

O consenso na fase de julgamento em processo penal

| Acordos sobre a sentença em processo penal |

Elisabete Maria Pereira Gomes

(Juíza de Direito)

Resumo(^{*}): o presente estudo assenta no consenso na fase de Julgamento, em particular, no que concerne aos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. O mecanismo em causa reveste uma incontornável relevância prática, na medida em que se traduz numa maior eficácia, eficiência e celeridade processuais, o que só pode contribuir para a prossecução do favorecimento do processo.

Em Portugal, partiu do Professor Figueiredo Dias (inspirado na prática jurisprudencial alemã e na subsequente alteração legislativa naquele ordenamento jurídico) o apelo à realização dos ditos acordos. Tendo os nossos Tribunais aderido e lançado mão dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. A ideia de consenso prende-se com o facto de o arguido confessar os factos que lhe vêm imputados na Acusação e, em contrapartida, o Tribunal estabelecer o limite máximo, abstratamente considerado, da pena na qual o mesmo poderá vir a incorrer. Sendo necessariamente encurtado o momento previsto para a produção de prova. Daí se erguerem vozes no sentido que esta eficiência funcionalmente orientada pode colocar em causa a manutenção do Estado de Direito nos moldes que o conhecemos.

Foi, exatamente, por não ser pacífico na doutrina nem na jurisprudência, que tendo o Supremo Tribunal de Justiça sido chamado a pronunciar-se, manifestou a sua oposição face aos Acordos sobre a Sentença, pelo menos, enquanto não se operar a alteração legislativa que lhes dê suporte literal.

Perante esta posição assumida pelo aresto do Supremo Tribunal de Justiça e assumida também pela Procuradoria-Geral da República, cessou o recurso dos sujeitos processuais ao mecanismo dos Acordos sobre a Sentença.

Sucede que, cada vez mais, parece fazer sentido revisitar o tema, analisar as suas vantagens e desvantagens e ponderar a sua aplicação prática, designadamente, alicerçada numa eventual alteração legislativa.

Palavras-chave: acordos sobre a sentença em processo penal; consenso na fase do julgamento; confissão do arguido; limite máximo da pena abstratamente aplicável.

* O presente estudo foi parte integrante da Dissertação de Mestrado elaborada sob a orientação do Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva, com vista à obtenção do grau académico de Mestre, pela Escola de Direito da Universidade Católica – Porto, no ano de 2018.

Introdução

O consenso no âmbito do Processo Penal não é um tema novo, aliás, desde o Código de Processo Penal de 1987 que estão previstos mecanismos de consenso em diferentes momentos processuais. A título de delimitação do objeto do nosso trabalho, apenas visamos analisar a possibilidade de consenso, entre os sujeitos processuais, na Audiência de Julgamento, por meio da realização de Acordo sobre a Sentença em Processo Penal.

Em termos de metodologia, vamos ao encontro da posição que ocupa o Processo Penal no nosso ordenamento jurídico. Lançando, posteriormente, um olhar fugaz sobre os mecanismos de consenso prévios à Audiência de Julgamento, previstos no Código de Processo Penal. Para, de imediato, nos debruçarmos sobre a possibilidade de realização de Acordos sobre a Sentença, na fase de Julgamento, em Portugal.

Dada a génese dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal, impõe-se uma análise (ainda que perfunctoria) a respeito da confissão livre integral e sem reservas, prestada pelo arguido, no início da Audiência de Julgamento, ao abrigo do disposto no artigo 344.º do Código de Processo Penal.

Tendo sido, o tema em análise, objeto de tratamento doutrinário e jurisprudencial, realizaremos a resenha do que por cá se escreveu, como se foi procedendo nas Salas de Audiência de primeira instância e as posições assumidas pelos Tribunais Superiores.

Assumindo o tema relevante numa perspetiva globalizada, não podemos deixar de apreciar *en passant* os contornos deste mecanismo em ordenamentos jurídicos como o alemão, o italiano, o espanhol, o brasileiro, e, claro está, a *plea bargaining* instituída nos Estados Unidos da América.

Do presente estudo pretendemos retirar conclusões relativamente à forma como foi utilizado, no panorama judiciário nacional, o mecanismo dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal e quais as vantagens e desvantagens da sua aplicação.

I. O Direito Processual Penal como Direito Constitucional aplicado

Com a Constituição da República de 1976 tiveram consagração, entre outros, os princípios da separação dos poderes e da organização e independência do poder judicial, bem como os direitos, liberdades e garantias pessoais e as condições básicas de acesso à Justiça. E, a respeito da relação entre aquela e o Processo Penal é por todos conhecida a expressão de Roxin: “*o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição de um Estado*”¹. No nosso caso, podemos afirmar que o ordenamento processual penal português assume um cunho garantístico e de inspiração humanista, focado mais na ressocialização e na reinserção do agente do que na sua função punitiva.

É, porém, pressuposto da existência dos Tribunais a necessidade de apenas estar adstrito ao poder público ou à autoridade do Estado o monopólio da resolução dos conflitos, inerente às exigências de paz e segurança jurídicas e ao qual se contrapõe a proibição da autodefesa.

Nesta medida, não obstante a solidez do nosso ordenamento jurídico-constitucional, desde 1976, vimos passando por diferentes etapas e, neste momento, deparamo-nos com o denominado cenário de crise da Justiça. Hoje, mais do que nunca, reclama-se a aplicação de medidas proporcionais, adequadas, céleres e estratégicas com vista a fazer face à dita “crise”. A este propósito escreve Maria de Lurdes Rodrigues “os últimos quinze anos foram dominados pela crise da Justiça. (...) O primeiro problema, respeita ao clima de deceção. Como já referimos, generalizou-se a percepção pública de que a justiça estaria em crise, prevalecendo a expressão de uma opinião pública cada vez mais crítica e prisioneira de casos mediáticos. (...) O segundo problema, respeita às políticas de restrição orçamental e de controlo da despesa pública.”²

Nesta conjuntura, foram implementadas medidas com vista a corrigir o funcionamento das instituições do poder judicial, racionalizar os recursos e

¹ ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, Munique, 1987, p. 9.

² RODRIGUES, Maria de Lurdes (org.) et al – *40 anos de Políticas de Justiça em Portugal*, Coimbra, 2017Almedina, pp 29 e 30.

controlar os gastos públicos. Desde logo, salienta-se a preocupação com a morosidade dos processos judiciais. De igual modo (e muito por força de processos judiciais mediáticos) foram realizadas alterações legislativas com vista a equilibrar a exigência constitucional de proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos com as exigências de eficiência na Justiça.

Estamos diante um enorme desafio atinente às exigências de uma Justiça célere, eficaz e eficiente, alicerçada no pressuposto de que o sistema de Justiça funcione, seja pragmático e otimize os meios de que dispõe, sem perder de vista o seu objetivo primordial de acautelar a proteção e segurança dos cidadãos e a sua confiança na funcionalidade das instituições estaduais. Aos Tribunais exige-se que realitem “(...) a Justiça no caso, por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos.”³ Porém, ao longo dos anos, acentuou-se a ênfase da eficiência processual.

É, assim, nesta conjuntura que as soluções de consenso ganham forma e que, em particular, os Acordos sobre a Sentença em Processo Penal mostram as suas virtualidades.

II. Os mecanismos de consenso que antecedem o julgamento

Remontando a 1987⁴, Portugal (tal como diversos países europeus) aderiu a uma reforma processual penal que visou privilegiar os processos simplificados, colocando a tônica na eficiência e na celeridade. Tal ideia está claramente enunciada no ponto oito do Preâmbulo do Código de Processo Penal⁵.

³ Código de Processo Penal – Ponto cinco do Preâmbulo - § 2.º, *in fine*.

⁴ Por força da Recomendação n.º R (87) 18, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 17 de setembro de 1987, relativa à simplificação da Justiça Penal.

⁵ “Mesmo no contexto de uma apresentação sumária, não pode deixar de sublinhar-se outra das motivações que esteve na primeira linha dos trabalhos da reforma: a procura de uma maior celeridade e eficiência na administração da justiça penal. Importa, contudo, prevenir que a procura de celeridade e da eficiência não obedeceu a uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos.”

As opções legislativas sedimentaram-se e, presentemente, o nosso quadro legislativo confere algumas alternativas ao processo comum, que se sabe de tramitação mais rígida e mais morosa, nomeadamente:

- a) *Arquivamento em caso de dispensa de pena*, com previsão legal no artigo 280.º do Código de Processo Penal⁶;
- b) *Suspensão provisória do processo*, prevista no artigo 281.º do Código de Processo Penal⁷;
- c) *O processo sumaríssimo*, regulado nos artigos 392.º a 398.º do Código de Processo Penal⁸;
- d) *O processo abreviado*, previsto nos artigos 391.º- A a 391.º- G do Código de Processo Penal⁹;

⁶ Aplicável, respetivamente, pelo Ministério Público no inquérito e pelo Juiz de Instrução Criminal na Instrução, se o processo for por crime relativamente ao qual se encontra, expressamente, prevista na lei penal a possibilidade de dispensa de pena. O arquivamento não implica uma decisão de mérito, porquanto tem natureza meramente processual. Não acarretando, a decisão de arquivamento, nem uma condenação nem uma absolvição, mas simplesmente a extinção do procedimento criminal. Vide Germano Marques da Silva – *Direito Processual Penal Português – Do procedimento (Marcha do Processo)* Vol. 3 – Lisboa, 2015, Universidade Católica Editora, p.105.

⁷ Aplicável se o crime for punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão, o arguido não tiver condenação anterior por crime da mesma natureza, não tiver sido anteriormente aplicada ao arguido suspensão provisória do processo por crime de igual natureza, não houver lugar a medida de segurança de internamento, ausência de grau de culpa elevado e for de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responde suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. Pode operar tanto na fase de inquérito, como na fase de instrução, nos termos do artigo 307.º do Código de Processo Penal. Este instituto exige uma larga margem de consenso e está amplamente tratado na doutrina e na jurisprudência, tanto pelas questões (designadamente, de constitucionalidade) que levantou, como pela necessidade de concretização dos seus termos e da delimitação das consequências processuais em caso de ausência de consenso entre os sujeitos processuais. Hoje é pacífica a sua aplicação. Vide Rui do Carmo: *A suspensão provisória do processo no CPP revisto. Alterações e clarificações*, na *Revista do CEJ*, 1º Semestre de 2008, n.º 9 (especial), pp. 321 a 326.

⁸ Com particular interesse sobre os processos especiais: Pedro Soares de Albergaria – os Processos Especiais na Revisão de 2007 do Código de Processo Penal in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, n.º 4 Outubro-Dezembro 2008. Coimbra, Coimbra Editora.

⁹ Aplicável em caso de crime punível com pena de multa ou com pena de prisão não superior a cinco anos, havendo provas simples e evidentes de que resultem indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, em face do auto de notícia ou após realizar inquérito sumário, deduz acusação para julgamento em processo abreviado. Vide Helena Leitão in *Processos Especiais: os Processos Sumário e Abreviado no Código de Processo Penal (após a revisão operada pela Lei 48/2017 de 29 de agosto), intervenção apresentada nas “jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal” organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários nos dias 8 e 9 de novembro de 2007, em Coimbra e 15 e 16 de novembro de 2007, em Lisboa*.

