

Ana Margarida Ferreira Ramalho

ACORDOS SOBRE A SENTENÇA

Confronto com os Princípios da Estrutura do Processo Penal Português

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre na especialidade de Direito Forense, na
Faculdade de Direito - Escola de Lisboa da
Universidade Católica Portuguesa

Sob a orientação do Professor Doutor José Lobo Moutinho

Lisboa

5 de setembro de 2014

ÍNDICE

Nota prévia	5
Abreviaturas	6
Introdução.....	9
I. A emergência dos acordos sobre a sentença no processo penal português	11
1. A atual conjuntura do processo penal português	11
2. A proposta de FIGUEIREDO DIAS	12
3. A resposta reativa da prática judiciária	14
4. O Ac. do STJ de 10.04.2013 e a Diretiva n.º 2/2014 da PGR.....	15
II. Perspetiva comparada	17
1. A <i>plea bargaining</i> norte-americana	17
2. A tese da americanização do processo penal e a metáfora da tradução legal	23
3. A <i>Absprache</i> alemã	26
4. O <i>patteggiamento</i> italiano	31
III. Problematização dos acordos sobre a sentença no modelo de processo penal português..	36
1. Princípio da legalidade e princípio da oportunidade.....	37
2. Princípio da estrutura acusatória e princípio da acusação.....	45
3. Princípio da investigação e princípio da verdade material	54
Considerações conclusivas	57
Bibliografia e outras referências	59
Anexo I.....	66
Anexo II.....	69

Aos meus pais, anjos da guarda,

NOTA PRÉVIA

1. As transcrições de textos estrangeiros (legislativos ou doutrinários) encontram-se traduzidas para português, exceto quando o objetivo da referência consiste em assinalar aspetos linguísticos. Salvo indicação em contrário, a tradução é da responsabilidade da autora da presente dissertação. Excecionam-se os textos na língua inglesa, que se mantêm na versão original, por este idioma ser de domínio tendencialmente generalizado, evitando-se assim a introdução de ruído que a operação de tradução sempre implica.

2. Na ausência de indicação expressa do diploma a que pertence uma disposição legal, deve entender-se que a mesma faz parte do Código de Processo Penal português.

3. Na ausência de indicação expressa, deve entender-se que a data do último acesso aos sítios da Internet referenciados foi a 30.04.2014.

ABREVIATURAS

A.	Autor / Autora
AA.	Autores
AAVV	Autores Vários
Ac.	Acórdão
al(s).	alínea(s)
art. (arts.)	artigo(s)
<i>BGH</i>	<i>Bundesgerichtshof</i>
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CES	Centro de Estudos Sociais
cf.	Confrontar
cit.	Citado
Cód.	Código
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DR	Diário da República
ed.	Edição
et al.	e outros
MP	Ministério Público
n.º (n.ºs)	número(s)
OPJ	Observatório Permanente da Justiça Portuguesa
org.	Organização
p. (pp.)	página(s)
PGDC	Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra
PGDL	Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa
PGR	Procuradoria-Geral da República
Proc.	Processo
<i>StPO</i>	<i>Strafprozeßordnung</i>
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra

TRL Tribunal da Relação de Lisboa
v. g. *verbi gratia*
Vol. Volume

“The “full-blown” trial with “all the guarantees” is no longer affordable.”

STEPHEN C. THAMAN – *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*

INTRODUÇÃO

Desde 2012, na sequência de uma proposta lançada por FIGUEIREDO DIAS com o propósito de agilizar o processo, tem vindo a ser introduzido na prática processual penal portuguesa um revolucionário mecanismo de cariz consensualizado – os *acordos sobre a sentença*.

Tal instituto de justiça negociada é tradicionalmente alienígena relativamente ao paradigma do processo penal português. Contudo, o facto de este mecanismo mergulhar as suas raízes nos antípodas dos modelos de processo penal de *civil law*, não deverá toldar o juízo na apreciação desta inovação processual. Com efeito, mostra-se essencial um despir de preconceitos para um honesto confronto desta inovação de justiça consensualizada com os princípios da estrutura do processo penal nacional. Este prisma é sensível à constante mutabilidade do universo jurídico, na compreensão da qual importa atender à estrutura basilar e ao substrato do sistema jurídico.

Ora, a hipótese da transposição de um instrumento eminentemente consensual para o modelo processual penal português é merecedora de atenta análise. Sendo certo que este mecanismo não encontra expressa consagração no CPP e assumindo como premissa a inexistência de base legal suficiente para a sua implementação (em conformidade com a jurisprudência exarada pelo STJ¹), o que ora se visa é estudar as questões de fundo inerentes à mudança de paradigma que o enxerto da justiça negociada no processo penal português pode trazer. Propõe-se, aqui, responder à seguinte questão: quais são as consequências do acolhimento dos acordos sobre a sentença ao nível do entendimento dos princípios estruturais do processo penal português? Por outras palavras, essa inovação é compatível com o atual paradigma do processo penal português ou projeta uma autêntica revolução do mesmo?

Para esse efeito, importa perceber se os contornos dos acordos negociados de sentença se traduzem num sucedâneo do mecanismo de *plea bargaining* compatível com o nosso modelo de processo penal ou se, pelo contrário, será o sistema nacional hospedeiro a sofrer uma transformação nuclear, em função deste acolhimento.

¹ Cf. *infra* Cap. I.4.

No intuito de responder a esta pergunta, percorre-se uma breve perspetiva comparada, que permita explorar a *plea bargaining* e as soluções de justiça consensual inspiradas neste instituto e que mereceram acolhimento em sistemas de *civil law*. Nesta etapa, pretende-se entrever quais as consequências, ao nível da matriz processual penal, que advieram dessas importações.

Em seguida, problematizam-se os vários pontos de conflito entre os acordos sobre a sentença e os princípios enformadores do modelo de processo português, no intuito de perceber se o acolhimento dos primeiros comporta uma alteração de paradigma no segundo ou se é possível a sua coexistência sem alterações fundamentais ou genéticas no entendimento dos princípios basilares do sistema.

Pretende-se, terminado este percurso, estar em posição de concluir em que sentido se encaminha o processo penal português, por via da introdução dos acordos sobre a sentença, tal como foram propostos por FIGUEIREDO DIAS.

I. A EMERGÊNCIA DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

1. A atual conjuntura do processo penal português

Apesar de não se encontrar consenso quanto ao modo de o contrariar, o certo é que é generalizada a opinião quanto ao estado de *crise* (epíteto invariavelmente presente) do sistema de justiça penal nacional. A preocupação gira em torno da morosidade² e ineficácia do processo penal e conseqüente descredibilização da justiça criminal³.

No intuito de sensibilizar os Estados-membros para a importância de assegurar a eficácia da atuação da justiça, em 17.09.1987, o Conselho de Ministros da União Europeia emitiu a Recomendação n.º (87) 18, onde sugere a implementação de medidas de simplificação processual, indicando mesmo os acordos informais como alternativa à acusação e, ainda, a efetivação do princípio da discricionariedade na acusação.

No sentido de contrariar o referido congestionamento crónico, o legislador português tem vindo a dar prioridade a soluções de desburocratização, celeridade e consenso, reforçando os mecanismos de diversão e agilização processual, nas vestes dos processos abreviado e sumário e, em matéria de mecanismos de consenso, o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280º), a suspensão provisória do processo (art. 281º), a confissão em julgamento (art. 344º) e a forma de processo sumaríssimo (arts. 392º ss).

Na mesma linha de ação, a Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, que operou as mais recentes alterações ao CPP, enfatizou a preocupação do legislador com a garantia da celeridade processual, ao alargar o espectro de aplicação do processo sumário⁴, a par de outras inovações no mesmo sentido.

² Cf. Dados e respetiva análise in CES/OPJ – “A justiça penal – Uma reforma em avaliação”, 2009, disponível em http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Final_Monitorizacao_Julho_2009.pdf.

³ Cf. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *Princípio da Oportunidade*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 12, “Mas a morosidade gera também, na consciência social, uma presunção de impunidade”.

⁴ Cf., entre outros, o Ac. do TC n.º 428/2013, de 15.07.2013, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

Não obstante o impacto positivo do reforço dos mecanismos de agilização⁵, as sucessivas alterações legislativas até ao momento não lograram inverter a morosidade generalizada da justiça, pelo que emergem propostas de índole diversa⁶, incentivando a uma (r)evolução no direito processual penal que possa vir a alcançar uma melhoria significativa no congestionamento crónico e conseqüente ineficácia da justiça penal.

