

ACORDOS EM PROCESSO PENAL

A propósito da obra “Acordos sobre a Sentença em Processo Penal ”
do Sr. Prof. Figueiredo Dias.

1. Como é bem sabido, o processo penal (PP) oscilará sempre entre a preocupação de se garantir a segurança da comunidade, para tanto visando punir *todos* os agentes de crimes, e, por outro lado, a preocupação de se perseguirem *só* os agentes de crimes, assim se atendendo, para além do mais, ao princípio da presunção de inocência, na sua maior extensão.

Deste modo, a máxima eficiência no apuramento dos factos deverá ceder perante o respeito da dignidade da pessoa humana traduzido antes de mais nada, ao nível do processo penal, na consagração dos direitos do arguido.

Ora, esta antinomia tem vindo a exigir que a disciplina legal traduza sempre um certo ponto de equilíbrio entre o individual e o colectivo, o pessoal e o comunitário, ponto esse que se deslocará, em última instância, em função dos princípios constitucionais que informam o sector.

E assim se poderá oscilar entre a importância dada aos chamados *direitos resistência* face ao Estado, leia-se, por antonomásia, entre os direitos do arguido perante o *jus puniendi*, e os *direitos exigência* de protecção e de segurança proporcionada pela autoridade e reclamada por todos os cidadãos e pelo próprio Estado. Nesta linha, o preâmbulo do CPP diz-nos que, para assegurar a paz jurídica dos cidadãos, o PP propõe-se “a realização de justiça no caso, por meios processualmente admissíveis”.

Ora, aquela antinomia não pôde deixar de impregnar o PP de uma forte tensão, da qual se espera poder surgir a reacção correcta ao crime.

Tradicionalmente, a disciplina que organiza o processo tem traduzido, sem grandes contestações, uma relação conflitual, adversarial, que deixava muito pouco espaço ao consenso entre os sujeitos, *maxime* entre aqueles que protagonizam a acusação e a defesa.

O Código de Processo Penal de 1987 (CPP) veio porém alterar esse estado de coisas pretendendo a coexistência, dentro do PP, de “espaços de consenso” ao lado das clássicas áreas de conflito.

Consenso e reconciliação surgem portanto como ideias motoras erigidas em verdadeiro imperativo ético-jurídico, que se traduzirão, enquanto eixo horizontal do processo, em institutos como o da suspensão provisória do processo, do processo sumaríssimo, ou da confissão em julgamento, mas que afloram também na atribuição de competência ao tribunal singular nos termos do art. 16º nº 3 e 4 do CPP, ou em várias soluções processuais que dependem da concordância de um ou mais sujeitos.

De todas estas manifestações de consenso não irei tratar aqui. Não só porque outrem e proficientemente o tem vindo a fazer, como sobretudo porque estamos agora confrontados com um segundo passo significativo nessa linha de promoção do consenso e que se consubstanciará nos acordos sobre a própria sentença¹.

¹ Em 2010 findaram 429 729 processos na fase de inquérito. Lançou-se mão, em 10 352 processos, da suspensão provisória do art. 281º do CPP. Foi deduzida acusação em 74 911 processos, fazendo-se uso do art. 16º nº 3 do CPP em 9 644, optou-se pela forma de processo abreviado em 4 644 casos, e pela forma de processo sumaríssimo em 5 258 processos (fonte: Relatório Anual da PGR relativo a 2010).

2. Refiro-me evidentemente à proposta do Prof. Figueiredo Dias plasmada no seu trabalho *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio” ?*

De assinalar que em escrito seu de 2007 já aquele mestre confessava um medo de colapso da justiça penal “por insuportável *overloading*”, e, consciente da existência, no processo, de acordos particulares que configuravam uma autêntica justiça negociada, alertava para o facto da credibilidade da justiça penal exigir que a consensualidade obedeça a regras jurídicas, gizadas com o maior respeito possível pelos princípios do processo penal².

O Prof. Winfried Hassemer aponta-nos, numa síntese importante, como notas mais distintivas do direito penal na vertente substantiva, depois dos anos setenta, a multiplicação de tipos penais, nomeadamente de perigo abstracto (com o inerente aligeirar da tarefa do juiz em matéria de prova), e o agravamento das penas. Ao mesmo tempo, no campo adjectivo assistir-se-á segundo aquele autor a um maior interesse pela figura da vítima, e a uma obsessão pela prevenção (mesmo anterior ao processo e com inegáveis atentados à privacidade e intimidade), bem como pela eficácia da investigação. A globalização e o terrorismo respondem em boa parte por este estado de coisas, o que tudo nos leva a temer o surgimento de um “direito penal de assustados”.