- e) *Confissão integral e sem reservas do arguido*, com previsão legal no artigo 344.^º do Código de Processo Penal¹⁰;
- f) *Competência do Tribunal singular para julgar processos por crimes puníveis com pena máxima, abstratamente aplicável, superior a cinco anos de prisão*, ao abrigo do artigo 16.^º, n.^º 3 do Código de Processo Penal¹¹.

Do elenco destas medidas alternativas resulta claro que o legislador pretendeu traçar a fronteira entre a pequena/média criminalidade e a criminalidade grave, sendo estas medidas que acabámos de referir direcionadas para a primeira, mais permeável à ideia de consenso. Vincando-se, no âmbito da segunda, uma cultura de conflito.

Ainda no domínio da pequena e média criminalidade, surge a previsão da mediação penal, disciplinada pela Lei n.^º 21/2007 de 12 de junho. Surge como uma forma de negociação assistida, envolve um mediador, neutro e imparcial, com vista a auxiliar as partes interessadas a dirimir o seu conflito. As suas características principais: a confidencialidade, a voluntariedade, a flexibilidade, a criatividade, a concertação, a rapidez e a economia^{12/13}.

Resulta tanto da nossa prática judiciária como dos dados publicados¹⁴, que a opção pela suspensão provisória do processo é a mais significativa. Não obstante se observe que o recurso ao arquivamento em caso de dispensa de pena, da prolação de acusação com recurso aos processos especiais e, ainda, ao expediente

¹⁰ Implica a renúncia à produção de prova relativa aos factos imputados ao arguido e consequente consideração destes como provados e a passagem de imediato às alegações orais e à determinação da pena, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos.

¹¹ Caso o Ministério Público entenda que não deve ser aplicada ao arguido, em concreto, pena superior a cinco anos.

¹² FERREIRA, Francisco Amado – *Justiça restaurativa Natureza, Finalidades, Instrumentos* – Coimbra, 2006, Coimbra Editora, p. 24.

¹³ Com interesse sobre o tema: BELEZA, Teresa Pizarro e Helena Pereira de Melo – *A mediação penal em Portugal*, 2012, Coimbra, Coimbra Editora.

¹⁴ COSTA, Eduardo Maia – *Justiça Negociada: Do logro da eficiência à degradação do processo Equitativo* – Revista Julgar – n.^º 19, 2013, Coimbra, Coimbra Editora.

previsto no n.º 3 do artigo 16.º do Código de Processo Penal venha crescendo. Inversamente, constamos que o recurso à mediação penal tem sido nulo¹⁵.

III. Acordos sobre a sentença em processo penal

i. O caso português

No panorama nacional, o tema dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal começou por despoletar, no ano de 2011, discussão na doutrina, sendo o seu mentor Figueiredo Dias¹⁶. Inspirado pela jurisprudência alemã e pelas subsequentes alterações legislativas ocorridas, neste domínio, na Alemanha.

No seu estudo, Figueiredo Dias, logo adianta o seu propósito:

*“Desejo apenas apresentar uma sugestão que contende com o paradigma do processo penal global mas cuja adoção, uma vez logrado o acordo de princípio sobre ela, não implicando uma ampla revisão legislativa, pode todavia contribuir significativamente para que, na praxis judiciária, o processo penal português possa voltar a ser aquilo que por essência deve ser: uma das mais lídimas e relevantes expressões de um Estado de Direito”*¹⁷.

Parte, Figueiredo Dias, do pressuposto que a lei portuguesa não prevê os Acordos sobre a Sentença em Processo Penal, porém, também não os proíbe. E que, à semelhança do que aconteceu na Alemanha, com vantagens para o sistema, devem começar por ter aplicação prática e, só depois, com base nos ensinamentos dessa experiência, deveria ser equacionada a sua regulamentação. Considerando incontornável a necessidade de algumas transformações ideológicas, culturais e sociais para fazer face às exigências acrescidas de eficácia processual que se vêm sentindo.

¹⁵ Temos dúvidas que possamos colocar a mediação penal no mesmo patamar das demais medidas de consenso, porém, para o caso não interessa aprofundar o tema e, numa perspetiva declarativa, pareceu-nos pertinente a sua enunciação.

¹⁶ Foi sob a égide de Figueiredo Dias *in Acordos sobre a Sentença em Processo Penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, 2011, Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados que a questão despontou.

¹⁷ Figueiredo Dias *in ob. cit.* p. 13.

Para o autor, a admissibilidade, perante a nossa Constituição Processual Penal e o nosso sistema processual ordinário, de conversações e Acordos sobre a Sentença, com vista a facilitar, simplificar e abreviar o procedimento e o resultado do processo é pacífica e visa a eficiência funcionalmente orientada.

Estes Acordos têm, necessariamente, que obedecer a determinados pressupostos cujo conhecimento prévio por parte dos sujeitos processuais se impõe. Surge, como *conditio sine qua non*, a confissão da prática do crime, pelo arguido, nos termos do artigo 344.^º do Código de Processo Penal. Isto é, a confissão livre, integral e sem reservas, sem a qual ficará sempre inviabilizada a possibilidade de Acordo. Pelo relevo que assume esta confissão, terá de ficar reservada ao Tribunal a apreciação do seu caráter livre e credível. Devendo a mesma ser rejeitada, designadamente, se o Tribunal tiver dúvidas quanto à imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados.

A respeito da confissão válida, salienta Figueiredo Dias, tem de existir uma efetiva compatibilização com o princípio da investigação judicial e o princípio da descoberta da verdade. Devendo a confissão ser coincidente com a verdade processualmente válida ou verdade judicial.

Interessa acautelar que ao longo de todo o processo de consensualização, não ocorra uma mera “troca” ou “barganha”, ou seja, “uma negociação com vista a alcançar um equilíbrio dos interesses das partes”¹⁸, sob pena de ser violado o princípio da indisponibilidade do objeto do processo penal.

Por outro lado, importa reter que, segundo a proposta de Figueiredo Dias, em causa está um Acordo quanto a moldura penal abstrata (o limite máximo da pena a aplicar e, eventualmente, o seu limite mínimo). Não podendo o acordo incidir sobre a medida concreta da pena, sob pena de não poder ser considerado admissível. Outra solução acarretaria evidente prejuízo para o princípio da culpa¹⁹. Pois, apenas pode caber ao juiz, em observância do princípio da livre apreciação, a

¹⁸ Figueiredo Dias *in ob. cit.*, p. 50.

¹⁹ Toda a pena supõe a culpa e essa mesma pena não pode ultrapassar, na sua medida, a medida da culpa.

determinação da pena concreta a aplicar. Não tendo cabimento que esta operação ocorra antes da prolação da Sentença e, menos ainda, que fique na disponibilidade do Ministério Público e/ou do arguido.

A Sentença deva ser elaborada em estrita observância dos princípios, regras e disposições previstas no Código de Processo Penal, na sequência de Audiência de Julgamento também ela conforme com os trâmites legalmente previstos. Sendo, apenas, imposta a publicitação, em Ata, dos termos do acordo lavrado entre os sujeitos processuais²⁰. Esta exigência surge como corolário da transparência e das necessidades de publicidade que o ato reclama. Acautelando, deste modo, todos os direitos de defesa do arguido, nomeadamente, a possibilidade de recurso.

Segundo Figueiredo Dias, a confissão para efeitos de acordo sobre a Sentença, tendo por base a disciplina dos artigos. 341.^º e 343.^º ambos do Código de Processo Penal, ocorrerá aquando das declarações iniciais, prestadas pelo arguido,²¹na Audiência de Julgamento.

Mais refere Figueiredo Dias que pode haver acordo, entre os sujeitos processuais, quanto aos limites máximo e mínimo das penas acessórias (ex. proibição de conduzir veículos com motor ou proibição e suspensão do exercício de funções), porquanto estas penas estão ligadas à culpa do agente, obedecendo às necessidades preventivas reclamadas e sendo determinadas, tal como as penas principais, tendo por base os critérios gerais do artigo 71.^º do Código Penal.

Inversamente, considera o autor que o acordo sobre a aplicação de uma pena de substituição desencadearia a antecipação consensual da medida concreta da pena e acarretaria a violação do princípio da culpa²².

²⁰ Documentação da Audiência prevista no artigo 362.^º do Código de Processo Penal.

²¹ Artigo 341.^º do Código de Processo Penal, sob a epígrafe *Ordem de produção de prova*: “A produção e prova deve respeitar a ordem seguinte: a) declarações do arguido; apresentação dos meios de prova indicados pelo Ministério Público; pelo assistente e pelo lesado; a) apresentação dos meios de prova indicados pelo arguido e pelo responsável civil.”

²² Figueiredo Dias *in ob. cit.*, p. 64.

O Acordo firmado entre os sujeitos processuais, dentro dos pressupostos que vimos de elencar, tem subjacente o princípio da lealdade processual recíproca, pois, geraram-se expectativas nos sujeitos processuais²³.

É a lealdade processual que exige, em consequência da frustração do Acordo, a não valoração da confissão realizada pelo arguido, em momento posterior, sob pena de estarmos perante uma verdadeira proibição de valoração de prova, com todas as consequências processuais daí decorrentes. De igual modo, o princípio da lealdade processual vai determinar a imutabilidade do Acordo, depois de alcançado e definido o seu conteúdo. Este valerá imediatamente, salvo a ocorrência de alguma circunstância nova juridicamente relevante. Necessariamente, em face do novo circunstancialismo terão de ser acautelados os princípios da publicidade e do contraditório.

Alicerçado na ideia de consenso, no Acordo sobre a Sentença, devem intervir todos os sujeitos processuais interessados: o Tribunal, o Ministério Público, o arguido e o assistente. Pressupondo-se que os intervenientes atuem numa posição equitativa, livres de qualquer coação ou constrangimento, sem prejuízo das funções processuais desempenhadas, podendo o impulso inicial surgir de qualquer um dos sujeitos processuais.

A respeito da intervenção do assistente, Figueiredo Dias regista: “(...) o assistente deve ser convidado a participar do procedimento de elaboração do acordo sobre a sentença sem todavia lhe ser concedido, em caso de aceitação do convite, o poder de invalidar o acordo alcançado pelo tribunal, pelo ministério público e pelo arguido.”²⁴. Já quanto ao lesado, assume o autor uma posição perentória, afirmando que, não obstante possa ser chamado a participar, como não integra o círculo subjetivo do acordo sobre a Sentença, porque não é um verdadeiro sujeito processual, não tem uma posição vinculativa.

²³ Esta é a ideia de lealdade processual que acabou por vingar no AUJ 2/2011 publicado no Diário da República, 1ª Série, n.º 19, de 27.01.2011.

²⁴ ²⁴ Figueiredo Dias *in ob. cit.*, p. 87.

Quanto à renúncia ao direito ao recurso, o autor responde negativamente. Considera que tendo o direito ao recurso contornos constitucionais (artigo 32.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa), tal renúncia seria ineficaz, pois colidiria com as exigências de culpa e de prevenção, configurando uma grave e inaceitável pressão sobre o arguido. Podendo, mesmo, afetar o caráter livre da confissão deste sujeito processual.

São estes os alicerces dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal construídos por Figueiredo Dias e dos quais se serviram os nossos Tribunais na realização dos Acordos, nas salas de Audiência, um pouco por todo o país.

ii. O tratamento jurisprudencial da questão

Com vista a enquadrarmos jurisprudencialmente os Acordos sobre a Sentença em matéria Penal iremos proceder à abordagem de três exemplos práticos.