2. A proposta de FIGUEIREDO DIAS

Em reação à conjuntura exposta e na esteira dos progressivos desenvolvimentos legislativos, na sua obra de outubro de 2011⁷, veio FIGUEIREDO DIAS apresentar formalmente a sua revolucionária proposta: os acordos sobre a sentença.

O A. bebe diretamente do exemplo alemão, na exposição desta sua proposta, firmemente aliada ao princípio do favorecimento do processo, com vista à eficácia do sistema de justiça penal e ao restabelecimento da confiança dos cidadãos no mesmo. Trata-se dum instituto de aplicabilidade e repercussões transversais a todo o sistema, virtualmente aplicável a todos os casos penais.

O instituto desenhado pelo A. apoia-se na confissão do arguido dos factos constantes da acusação ou da pronúncia. Esta confissão, que encontra apoio na previsão legal do art. 344º, constitui pressuposto essencial e basilar do acordo sobre a sentença. Em conformidade com este preceito, a liberdade e a credibilidade da confissão devem ser verificadas pelo tribunal, entendendo-se por credível a confissão que se harmonizar com o complexo probatório indiciário carreado para o processo⁸. Ao abrigo do princípio da investigação oficial (art. 340º, n.º 1, e 344º, n.º 4), o juiz pode ordenar a produção de prova se tal se mostrar necessário à

⁵ Cf. PGR – “Relatório dos Serviços do MP”, 2010, disponível em <http://www.pgr.pt/pub/relatorio/2010/RelatorioMP2010.pdf>, pp. 293-294.

⁶ Entre outros, cf. PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, et al. – “Uma proposta de justiça negociada”, *Revista do CEJ*, N.º 15 (1.º sem. 2011), Lisboa, pp. 109-123.

⁷ Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS – *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal*, Coleção Virar de Página, Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

⁸ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – *Comentário do Código de Processo Penal*, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, anotações 12 e 15 ao art. 344º.

certificação da liberdade e credibilidade da confissão. Na ausência de certeza quanto a ambas, o tribunal não aceita o acordo.

O acordo versa apenas sobre a questão da pena a aplicar ao arguido, estando vedada a negociação sobre o objeto do processo, que é indisponível às partes. Aliás, a negociação da pena destina-se a delimitar uma nova moldura penal dentro da legalmente estatuída para o ilícito criminal de que o arguido vem acusado. Destarte, como não é admissível o acordo sobre a pena concreta – o que importaria a subtração dessa concretização à esfera de competência do tribunal –, visa-se alcançar o consenso entre os atores processuais quanto ao novo e mitigado limite máximo da pena a aplicar pelo órgão judicial, sendo controversa a possibilidade de também se determinar um diferente limite inferior.

A fixação deste novo limite máximo deve comportar um efeito atenuante significativo, respeitando simultaneamente um critério de razoabilidade. Acresce que o acordo pode versar sobre penas principais, penas acessórias e sobre a espécie de pena a aplicar.

O consenso envolve obrigatoriamente o defensor, o MP e o tribunal, podendo qualquer destes intervenientes impulsionar as conversações. Já a natureza da participação do assistente não é pacífica: deverá intervir nas conversações, mas não é certa a essencialidade do seu consentimento para a obtenção do acordo⁹.

A apresentação do acordo sobre a sentença para sujeição à aceitação do tribunal admite-se até ao início da audiência de julgamento. Caso o tribunal admita o acordo alcançado, o seu conteúdo passa a constar em ata, em atenção ao princípio da publicidade (art. 86º). Em consequência, e conforme dispõe o art. 344º, n.º 2, al. a), os factos confessados serão tidos como provados e caberá ao juiz determinar a pena concreta a aplicar, dentro da moldura penal acordada, elaborando a sentença em respeito ao dever de fundamentação (art. 74º, n.º 2).

Acresce que, na eventualidade de as conversações entre os sujeitos processuais serem frustradas, nenhum elemento do processo negocial pode ser valorado em julgamento, o que consubstanciaria uma proibição de prova (art. 126º).

Finalmente, o acordo não prejudica o direito ao recurso, que é irrenunciável, sob pena de ineficácia do acordo sobre a sentença.

⁹ Discutindo esta questão, cf. DIAS – *Acordos*, cit., pp. 85 ss, e JOSÉ SOUTO DE MOURA – “Acordos em Processo Penal”, Porto, 2012, p.11, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/docpgd/files/acordos%20souto%20moura.pdf>.

O A. lança este repto, emitindo sugestões e deixando soluções em aberto na sua proposta, exortando a que a jurisprudência e a doutrina assumam a tarefa de construir e delinear os contornos mais precisos desta inovadora figura processual. À semelhança do fenómeno que se verificou na Alemanha com as *Absprachen*, a vantagem encontrar-se-á em ser a própria *praxis* a trilhar o caminho, evitando as frequentes dissonâncias entre *law in the books* e *law in action*.

Não obstante o mérito das variadas problemáticas relacionadas com a aplicabilidade deste instituto, a presente exposição centra-se na avaliação do impacto que teria o acolhimento dos acordos de sentença nos pilares do sistema jurídico português¹⁰.

3. A resposta reativa da prática judiciária

Uma significativa reação à proposta de FIGUEIREDO DIAS ocorreu logo em janeiro de 2012, com a Orientação n.º 1/2012 da PGDL, a que se associou a PGDC, através do Memorando de 19.01.2012, ambas apelando a que os magistrados do MP promovessem a introdução dos acordos sobre a sentença na prática processual penal, em conformidade com os moldes desenhados pelo A. e subscrevendo a sua noção de processo funcionalmente orientado.

Com efeito, nesta sequência, vieram a realizar-se vários acordos sobre a sentença, v. g. o acórdão proferido pelo 2º Juízo do Tribunal Judicial de Ponta Delgada, no âmbito do Proc. n.º 33-710.9JAPDL¹¹. No início deste julgamento, ocorreram conversações entre o MP e os arguidos, que culminaram na confissão destes últimos e apresentação ao tribunal da proposta de homologação de novos limites máximos atenuados para as penas. Após sujeição dos arguidos ao inquisitório judicial, o tribunal considerou válidas as suas confissões, à luz do art. 344º, e dispensou a produção de prova adicional. O Juiz Presidente explicou então o conteúdo

¹⁰ Cf. DIAS – *Acordos*, cit., p. 20, sugere que a integração deste inovador instituto não afeta o modelo de processo atual.

¹¹ Cf. Ata de audiência de discussão e julgamento do Tribunal Judicial de Ponta Delgada, de 01.02.2012, Processo N.º 33/10.9JAPDL, 2º Juízo, disponível em <http://granosalis.blogspot.pt/2012/02/pleabarging-uma-primeira-decisao-entre.html>.

do acordo sobre a sentença aos arguidos, que manifestaram a sua concordância com o mesmo. Finalmente, o tribunal decidiu aceitar as novas molduras penais consensualmente propostas por considerá-las adequadas à realização dos fins das penas, no caso concreto, findo o que emitiu acórdão dentro dos limites do acordo.

Também o TRC já acolheu um acordo realizado entre os sujeitos processuais em primeira instância, subscrevendo mesmo o entendimento que subjaz ao instituto¹².

No seio da doutrina, relativamente a este controverso tópico, surgem posições tendencialmente extremadas: rejeição completa do instituto, por afronta à chamada Constituição Processual Penal¹³, por um lado, e entusiasta acolhimento, derivado da potencialidade de promoção da eficácia do processo, por outro¹⁴.

4. O Ac. do STJ de 10.04.2013 e a Diretiva n.º 2/2014 da PGR

Mais recentemente, na sequência da homologação de um acordo sobre a sentença em primeira instância, foi conhecido recurso dessa decisão pelo STJ¹⁵. O Ac. que fez culminar este recurso não se debruça sobre a adequação do novo instituto à prossecução dos fins de eficácia e celeridade processual, antes limita a sua análise a verificar se esta inovação processual tem apoio legal suficiente. O STJ oferece uma resposta frontalmente negativa: nem o CPP, nem os princípios que o regem suportam a validade dos acordos negociados de

¹² Cf. Ac. do TRC, de 27.02.2013, Proc. N.º 292/10.7GAMGL.C1, disponível em www.dgsi.pt, “Suscita-se, assim, a possibilidade de, por esta via consensual, se simplificar e conferir maior celeridade ao processo penal português, sem se afectar os seus fundamentos constitucionais, nem sequer o respectivo modelo”.

¹³ De entre os detratores, cf. EDUARDO MAIA DA COSTA – “O consenso como remédio para os males do processo penal”, 2011, disponível em http://blogsinedie.blogspot.pt/2011_12_01_archive.html.