Hassemer não deixa porém de acrescentar a tendência da prática judicial para o *deal*, “instrumento desformalizador que torna mais barata e célere a justiça

² Cf. “O Processso Penal português: problemas e prospectivas”, in “Que futuro para o Direito processula penal ?” pag. 814.

penal, à custa das tradicionais formalidades do processo, mediante um acordo entre os participantes”³.

Ora, é desta tendência para implementação do consenso, através de acordos, que vem dar conta, entre nós, o Prof. Figueiredo Dias, na obra acima referida, mais uma vez impressionado com a crise da justiça em Portugal, cifrada antes de mais na perda de confiança do povo português no seu sistema penal.

Os acordos sobre a sentença não são evidentemente apresentados como a panaceia de todos os males do processo, e constituem apenas, no dizer do autor, “uma sugestão”.

Sugestão que deverá ser tida como um contributo para que o PP possa, na prática, voltar a constituir uma importante expressão do Estado de Direito, com a vantagem de, para tanto, não serem precisas alterações legislativas de vulto.

3. Bastará, para muitos, falar de acordos sobre a sentença, para logo se erguer no horizonte o espectro da *plea bargaining* americana, a rejeitar liminarmente, porque incompatível com o nosso sistema processual penal e desde logo por força do disposto na Constituição da República (CR).

Já numa outra visão das coisas, poderá atribuir-se aos acordos sobre a sentença um papel mais ou menos profícuo na resolução dos nossos problemas com a justiça penal, mas o que se revela indispensável é conhecer os termos da sugestão apresentada, quanto mais não seja para que sobre a mesma se possa tomar uma posição.

³ Cf. “El Derecho Penal del Estado de Derecho en los Tiempos del Terrorismo” in Reyna Alfaro/Cuaresma Terán, directores, “Derecho Penal y Estado de Derecho - Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad”, Edit. “B de f”, Montevideo-Buenos Aires, pag. 181 e segs.

Isto mesmo é pedido pelo autor no final do seu trabalho, em termos de discussão do tema, para se evitar que, ainda desta vez, “uma novidade legal não seja *desaplicada* pela praxis”.

Vejam os então, tentando seguir o pensamento do ilustre mestre, o que é que se pretende que seja submetido a um debate, o mais amplo possível.

3. 1. O Sr. Professor teve o cuidado de acautelar, logo no começo, a inviolabilidade da estrutura do processo penal português: basicamente acusatória e integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial do juiz⁴. E não deixa de acrescentar, que as disfuncionalidades da nossa prática processual não resultam da adopção do modelo acusatório misto, em si.

Rejeita depois, peremptoriamente, a importação do sistema americano de *plea bargaining*⁵. Porque incompatível com o modelo europeu continental de PP e porque incompatível, em última instância, com a ideia de Estado de Direito, a qual não coincide inteiramente com o *rule of law* anglo-saxónico.

Depois de fazer referência a experiências de consensualização que já ressaltam do nosso processo penal⁶, alude o autor a institutos paralelos existentes em

⁴ A estrutura acusatória cifrar-se-á na completa distinção entre quem acusa e quem julga, e, acrescentamos nós, na conseqüente rigidez do objecto do processo, bem como num sistema adversarial (contraditório, pelo menos na fase de julgamento), que aposta na participação constitutiva da acusação e da defesa na definição da justiça do caso.

⁵ Assente numa *guilty plea* a partir da qual se negociará a acusação, ou a culpa, ou a pena, ou todas elas.

⁶ Arquivamento no caso de dispensa de pena, suspensão provisória do processo, processo sumaríssimo, e, acrescentaríamos nós, competência do tribunal singular nos termos do art. 16º nº 3 e 4 do CPP.

sistemas europeus e no sistema brasileiro⁷, para concluir pela sua insuficiência, tendo em vista o propósito que se quer alcançar.

Pretende-se, na verdade, complementar os expedientes existentes, que se cifram em assentimentos a propostas, dirigidas a um ou mais sujeitos processuais, com uma linha de pensamento diferente.

A introdução de estruturas comunicacionais não institucionalizadas, a procura cooperativa da verdade, o anseio por uma comunicação que mais não vise que o acordo, completamente isenta de coacção, são expressões usadas para traduzir o novo desiderato, o qual será de implementar em todas as formas de processo⁸.

Isto mesmo parece ter sido consagrado no § 257 c) da lei processual penal alemã, resultante da reforma de 4/8/2009, e que ao que parece veio consagrar na lei uma prática que já era frequente, muito embora a lei a não previsse especificamente⁹.