Começando pela Processo Comum Singular n.º 23/11.4EACTB, que correu termos no 2.º Juízo de Castelo Branco, o Acordo foi alcançado pelo Ministério Público e pelo Defensor da arguida, tendo ambos avançado com a pena concreta a aplicar à arguida. Seguiu-se o Despacho do juiz, aderindo ao entendimento daqueles sujeitos processuais relativamente à pena proposta, com fundamento na adequação à culpa e suficiência para acautelar as finalidades de prevenção geral e especial positivas. Tendo todos os sujeitos processuais sido notificados.

Seguidamente, foi determinada a abertura da Audiência de Julgamento e a arguida pretendeu prestar declarações, confessando os factos que lhe vinham imputados, de forma livre, integral e sem reservas. Foi prescindida a demais prova e foi concedida a palavra ao Ministério Público e à defesa para alegarem, tudo nos termos do artigo 344.º do Código de Processo Penal. Tendo, de imediato, sido proferida Sentença de cujo dispositivo consta a pena concreta que havia sido acordada entre os sujeitos processuais.

Partindo para o segundo exemplo, correu termos o Processo Comum Coletivo n.º 33/10.9JAPDL, no 2.º Juízo do Tribunal Judicial de Ponta Delgada. Da

Ata da Audiência de Julgamento resulta que, depois de aberta a Audiência e de terem os arguidos falado quanto aos aspetos relativos à sua identidade, pretendiam prestar declarações. Confessaram, os arguidos, integralmente e sem reservas a factualidade narrada na Acusação. Mais referiram que aceitavam cumprir as penas que lhes viessem a ser aplicadas pelo Tribunal. E, de comum acordo entre a Acusação e a Defesa, foram fixados os limites máximos das respetivas penas únicas que viriam a ser aplicadas a cada um dos arguidos. Ficando, ainda, a constar da Ata da Audiência o Acordo dos sujeitos processuais quanto à suspensão da execução das penas de prisão que, concretamente, viam a ser aplicadas.

Seguidamente, o Tribunal ouviu os arguidos sobre os factos. E, face à confissão livre, integral e sem reservas foi dispensa a demais produção de prova. Foram, ainda, devidamente explicados aos arguidos os termos do Acordo sobre a Sentença e recolhida a sua concordância.

Na sequência do exposto, o Tribunal Coletivo interrompeu a Audiência para deliberação. De volta à sala, o Coletivo de Juízes expressou o seu juízo de concordância com os termos do acordo e proferiu, de imediato, Acórdão, com respeito pelos termos que haviam sido acordados entre os sujeitos processuais.

Por força da prática jurisprudencial dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal, no Tribunal Judicial de Ponta Delgada, por impulso da Procuradora da República Coordenadora daquela Comarca, veio a ser emitida, pela Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (abreviadamente, PGDL), uma Orientação sobre o tema, como vista à uniformização de procedimentos dentro da magistratura do Ministério Público²⁵.

A PGDL delimitou a questão jurídica sobre a qual se debruçou no seu parecer: “*Em síntese, está em causa saber se, com base na atual redação do Código de Processo Penal, é válido um acordo com o arguido mediante o qual o mesmo confessará em julgamento a prática dos factos constantes da acusação/pronúncia*

²⁵ Orientação n.º1/2012 PGD Lisboa cujo assunto é, precisamente: “*Acordos sobre a Sentença em Processo Penal*”, datada de 13.01.2012, que se anexa.

ficando o limite máximo da pena aplicável previamente determinado e mantendo o tribunal o poder, não só de avaliar a credibilidade da confissão, como de determinar a pena concreta, dentro dos limites estabelecidos no acordo.”

E, em resposta àquele mote, a PGDL foi perentória ao afirmar que o Ministério Público deveria responder afirmativamente ao “apelo” de Figueiredo Dias. Justifica a sua posição nos objetivos de celeridade e economia processuais inerentes ao Estado de Direito, considerando que devem ser atendidas soluções inovadoras, doutrinariamente sustentadas e que possam cumprir aqueles objetivos já enunciados. Estabelecendo os pontos orientadores da ação dos Magistrados do Ministério Público²⁶.

Face à posição manifestada pela PGDL, desde que os Magistrados Judiciais anuíssem, nada obstaculizava à realização de eventuais Acordos sobre a Sentença em matéria Penal. Pelo que, continuaram a ocorrer os sobreditos Acordos.

Este foi, igualmente, o entendimento perfilhado Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra (abreviadamente, PGDC), com consagração nos Memorandos 2/12, de 19 de janeiro de 2012 e 4/2012, de 1 de fevereiro de 2012²⁷.

O terceiro caso refere-se ao Processo n.º 224/06.7GAVZL que correu termos no Tribunal Judicial de Vouzela. Da Ata da diligência resulta que foram avançados os limites máximos das penas, abstratamente considerados, a aplicar a cada um dos arguidos. O Tribunal Coletivo concordou com as molduras penais abstratas consensualizadas e começou a ouvir os arguidos quanto à sua identificação.

²⁶ “Assim, a PGD de Lisboa sugere aos senhores magistrados do Ministério Público do Distrito que, ponderada a importância deste instituto para a melhoria da justiça penal:

a) Afiram, a nível local, da recetividade à celebração de acordos sobre a sentença em matéria penal, com os senhores magistrados judiciais;

b) Na hipótese de obtenção de reação positiva, concebam previamente os procedimentos indicativos a adotar, sem prejuízo das adaptações que os casos concretos exigirão;

c) Concretizado qualquer acordo, seja o mesmo comunicado à Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, com menção sintética dos procedimentos utilizados, de forma a facilitar a partilha de boas práticas e a favorecer a dinamização da utilização do instituto noutras comarcas”.

²⁷ Este memorando surgiu sob a epígrafe: “Regulação dos Acordos sobre a Sentença (alguns contributos de direito comparado para a superação das lacunas da lei portuguesa – complemento do Memorando de 19/01/2012) e foi mais além, pretendendo esclarecer os Magistrados a respeito do “estado da arte” no âmbito direito comparado.

Seguidamente, os arguidos pretenderam prestar declarações e confessaram os factos que lhes vinham imputados de forma livre, integral e sem reservas. Em consequência da confissão dos arguidos, foi prescindida a prova testemunhal que havia sido arrolada tanto pela Acusação como pela Defesa.

Sucede que, com vista à realização do cúmulo jurídico entre as penas a aplicar nos autos em causa com as penas aplicadas noutro Processo Comum Coletivo, no qual os arguidos haviam sido já condenados por decisão transitada em julgado, foram recolhidas as certidões necessárias e a Audiência de Julgamento prosseguiu, para que fosse dada a possibilidade aos sujeitos processuais para se pronunciarem quanto às penas a cumular. Seguiram-se as declarações dos arguidos quanto às respectivas situações sócio-económicas. Prosseguindo o Julgamento com as alegações orais. No final das quais foi marcada data a leitura do Acórdão.

Do texto do Acórdão resulta que foram cumpridos os termos do Acordo que havia sido firmado entre os sujeitos processuais. Sucede que, em consequência do cúmulo jurídico realizado, as penas únicas que vieram a ser aplicadas aos arguidos (que comportavam as penas únicas do processo *sub judice* e do outro cuja decisão já havia transitado em julgado) não mereceram a concordância de um dos arguidos que, consequentemente, interpôs recurso da decisão.

Foi na sequência deste Acórdão, proferido na Comarca de Viseu, que o Supremo Tribunal de Justiça (doravante, STJ) veio pronunciar-se contra a realização dos Acórdãos sobre a Sentença em Processo Penal.

Antes de partirmos para análise daquele que é o arresto mais importante sobre o tema em análise, importa referir que, na segunda instância, houve decisões favoráveis à realização dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. A título de exemplo temos o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 27 de fevereiro de 2013²⁸, e onde é, perentoriamente, afirmada a concordância com o mecanismo dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. Considerando aquela instância de recurso que os mesmos seriam válidos, aderindo à doutrina de

²⁸ Proferido no âmbito do Processo n.º 292/10.7GAMGL.C1, disponível no sítio da internet www.dgsi.pt, que se anexa.

Figueiredo Dias, e mantendo, na íntegra, a decisão do Tribunal de Primeira Instância²⁹.

Ainda do lado da jurisprudência favorável aos Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal, chamamos a atenção para a posição assumida por José Souto de Moura, em janeiro de 2012³⁰, no sentido de tais acordos não implicarem a atuação *contra legem*, ordinária ou constitucional. Enfatizando o Magistrado que o facto de estarmos habituados a intervenções formalistas e conflituais não deve ser um obstáculo aos Acordos sobre a Sentença em matéria penal. Podendo ser este caminho de consenso a alternativa a uma justiça melhor e mais rápida. Terminando com um apelo à mudança de mentalidades.

Podemos afirmar, sem reservas, que foram realizados vários Acordos sobre a Sentença em Processo Penal, durante o período compreendido entre finais de 2011 e o início de 2013, isto é, até à prolação do arresto do STJ, datado de 10 de abril de 2013, no âmbito do já referido Processo n.º 221/06.7GAVZL.C1.S1, que postulou a inadmissibilidade dos Acordos sobre a Sentença perante o nosso ordenamento Processual Penal.

Pelo relevo que reveste para o nosso estudo, transcrevemos o sumário do Acórdão do STJ: “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 Publico e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar.”

Extrai-se do teor do arresto que o STJ pretendeu apurar “(...) se, com base na atual redação do Código de Processo Penal, é válido um acordo com o arguido

²⁹ Passamos a transcrever o sumário: “I. Muito embora não exista 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 negocial permitirá dar cumprimento ao princípio constitucional do Estado de Direito, ao propiciar uma maior agilização, celeridade e economia processuais.”

³⁰ In Acordos em Processo Penal – A propósito da obra “Acordos sobre a Sentença em Processo Penal do Sr. Prof. Figueiredo Dias” disponível no sitio da internet www.pgdisboa.pt.

mediante o qual o mesmo confessará em julgamento a prática dos factos constantes da acusação/pronúncia ficando o limite máximo da pena aplicável previamente determinado e mantendo o tribunal o poder, não só de avaliar a credibilidade da confissão, como de determinar a pena concreta, dentro dos limites estabelecidos no acordo”.

Este Tribunal Superior opôs-se à realização de Acordos sobre a Sentença em Processo Penal, passemos a citar: “*A equação da questão que nos é proposta, que não pode ser reduzida a um mero apelo a convicções voluntaristas e implica um aprofundar de algumas das razões expostas.*” E mais refere que “*Uma das questões que então se suscita é a de saber se, antes de recorrer a instrumentos que vão muito além da letra da lei e da intenção do legislador, e, consequentemente, sem suporte normativo, não seria mais prudente utilizar devidamente as potencialidades contidas no catálogo de medidas alternativas existentes.*”

A posição assumida pelo STJ alicerça-se no facto dos atuais princípios que norteiam o Processo Penal não suportarem uma interpretação que proclame a validade dos Acordos negociados de Sentença. Equaciona o problema da verdade consensual, assente, no ato de aceitação e, em concreto, nas condições necessárias e suficientes para que se possa falar de uma aceitação racional. Considera que a liberdade para negociar é mais ilusória do que real. Não acautelando a desejada igualdade das partes, reforçando, segundo crê a jurisprudência em análise, a desigualdade. Designadamente, no que toca à qualidade da defesa. Além do que, também a prevenção geral positiva, intimamente relacionada com a gravidade da lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, sai posta em causa com este instituto.