¹⁴ Pelos entusiastas cf. MOURA – “Acordos”, cit., J. F. MOREIRA DAS NEVES – “Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!”, *Revista do Ministério Público*, A. 34, N.º 135 (julho-setembro 2013), Lisboa: SMMP, pp. 37-64, JOSÉ P. RIBEIRO DE ALBUQUERQUE – “Simplificação, celeridade e consenso no processo penal”, Sesimbra, 2012, disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/5976.pdf>, DANIEL PROENÇA DE CARVALHO, et al. – “Acordos sobre a Sentença em Processo Penal”, Gabinete de Jovens Advogados, disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Media/file.aspx?ida=117578>.

¹⁵ Cf. Ac. do STJ, de 10.04.2013, Proc. N.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

sentença, sendo por isso inadmissíveis¹⁶. Conclui firmemente que o regime da confissão do art. 344º não legitima esta inovação processual.

Em virtude deste entendimento, o STJ conclui que a confissão dos arguidos, porque obtida contra a promessa de uma vantagem legalmente inadmissível – a fixação de um novo limite máximo da pena –, é prova proibida (art. 126º, n.º 2, al. e)), que padece de nulidade, em razão do que determina o reenvio do processo para novo julgamento.

Na fundamentação do Ac., o Tribunal frisa que acolher esta inovação processual, sem a correspondente alteração legislativa, seria atentatório da segurança jurídica. Particularmente interessante é a ideia que o Ac. transmite de que o acolhimento da justiça negociada se traduziria numa *ruptura* com o paradigma do modelo de processo penal português, admitindo, contudo, que tal rota será eventualmente necessária¹⁷.

Formando um paralelo com o caso alemão, no nosso ordenamento jurídico terá havido um acompanhamento da linha de acontecimentos até esta decisão do STJ. É aqui que o percurso diverge: enquanto na Alemanha a jurisprudência superior se mostrou permeável à mudança, auxiliando mesmo a construção dos parâmetros de realização dos acordos de justiça negociada¹⁸, o STJ veio colocar um travão na progressão da metamorfose. Parece, pois, que o caso português, não acompanhará a progressão observada no caso germânico¹⁹.

A jusante dos desenvolvimentos verificados e em resposta à instabilidade jurídica vivenciada, a PGR emitiu a Diretiva n.º 2/2014²⁰, contrária às orientações das PGD's que impulsionaram o acolhimento das sentenças negociadas e expressamente vedando o recurso aos acordos de sentença. Curiosamente admite a plausibilidade de este mecanismo vir a ser integrado como solução de celeridade e simplificação processual, considerando contudo que a falta de base legal compromete a sua utilização.

¹⁶ Criticando este Ac., cf. NEVES – “Acordos”, cit.

¹⁷ Cf. Ac. do STJ, de 10.04.2013, cit., “A assunção dos acordos negociados de sentença representa, assim, um momento decisivo, eventualmente necessário, mas que deve ser assumido com a consciência de que o mesmo representa uma ruptura com alguns dos arquétipos do processo penal.”

¹⁸ Cf. *infra* Cap. II.3.

¹⁹ Sendo certo que a jurisprudência superior não têm força obrigatória geral, goza contudo de valor de precedente persuasivo, imprimindo um pendor contrário à implementação da negociação de sentenças.

²⁰ Cf. Diretiva n.º 2/2014, de 21.02.2014, disponível em http://www.pgr.pt/grupo_bases/documentos_hierarquicos/Diretiva_2-2014.pdf.

II. PERSPETIVA COMPARADA

Nesta análise comparada, tomam-se o ordenamento estadunidense, berço da *plea bargaining*, e os ordenamentos alemão e italiano, sistemas tradicionais de *civil law* que acolheram a justiça negociada, o primeiro através das *Absprachen* e o segundo por via do *patteggiamento*.

1. A *plea bargaining* norte-americana²¹

O processo penal estadunidense encarna o paradigma do sistema adversarial ou de partes²², dominado pelo princípio do acusatório puro, entendido como uma relação em que se opõem acusação e defesa. Trata-se de uma construção do processo penal modelada pelo princípio do dispositivo. Nesta equação, o órgão decisor – o juiz ou o júri – ocupa uma posição externa ao conflito, sendo essencialmente chamado a intervir e decidir apenas na medida em que persista o conflito entre as partes, ou seja, na eventualidade de estas não alcançarem um acordo.

O primeiro crivo do *iter* processual para que o indivíduo possa ser acusado é a existência de causa provável de que cometeu o crime. Existindo indícios da prática de um crime punível com multa ou pena privativa de liberdade inferior a um ano (*misdemeanor*), o promotor público (*public prosecutor*) pode fazer diretamente uma acusação. Quando se tratar de ilícito punível com pena de prisão superior a um ano (*felony*), os factos são apresentados ao Grande Júri (*Grand Jury*), que determina se há causa provável, com vista a avançar com a acusação formal contra o arguido. Em alternativa, tal decisão também pode vir a ser tomada

²¹ Pretende-se oferecer uma perspetiva dos traços gerais do *plea bargaining system* norte-americano, sem conferir destaque às variações que existem entre os vários Estados Federados.

²² Cf. WAYNE R. LAFAVE, et al. – *Criminal Procedure*, 3.ª ed., St. Paul, Minnesota: Thomson West, 2000, pp. 21 ss e 31 ss, “In most respects, the criminal trial resembles the civil trial.”

pelo magistrado que presidir à Audiência Preliminar, fase processualmente orientada para o efeito.

Após a acusação do arguido, existe uma etapa – paralela à fase de instrução no ordenamento jurídico português – em que a defesa apresenta moções ou requerimentos para que o tribunal decida questões preliminares. A declaração de culpa do arguido é geralmente feita neste estágio do processo, fruto das negociações com o promotor público. Havendo admissão de culpa, o tribunal dita a sentença, caso o arguido se declare inocente, o processo prossegue os trâmites ordinários do julgamento.

Neste último caso, a decisão quanto à culpa ou inocência do arguido relativamente aos crimes de que vem acusado é tomada pelo tribunal de julgamento, que pode ser constituído por um juiz ou por um júri – Pequeno Júri (*Petty Jury*) –, a requerimento do arguido, sempre que seja abstratamente aplicável uma pena de prisão superior a seis meses. As provas são carreadas para o processo e produzidas pelas partes perante o tribunal, que decide se o arguido é inocente ou culpado “para além de uma dúvida razoável” (“*beyond a reasonable doubt*”)²³. O ónus de prova recai sobre a acusação²⁴, enquanto o juiz tem um papel relativamente passivo no decorrer do julgamento, competindo-lhe essencialmente assegurar o cumprimento de regras formais no decorrer da atividade probatória.

Posteriormente, e sendo o arguido declarado culpado, o juiz que presidiu ao julgamento determina a sanção a aplicar, dentro da moldura estabelecida pela lei ou pelas linhas diretrizes de sentença (exceto nos casos de pena de morte, em que a decisão da sua aplicação compete ao júri). De frisar que o julgador não se encontra vinculado ao dever de fundamentação da sentença. Portanto, o júri decide sobre a matéria de facto²⁵ e o juiz sobre a matéria de direito, ou o juiz decide sobre ambas as matérias.

Este modelo de processo penal é eminentemente orientado para a resolução através do consenso, já que, encarado como um processo de partes, não importa se termina pela via do consenso ou pela via da disputa. A prática processual espelha essa conjuntura, como bem

²³ Espelho da consagração do princípio da presunção de inocência.

²⁴ Repare-se que, no processo penal português, não existe ónus da prova como tal, visto que o MP e o juiz partilham a obrigação de apurar a verdade material.

²⁵ O veredicto do júri tem de ser unânime, mas não está sujeito a fundamentação.

ilustram as estatísticas que revelam que mais de 90% das condenações nos sistemas federal e estadual dos EUA resultam de *plea bargaining*²⁶.

A assimilação da prática da *plea negotiation* reporta-se ao final do século XIX e relaciona-se com a necessidade de criar uma alternativa mais expedita ao julgamento de júri²⁷. Devido à emergente participação dos profissionais de direito nos processos-crime (fenómeno conhecido por *lawyerization*), as garantias do arguido traduziram-se na prática, tornando, em última consequência, o rito processual ordinário mais complexo e moroso, provocando o congestionamento do sistema criminal. Portanto, a justiça negociada surgiu como uma válvula de escape ao rito ordinário, solucionando a perigosa sobrecarga do sistema penal estadunidense que então se verificava.