⁷ “Patteggiamento sulla pena” (art. 441º nº 1 do CPP italiano), “conformidad” da lei espanhola (artº 695º e segs., 787º, 801º etc. da “Ley de Enjuiciamiento Criminal”), a “composition pénale” ou a “reconnaissance préalable de culpabilité” dos franceses, e a “transação penal” brasileira.

⁸ Neste ponto, como aliás outros, e penso no limite de cinco anos de prisão para a pena aplicada, afastamo-nos, ao que cremos, da proposta da Associação Sindical dos Juizes apresentada recentemente no seu último congresso, e que parte da disciplina actual do processo sumariíssimo.

⁹ Procurámos traduzir o preceito em questão:

Artigo 257c

(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 ao desfecho do processo. As disposições constantes do nº 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 veredicto sobre a culpabilidade, bem como as medidas de reforma e prevenção, são excluídos 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.

O autor dá-nos conta da polémica que subsequentemente tem animado os meios académicos e judiciários, na Alemanha. De um lado todos quantos entendem que o PP não é um processo de partes em sentido material, e o objecto do processo é, coerentemente, indisponível. Do outro lado argumentar-se-á que não é pelo facto de os sistemas legislativos não preverem os acordos, que devem ser considerados proibidos. Tanto mais que podem contribuir para maior celeridade e economia processual.

Nesta linha, parece ter-se curiosamente esquecido a máxima, segundo a qual, o que não consta do processo não existe. E o que consta do processo está lá, só, porque a lei impõe ou permite que esteja.

A terminar esta parte, refere-se a seguir o pressuposto fundamental dos acordos sobre a sentença, que consistirá na concepção de um processo “funcionalmente orientado”. Isto como exigência irrenunciável inscrita no princípio do Estado de Direito.

Haveria que acrescentar que todo o direito penal adjectivo, por definição, tem que estar “funcionalmente orientado”, já que sempre e só ao serviço da realização da justiça penal. Tanto mais que se está perante uma finalidade que apenas se poderá alcançar pela mediação do processo. Do que se trata é de conseguir um processo funcionalmente bem orientado. No sentido de um

(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 de que a moldura da possível pena não é proporcional à gravidade da infracção praticada, ou ao grau de culpa representado. O mesmo se aplica se a conduta subsequente do arguido em fase 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 nº 4 do presente artigo, relativamente ao resultado perspectivado.

processo que permita alcançar uma justiça penal, o mais “cabal, perfeita e rápida” possível.

3. 2. Esperamos não estar a desvirtuar o teor da proposta, ao dizer que a mesma arranca da efectivação de uma condição *sine qua non*, que é a **confissão por parte do arguido dos factos, ou de parte deles (caso em que só sobre estes poderá incidir o acordo), constantes de uma acusação, e independentemente do crime que estiver em causa.**

Tal confissão terá que ser **totalmente livre e credível para o tribunal**, a ponto de, se este tiver dúvidas, dever investigar tanto a questão da liberdade como da credibilidade da dita confissão.

Quanto às dúvidas sobre a liberdade da confissão, elas resultarão, nomeadamente, de indícios de que a mesma foi extorquida.

As dúvidas sobre a credibilidade da confissão existirão se o tribunal não vir uma coerência absoluta entre o que se confessa e o que resulta da prova já produzida, concretamente no inquérito. Mas, neste caso, seria o próprio libelo acusatório a mostrar-se desconforme com o resultado da investigação. Sendo certo que, por respeito para com o princípio da acusação, o juiz também a não poderia rejeitar, em termos de “manifestamente infundada”, para além do disposto no n.º 3 do art. 311.º do CPP.

E sendo assim, a valorização da prova do inquérito passaria portanto a ser permitida ao juiz, e ainda que só ao serviço da credibilidade da confissão. Estaremos perante uma violação do princípio da acusação?

Colocar-se-á ainda, neste caso de dúvidas do juiz, a questão de saber qual a forma que essa investigação deverá assumir. Normalmente, desenrolar-se-á oral

e sumariamente na própria audiência, mas não está excluído que, por exemplo, tenha que proceder-se a exames sobre a imputabilidade do arguido, duvidosa aos olhos do juiz.

A final, interessa é que o tribunal forme livremente uma convicção sobre o acontecido, em termos de verdade processualmente válida. Verdade que será sempre o resultado de uma combinação entre o real acontecido, a facticidade, e as exigências de garantir os direitos das pessoas, designadamente do arguido.