Mais considera o STJ que devemos atentar no espírito do legislador quando foi alterado o teor do artigo 344º do Código de Processo Penal – pela Comissão Revisora de 1985 – devendo manter-se “*(...) o sentido que continuamos a atribuir à confissão tal como configurada no artigo 344 do CPP. Na verdade, o direito processual português não dá qualquer proteção à expectativa do arguido que confessa em relação à sua pena, sendo certo que a concessão da atenuação especial da pena tem uma justificação político-criminal pelo facto de o arguido revelar*

espírito de colaboração com a justiça e poupar as vítimas a uma vitimização secundária e o Estado a gastos acrescidos de tempo e dinheiro.”

O STJ acaba por afastar a legitimação do Acordo negociado com apelo à confissão, tal como esta se configura no Código de Processo Penal, por, segundo esclarece, não estarem salvaguardados os princípios fundamentais inscritos na Constituição e as regras que são nucleares em qualquer sistema jurídico. Concretizando: “*A ausência de qualquer suporte legal que permita esclarecer sobre o procedimento adequado para o pretendido acordo negociado conduz a um processo singular no qual, em lugar da norma geral e abstrata válida para todos os cidadãos, se assinala a necessidade de aferir, a nível local, da recetividade à celebração de acordos sobre a sentença em matéria penal, com os senhores magistrados judiciais e, na hipótese de obtenção de reação positiva, concebam previamente os procedimentos indicativos a adotar, sem prejuízo das adaptações que os casos concretos exigirão – (PGDL Procuradoria Geral Distrital de Lisboa (Orientação 1/2012) ”.* Apelando o STJ para o facto de a prática judiciária partir do concreto e casuístico para a generalização, indo contra a lei num Estado de Direito. No limite, considera o STJ que se corre o risco de serem violados o princípio da lealdade e da igualdade processuais, porquanto o recurso aos Acordos dependeria da opção dos Magistrados.

Ainda a propósito da verificação dos princípios enformadores do nosso sistema processual penal, o STJ refere que “*o princípio da legalidade obriga a acusação pública a atuar e a intervir em qualquer processo para pedir a condenação de quem cometeu qualquer infração à lei penal. Por sua vez o princípio da oportunidade consubstancia o poder que se reconhece aos organismos com o objetivo de exercício da ação penal de a desencadear, ou não, de acordo com certas limitações quando se tratar de condutas presumivelmente puníveis, em atenção a situações conjunturais; às circunstâncias que rodeiam os factos ou à postura negocial dos sujeitos processuais, de tal forma que o processo penal assume característica de um processo de partes com o sequente poder de disposição.”*

O STJ considera este instituto, “*eventualmente, necessário, mas que deve ser assumido com a consciência de que o mesmo representa uma rutura com alguns dos arquétipos do processo penal*”. Porém, sem a prévia intervenção do legislador, como vinha acontecendo nos nossos Tribunais, considerou o STJ que “*é um passo demasiado grande para ser dado sem suporte numa vontade do legislador afirmado sem margem para dúvidas.*” Suportando na certeza jurídica sua posição.

Mais suscita algumas questões, a saber: “*por um lado, obtida a confissão do arguido, passar-se-á, em termos de consenso das partes ao estabelecimento de um limite superior para a moldura penal que o tribunal se comprometerá a não ultrapassar. Para o arguido, a contrapartida ou vantagem que advirá da sua confissão, resumir-se-á ao estabelecimento de um limite máximo da moldura, ou mesmo de uma “sub-moldura”, a usar para a determinação da pena concreta. Mas como fica a situação dos co-participantes, quando apenas alguns confessarem? Por outro lado, será admissível o Acordo se forem imputados vários crimes em concurso que podem englobar, ou não, crimes puníveis com penas cujo limite máximo seja superior a cinco anos?*”

Quanto ao caso concreto, o STJ é muito conciso na fundamentação da sua discordância com a decisão proferida pelo Tribunal a quo: “*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 permitida pelo Código de Processo Penal. A confissão operada no caso vertente tem na sua génesis a promessa de uma vantagem que não é legalmente admissível.*” E chama à colação o disposto no artigo 126.^º, n.^º 1 do Código de Processo Penal³¹ e no n.^º 8 do artigo 32.^º da Constituição da República Portuguesa.

Em suma, o STJ considera que o Acordo sobre a Sentença baseado na confissão livre, integral e sem reservas do arguido, tendo por contrapartida a

³¹ “*1- São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2- São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: (...) e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.*”

fixação de uma “sub-moldura” abstratamente aplicável ao caso colide com os princípios gerais do Código de Processo Penal. Segundo a sua fundamentação, está a ser prometida uma vantagem legalmente inadmissível. Como tal, a confissão realizada nos moldes descritos configura uma prova proibida, por violação dos sobreditos dispositivos legais, não podendo ser valorada pelo Tribunal.

Foram muitas as vozes críticas deste Acórdão, das quais podemos destacar Moreira das Neves, que foi, na prática, um dos grandes impulsionadores dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal³², afirmando “(...) *não se vislumbra qualquer prova proibida, desde logo porque não fez aos arguidos nenhuma «promessa de vantagem legalmente inadmissível»*. Ao declarar aceitar um acordo contendo uma moldura, no pressuposto de uma confissão integral e sem reservas, o Tribunal prometeu apenas vir a fixar uma pena concreta dentro daquela moldura (não prometeu uma pena concreta), não alienou a sua liberdade de escolha e determinação da medida concreta da pena”.

Certo é que, na sequência deste Acórdão, foi emitida uma segunda Diretiva, esta emanada da Procuradoria-Geral da República (abreviadamente, PGR), Diretiva n.º 2/2014, de 21.02.2014, determinando que os Magistrados do Ministério Público se abstivessem de promover ou aceitar a celebração de Acordos sobre as Sentenças Penais. O retrocesso face à posição assumida pelas Procuradorias-Gerais Distritais de Lisboa e Coimbra ficou a dever-se, segundo se lê nesta última Diretiva, às divergências entre a doutrina e a jurisprudência nesta matéria³³.

³² Destaca-se a respeito o texto do autor: *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: o futuro aqui já – comunicação apresentada no CEJ, no dia 27 de junho de 2013, no âmbito do Workshop sobre as “técnica de negociação em direito penal”*.

³³ “As divergências entre a doutrina e a jurisprudência sobre a admissibilidade dos acordos de sentença e a sua conformação legal, acima refletidas, e a complexidade jurídica da questão, sugerem a necessidade de aprofundamento da reflexão sobre a mesma, designadamente, quanto à posição a assumir pelo Ministério Público no âmbito das suas atribuições no exercício da ação penal. Por outro lado, a inexistência de determinações ou orientações similares em todas as Procuradorias-Distritais, como se assinalou, pode promover a desigualdade de tratamento de idênticos casos concretos, o que importa salvaguardar, no respeito pelo princípio da igualdade do cidadão perante a lei. Assim, na ausência de solução legal inequívoca e considerando as divergências assinaladas, importa uniformizar a atuação do Ministério Público neste âmbito.”

Desde então, face às posições manifestadas superiormente tanto na estrutura do Ministério Público como na hierarquia dos Tribunais, não mais teve lugar, na prática judiciária, a realização de Acordos sobre a Sentença em Processo Penal, nos termos definidos, na doutrina, por Figueiredo Dias.

IV. Acordos sobre a sentença em processo penal no direito comparado

i. O caso alemão

Em resultado da Reforma operada no regime Processual Penal alemão, datada de 4 de agosto de 2009, foi consagrada, no texto da lei, a prática dos Acordos sobre a Sentença em matéria Penal. A jurisprudência já tinha lançado mão dos ditos Acordos muito antes (desde, pelo menos, a década de 70 do século passado), sem que se considerasse necessária a consagração legal dos mesmos. Não obstante, de forma a encerrar a divergência doutrinária, bem como os diferendos existentes entre a doutrina e a jurisprudência, o legislador alemão decidiu consagrar, expressamente, o instituto, os pressupostos e consequências dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. A previsão legal recebe concretização no artigo 257 c) do Código de Processo Penal alemão (StPO)³⁴.

³⁴ Tradução do artigo 257 c) do StPO constante do texto *Acordos em Processo Penal – A propósito da obra “Acordos sobre a Sentença em Processo Penal do Sr. Prof. Figueiredo Dias”*, de José de Souto Moura – nota de rodapé n.º 9 – pp. 6 e 7:

- (1) *Sempre que se mostre adequado, o Tribunal pode, nos termos do presente artigo, chegar a um acordo com as partes relativamente à continuação e desfecho do processo. As disposições constantes do n.º 2 do artigo 244.º permanecem inalteradas.*
- (2) *O referido acordo só deve abranger as consequências jurídicas próprias do conteúdo da sentença e os despachos associados, bem como outras medidas processuais relacionadas com o processo decisório e a conduta das partes durante a fase de julgamento. A confissão deve fazer parte integrante de qualquer acordo negociado. O veredito sobre a culpabilidade, bem como as medidas de reforma e prevenção, são excluídas de um acordo negociado.*
- (3) *O Tribunal torna conhecido o conteúdo que o acordo negociado poderá ter. Mediante livre apreciação de todo o circunstancialismo do caso em apreço e das considerações gerais sobre a punição, podem ser indicados os limites superior e inferior para a pena. Será dada oportunidade às partes de apresentar os seus requerimentos. O acordo negociado torna-se válido quando o arguido e o ministério público concordarem com a proposta do tribunal.*
- (4) *O tribunal deixa de ficar vinculado por um acordo negociado se quaisquer questões significativas, de facto ou de direito, não tiverem sido tidas em consideração, ou tenham surgido, e portanto o tribunal se tiver convencido que a moldura da possível*

O Acordo consiste na promessa, realizada pelo Tribunal, de aplicação de uma pena cuja moldura abstrata fica delimitada, quando o arguido pretender confessar os factos (total ou parcialmente). Esta confissão configura, portanto, uma circunstância atenuante. Curiosamente, na Alemanha, cabe ao Juiz presidente e à Defesa o papel mais ativo na negociação (e não ao Ministério Público e à Defesa). Não estando subjacente à confissão a declaração de culpabilidade do arguido, mas apenas a sua confissão dos factos.

O principal objetivo deste instituto encontra-se explícito no texto legal: pretende ser um instrumento de simplificação e de aceleração do processo. Aliás, foi com vista à satisfação destes pressupostos que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional alemães foram, ao longo dos tempos, permitindo a realização dos Acordos sobre a Sentença em matéria processual penal. Sucede que, tal como seria de esperar, mercê do respeito devido aos princípios fundamentais do Processo Penal, as Sentenças proferidas em consequência de Acordos entre o Tribunal e os sujeitos processuais devem obedecer ao imperativo da procura da verdade, o que colide com a possibilidade de negociação dos factos. Bem como não é possível negociar a qualificação jurídica das imputações dirigidas ao arguido. Tais negociações podem ocorrer fora da Audiência, porém, têm sempre de constar do competente auto, com vista a salvaguardar todos os direitos de defesa do arguido.