Visto o sistema de barganha ter sido gerado pelos atores do processo, a sua emergência fundamenta-se nas motivações que impulsionaram e ainda impulsionam esses sujeitos. Nos EUA, o promotor de justiça é eleito pela comunidade, é o “*lawyer of the people*”. Ao contrário da figura do procurador do MP português, aquele encarna uma posição assumidamente partidária no exercício das suas funções, que exerce em linha com as suas opções político-criminais. Nestes termos, e no âmbito da elevada discricionariedade com que exerce a ação penal²⁸ – não está vinculado à obrigação de acusar –, o promotor de justiça estadunidense almeja alcançar a maior taxa de condenações possível (que é vista como taxa de sucesso, pois, nesta perspetiva, o arguido acusado é arguido culpado). Esta figura idiossincrática coaduna-se com o processo penal de partes e com a *plea bargaining*, tal como as atribuições orgânico-funcionais do MP se harmonizam com as características dos sistemas de *civil law*.

Entre 1970 e 1971, o Supremo Tribunal Federal (*Supreme Court*) reconheceu a conformidade da *plea bargaining* com a Constituição²⁹, indicando que se tratava de um mecanismo necessário ao bom funcionamento e descongestionamento do sistema criminal, em razão dos seus limitados recursos. A final, o sistema de barganha veio a ser consagrado nos instrumentos normativos estaduais e federal. Em suma, o estabelecimento da justiça negociada nos EUA deveu-se a razões de eficácia e celeridade.

²⁶ Cf. PHILLIP RAPOZA – “A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra”, *Julgar*, N.º 19 (janeiro-abril 2013), Lisboa: Coimbra Editora, pp. 207-220.

²⁷ Cf. LAFAVE – *Criminal*, cit., pp. 956 ss.

²⁸ *Idem*, p. 987.

²⁹ Cf., entre outros, *Santobello vs. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

Assim, o funcionamento da *plea bargaining* é facilmente explicado à luz das idiossincrasias do modelo de disputa *supra* descritas: se o processo é construído e entendido como uma disputa entre duas partes, é lógico que elas possam negociar a resolução desse conflito.

Com efeito, no processo penal norte-americano, as partes gozam de extensíssima disponibilidade quanto ao objeto do processo. A *plea bargaining* ou *plea negotiation* consiste numa negociação da admissão de culpa, que ocorre entre a acusação e a defesa envolvendo recíprocas concessões quanto ao objeto do processo (*charge bargaining*) e/ou quanto à sentença (*sentence bargaining*). No que toca à primeira, a liberdade de negociação envolve o tipo de ilícito imputado ao arguido, o que implicará tanto os factos que farão parte da acusação, como a qualificação jurídica dos mesmos. Dispondo as partes de liberdade na conformação do objeto do processo, o promotor de justiça pode alterar o conteúdo da acusação em função das negociações com a defesa, aspeto que reflete a desvinculação do princípio da verdade material³⁰. Quanto à negociação sobre a sentença, existem duas hipóteses: (i) as partes alcançam acordo acerca da pena concreta, ou (ii) acordam que o promotor público recomendará ou não se oporá a uma certa sentença, que não será vinculativa em tribunal. Se o tribunal rejeitar o acordo do primeiro tipo, o arguido terá a oportunidade de retirar a sua declaração de culpa, e o processo retoma o rito ordinário. O mesmo já não sucede no segundo tipo de acordo. Como aí a sentença proposta não é vinculativa para o tribunal, deve ser feita uma especial advertência ao arguido de que não poderá retroceder na sua declaração de culpa, ainda que seja pronunciada uma sentença mais gravosa que a proposta³¹.

As mútuas cedências de acusação e defesa proporcionam o estado de consenso em que o arguido se dispõe a admitir a sua culpa (*plea of guilty*) em troca das concessões negociadas *inter partes*, nos moldes descritos³². Portanto, a *plea of guilty* ou declaração de culpa é pressuposto essencial do acordo. Porém, a jurisprudência tem vindo a admitir as (i) *Alford pleas* ou “*I’m guilty but I didn’t do it*” *pleas*, e as (ii) *pleas of nolo contendere*. O primeiro tipo de *plea* ocorre quando o arguido aceita a aplicação da sentença proposta pelo promotor de

³⁰ Cf. LAFAYE – *Criminal*, cit., pp. 30 ss.

³¹ *Idem*, pp. 962 e 1003.

³² A plasticidade das negociações ultrapassa os modelos básicos descritos, já que o sinalagma pode envolver certa colaboração do arguido na investigação pública, a concessão de imunidade por certos ilícitos criminais, determinadas condições de cumprimentos da sentença, etc.

justiça e que implica a sua admissão de culpa, ao mesmo tempo que proclama a sua inocência. Esta estratégia processual pode ser motivada por razões tais como a defesa estimar fracas chances de absolvição em julgamento ordinário, desejo de evitar o julgamento ou até mesmo os custos envolvidos. Estaremos perante uma *plea of nolo contendere* quando o arguido não confessa expressamente a sua culpa pelos crimes de que é acusado, mas opta por não contestar a acusação e, portanto, a culpa que lhe é imputada. Em consequência, renuncia ao direito a ser julgado, permitindo que o tribunal o trate como se fosse culpado. Atentos os contornos destes dois tipos de *plea*, constata-se que a credibilidade da declaração de culpa não assume relevância crucial para a sua aceitação judicial. Tal vem a refletir uma conceção de verdade formal e consensual característica dos processos penais de *common law*.

A este propósito, discute-se se a *guilty plea* será uma verdadeira declaração de culpa ou apenas uma renúncia do arguido ao seu direito a julgamento e uma autorização para o tratamento do caso como se fora achado culpado. Esta consideração releva sobretudo em sede de ponderações relacionadas com o princípio da presunção de inocência³³.

Geralmente, a negociação ocorre após a formalização da acusação, na audiência prévia ao julgamento, mas não se encontra limitada a esta fase: tanto pode ocorrer em momento anterior à dedução de acusação, durante a fase de inquérito, como até ao término do julgamento.

Na barganha, a extensão das concessões do promotor público dependerão do suporte probatório que tiver *contra* o arguido. Quando dispuser de provas *fortes*, que correspondem a uma maior probabilidade de condenação do arguido em julgamento, o promotor de justiça tenderá a oferecer um acordo menos vantajoso para o arguido, assumindo uma posição mais generosa quando dispuser de provas menos sólidas e que significam uma maior probabilidade de absolvição.

Esta vastíssima influência (até mesmo domínio) do promotor de justiça no processo de aplicação de penas reflete o fenómeno de administrativização do processo penal estadunidense.

³³ Cf. LAFAVE – *Criminal*, cit., pp. 1015 ss.

Conforme já referido, a *plea bargain* está sujeita à aceitação do juiz, que verifica estarem preenchidos os requisitos da sua admissibilidade: capacidade e esclarecimento³⁴ do arguido e voluntariedade da declaração. Questão mais discutível é se a existência de base fáctica que sustente solidamente a declaração de culpa integra os pressupostos da admissibilidade. O certo é que a *law in action* revela que essa fasquia é menos exigente do que o limiar da dúvida razoável. Além disso, o tribunal só aceitará a negociação se considerar adequada a pena proposta. No final, o juiz declara que aceita a *plea* do arguido e anuncia a pena, formando a sua decisão caso julgado.

Adicionalmente, no processo de barganha norte-americano, a informação de que as partes dispõem quanto aos meios de prova disponíveis é manifestamente desigual, já que a acusação não tem o dever de revelar à defesa todos os elementos probatórios – não há dever de *full disclosure*. A igualdade de armas das partes é pretensamente obtida através dum mecanismo que permite conhecer qual a prova em poder da contraparte, antes do julgamento: a *discovery*. Todavia a inerente obrigação de revelação aplica-se somente a certas provas, traduzindo-se num leque muito estreito de partilha de material probatório, bem distante do direito do arguido à informação consagrado no art. 20º, n.º 2, da CRP.

Nestes termos, a negociação da sentença encontra-se, em certa medida, confinada a um processo de adivinhação quanto às provas de que a contraparte dispõe a seu favor. A posição do arguido é, pois, especialmente vulnerável, em virtude da insuficiência dos mecanismos processuais disponíveis para reequilibrar a sua posição e que o remetem para a investigação privada por forma a obter meios de prova aptos a fortalecer a sua posição processual, algo que depende do seu poder económico.

Como se viu, a *plea bargaining* é o pilar do sistema de justiça norte-americano. Este sistema de negociação está embebido da ideia de “autonomia do arguido”, no sentido de que ninguém saberá defender os seus interesses processuais melhor do que ele mesmo, pelo que deverá ter liberdade para aceitar a sua culpa. Em reverso, imprime-se uma elevada

³⁴ Acerca dos direitos a que renuncia, das consequências da sua declaração de culpa e da natureza dos crimes de que é acusado.

responsabilização do arguido pela sua estratégia processual, em linha com a conceptualização privatística do processo penal.