Assim, F. Dias entende e bem, que fica salvaguardado o princípio segundo o qual, nenhum acordo pode prejudicar os princípios da investigação judicial e da busca da verdade material.

Acresce que o princípio da indisponibilidade do objecto do processo não será atingido, na medida em que os acordos também não poderão ter por objecto a questão da “culpabilidade”, considerada esta como “globalidade do processo probatório tendente à comprovação da factualidade contida na acusação e do processo de subsunção jurídica”.

Fica pois afastada qualquer negociação sobre os factos que o arguido se disponha a confessar e conseqüentemente sobre a qualificação jurídica dos mesmos.

3. 3. Obtida a confissão do arguido¹⁰, 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.

¹⁰ Questão a colocar, é a de se saber, no caso de comparticipação, e de nem todos confessarem, se pode haver acordo com um deles. Recorde-se a este propósito a disciplina da al. a) do n° 3 do art. 344° do CPP, em que ficam inviabilizados, os efeitos do n° 2 do preceito, se não houver confissão eficaz de todos os co-arguidos.

Para o arguido, a contrapartida ou vantagem que advirá da sua confissão, cifrar-se-á pois no estabelecimento de um limite máximo da moldura, ou mesmo de uma sub-moldura, a usar para a determinação da pena concreta.

De facto, o autor não rejeita a eventualidade de o acordo incluir o estabelecimento de um limite inferior, abaixo do qual a pena não poderá descer e que, naturalmente na visão do Ministério Público (MP), constitua uma medida ainda adequada, se bem que não seja a óptima, à protecção dos bens jurídicos¹¹.

A justiça do caso não sairá prejudicada face a um tratamento desigual, porque mais favorável, do arguido que confessa. É que esta confissão deverá relevar na ponderação do caso, tal como todas as circunstâncias a que tradicionalmente se atende com valor atenuativo, mesmo que posteriores ao cometimento do crime.

Claro que as coisas se complicariam, caso se atribuísse à pena uma finalidade de retribuição da culpa. Não se enveredando por aí, como nos parece que deve acontecer, então recordar-se-á que a pena justa, em termos preventivos, pode sempre ficar sempre aquém da medida da culpa que o agente deve suportar. Por outro lado, a publicidade do acordo, incluindo a confissão, deverá incidir sobre as expectativas comunitárias de punição em termos de as tornar menos exigentes. Finalmente, a confissão exprimirá uma certa reconciliação com a ordem jurídica relevante para efeitos de prevenção especial.

Recorde-se que, pelo menos no tocante à imposição de um limite máximo de pena, pelo MP, ao juiz, já hoje contamos com a disciplina do art. 16º nº 3 e 4 do CPP.

¹¹ F. Dias admite a extensão do acordo às penas acessórias ou de substituição (permitidas pela moldura penal do acordo). Em matéria de medidas de segurança é aceite um acordo sobre factos, mas exclui dele a “questão da sanção”, porque “só ao tribunal pertence legitimidade para decidir da perigosidade do arguido”. Também os chamados efeitos penais da condenação (perda de instrumentos, produtos ou vantagens do crime) poderão ser objecto de acordo.

Aceite o acordo fica evidentemente dispensada a produção de prova em audiência e será essa a maior vantagem do instituto em termos de celeridade e simplificação processual. A sentença decidirá do direito do caso, e, para tanto, deverá a acusação conter, portanto, todos os elementos que interessem à determinação da pena concreta.

3. 4. Depois do que dito fica, poderia entender-se este acordo sobre a sentença como um desenvolvimento da disciplina do art. 344º do CPP. Sem a limitação de o crime ter que ser punível com pena inferior a 5 anos, e com um resultado que se não restringe à consideração da confissão como circunstância atenuante, e, pelo contrário, da mesma resultará a modificação da moldura para o caso.

O que se tem em vista parece-nos ser, porém, substancialmente diferente. Na verdade, a ideia motora do consenso deve materializar-se em momentos anteriores ao da audiência, e, sobretudo, deve envolver todos os sujeitos processuais em plano de estrita igualdade, se bem que, forçosamente, nos termos do respectivo estatuto processual penal. Assim, dever-se-á manter o estatuto de subordinação do assistente ao MP, e daí o entendimento de que o assistente deve ser convidado a participar no acordo mas não o poderá inviabilizar¹².