Não sendo permitida a negociação de uma pena concreta a aplicar, apenas se indicará os limites máximo e mínimo da pena a aplicar, ajustada à culpa do arguido. Ficando vedada ao Tribunal a atribuição de qualquer vantagem fora da lei. Entendendo-se que a confissão originará, naturalmente, um efeito atenuante.

pena não é proporcional à gravidade da infração praticada, ou ao grau de culpa representado. O mesmo se aplica se a conduta subsequente do arguido em face de julgamento não corresponder às expectativas do Tribunal. A confissão do arguido não poderá ser usada nestas circunstâncias. O Tribunal comunica, de imediato, qualquer alteração ocorrida.

- (5) *O arguido é instruído sobre os requisitos e as consequências de qualquer alteração introduzida pelo Tribunal, nos termos do n.º 4 do presente artigo, relativamente ao resultado perspetivado.”*

Podendo, por seu turno, a suspensão da execução da pena de prisão a aplicar ser negociada pelas partes e prometida pelo Tribunal.

Estão, ainda, na disponibilidade das partes Acordos no que toca ao número de testemunhas a ouvir, renúncia a certos requerimentos, promessas de determinadas indemnizações, entre outros elementos passíveis de negociação.

Do ordenamento jurídico alemão consta a exigência de que todos os trâmites do Acordo, bem como os seus termos, fiquem a constar da respetiva Ata de Audiência de Julgamento. Ficando, ainda, legalmente vedada a possibilidade de renúncia ao recurso. Acabando o Tribunal por ser o único que fica vinculado *ab initio* e, em definitivo, ao Acordo.

ii. O caso italiano

Em Itália, os mecanismos de consenso quanto à determinação da pena surgiram em 1981. Entre outros mecanismos que para o caso não relevam, foi criado o denominado *Patteggiamento*. Este instituto tem subjacente a negociação das penas e a sua aplicação a pedido das partes³⁵. Em termos gerais, podemos dizer que o Juiz vai aplicar, por Sentença, a pena que foi proposta pelas partes, ou seja, pelo *Pubblico Ministero* e pelo arguido.

O *Patteggiamento* é aplicável à generalidade das formas de processo, como sendo os processos especiais (*abbreviato*, *direttissimo*, *per decreto* e *immediato*). O seu âmbito de aplicação é a pequena e média criminalidade e visa pôr cobro ao aumento de processos penais de natureza mais bagatilar. Acabando, mais tarde (em 2003), por ver alargado o seu campo de aplicação. Inicialmente, o instituto estava previsto apenas para as contravenções e crimes punidos com pena de prisão até dois anos. Porém, com a Lei n.º 134, a partir de 2003, passou a ser aplicável a penas, a pedido das partes, por crimes mais graves, envolvendo uma pena de prisão ou prisão e multa até cinco anos.

³⁵ *Applicazione della pena su richiesta*, com previsão legal no artigo 444.^º e seguintes do Código de Processo Penal italiano.

O legislador estabeleceu um catálogo de crimes que, expressamente, excluiu da possibilidade de negociação da pena, nomeadamente: associação criminosa, crime organizado, terrorismo, sequestro, crimes de natureza sexual, entre outros crimes graves. O que, ainda assim, não lhe retira enorme utilidade prática.

Assim, o *Patteggiamento* aplica-se em casos cuja pena concreta não exceda os cinco anos de prisão, embora no caso de penas superiores a dois anos de prisão, apenas os arguidos sem antecedentes criminais possam requerer a sua aplicação. Bem como não podem estar em causa determinados tipos legais de crime, como já referimos.

A vantagem que advém para o arguido traduz-se na redução da pena até um terço, podendo, ainda, acordar-se a suspensão da execução da pena de prisão dentro dos limites da lei, redução da taxa de justiça e dispensa das penas acessórias e medidas de segurança que ao caso caibam. Sendo esta negociação feita entre o Ministério Público e o acusado, que celebram um acordo que apresentam ao Juiz nas fases preliminares ou de Julgamento. Podendo, a todo o tempo, o acusado impulsionar e dar lugar ao *Patteggiamento*.

O Juiz assume um papel de controlo: a) verifica a correção da qualificação jurídica dos factos e b) verifica a adequação do *quantum* da pena proposta. Realizadas estas operações, o Juiz aceita o pedido (*por sentenza*) ou rejeita o pedido *in toto* (*por ordinanza*), fundamentando a sua decisão e fazendo o processo retornar ao Ministério Público. Porém, não pode o Juiz modificar os termos do pedido.

Podendo, todavia, ter lugar a renovação do pedido pelas partes, aumentando ou reduzindo a pena e submetendo-a, novamente, à apreciação do Juiz, que continuará, naturalmente, livre na sua apreciação.

De igual modo, sendo proposto o *Patteggiamento* pelo arguido e não estando o Ministério Público de acordo, aquele pode renovar o pedido e coloca-lo, novamente, sob a apreciação do Ministério Público. Por sua vez, o Ministério Público tem de fundamentar a sua recusa. E, não havendo acordo, o Juiz procede à produção de prova arrolada pela acusação e só a final apreciará se os fundamentos

invocados pelo Ministério Público devem ou não ser procedentes³⁶. Caso o Juiz entenda que não há motivos para discordar da proposta do arguido profere decisão em conformidade com aquela. E, nesta situação, tem o Ministério Público direito a recorrer da decisão.

De notar que é este o único caso em que se prevê a possibilidade de recurso de apelação da sentença de *Patteggiamiento*. Assim, a Sentença assume caráter definitivo, salvo se o recurso se ficar a dever a razões de legitimidade e este será intentado perante a *Corte di Cassazione*. Tem, ainda, o arguido a possibilidade de recorrer com fundamento na irrazoabilidade da recusa do despacho que determinou a rejeição do acordo, mas apenas a final, depois de ter sido realizado o Julgamento da causa e proferida decisão condenatória em conformidade com o mesmo.

Quanto à natureza jurídica da condenação de *Patteggiamento* é equiparada a uma decisão condenatória³⁷. Todavia, não equivale a uma admissão de culpa, trata-se de um *nolo contendere*, ou seja, uma renúncia à defesa. Podendo, como tal, o Juiz, a final, mesmo face à confissão do acusado, vir a absolvê-lo. Face às especificidades desta decisão, o condenado em *Patteggiamento* é obrigado a depor noutra julgamento sobre a matéria de que era acusado. Da mesma forma que, havendo lugar a pedido de indemnização civil formulado, terão as partes de ser remetidas para os meios comuns.

A título de curiosidade, podemos referir que, em Itália, cerca de 40% dos processos alcança o seu desfecho recorrendo ao *Patteggiamento*.

³⁶ Os termos do procedimento acabado de explicar resulta da Orientação do Tribunal Constitucional (*Ordinanza n.º 100/2003*), que vincula todos os Tribunais.

³⁷ Artigo 445, alínea 1ª – bis do Código de Processo Penal italiano.

iii. O caso espanhol

O Código de Processo Penal espanhol dispõe, desde 1836³⁸ (ainda que em moldes diferentes dos atuais), de um mecanismo de negociação da pena, assente na confissão dos factos pelo acusado.

A natureza jurídica do instituto da *Conformidad Penal* suscitou, durante muito tempo, divergências doutrinárias, porém, o instituto não deixou de ser aplicado na prática. É pressuposto da sua aplicação, designadamente, que o acusado aceite os factos que lhe são imputados, a qualificação jurídica, as circunstâncias modificativas, a pena e o pedido cível (caso seja formulado).

No que respeita ao limite quantitativo, os crimes em causa apenas podem ser punidos com pena concreta requerida pelo *Ministério Fiscal* inferior a seis anos de prisão. Assim, mediante o acordo alcançado entre o Acusador e a Defesa (na fase preliminar de Instrução ou na fase de Julgamento), tendo por base a confissão dos factos do Acusado, pode, mediante acordo, colocar-se termo ao processo.

Também na *Conformidad Penal* realizada antes da Reforma Processual Penal de 2015, existia controlo judicial, nomeadamente quanto à conformidade dos factos constantes do acordo com os factos apurados na instrução, à correção da qualificação jurídica e à legalidade da pena. Sendo a Sentença de *Conformidad* proferida oralmente, sem prejuízo da sua documentação posterior por escrito. Assim, podem as partes, de imediato, renunciar ao recurso e a decisão transita no ato.

As Sentenças de *Conformidad*, nos Tribunais de primeira instância (*juzgados*), com competência para julgar processos cujo limite máximo da pena concretamente aplicável não exceda os cinco anos de prisão, já representa cerca de 60 % do seu serviço. Sendo pontuais os casos de Sentença de *Conformidad* perante Tribunais Coletivos (*colegiados*), em consequência do limite quantitativo de aplicação do instituto (penas concretas até seis anos de prisão). Não obstante este limite, os Tribunais de primeira instância vêm aceitando firmar “*conformidades*

³⁸ Real Decreto y Regulamento Provisional para La Administración de Justicia de 1836.

“atípicas”, perante a confissão livre, integral e sem reservas do arguido e o acordo de todos os interessados, com vista a simplificar a audiência e formalizar a Sentença de forma abreviada, assente na confissão devidamente conjugada com outras provas constantes dos autos.

Bem como pode ocorrer *Conformidad* nas diversas fases processuais: a) *conformidad durante el Juicio Rápido*, b) *conformidad durante la instrucción de la causa* e c) *conformidad en el acto del Juicio Oral*, o que evidencia o forte pendor consensual do direito processual penal espanhol. Tendo, como contrapartida para o arguido a atenuação da pena a aplicar.

iv. O caso brasileiro

Acompanhando a tendência desenvolvida nos países da Europa Ocidental, a Constituição brasileira de 1988 positivou a previsão da transação penal prevista para o conjunto de procedimentos penais adotados no âmbito da instrução contraditória³⁹. A denominada transação penal traduz-se no acordo entre o investigado/imputado e o Ministério Público, com vista à aplicação imediata de pena restritiva de direitos. Em causa estariam, pelo menos inicialmente, as condutas de menor potencial ofensivo. Para estas, inclusivamente, já se encontrava previsto o procedimento sumaríssimo e oral.

O conceito de menor potencial ofensivo foi definido na Lei 9.099/95 e, posteriormente, na Lei n.º 10.259/01. Sendo também estes textos legais responsáveis pela delimitação dos casos de aplicação da transação penal. As infrações de menor potencial ofensivo são aquelas cujas penas máximas, abstratamente considerada, não são superiores a dois anos, cumulada ou não com multa, respetivamente, nos termos do art. 61.º da primeira Lei referida e do art. 2.º da segunda.

É notório que a Lei dos Juizados Especiais desburocratizou o processo penal brasileiro, dando corpo à chamada Justiça Criminal Consensual.

³⁹ Artigo 98.º da Constituição Federal.

Em termos práticos, a Transação Penal traduz-se na proposta apresentada pelo Ministério Público e aceite pelo “autuado”, com vista ao cumprimento de uma pena restritiva de direitos ou multa, obstando à propositura da respetiva ação penal. Como acima se referiu, em causa estão crimes de menor potencial ofensivo.