2. A tese da americanização do processo penal e a metáfora da tradução legal

2.1. A tese da americanização

A influência do sistema legal estadunidense a nível global tem-se feito sentir nas últimas décadas a vários níveis, incluindo o processual penal. Este fenómeno veio a ser caracterizado por alguns AA. como a “americanização dos sistemas”. Esta tese proclama que os sistemas legais influenciados pelo norte-americano avançarão no sentido de se tornarem cada vez mais semelhantes a este, ou seja, assimilando o seu modelo de disputa. Esta é a chamada “tese forte”. Em paralelo, existe a designada “tese fraca”, que aponta o mesmo fenómeno de influência, sem porém acolher a ideia do movimento de convergência, em que os sistemas de processo penal recetores avançam no sentido de reproduzirem o americano.

Vários sistemas europeus ditos de *civil law* têm sido protagonistas deste fenómeno, com destaque para a importação de mecanismos inspirados na *plea bargaining*. Entre esses ordenamentos influenciados, contam-se o alemão, italiano, francês, espanhol, entre outros.

Neste estudo, a par da análise da *plea bargaining*, instituto de justiça negociada por excelência, vota-se espaço ao conhecimento dos mecanismos que lhe são paralelos na Alemanha e Itália. Pretende-se compreender como se processou a importação daquele mecanismo de *common law* para estes de *civil law*, ou seja, por um lado, que modificações se introduziram na figura primitiva e, por outro, que transformações se operaram no processo penal hospedeiro, nomeadamente na perspectiva do modelo de sistema, em consequência da assimilação.

Como se verá, os sistemas alemão e italiano integraram figuras de justiça negociada diferentes da *plea bargaining* e diferentes entre si. Ademais essas inovações surtiram impacto distinto em cada ordenamento jurídico de *civil law*. Segundo LANGER, esta constatação bole com a “tese forte” da americanização, já que se observa uma divergência na evolução

daqueles sistemas recetores, ao invés da preconizada convergência.³⁵ Assim sendo, e desde já extrapolando esta consideração para o caso português, tal significará que o acolhimento dos acordos sobre a sentença não condenaria o sistema português à temida americanização “forte” ou transformação num modelo processual penal adversarial.

LANGER introduz a metáfora do “Cavalo de Tróia” para ilustrar a ideia de que efetivamente a introdução de mecanismos de *plea bargaining* nos sistemas de *civil law* pode esconder o perigo de se estar a importar dissimuladamente a lógica do modelo adversarial para esses ordenamentos. A confirmação desta hipótese suportaria a tese da americanização forte: os ordenamentos processuais penais tornar-se-ão progressivamente mais semelhantes ao americano, num percurso de convergência.

Apesar de admitir a possibilidade deste cenário, o A. acaba por refutá-la, concluindo que, por regra, não se verifica³⁶.

2.2. A metáfora da tradução legal

Os sistemas adversarial e inquisitório podem ser entendidos não só como duas formas de distribuição de poder e responsabilidades entre os atores processuais, mas ainda como duas *culturas processuais penais*: constelações de entendimentos acerca do funcionamento do processo. O conceito de “cultura processual” pretende abarcar os pontos de vista internos dos atores do processo criminal. Nesta envolvente aceção, os sistemas processuais são entendidos como o que LANGER designa por “estruturas de interpretação e significado”³⁷.

Por um lado, o sistema adversarial concebe o processo como uma disputa entre duas partes, perante um órgão decisor passivo. Por outro, o sistema inquisitório entende o processo

³⁵ MÁXIMO LANGER – “From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure”, in: THAMAN, Stephen C., org. – *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, pp. 3 ss.

³⁶ *Ibidem*, para o efeito, o A. analisa quatro casos de assimilação de justiça negociada em sistemas de *civil law* – a *Absprache* alemã, o *patteggiamento* italiano, o procedimento abreviado argentino e a *composition* francesa – propondo-se perceber se, em resultado, os ritos desses sistemas mantiveram o modelo inquisitorial tradicional, se se aproximaram do modelo americano de disputa, ou ainda se adotaram um terceiro rumo.

³⁷ *Idem*, p. 9.

criminal como uma investigação oficial, com o objetivo de determinar a verdade, em que o juiz assume um papel ativo.

A ideia de cultura processual penal é um valioso ponto de referência na tarefa de compreensão do fenómeno de integração da justiça negociada nos sistemas de *civil law* e de avaliação das eventuais transformações estruturais resultantes. Na esteira deste entendimento, para o estudo da circulação de ideias legais, o A. propõe a metáfora da “tradução legal” em alternativa à metáfora do “transplante legal”, de uso frequente nos estudos de direito comparado.

As estruturas de interpretação e significado próprias de cada sistema são interiorizadas pelos atores processuais, condicionando a sua predisposição na prática processual. Estas predisposições são elemento-chave nos fenómenos de intercâmbio legal, já que delas depende a concretização prática dos contornos da figura processual importada – a *law in action*³⁸. Com efeito, a prática judiciária desempenha um papel determinante na realização dos instrumentos do processo. Em abstrato, a mesma figura processual pode assumir contornos substancialmente diversos ao ser implementada em enquadramentos de prática processual penal diversos³⁹, consequência aliás naturalmente decorrente da sua concretização.

Assim, tomando os sistemas adversarial e inquisitório como culturas judiciárias diferentes, podem ser entendidos como dois sistemas de produção de significado⁴⁰. Com efeito, a *plea bargaining* envolve uma conceção adversarial de sistema⁴¹. Por essa razão, um

³⁸ Cf. AAVV – “Monitorização da Reforma Penal - Relatório Complementar”, 2009, disponível em http://opj.ces.uc.pt/pdf/OPJ_Monit_Relatorio_Complementar.pdf, p. 11, “Não há reformas que resolvam os problemas estruturais se não houver uma cultura judiciária que as sustente”.

³⁹ Como se exporá *infra* no Cap. II.4, o caso da reforma do processo penal italiano é ilustrativo desta potencialidade e fenómeno transformadores. O legislador italiano pretendeu aproximar o modelo de processo penal do adversarial, introduzindo alterações estruturais nesse sentido. Porém, em virtude da preponderância da estrutura de significado e interpretação inquisitorial, essas inovações foram parcialmente entendidas e traduzidas na prática através dessa lente, afastando-se da *ratio legis* original. Em resultado, o processo penal deste país assume um cariz misto, onde coexistem práticas próprias do modelo inquisitório e do modelo acusatório.

⁴⁰ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE – “Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo”, in: CEJ, org. – *Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 35, “A contraposição entre um *espaço de consenso* e um *espaço de conflito* (...) tem mais a ver com a postura ou atitude espiritual e cultural dos diferentes sujeitos processuais, com os modelos de interação bem como o compromisso e o empenhamento intersubjectivos no que toca ao *out-put* do processo”.

⁴¹ Cf. STEPHEN C. THAMAN, org. – *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, p. xxxvi, “Plea bargaining à l’américaine is thus not only a result of the accusatorial-adversarial

instrumento de justiça negociada inspirado naquela e implantado num sistema com uma conceção diversa – inquisitória – será também ele necessariamente diferente, porquanto o seu significado e funcionamento estarão intimamente ligados ao funcionamento estrutural do processo penal, à distribuição de poderes e à cultura processual intrínsecos a esse hospedeiro.

Este fenómeno de influência das disposições internas dos atores processuais nas estruturas do processo, também funciona no sentido inverso: se uma certa alteração introduzir elementos próprios doutro sistema na composição do processo, e for absorvida pelos atores processuais, aceitando o respetivo substrato de entendimento e significado, pode-se realmente vir a proporcionar uma mutação na estrutura de interpretação e entendimento desse sistema. Este fenómeno é ilustrado pela expressão “irritante legal” de GÜNTHER TEUBNER⁴².

Em suma, o intercâmbio de ideias legais potencia transformações ao nível do mecanismo importado, por uma parte, e ao nível do sistema recetor, por outra.

3. A *Absprache* alemã

Não obstante o vínculo recentemente assumido pelo legislador alemão à justiça consensualizada, o sistema de processo penal alemão tem como estrutura base um sistema acusatório mitigado pelo princípio da investigação oficial, de cariz híbrido, à semelhança do processo penal português⁴³. O MP alemão é uma entidade judiciária autónoma com a competência para investigar de forma independente e isenta os factos criminosos, e o dever de deduzir acusação contra o arguido quando reunir indícios suficientes da prática do ilícito criminal, em razão do tradicional princípio da legalidade no exercício da ação penal.

nature of the American trial ethic which allows the *disponibilité* of the charges, but also of more communitarian notions of compromise and restoring the judicial peace”.