O acordo será por regra apresentado ao presidente da audiência, no momento em que o arguido inicia a prestação de declarações, nada impedindo, a nosso ver, que possa constar de um documento escrito já entregue ao juiz. Tem que ser aprovado por unanimidade se o tribunal for colectivo ou de júri, e deve ser

¹² Em relação às partes civis poderão ser chamadas por um dos participantes no acordo “para fornecerem elementos”, mas não fazem parte do “círculo subjectivo do acordo sobre a sentença”. Isto porque, segundo o autor, não são sujeitos processuais, mas meros participantes nele. Terá pretendido dizer-se implicitamente, que o tratamento das partes civis no CPP, como sujeitos processuais, é meramente formal ?

transcrito em acta, ou ser considerado parte integrante da mesma, assim se assegurando a necessária publicidade.

O acordo é rígido, só podendo ser alterado perante factos ou provas novas, em termos paralelos aos que presidem ao recurso de revisão. Por outro lado, a lealdade processual implica que tudo o que esse tenha passado em conversações não coroadas de êxito, nunca possa ser usado depois por qualquer dos sujeitos processuais. O direito ao recurso, mesmo tendo havido acordo, será sempre irrenunciável.

4. F. Dias aceita depois a extensão do mecanismo do acordo às formas especiais de processo, ao processo contra-ordenacional, e a fases do processo comum anteriores à de julgamento. Neste último caso, não podemos deixar de apontar algumas dificuldades.

Quanto ao “como” e quanto ao “para quê”.

4. 1. É sabido que o MP exerce entre nós a acção penal orientado pelo princípio da legalidade. Não pode pois deixar de investigar todos os crimes de que tenha conhecimento, com o objectivo de reconstituir a verdade dos factos e a realização do direito. Por outro lado, obedecerá em todas as suas intervenções a critérios de estrita objectividade (cf. v. g. art. 3º, n.º 1, al. c) do Estatuto do MP - Lei 47/86 de 15 de Outubro, ou art. 53º, n.º 1 do CPP).

Assim, mesmo que se fale de legalidade aberta a propósito de certos institutos processuais, designadamente de formas alternativas ao clássico arquivamento e acusação de encerramento do inquérito, alternativas ao arquivamento e acusação

clássicos, nunca tal poderá ter o sentido de se ignorarem factos com relevância criminal.

Os indícios suficientes da ocorrência de crime pelo qual se deva proceder, bem como de quem foi o seu agente, obrigam a uma acusação, caso se tenha excluído, evidentemente, o arquivamento por dispensa de pena ou a suspensão provisória do processo. Que transacção é que poderá então ter lugar entre a acusação e defesa com vista à opção de acusar ou não acusar? E se não for esse o propósito que outro poderá ser?

Acresce que a delegação de competências do MP nos órgãos de polícia criminal para a investigação, que constitui hoje a regra, deixará forçosamente a porta aberta a uma transferência, na prática, para os OPC, da realização de acordos e negociações informais com o arguido, que o MP dificilmente controlará, quer quanto ao modo como são levados a cabo, quer quanto ao conteúdo que têm.

E se, de todo em todo, o MP vier a deduzir a acusação, como deve, segundo critérios de verdade e legalidade estritas, que efeitos relevantes e novos, é que poderá ter uma confissão antes da acusação? Se o MP não pode moldar o objecto do processo em função acordos prévios feitos com o arguido, que interesse tem este em fazer esses acordos?

Mais, em que é que se cifrarão esses acordos? Na simples manifestação de uma predisposição para colaborar, num futuro acordo sobre a sentença? Será só isso? Tememos que a extensão do acordo sobre a sentença à fase de inquérito, redunde, na prática, numa *plea bargaining* necessariamente clandestina, face do sistema em que vivemos.

5. A terminar, o trabalho sobre que nos vimos a debruçar conclui que a proposta de acordos sobre a sentença, tal como formulada, não implica actuações *contra legem*, ordinária ou constitucional.

Mas, muito certo, alerta não só para a necessidade de uma discussão ampla sobre o tema, como para a premência em se alterarem o espírito e mentalidade vigentes.

Habitados a intervenções formalistas e conflituais, deveríamos então enveredar por um caminho de colaboração de todos, na finalidade comum de toda a administração judiciária: a melhor e a mais rápida justiça.

Porque na verdade, diremos nós, aquilo a que se vem assistindo não é a um consenso generalizado dos sujeitos processuais sobre “a melhor e a mais rápida justiça”.

Enquanto que para uns a realização da justiça reclama o conhecimento de toda a verdade dos factos, para outros passa apenas pela verdade dos factos que confortam os interesses próprios.

Enquanto que para uns a celeridade é um valor perene, mesmo que não alcançado, para outros dependerá de circunstâncias.

Apostemos então nessa mudança de mentalidades. Evidentemente, de todos.

Porto, 12 de Janeiro de 2012

José Souto de Moura