É preciso notar que, no caso brasileiro, quando é proposta a transação penal ainda não está constituído o Processo Penal, estamos no âmbito de uma fase pré-processual, com caráter consensual, que visa, exatamente, prevenir a instauração desse mesmo processo. Este procedimento faz sentido se pensarmos que estamos no domínio dos crimes de menor potencial ofensivo que, como tal, podem ser resolvidos por uma via alternativa ao Direito Penal. Ficando este mais “livre” para tratar dos delitos mais gravosos, em função do seu caráter fragmentário. Assim, o Ministério Público, por seu turno, prescinde da persecução penal e o autuado, vê-se poupadão responder processualmente, ficando apenas sujeito a uma medida penal que, uma vez cumprida, determina a extinção da sua punibilidade.

Cumpre ao Ministério Público apreciar os pressupostos para que possa ter lugar a transação penal, porquanto, a proposta não poderá ser admitida se “*não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida*”(sic)⁴⁰. Norteando o Ministério Público a sua conduta por estes pressupostos, estará a cumprir a sua função constitucionalmente prevista e verá limitada a subjetividade inerente ao juízo a realizar. Sendo-lhe conferida liberdade para aferir a medida mais conveniente perante o caso concreto, designadamente, tendo em conta a personalidade do cumpridor e as exigências reclamadas pela própria sociedade.

Apenas a título de curiosidade, podemos referir que o Código de Trânsito brasileiro também recorreu à transação penal, não se encontrando, neste domínio, imposta qualquer restrição na sua aplicação exclusiva às infrações penais de menor potencial ofensivo.

⁴⁰ Artigo 76º, § 2º, inciso III da Lei dos Juizados Especiais - Lei 9.099/95.

Ainda com interesse, pela novidade do tema, foi neste contexto que, pela denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), o direito brasileiro adotou o conceito de delação premiada. Este mecanismo visa beneficiar o autor de uma infração penal, em termos de redução de pena, desde que colabore e preste todas as informações solicitadas pelas entidades públicas de controlo penal. Tendo esta Lei sido sucessivamente ampliada a fim de incluir mais casos de benefício da delação premiada.

Ambos os institutos são bastante diferentes, exceto na possibilidade de atribuição de um benefício ao arguido pela sua conduta colaborante. Como bem se perceberá, num país com a dimensão do Brasil e com os níveis de criminalidade que apresenta, impõe-se o investimento em meios alternativos, de preferência, com uma componente social e humana mais acentuada, para resolução dos processos penais.

v. *Plea bargaining: o caso dos Estados Unidos da América*

A *plea bargaining* pode ter várias definições, contudo, alinhamos com Pedro Soares de Albergaria⁴¹ quando considera suficientemente abrangente o entendimento de que se trata da “*negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (guilty plea) ou a declaração de que não pretende contestar a acusação (plea of nolo contendere)*”. Entre estas duas modalidades há uma significativa diferença: no caso da declaração de culpa a decisão condenatória que sobrevier tem relevância probatória no processo civil por perdas e danos, a instaurar em separado, ao contrário do que acontece com a declaração de *nolo contendere* que não tem efeitos extraprocessuais.

No direito processual norte-americano há diferentes formas de negociação, pelo que, interessa distinguir alguns conceitos (e para isso contamos com o auxílio

⁴¹ Vide Pedro Soares de Albergaria - *Plea Bargaining – Aproximação à Justiça negociada nos E.U.A.*, pág. 20.

do mesmo autor⁴²): *charge bargaining* (ou *change concession*) é a negociação da própria imputação, tendo como contrapartida da declaração de culpa a promessa do Ministério Público que “desqualificará” a Acusação para uma infração punível com pena inferior, ou, no caso de serem várias imputações “deixar cair” alguma(s) dela(s), ou mesmo conjugar as duas hipóteses; *sentence bargaining* (ou *sentence concession*) é uma verdadeira negociação da sanção penal: em troca da declaração de culpa em relação à imputação primitiva (*on the nose plea*), o Ministério Público compromete-se a recomendar ao Juiz uma sanção de certa natureza, (ex. multa em vez de prisão), com uma determinada medida (ex. um ano em vez de dois anos de prisão), ou a não deduzir oposição à atenuante invocada pelo arguido, ou, ainda, quando o Juiz possa participar nas negociações, compromete-se a aplicar certa sanção; *forma mista de negociação*: os critérios anteriores articulam-se, exemplificando, o Ministério Público, perante a assunção de culpa por parte do arguido renuncia ao procedimento criminal por algum (uns) crime (s) e propõe, igualmente, uma determinada pena ao Juiz.

Há, ainda, duas outras modalidades de negociação, estas sem consagração legal: a) *contingent plea bargaining*: a manutenção da promessa do Ministério Público realizada perante um arguido fica dependente ao facto das suas declarações, em prejuízo de outro coarguido, desencadearem a condenação deste; b) *package plea bargaining*: também ocorre em casos de participação criminosa e o Ministério Público propõe determinados benefícios a um ou mais arguidos sob condição de todos confessarem, não sendo satisfeita essa condição a acusação retira a proposta em bloco.

Subjacente a qualquer uma das modalidades de negociação está a pretensão destas evitarem o Julgamento, e, em contrapartida, o arguido ver-lhe aplicada uma pena, tendencialmente, menos gravosa do que aquela que obteria na sequência de Julgamento.

⁴²Vide Pedro Soares de Albergaria - *ob. cit.* p. 22.

Nos Estados Unidos da América (abreviadamente, E.U.A.), é perfeitamente pacífica a *plea bargaining*, estando este mecanismo legitimado no ordenamento jurídico, devidamente regulamentado tanto nos instrumentos normativos estaduais como ao nível Federal. Constando das *Federal Rules of Criminal Procedure*.

O sistema processual penal norte-americano assemelha-se ao processo civil, no sentido que se trata de um processo de partes. Sendo da incumbência de cada uma das partes a iniciativa processual, a responsabilidade de investigar os factos que sejam favoráveis às respetivas pretensões, de carrear para a Audiência de Julgamento as provas necessárias e de persuadir o júri da sua posição. Por sua vez, o Juiz assume um papel de passividade, ocupando a posição de árbitro com o dever de assegurar que a disputa se faça de acordo com as regras processuais.

Perante este cenário adversarial (típico de um sistema acusatório puro) é compreensível o mecanismo da *plea bargaining* porquanto as partes conflituantes podem pretender por fim à contenda sem que haja lugar a Julgamento. Por um lado, o Ministério Público vai renunciar à ação penal ou revogar a decisão de acusar, ou não sustentará a prova constante da Acusação. E, por outro lado, o arguido declarar-se-á culpado em qualquer fase do processo, dispensando o Ministério Público de provar os fundamentos da sua imputação para lá do critério da dúvida razoável. Sendo, ainda, dada a possibilidade às partes de comporem o litígio da forma que pretendam, lançando mão do expediente negocial.

Outro dos traços característicos do sistema processual penal norte americano prende-se com a discricionariedade que o Ministério Público goza no exercício da ação penal. Esta discricionariedade do *prosecutor* não resulta explícita da lei, é fruto do seu reconhecimento pelos Tribunais. E justifica-se pela natureza política do provimento no cargo. O Ministério Público tem, assim, a possibilidade de instaurar um processo penal de acordo com o seu arbítrio, bem como, a possibilidade de pôr termo a uma Acusação já proferida ou moldar o seu objeto consoante lhe seja oportuno no processo de negociação.

Face à maleabilidade do próprio processo, o sistema criou mecanismos de reação contra a discricionariedade do Ministério Público. Desde logo, o Ministério Público é controlado pela sua inação. Tem consagração na XIV^a Emenda à Constituição Federal a chamada *proibição da selective prosecution*, isto é, da ação penal exercida de forma discriminatória. Assentando esta proibição no Princípio da Igualdade. Outro limite à atuação do Ministério Público tem por base a doutrina do *due process* que se extrai, igualmente, da XIV^a Emenda à Constituição Federal e designa-se de *proibição da vindictive prosecution*, visando impedir que o Ministério Público “prejudique” quem não renunciou a direitos ou garantias processuais.

De notar que, a negociação entre a Acusação e a Defesa, sobre a declaração de culpa ou sobre a declaração de arguido não pretender discutir a questão da culpa, pode ocorrer em momentos diversos: após a formalização da acusação e, por regra, na audiência prévia ao julgamento (*arraignment*) que tem em vista, precisamente, dar a conhecer ao arguido o teor da Acusação e averiguar da sua posição face à mesma. Mas também pode ter lugar antes daquela formalização da Acusação, nomeadamente, na *initial appearance*, *initial hearing*, *presentment* ou *bail hearing*. Nestes casos, o *magistrate judge* pode, após a declaração de culpa, proferir, de imediato, a Sentença. Há, contudo, autores que vão mais longe e que falam na negociação em fase de execução da condenação⁴³.

No exercício das suas funções, o Ministério Público terá de avaliar vários fatores, muitos deles disciplinados nos *Principles of Federal Prosecution*, sob a epígrafe *Plea Agreements – Considerations to be Weighed* – como sendo: a disponibilidade do arguido para cooperar na investigação ou na perseguição penal de outros suspeitos; os seus antecedentes criminais; a natureza e a gravidade do crime em causa; a postura do arguido face à prática do crime, se demonstra arrependimento e juízo de censura da sua conduta; a probabilidade de alcançar a condenação do arguido em Julgamento; a pena, presumivelmente, aplicada ao caso e as respetivas consequências para o arguido; o interesse público em que o caso

⁴³ Acórdão Supreme Court *McKune v. Lile* 536 U.S. 24 (2002) apud Pedro Soares de Albergaria - ob. cit. p. 64.

seja submetido a Julgamento e não termine por negociação; o custo do Julgamento; a necessidade de evitar atrasos na resolução de outros casos pendentes; o efeito do acordo na vítima e no seu direito a obter uma indemnização. Mas, como facilmente se perceberá, o Ministério Público avalia, acima de tudo, a consistência probatória do caso.

Não podemos esquecer que, no direito processual norte-americano, o Ministério Público pode lançar mão de expedientes como o *bluffing*, através dos quais tentará dissimular a sua parca prova dos factos. Na maioria dos casos, o arguido entra em negociação com o Ministério Público sem ter perfeito conhecimento da prova carreada pelo Ministério Público, como bem se extraí do regime da *discovery*⁴⁴ e do funcionamento e natureza do *grand jury*⁴⁵.

Subjacente à negociação, do lado do arguido, está a ideia que o decurso do tempo diminui a probabilidade de condenação, razão pela qual, à defesa, interessa lançar mão de expedientes dilatórios. Além disso, a sobrecarga de trabalho dos gabinetes do Ministério Público também é uma vantagem para os arguidos, designadamente, porque a ameaça dos *public defender* de requererem o Julgamento por júri, quando a Acusação não esteja disposta a ceder, pode ser uma “arma” a seu favor.

Está, portanto, evidente que é necessário o controlo jurisdicional do processo de *ple bargaining* e este é realizado pelo Juiz que preside à Audiência Prévua ao Julgamento. Devendo a negociação ser registada por escrito, até mesmo com vista a poder ser sindicada. A negociação é um ato público e com respeito pelos termos em que foi lavrado o acordo e o modo como foi o mesmo realizado.

Ao longo do processo negocial o arguido deve estar assistido por defensor, porquanto, sendo um modelo adversarial, cabe às partes a condução do processo e

⁴⁴ Permite que a Acusação e a Defesa possam conhecer a prova do adversário, podendo haver troca de informação entre ambos. Sendo certo que apenas um arguido com capacidade económica pode levar a cabo o seu processo de investigação em termos similares ao da Acusação.