⁴² Cf. LANGER – “From legal”, cit., p. 45, “The translation of legal ideas and institutions between legal systems can also have an impact (...) on the real practices of the receiving system – i.e., moving the formerly inquisitorial practices in the direction of the adversarial system”.

⁴³ Cf. CLAUS ROXIN – “Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão”, in: MONTE, Mário Ferreira, et al., org. – *Que futuro para o direito processual penal?: simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 385.

No rito ordinário, o arguido é presente a julgamento, fase presidida pelo tribunal, que valora as provas produzidas, bem como aquelas cuja realização que oficiosamente determinar, ao abrigo do poder-dever de investigação oficiosa. Portanto, a busca da verdade material é um pilar do processo, o que também implica que as partes não têm disponibilidade sobre o objeto do processo. Acresce que o tribunal não está adstrito à qualificação jurídica conferida aos factos na acusação, ou mesmo aos factos em si, na medida em que é tolerada a alteração não substancial do objecto do processo.

Acompanhado pelo caso português, observou-se um movimento de desformalização do processo germânico orientado para o consenso, que tem vindo a avançar nas últimas décadas, com a integração legislativa de mecanismos de agilização processual (v. g. as *Vergehen*), inclusive através do alargamento do espaço de expressão do princípio da oportunidade e concomitante flexibilização do princípio da legalidade processual estrita⁴⁴.

Neste ordenamento, a justiça negociada foi informalmente introduzida na prática judiciária, durante a década de 1970. O acordo sobre a sentença ou *Verständigung*, conhecido ainda por *Absprache*, é um mecanismo de consensualização penal de criação jurisprudencial, que veio a merecer consagração legal em 2009.

A utilização destes acordos atinge considerável expressividade, já que 30% a 50% dos casos são resolvidos com recurso às *Absprachen*⁴⁵, o que também ocorre em razão de consubstanciarem um vetor transversal a todo o sistema, que se estende a todos os tipos de crime, obtendo em consequência uma aplicabilidade muito vasta.

Antes da intervenção do legislador, o *BGH* (Supremo Tribunal Federal da Alemanha) tolerou os acordos informais com o fundamento de que, sem este mecanismo, o sistema penal não teria capacidade de dar resposta suficiente à criminalidade⁴⁶. Com efeito, na origem, o acolhimento das *Absprachen* foi motivado por razões pragmáticas de gestão dos limitados recursos do sistema penal. Não obstante, a introdução da justiça negociada no processo penal

⁴⁴ Cf. FERNANDO FERNANDES – *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 2001, p. 312, BOTTCHE relaciona a contração do princípio da legalidade proveniente da consagração dos mecanismos de diversão processual com “uma prontidão para compreender o procedimento criminal mais como uma forma de cooperação”, geradora de controvérsia no seio da comunidade jurídica alemã.

⁴⁵ Cf. AAVV – *Boletim de Informação & Debate*, ASJP, VII Série, n.º 2, 2012, p. 12, entrevista a TREPPER.

⁴⁶ Cf. ROXIN – “Sobre”, cit., pp. 390-391.

alemão suscitou, e ainda suscita, intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, defendendo os seus detratores que aquela fere os princípios basilares do processo penal alemão, nomeadamente o da legalidade e o da verdade material.

Este mecanismo, principal fonte de inspiração dos acordos sobre a sentença tal como concebidos por FIGUEIREDO DIAS e introduzidos na *praxis* lusa, encontra-se consagrado no parágrafo 257c do *StPO*⁴⁷, cujos contornos caracterizadores importam: (i) consenso dos vários sujeitos processuais, (ii) disponibilidade da sentença e indisponibilidade do objeto do processo, (iii) confissão como pressuposto essencial, e (iv) determinação dos limites superiores e inferiores da pena.

Portanto, após a formalização da acusação, os vários sujeitos processuais podem iniciar conversações no sentido de alcançar um acordo em que o arguido se dispõe a confessar e o MP propõe a fixação de um novo intervalo de aplicação da pena, dentro da moldura penal abstrata legalmente aplicável, e que o juiz se compromete a respeitar. Aqui, encontra-se vedada a negociação quanto aos factos, bem como quanto à qualificação jurídica dos mesmos, tarefa que pertence exclusivamente ao tribunal⁴⁸.

Importa frisar que, em sede de julgamento, a defesa tem acesso aos elementos do inquérito, não estando sujeita à mesma vulnerabilidade, que se observou no âmbito da barganha nos EUA, proveniente da desigualdade de informação.

Em atenção ao princípio da investigação e da verdade material, o juiz deve aferir a liberdade e a veracidade da confissão, que consubstanciam requisitos indispensáveis à sua aceitação. A confissão não substitui o julgamento em si – como sucede no processo dos EUA, em que há uma declaração de culpa do arguido –, permitindo unicamente simplificar a prova dos factos imputados ao arguido, desse modo encurtando o julgamento.

⁴⁷ Vide Anexo I.

⁴⁸ Cf. STEPHEN C. THAMAN – “A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial”, in: THAMAN, Stephen C., org. – *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 389, porém, há alguns indícios de que, antes da cristalização da acusação, defensor e MP negociam a não prossecução por certos crimes na eventualidade de o arguido confessar.

O conteúdo do acordo, bem como das negociações preliminares, deve ficar registado em ata, em atenção ao princípio da publicidade. Acresce que apenas o tribunal que aceitou o acordo fica vinculado ao mesmo, sendo proibida a renúncia ao recurso.

Na ausência de indicativo legal quanto à medida de desconto da pena em resultado do acordo, a moldura penal negociada deve ser essencialmente proporcional à culpa do arguido e à gravidade das circunstâncias do crime, refletindo simultaneamente o efeito atenuante da confissão. Nenhum privilégio que extravase estes critérios pode ser concedido, o que funciona igualmente como fator de garantia da voluntariedade da *Absprache*, porque o “desconto” oferecido na negociação não deve ser tão elevado que implique uma coerção encoberta para que o arguido confesse ao ser confrontado com a ameaça de uma pena muito mais elevada se não o fizer⁴⁹.

Portanto, através da barganha, o juiz aceita os limites máximo e mínimo da pena em que virá a condenar o arguido, nunca a pena concreta. A prática judiciária revela que a pena concreta subsequentemente aplicada coincide ou aproxima-se do limite mínimo acordado, o que por sua vez se traduz numa atenuação de 20 a 30% por referência à pena que resultaria na ausência de *Absprache*⁵⁰.

A singularidade das *Absprachen* encontra-se no papel ativo do juiz no seio das negociações, onde o protagonismo é assumido pelo defensor e pelo juiz, não obstante a indispensabilidade da concordância do MP na realização do acordo⁵¹. Na realidade, não só o juiz pode impulsionar as conversações, como as medeia e frequentemente partilha uma *previsão* informal da pena concreta que prevê aplicar a final do julgamento e da pena que aplicaria ao arguido no caso de este colaborar através da confissão.

Uma das críticas que este modelo de justiça negociada colhe prende-se com a posição do juiz que reúne o papel de negociador ativo e de julgador que determina o *quantum* da pena,

⁴⁹ Cf. KARTSTEN ALTENHAIN – “*Absprachen* in german criminal trials”, in: THAMAN, Stephen C., org. – *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 169, acerca da *Sanktionsschere*; e THAMAN – “A tipology”, cit., p. 389.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cf. JENIS IONTCHEVA TURNER – “Judicial participation in plea negotiations: a comparative view”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, N.º 1 (Winter 2006), Michigan, p. 214 ss.

conjuntura que gera desequilíbrio na distribuição dos poderes e garantias processuais em desfavor do arguido. Os críticos destacam que estas circunstâncias violam o princípio da presunção de inocência e o dever de imparcialidade do tribunal⁵².

Recorrendo à metáfora da tradução legal, desde logo se observa que as *Absprachen* são uma forma de justiça negociada adaptada às estruturas de interpretação e sentido do modelo alemão, nomeadamente a inexistência do conceito de admissão de culpabilidade (*guilty plea*), o princípio da verdade material e a figura do tribunal como ator central e ativo do processo. Portanto, houve um ajustamento do mecanismo de negociação à distribuição de poderes processuais característica do processo germânico, que mitigaram o seu cariz adversarial e consequentemente a potencial influência no modelo de processo alemão⁵³. Nesta última perspetiva, verifica-se que a cultura processual penal alemã não se transformou num entendimento de que o processo é uma disputa de partes perante um juiz passivo, o que, segundo LANGER demonstra que por via do acolhimento das *Absprachen* no sistema alemão não se verificou o efeito do “Cavalo de Tróia”⁵⁴. Com efeito, a pedra de toque encontra-se na maneira como forem entendidos os acordos sobre a sentença. Se os acordos forem entendidos como extensões da confissão como circunstância atenuante, já consagrada no sistema, e como uma ferramenta de descoberta da verdade material, a génese do modelo de sistema germânico não se alterará. Já se a confissão for entendida não como um meio, mas como um fim, verificar-se-á uma autêntica *americanização* do conceito de verdade e, em consequência, da génese do modelo processual germânico⁵⁵.

