dar conta da existência no Código de Processo Penal alemão (StPO), por força da mesma lei de 2009 que consagrou a admissibilidade dos acordos sobre a sentença, de um §160b segundo o qual «1. O ministério público pode discutir o estado do processo com os participantes processuais, na medida em que tal pareça adequado a favorecer o processo. 2. O conteúdo essencial desta conversação deve constar de acta» (*Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal* cit., p. 101 ss.).

²⁸ Veja-se, na doutrina portuguesa, o estudo de Pedro SOARES DE ALBERGARIA sobre as soluções negociadas da justiça penal americana, *Plea Bargaining. Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.*, Coimbra: Coimbra Almedina, 2007. O Autor define a *plea bargaining* como “a negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*)” (ob. cit., p. 20).

²⁹ Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *últ. ob. cit.*, p. 32.

Entre esses limites à relevância do acordo, avultam os que se referem à culpabilidade e à pena. Relativamente à primeira, vinca-se que “um acordo não pode conduzir *por si próprio e sem mais* à conclusão sobre a culpabilidade do arguido a partir meramente da sua confissão e sem que o tribunal livremente se convença da justeza desta. A confissão deve, em suma, ser comprovada na sua credibilidade e não devem ser omitidas, se indispensáveis, quaisquer diligências que conduzam ao seu esclarecimento”³⁰. No que respeita à segunda, ressalva-se que só ao Tribunal cabe determinar o exacto *quantum* da pena, pelo que do acordo só poderá resultar a fixação de limites de pena que sejam ainda adequados às exigências de culpa e de prevenção³¹.

Apesar destes cuidados na definição de limites aos acordos sobre a sentença, vingou no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.04.2013 (processo 224/06.7GAVZL.C1.S1) o entendimento de que “a letra e os actuais princípios que norteiam o processo penal não suportam uma interpretação que proclama a validade dos acordos negociados de sentença”. Os argumentos que sustentam tal conclusão não parecem, porém, incontroversos.

Em primeiro lugar, considere-se a ideia de que tais acordos não seriam suportados “pela certeza e segurança que está inscrita na norma qualquer que seja a forma como esta seja interpretada”, o que se associa à afirmação de que eles se apresentariam como um “epifenómeno que pode, ou não, acontecer consoante a comarca, ou o distrito judicial, em que decorre o processo, numa clara violação de princípios (...) como o da igualdade”. Sobre, face a esta linha argumentativa, uma interrogação principal: haverá desigualdade quando o ministério público opta pelo envio de um processo para mediação, mas não já de outro, ou quando propõe a suspensão provisória de um processo num caso mas não em outro? O que se julga é que uma aplicação do princípio da igualdade tomado na sua acepção material não exige a sujeição de todos os arguidos a uma mesma solução geral e abstracta, antes admite a “desigualação” de situações desiguais desde que o critério para essa diferenciação seja ainda suportado em valorações político-criminais que não sejam contrariadas pela letra da lei.

Acrescenta-se, por outro lado, naquele Acórdão, que “o acordo negociado consubstancia a procura de um patamar superior na senda de uma justiça restaurativa. Tal caminho, válido em sede de direito a constituir, encerra virtualidades, mas também elementos importantes de fractura com princípios que informam o nosso processo penal”. Esta é, porém, linha de raciocínio que se julga que não pode merecer acolhimento. É precisamente neste ponto que se pensa que devem entroncar as considerações sobre a diferença entre o alargamento dos espaços de consenso na justiça penal, relacionados com a eventual admissão destes acordos, e o consenso que se tem em mente quando se pensa na justiça restaurativa. Quer os limites que vinculam aque-

³⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, últ. ob. cit., p. 45.

³¹ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, últ. ob. cit., p. 50 ss.

les acordos, quer os sujeitos que neles são participantes, mostram que se pressupõe um conflito criminal em que continua a preponderar a *dimensão pública*. Ou seja: o conteúdo do acordo não pode ser contrário à consecução das finalidades especificamente penais, cuja defesa se continua a atribuir às autoridades judiciárias. O que equivale, ainda, a reconhecer que o âmbito subjectivo do acordo sobre a sentença é muito diverso do âmbito subjectivo do acordo com que culminam as práticas restaurativas: nestas, a solução para o conflito é desenhada pelo arguido e pelo ofendido; naquele acordo, os sujeitos “inquestionáveis” são o tribunal, o ministério público e o arguido acompanhado pelo seu defensor. Quanto ao assistente e ao papel que pode desempenhar, existem fundadas dúvidas. Sobre a questão, Jorge de FIGUEIREDO DIAS afirma a sua preferência por uma “regulamentação legal dos acordos sobre a sentença que permita ao assistente participar do processo consensual ou a ele ser chamado, mas sem lhe conferir o direito de divergir, em último termo, da posição que na questão for assumida pelo ministério público”, de quem permanece essencialmente um colaborador³². Ou seja: com aqueles acordos sobre a sentença está-se no domínio por excelência da administração da justiça penal, da condenação a uma sanção criminal, e de certo modo nos antípodas da reparação ampla almejada pela justiça restaurativa na sequência de um procedimento voluntário a que é alheio o exercício do *ius puniendi* estadual³³.

Em terceiro lugar, compreende-se mal a invocação, naquele Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.04.2013, do princípio da legalidade, ou da obrigatoriedade da acção penal, para se rejeitar a admissibilidade dos acordos sobre a sentença. Nestes inexistem, em rigor, qualquer limitação àquele princípio, na medida em que o ministério público não opta por uma alternativa à acusação.

Finalmente, invoca-se na decisão em apreço que “os arguidos confessaram na expectativa de um acordo relativo à pena que lhes iria ser aplicada. Sucede que tal acordo e qualquer limite da pena que lhes fosse noticiado era ilegal e não permitido pelo Código de Processo Penal. A confissão operada no caso vertente tem na sua génese a promessa de uma vantagem que não é legalmente admissível”. Este parece ser o argumento forte que sustenta a conclusão da rejeição daqueles acordos. Não se compreende, porém, o fundamento para a ideia de que a confissão é obtida de uma forma enganosa, por ter subjacente a promessa de vantagem inadmissível. Se tanto o minis-

³² Jorge FIGUEIREDO DIAS parece não se afastar em muito, quanto a esta questão, da solução acolhida na Alemanha: “o novo § 257c da StPO que legalizou o instituto dos acordos sobre a sentença omitiu qualquer referência à participação do acusador subsidiário (*Nebenkläger*). No entanto, a doutrina dominante parece admitir a sua participação, reconhecendo embora que não a título obrigatório, nem tão-pouco determinante da obtenção ou não do acordo” (últ. ob. cit. p. 85 ss).

³³ Sobre o assunto, cfr. Cláudia CRUZ SANTOS, *A Justiça Restaurativa — Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal, Porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

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 premissa 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 revisitação 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 insuportáveis para a realização da justiça, desde que se tenham sempre no horizonte os pressupostos da verdadeira comunicação: a transparência e a lealdade.