⁴⁵ Sofre, necessariamente, a influência do Ministério Público que atua como consultor do *grand jury*.

a conformação do seu objeto. Não obstante possa o arguido renunciar à assistência do defensor, no uso do seu direito de autonomia individual.

O Juiz, na negociação, assume uma função de controlo, contudo, o seu desempenho pode variar de Estado para Estado. Sendo, porém, uma imposição Federal que, em qualquer circunstância, caberá sempre ao Juiz reequilibrar os poderes em conflito. Cabe-lhe apreciar a validade da declaração de culpa, a capacidade do acusado. Mais deve o Juiz apreciar se existe um acervo factual que sustente a declaração de culpa. Não havendo, porém, a exigência de certeza da ocorrência dos factos, impõe-se a existência de factos indiciados.

Neste sistema processual não existe um verdadeiro direito do arguido ver aceite a sua declaração e culpa, podendo esta ser rejeitada pelo Juiz, ao abrigo do poder discricionário. Servindo de base a todo o instituto o interesse público na efetiva administração da justiça⁴⁶. E devendo ser feita uma apreciação casuística dos acordos.

Da aceitação da declaração de culpa forma-se a *adjudication*, que se traduz numa decisão de mérito, definitiva e com repercussões na esfera civil por danos resultantes da prática do crime (já vimos que tal consequência em termos civis não ocorre na *plea of nolo contendere*).

Depois de proferida a declaração de culpa, o arguido tem possibilidade de a revogar. A *withdrawal* (renúncia) funciona como salvaguarda das expectativas do arguido. Não podendo o juiz aplicar pena mais gravosa do que a prevista no acordo sem que seja conferida esta possibilidade ao arguido, que dela goza livremente. Podendo sofrer variações de Estado para Estado, entendida, ora como direito absoluto ora como carecida de fundamento “any fair and just reason” para que possa ser exercida.

⁴⁶ American Bar Association Standards for Criminal Justice: Pleas of Guilt, - Standard 14-1.1(b), disponível no site da internet:
https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/pleas_guilty.authcheckdam.pdf.

A outra possibilidade ao dispor do arguido para colocar em causa a *plea bargaining* é a impugnação, com pressupostos muito limitados. Sendo pacífico que a declaração de culpa implica, para o arguido, a renúncia a suscitar, posteriormente, em sede de impugnação, fundamentos relativos à violação de direitos constitucionais. Com bastante frequência, a disposição do direito do arguido a recorrer está incluída nas cláusulas do acordo.

A base da *plea bargaining* é o compromisso e, muito embora no sistema processual penal norte-americano a lei escrita nem sempre coincida com a lei aplicada, estes institutos de negociação têm contribuído para evitar a falência do sistema processual penal. Não estando em causa, nesta análise, a bondade das soluções encontradas pelo sistema processual penal norte-americano.

V. Apreciação crítica

Uma das principais críticas que se fazem ouvir, no domínio dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal é que se trata de uma “americanização” do nosso Processo Penal. Não podemos estar mais em desacordo. Senão vejamos, acabámos de ver os traços fundamentais da *plea bargaining*, que sabemos assentar num modelo adversarial, no qual o Ministério Público dispõe (com total liberdade, do inquérito). Porém, em Portugal, tal margem de manobra por parte do Ministério Público nem sequer é equacionável.

É ponto assente, na doutrina e na jurisprudência, que o nosso modelo de Processo Penal assenta numa estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial. A natureza acusatória mitigada pelo princípio da investigação oficial tem assento constitucional, no artigo 32.º, n.º 5⁴⁷. Dúvidas não podem subsistir no sentido que o princípio acusatório é um dos princípios estruturantes da Constituição Processual Penal. Em traços gerais, este princípio prevê que o Tribunal só possa pronunciar-se sobre uma Acusação que tenha sido deduzida por uma entidade orgânica e funcionalmente

⁴⁷ “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”

distinta. Sendo (essa mesma) a Acusação condição e limite do Julgamento. Trata-se de uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial. Competindo ao Tribunal julgar os factos articulados na Acusação e não dirigir, oficiosamente, a investigação penal (princípio do inquisitório).

Ora, daqui resulta que, no plano material, o princípio do acusatório determina a distinção entre as três fases processuais (inquérito, instrução e julgamento). E, no plano subjetivo, impõe a separação entre Juiz de Instrução (órgão de instrução) e Juiz de Julgamento (órgão julgador) e entre ambos e órgão acusador (na maioria dos casos, o Ministério Público). O princípio da acusação não dispensa, antes exige, o controlo judicial da acusação de modo a evitar acusações gratuitas, manifestamente inconsistentes, visto que a sujeição a julgamento penal é, já de si, um incómodo muitas vezes oneroso e não raras vezes um vexame.⁴⁸

Além do exposto, a estrutura acusatória do processo implica o princípio da vinculação temática, isto é, o Juiz que julga está adstrito aos factos que lhe são trazidos pela entidade que acusa. Assim, a título de exemplo, quando o Ministério Público deduz Acusação ou, em alternativa, quando é requerida a abertura da instrução pelo assistente e é proferido despacho de pronúncia, nesse momento, fixam-se os factos que conformam o objeto do processo, sem prejuízo de uma eventual alteração dos factos. Nesta medida, o Juiz aparece como investigador oficial apenas a título subsidiário ou supletivo. Estando a produção da prova “oficiosa” prevista no artigo 340.º do Código de Processo Penal.

Por outro lado, em obediência ao princípio da legalidade⁴⁹, o Ministério Público não pode, de forma discricionária, escolher quais os crimes pelos quais vai

⁴⁸ Vide, entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional com os n.ºs 219/89 e 124/90, disponíveis no sítio da internet do Tribunal Constitucional.

⁴⁹ O Ministério Público é o órgão do Estado encarregado de representar o Estado, exercer a ação penal e defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar (artigo 1.º do Estatuto do Ministério Público, aprovado pelas Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, republicado pela Lei n.º 60/98, de 27 de agosto, e alterado pelas Leis n.º 42/2005, de 29 de agosto, 67/2007, de 31 de dezembro e 52/2008, de 28 de agosto). As atribuições do Ministério Público distribuem-se por diversos planos, em que se inclui o exercício da ação penal, compreendendo a direção da investigação criminal, a promoção da legalidade, a representação do Estado, de incapazes e de incertos e o exercício de funções consultivas.

deduzir Acusação contra o arguido. Da mesma forma que se afigura absolutamente inapropriado pensar que o arguido, a quem é constitucionalmente reconhecido um vasto leque de direitos, pudesse ver vedada a possibilidade de contraditar as provas carreadas para aos autos pela Acusação ou pela Pronúncia. Estando, no nosso ordenamento, devidamente salvaguardados os princípios da legalidade e do acusatório.

Além do exposto, temos de enfatizar outro aspeto que se nos afigura fulcral no tratamento desta questão, o Acordo apenas pode ter incidência numa moldura penal abstrata. Pois, tal como consideramos evidente e necessário acautelar, a determinação da medida concreta da pena apenas pode caber ao Juiz, aquando da prolação da Sentença.

Bem sabemos que o artigo 2.º do Código de Processo Penal prevê, em exclusivo, a aplicação de penas e medidas de segurança em conformidade com as disposições legalmente previstas e que, efetivamente os Acordos sobre a Sentença em matéria Penal não constam da letra da lei. Todavia, com base do mecanismo da confissão prevista no artigo 344.º do Código de Processo Penal, na esteira do entendimento de Figueiredo Dias, somos levados a considerar que este instituto não estando previsto também não está proibido. E alicerça-se no regime da confissão livre, integral e sem reservas, prevista naquela disposição legal. Portanto, não se poderá excluir, quanto a nós, a sua previsão, ainda que reflexa, no texto da lei.

E mais, a própria administração da Justiça proclama, por mecanismos mais céleres e eficientes com vista à efetiva realização da Justiça, a tutela dos bens jurídicos e a paz jurídica dos cidadãos. Sendo, quanto a nós, os Acordos sobre a Sentença em matéria Penal um meio privilegiado para o efeito.

Consideramos que este instituto tendo por base a confissão livre, integral e sem reservas, nos moldes do artigo 344.º do Código de Processo Penal, não vai além daquilo que o nosso legislador processual penal previu e que Figueiredo Dias, com o seu conhecimento teórico-prático, foi capaz de sistematizar. Entendemos que, em momento algum, é colocado em causa o Estado de Direito com a aplicação dos

Acordos sobre a Sentença em Processo Penal, já que não são abandonados os princípios basilares do Processo Penal, designadamente, do acusatório ou da legalidade, como acima explicámos.

Da mesma forma que não se pode considerar abandonado nem o princípio da presunção de inocência, nem o direito do arguido a não se incriminar em juízo, incluindo o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* o direito ao silêncio e o seu direito à não incriminação. Ambos muito caros ao processo penal.

Sucede que, para que haja possibilidade de Acordo, é pressuposto que o arguido confesse a prática dos factos. A este respeito consideramos que a postura do arguido, em Audiência de Julgamento, não configura a derrogação de qualquer direito. Aliás, a hipótese de confissão livre, integral e sem reservas está prevista no artigo 344.º do Código de Processo Penal⁵⁰, desde 1987, exceto no que toca à alínea c) do n.º 3 que sofreu uma alteração em 1995, sendo a questão pacífica tanto na doutrina como na jurisprudência.

Assim, assumindo o arguido os factos que lhe vêm imputados na Acusaçāo ou na Pronúncia, (despachos que lhe são previamente notificados e dos quais constam todos os meios de prova carreados para os autos), o arguido está a lançar mão de uma das muitas possibilidades de defesa de que dispõe. Cabendo ao Tribunal aferir da espontaneidade e validade da confissão que o arguido apresenta

⁵⁰ “1 - No caso de o arguido declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coação, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas.

2 - A confissão integral e sem reservas implica:

a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados;
b) Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e
c) Redução da taxa de justiça em metade.

3 - Excetuam-se do disposto no número anterior os casos em que:

a) Houver coarguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles;
b) O tribunal, em sua convicção, suspeitar do caráter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados; ou
c) O crime for punível com pena de prisão superior a 5 anos.

4 - Verificando-se a confissão integral e sem reservas nos casos do número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, o tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção da prova.”

em juízo. Porquanto, sendo o Juiz conhecedor do teor das demais provas está capaz de fazer uma análise crítica e concertada da confissão em causa.

Dadas as consequências legalmente previstas, o Tribunal tem de informar o arguido que, na sequência da confissão dos factos, não terá lugar a produção de mais prova e os factos considerar-se-ão provados. Consequentemente, passar-se-á, de imediato, às alegações orais e posterior prolação da Sentença. Beneficiando o arguido da redução a taxa de justiça. O que se explica porque, em resultado da sua postura, contribuiu para a redução de recursos despendidos com os autos.

Encontramo-nos, portanto, no domínio da livre valoração da prova, devendo a confissão em juízo ser apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção do Juiz, nos termos do artigo 127.º do Código de Processo Penal. Razão pela qual, não obstante estejamos sob a alçada dos números 1 e 2 do artigo 344.º do Código de Processo Penal, pode o Juiz entender que a confissão em causa não se apresenta credível e, como tal, não a aceita e prossegue com a produção de prova.