Parece que, na realidade, se a inércia das pré-existentes estruturas de significado e entendimento, estruturas de poder processual e predisposições dos atores processuais próprias do sistema germânico, preservaram a sua estrutura aquando da integração da justiça

⁵² Cf. ALTENHAIN – “*Absprachen*”, cit., p. 163.

⁵³ Cf. TURNER – “Judicial”, cit., p. 227, “The rise of plea bargaining has undoubtedly shifted some emphasis from truth-seeking to efficiency in German criminal practice. (...) Today’s judges have to balance their functions as managers of plea negotiations against their duties as supervisors and official investigators.”

⁵⁴ *Idem*, p. 59.

⁵⁵ Cf. LANGER – “From legal”, cit., p. 54, “The model of the official investigation can absorb confession agreements, so long as most legal actors understand and use the agreements as a tool to discover the truth instead of as a mechanism to dispose of criminal cases quickly”.

negociada⁵⁶, este fenómeno não deixou de provocar uma evolução nesses elementos caracterizadores do sistema que se manifestou numa marcante mudança de paradigma, que coloca o ordenamento de processo penal deste país numa intersecção entre modelos de processo⁵⁷.

4. O *patteggiamento* italiano

O processo penal italiano, hoje de estrutura acusatória⁵⁸, consagra um mecanismo de justiça negociada muito próximo da *plea bargaining* norte-americana: o *patteggiamento* ou *applicazione della pena su richiesta delle parti* (aplicação da pena a pedido das partes), aliás diretamente inspirado na sua congénere estadunidense.

Em 1989, ocorreu uma vasta reforma do processo penal italiano, que convolou o sistema inquisitório vigente num sistema acusatório, inspirado no modelo norte-americano e orientado para a eficiência. O atual processo consagra o rito comum e os procedimentos especiais, mais expeditos e menos garantistas, que oferecem, no entanto, benefícios ao arguido como forma de incentivo à preferência por esses meios de diversão processual, indispensáveis ao descongestionamento do sistema criminal.

O processo penal italiano divide-se em três fases: investigações preliminares, audiência preliminar e julgamento.

As investigações preliminares, dirigidas pelo MP, destinam-se à recolha de indícios suficientes da prática de factos criminosos, caso em que esse órgão deduz acusação contra o autor do crime, para que seja levado a julgamento. Na falta de suficiência dos indícios, o

⁵⁶ Cf. ROXIN – “Sobre”, cit., pp. 385-398, de opinião mais conservadora, “Provavelmente, no final resultará uma regulamentação das conversações prévias que se afasta do modelo continental do processo penal e que se aproxima do modelo americano do *plea bargaining*. Também aqui se manifesta um desaparecimento dos atuais princípios do processo penal alemão”.

⁵⁷ Cf. Memorando da PGDC, de 19.01.2012, nota 4.

⁵⁸ Cf. MARZIA FERRAIOLI, et al. – *Manuale di Diritto Processuale Penale*, 5.^a ed., Padova: Cedam, 2003, pp. 27-29.

processo é arquivado. No direito italiano, mantém-se a obrigatoriedade de ação penal pelo MP⁵⁹, que apenas tem poder de discricionariedade na escolha do rito processual.

A fase intermédia ou audiência preliminar é presidida pelo Juiz da Audiência Preliminar que decide que o acusado deve ser levado a julgamento ou profere despacho de arquivamento. Prosseguindo o processo para julgamento, presidido pelo tribunal, o arguido é confrontado com os crimes de que vem acusado. Esta fase organiza-se em função da tese da acusação e da tese da defesa, numa lógica de processo de partes, sendo inclusive a prova testemunhal produzida por interrogatório cruzado ou *cross-examination*. A ampla disponibilidade das partes no exercício da atividade probatória, regido pelo princípio do dispositivo, traduz a essência acusatória do processo penal italiano. Aliás, os poderes de investigação do juiz encontram-se consideravelmente diminuídos, visto que, por regra, o juiz não tem poder de iniciativa na produção de prova, só podendo ordená-la a pedido das partes ou oficiosamente quando se revelar absolutamente necessário (razão por que se diz que o processo penal italiano não é perfeitamente acusatório). Importa frisar, porém, que este poder residual do juiz se fundamenta na prossecução do interesse do Estado de Direito no bom funcionamento do sistema – condenação dos arguidos culpados – e não na busca da verdade material⁶⁰. O julgamento culmina com a sentença de absolvição ou condenação do arguido.

Ora, a introdução da atual figura do *patteggiamento* ocorreu com a referida reforma de 1989, que propiciou o acolhimento dum mecanismo mais próximo da *plea bargaining* dos EUA. Hoje, encontra-se consagrado nos arts. 444º a 448º do CPP italiano⁶¹, onde se dispõe que se o arguido aceitar a condenação, como contrapartida beneficia da redução até um terço da medida da pena, e que, na realidade da prática judiciária, corresponde sempre ao desconto de um terço. Trata-se de um benefício concedido ao arguido pela sua atitude cooperante com o sistema de justiça, ao optar por este meio de diversão processual, não é uma circunstância mitigante a ser valorada na quantificação da medida da pena. Quando a pena concreta não exceder os dois anos, o arguido é ainda favorecido com (i) suspensão condicional da pena, (ii)

⁵⁹ Cf. ANTONIO BEVERE – “Il patteggiamento: la gestione negoziale degli affari penali, le parti e i loro diritti; i poteri e doveri del giudice”, *Questione Giustizia*, N.º 2 (1992), Milano, p. 352-369, *apud* FERNANDES – O Processo, cit., p. 200.

⁶⁰ Cf. FERNANDES – O Processo, cit., p. 280.

⁶¹ Vide Anexo II.

dispensa de pagamento das custas do processo, (iii) não aplicação de penas acessórias, (iv) não aplicação das medidas de segurança.

No processo, quando o arguido se dispõe a não contestar a acusação, iniciam-se conversações com o MP no sentido de alcançar um acordo sobre o tipo, espécie e *quantum* da pena a ser aplicada, posto o que submetem essa proposta à apreciação do juiz, para que este a homologue e aplique por sentença. A pena concreta cuja aplicação se propõe no acordo calcula-se do seguinte modo: em razão da qualificação jurídica dos factos criminosos, encontra-se a medida abstrata da pena estatuída; atendendo à culpa e às circunstâncias *in casu*, estima-se a pena concretamente aplicável ao arguido; essa pena concreta é reduzida até um terço, ao abrigo do *patteggiamento*, e o resultado obtido será a pena concreta cuja aplicação as partes (ou a parte) requererão ao juiz que aplique. Neste âmbito, a negociação sobre o objeto do processo encontra-se vedada às partes, aspeto que se distancia da *plea bargaining*.

Quando os sujeitos processuais não alcançam o consenso, em alternativa, podem apresentar individualmente um projeto de sentença ao juiz, fixando-se um prazo para que a outra parte se pronuncie acerca da sua eventual concordância. Existe, ainda, a possibilidade de o arguido pedir ao juiz, no final do julgamento, que reveja as razões apresentadas pelo MP para não aceitar um acordo, e que lhe conceda o desconto de um terço da pena, o que reflete a preocupação do legislador italiano em garantir a igualdade de acesso ao dos arguidos à atenuação proveniente do *patteggiamento*.

Quando a acusação e a defesa alcançam um acordo, o tribunal pode rejeitá-lo ou aceitá-lo, não tendo poder para o alterar. Neste processo decisório, cabe-lhe excluir a possibilidade de inocência do arguido, aferir a correta qualificação jurídica dos factos imputados ao arguido e a adequação da medida da pena proposta, baseando-se para o efeito nos elementos já carreados para o processo, com um mitigado dever de fundamentação⁶². No caso de recusar a pena proposta por considerá-la desadequada, o juiz expõe os seus motivos e remete o processo para o MP, podendo as partes renegociar e apresentar nova proposta. Em qualquer caso, o juiz mantém sempre a liberdade de condenar ou absolver o arguido, mesmo quando é

⁶² Cf. FERNANDES – *O Processo*, cit., p. 248 ss e 261 ss, a doutrina italiana diverge quanto a duas questões interligadas: (i) existência de dever de o juiz aferir a existência de base factual mínima da responsabilidade criminal do arguido, (ii) conteúdo do dever de fundamentação da sentença que aplica a pena requerida. A orientação maioritária indica que não basta o juiz conceder uma mera homologação do acordo processual, estando o juiz obrigado ao dever de expor as razões para a sua decisão.

requerida a aplicação da pena. Não obstante, é manifesto o papel relativamente passivo do juiz no julgamento e nas negociações, e que se aproxima do quadro da justiça estadunidense.