Da mesma forma que, em cenário diametralmente oposto, pode o juiz considerar que, não obstante, designadamente, ao crime sob Julgamento seja aplicável pena de prisão superior a cinco anos, em sua livre convicção, a confissão do arguido é bastante e, mediante despacho devidamente fundamentado, decide não ser necessária a produção de prova quanto aos factos confessados. Do texto da lei decorre uma ampla liberdade concedida ao Juiz para que aprecie a confissão.

Dito isto, não podemos deixar de referir que não concordamos com o entendimento segundo o qual a confissão livre, integral e sem reservas utilizada para fins de um Acordo sobre a Sentença em Processo Penal configura um meio de prova proibida. Porquanto, alegadamente, acarreta a promessa de uma vantagem indevida. Este acaba por ser o fundamento da decisão do STJ para negar a conformação legal dos Acordos sobre a Sentença.

Quanto a nós, não podemos olvidar que a própria lei estabelece benefícios para o arguido colaborante, desde logo, a redução da taxa de justiça (art. 344.º, 2,

al. d) do Código de Processo Penal). Para além disso, no âmbito da determinação da medida da pena há efetivos reflexos da confissão.

Senão, vejamos, aquando da determinação da medida da pena, o julgador, à luz do binómio prevenção-culpa, vai encontrar primeiro uma moldura de prevenção geral positiva, determinada em função da necessidade de tutela das expectativas comunitárias na manutenção e reforço da validade da norma violada. Fixada esta, correspondendo nos seus limites inferior e superior à proteção ótima e proteção mínima do bem jurídico afetado, o julgador encontrará a medida concreta da pena em conjugação com as exigências de prevenção especial de socialização do agente, sem ultrapassar a culpa revelada na conduta antijurídica. Estas exigências de prevenção especial sofrerão o impacto de uma conduta colaborante e demonstrativa de arrependimento e de juízo de autocensura face à conduta delituosa, com base no na alínea e) do artigo 71º do Código Penal.

Bem sabemos que o regime vigente de atenuação especial da pena, constante dos artigos 72º e 73º do Código Penal, tem em vista situações em que a ilicitude do facto, a culpa e também a necessidade da pena e as exigências de prevenção, se revelem diminuídas de forma acentuada.

Curiosamente, Figueiredo Dias na Comissão de Reforma do Código de Processo Penal⁵¹ avançou com a ideia da consagração legal da atenuação especial da pena em caso de confissão livre, integral e sem reservas. Vindo, mais tarde, a considerar que a consagração legal de uma atenuação especial imperativa e com limites definidos pelo legislador, embora agilizasse o procedimento e conferisse segurança, não satisfaria as necessidades de política criminal.

Quanto a nós, chegámos a equacionar a previsão legal da atenuação especial legalmente prevista para a confissão livre, integral e sem reservas como forma de “contornar” os Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. Porém, pensando na prática judiciária, não nos faz sentido que tenha lugar idêntica atenuação, por exemplo, se o arguido confessa os factos, sem que conste dos autos prova

⁵¹ Figueiredo Dias *in ob. cit. p. 58.*

concludente da sua conduta ilícita e típica. Ou quando, em caso diverso, o arguido confessa todos os factos que lhe vinham imputados, porém, dos autos constam exames lofoscópicos, escutas telefónicas ou outros meios de prova que, com toda a segurança acarretariam *ab initio* a sua condenação. Ao tratar de forma igual estes dois casos, estaríamos a derrogar a aplicação do princípio da igualdade.

Segundo cremos, os Acordos sobre a Sentença em matéria Penal acabam por dar espaço ao julgador para valorar todos os elementos a favor e contra o arguido. Da mesma forma que não lhe coartam nem a liberdade de apreciação da prova, nem a liberdade de produção da mesma, já que o Juiz, investido no princípio da investigação oficiosa, previsto no artigo 340.º do Código de Processo Penal, deve levar sempre a cabo todas as diligências necessárias para a descoberta da verdade. Podendo ser aferidas, casuisticamente, todas as circunstâncias a ponderar ao nível da escolha e determinação da medida da pena.

Os Acordos sobre a Sentença buscam a definição do limite máximo da pena a aplicar, em abstrato, ao arguido (e/ou, porventura, do limite mínimo na pena), o que, segundo cremos, se traduz na formalização daquilo que, na prática, se passa no domínio da confissão livre, integral e sem reservas prevista no art. 344.º do Código de Processo Penal.

Estamos convencidos que não está em causa a promessa de uma vantagem legalmente inadmissível, mas antes o reconhecimento de uma circunstância atenuante à qual o Tribunal não pode deixar de atender e que, necessariamente, conduzirá à diminuição das necessidades de prevenção especial reclamadas *in casu*.

Mais consideramos que, não obstante o Acordo lavrado, o arguido não poderá renunciar ao seu direito ao recurso. Da mesma forma que o julgador deve ter a possibilidade de, em consequências de concretas circunstâncias justificativas, dar sem efeito o Acordo, não podendo ser valorada a confissão prestada. Ficando, para o efeito, devidamente acautelada a posição processual do arguido, já que o Juiz que houver participado nas negociações prévias declarar-se-á impedido de

presidir à Audiência de Julgamento (que terá lugar na sequência da frustração do Acordo), à luz do artigo 40.º do Código de Processo Penal.

Não obstante tudo o que deixámos acima escrito, consideramos que o recurso aos Acordos sobre a Sentença nos termos em que foram realizados nos nossos Tribunais não colidem com a configuração do Estado de Direito Democrático, antes contribuindo, por via do princípio da tutela judicial efetiva, prevista no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa e do princípio do favorecimento do processo, para a sua concretização. Além de serem salvaguardados valores tão importantes como: a colaboração do arguido com a Justiça, a proteção da vítima (na medida em que evitam a sua vitimização secundária) e a agilização do procedimento criminal com reflexos positivos nos recursos disponíveis. Contribuindo para trazer algum equilíbrio entre a realização dos interesses do Estado e a defesa consistente dos direitos, liberdades e garantias dos visados nos processos.

No que respeita à vítima, em particular, consideramos que a mesma deve ser ouvida aquando da realização do Acordo sobre a Sentença, porém, não poderá inviabilizar o Acordo. O que já será diferente no que concerne ao assistente, pois este assume a posição ativa de sujeito processual que lhe confere direitos e deveres.

Da mesma forma que consideramos que nenhum obstáculo impende sobre a extensão do Acordo sobre a Sentença às penas acessórias, na medida em que estas penas estão ligadas à culpa do agente, obedecendo às necessidades preventivas reclamadas e sendo determinadas, tal como as penas principais, logo, não há motivo para as colocar à margem do Acordo.

Já no que tange aos crimes abarcáveis pelo Acordo sobre a Sentença, pelo menos, num primeiro momento, consideramos que deve ser estabelecido o limite previsto no artigo 344.º do Código de Processo Penal, ou seja, os Acordos sobre a Sentença em matéria Penal, em regra, apenas podem visar crimes puníveis com pena de prisão até cinco anos. Isto porque, quanto a nós, a experiência do consenso na fase de Julgamento deve ser implementada gradualmente. Como tal, a pequena e média criminalidade (que ocupa uma parte significativa das estatísticas

processuais) devem ser o alvo preferencial destas medidas consensuais. Sem prejuízo de uma vez regulamentada a prática, afirmadas as suas virtualidades e salvaguardadas as necessidades de prevenção, poder vir a ser aplicado este instituto à criminalidade considerada grave e muito grave. Se bem que consideramos que estes patamares de criminalidade reclamam, tendencialmente, a realização da Audiência de Julgamento para dar cabal cumprimento às necessidades de prevenção e pacificação comunitária.

Não obstante assumamos uma postura favorável aos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal, mesmo sem que tenha lugar a regulamentação que ora propugnamos, não podemos deixar de evidenciar o fundamento esgrimido pelo Supremo Tribunal de Justiça, no sobredito arresto que terminou com esta prática, que nos merece reflexão, a prática, de Acordos sobre a Sentença, sem prévia regulamentação legal, poderia colocar em causa o princípio da igualdade. Uma vez que os Acordos apenas surgiram nas Comarcas em que os Magistrados (Judiciais e do Ministério Público) fossem favoráveis à sua prática.

Assim, fazendo jus à reclamada segurança jurídica e com vista a uniformizar procedimentos, a melhor solução passaria pela regulamentação dos Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. Ainda que, como supra referimos, haja uma base doutrinária e prática que pudesse servir de suporte a este instituto, essa questão está ultrapassada, já que o Supremo Tribunal de Justiça assumiu uma posição de recusa categórica. Como tal, a regulamentação dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal, será a única forma de poderem voltar a ter aplicação, nos nossos Tribunais.

Quanto a nós, impõe-se que este instituto obtenha regulamentação legal que, acreditamos, se inspirará, com as devidas ressalvas, no texto legal alemão. Configurando o Acordo sobre a Sentença em matéria Penal, uma via de consenso na fase de Julgamento, em resultado do qual o Tribunal aplicará uma pena cuja moldura abstrata (máxima e/ou mínima) fica delimitada, quando o arguido pretender confessar os factos, não estando subjacente à confissão a declaração de culpabilidade do arguido. Estando em causa a prática de um crime abstratamente

punível com pena de prisão até cinco anos. Cabendo ao Ministério Público e à Defesa o papel mais ativo na negociação e assumindo o Juiz o papel de terceiro imparcial, apenas vinculado à Constituição e à Lei.

Conclusão

Nos dias que correm é pacífico na doutrina e na jurisprudência que as soluções de consenso têm um papel de relevo na melhoria da tutela jurisdicional efetiva, tal como se prevê no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa. Desde logo, porque contribuem para uma melhor administração da Justiça. Em causa está o descongestionamento processual, a celeridade na resolução dos processos e a economia de meios. Sem esquecer que tanto para o arguido como para a vítima estas condições poderão ter igual interesse.

Somos avessos à ideia de que os Acordos sobre a Sentença em matéria Penal violam os princípios básicos do nosso ordenamento Constitucional e ordinário, desde logo, porque em causa mais não está do que a antecipação da decisão do Juiz sobre os limites abstratos da pena a aplicar ao caso. Encontrando-se já devidamente delimitado o objeto do processo e verificando-se a confissão livre, integral e sem reservas do arguido quanto aos factos que lhe vêm imputados, nos termos constantes do artigo 344.º do Código de Processo Penal. Devendo o Juiz ser, ainda que numa perspetiva dialogante, um terceiro imparcial que pode, através do Acordo, promover de forma mais adequada os fins das penas, tendo, como pressuposto a assunção da responsabilidade por parte do arguido.

Estamos seguros que os Acordos sobre a Sentença em processo Penal são uma realidade incontornável e pese embora pudesse aplicar-se sem necessidade prévia de intervenção do legislador, dada a jurisprudência do STJ e a posição manifestada pela PGR será necessária a sua consagração legal.

O descongestionamento dos Tribunais é uma preocupação premente e sucedem-se as tentativas de melhoramento da Justiça, recorrendo, inclusivamente, a modelos concertados de soluções, como ocorreu com os Acordos para o Sistema de Justiça. Deste Pacto resultou um conjunto de proposta que visam reconhecer à

Justiça o seu papel central na democracia e estabilidade sociais. Dito isto, dúvidas não temos que o instituto dos Acordos sobre a Sentença em Processo Penal serve, em boa medida, esse mesmo propósito e deverá ser ponderada a sua consagração legal.