Ao *pateggiamento* não subjaz a admissão de culpa pelo acusado, mas sim uma ideia de não contestação da acusação criminal e consentimento na aplicação da pena⁶³, semelhante à *plea of nolo contendere*. Aliás, a legitimação da justiça negociada apoia-se na autonomia da vontade reconhecida ao acusado. Logo, a sentença subsequente ao *pateggiamento* é meramente equiparada ao juízo de condenação que resultaria do julgamento em processo comum⁶⁴. Aqui se deteta um ponto de divergência entre justiça negociada italiana e os acordos sobre a sentença portugueses: o diferente substrato do ato de auto-condenação do arguido, já que os últimos se sustentam na confissão – admissão de culpa – do arguido.

Relativamente ao campo de aplicação do *pateggiamento*, em 2003, o legislador procedeu ao seu alargamento de crimes puníveis até 3 anos de prisão para 5 anos de prisão, o que indica que este instituto goza dum vasto âmbito de aplicação, já que não se contém aos casos de pequena e média criminalidade, apesar de ter sido originalmente concebido para responder a essa faixa. Na realidade, o acordo pode ser alcançado para crimes puníveis com penas de prisão até 5 anos *após* o desconto legal de um terço da pena, o que significa que, numa situação em que o juiz julgar adequada a pena de 7,5 anos de prisão, em função dos elementos concretos do caso, pode ainda aplicar o desconto legalmente previsto de um terço da sanção, se o arguido se dispuser a aceitar a condenação. Então, em abstrato, a suscetibilidade de negociação da pena estende-se aos crimes puníveis com penas de prisão até 11 anos (v. g. tentativa de homicídio, o peculato e a extorsão) que, em atenção a circunstâncias especialmente atenuantes, mereçam uma pena concreta não superior a 7,5 anos de prisão.

A *praxis* judiciária revela que frequentemente o encaminhamento dos casos para o *pateggiamento* é motivado pelos constrangimentos provenientes da limitação de recursos que

⁶³ O ato de auto-condenação do arguido implica abdicar do direito à presunção de inocência, desse modo apondo valor probatório ao material resultante das investigações. Cf. GIOVANNI CONSO – *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova: Cedam, 2005, anotação IV ao art. 444°.

⁶⁴ *Idem*, anotação II ao art. 445°.

aflige o sistema penal italiano, resultando na aplicação de sanções desproporcionalmente leves relativamente à medida originalmente prevista pelo legislador, que por essa razão não asseguram satisfatoriamente os fins das penas, nomeadamente as exigências de prevenção geral e de ressocialização⁶⁵. Neste tema, ANGELINI sente que, apesar de a justiça negociada produzir uma resposta processual imperfeita, traz um contributo imprescindível ao descongestionamento crónico do sistema de criminal, numa lógica de “mal menor”⁶⁶.

Observa-se, pois, que a reforma de 1989 moveu o processo penal italiano no sentido do modelo adversarial, que foi absorvido e internalizado pelos atores processuais penais italianos – como ilustram as estatísticas de que cerca de 40% dos casos são resolvidos com recurso ao *patteggiamento* –, ainda que paralelamente subsista, em certa medida, a tradição inquisitória. Verifica-se que, neste sistema, coexistem as estruturas tradicionais inquisitórias e as modernas de cariz adversarial, gerando uma conjuntura *sui generis*, de cariz misto, onde se geraram novos entendimentos dos princípios tradicionais vigentes, *maxime* do princípio da legalidade⁶⁷. LANGER nomeia o caso italiano como a melhor ilustração do fenómeno da americanização dos ordenamentos de *civil law*, que é especialmente expressivo no papel relativamente passivo do juiz nas negociações. Mais ainda, de entre os sistemas de *civil law* que adotaram mecanismos de justiça negociada, o italiano é o que mais se aproxima da *plea bargaining* estadunidense, nomeadamente por comparação com a *Absprache* alemã. Tornou-se, aliás, um dos modelos de mecanismos de justiça negociada mais influentes na Europa.

⁶⁵ Cf. ROBERTO ANGELINI – “A negociação das penas no direito Italiano”, *Julgar*, N.º 19 (janeiro-abril 2013), Lisboa: Coimbra Editora, p. 229.

⁶⁶ *Ibidem*, “(...) abstratamente, o processo comum é preferível ao procedimento negociado. Mas não há como negar que diante de uma realidade concreta como a do processo atual (...) o recurso à justiça negociada representa uma solução alternativa que, mesmo com todos os seus defeitos e limitações, é imprescindível ao sistema acusatório.”

⁶⁷ Cf. LANGER – “From legal”, *cit.*, p. 68.

III. PROBLEMATIZAÇÃO DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA NO MODELO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

A possibilidade de integração dos acordos sobre a sentença surge em reação ao já exposto panorama de crise da justiça penal portuguesa⁶⁸, pela potencialidade ao nível do descongestionamento do sistema e efetivação das suas finalidades⁶⁹.

Como se sabe, o modelo de processo penal português é de estrutura acusatória, mitigada pelo princípio da investigação. O CPP estabelece um modelo de justiça conflitual ou imposta, característico dos sistemas que consagram o princípio da legalidade, a que se contrapõe o modelo de justiça consensual e que também encontra focos de expressão no nosso ordenamento, em institutos como o processo sumaríssimo e a suspensão provisória do processo.

Neste enquadramento, a eventual integração da justiça negociada apresenta um potencial de conflito com os pilares do nosso modelo, nomeadamente com os princípios da legalidade adjetiva, do acusatório, da acusação e ainda da investigação e da verdade material. Neste capítulo, avaliam-se quais as consequências da implementação da justiça consensualizada, ao nível do entendimento desses princípios basilares, pretendendo-se aferir se neste fenómeno o sistema processual penal português pode preservar a atual configuração dos seus pilares e princípios fundamentais, ou se esses valores sofrem alterações nucleares. Para o efeito, há que assumir um prisma de observação crítica, no sentido de compreender qual o significado prático do acolhimento dos acordos sobre a sentença, ultrapassando uma perspetiva meramente dogmática.

Nesta tarefa, recorre-se ao que acima se expôs acerca dos sistemas norte-americano, alemão e italiano, em sede de análise comparada, e que permite conhecer os valores que subjazem aos respetivos institutos de justiça negociada, observar como decorreram os fenómenos de integração desses mecanismos em sistemas de *civil law* e que consequências estruturais se fizerem surtir nestes modelos de processo.

⁶⁸ Cf. *supra* Cap. I.1.

⁶⁹ Cf. TEIXEIRA – *Princípio*, cit., p. 13.

Finda esta análise, estar-se-á em posição de concluir, no caso nacional, que impacto esperar da integração do consenso no sistema de processo penal. Esclarecendo inclusivamente se existe um autêntico risco de americanização do processo, isto é, se os acordos sobre a sentença são um “Cavalo de Tróia” para o modelo hodierno.

1. Princípio da legalidade e princípio da oportunidade

No exercício da ação penal, o MP está sujeito ao princípio da legalidade, segundo o qual se encontra obrigado a promover e prosseguir a ação penal, sempre que se verifiquem os pressupostos processuais e jurídico-factuais para o efeito. Significa, num primeiro momento, impulsionar o processo-crime, e posteriormente promovê-lo até ao seu termo e últimas consequências, cujo resultado se pretende seja a aplicação da estatuição legal *in totum*, alcançando a sentencição do arguido à pena cominada para o ilícito que lhe foi imputado. Este dever encontra-se, desde logo, consagrado no art. 219º, n.º 1, da CRP, melhor concretizado nos arts. 262º, n.º 2, e 283º.

Na sua aceção estrita, este princípio impõe ao MP o dever de desenvolver a sua atividade isenta de quaisquer considerações de oportunidade quer de natureza política, quer financeira ou social⁷⁰, garantindo a sua atuação imparcial e igualitária perante todos os cidadãos.

O entendimento estrito do princípio da legalidade tem como reverso o acolhimento do princípio da oportunidade e, neste campo, onde um avança, o outro recua. Com efeito, a própria redação do art. 219º, n.º 1, da CRP – “exercer a ação penal *orientada* pelo princípio da legalidade” (itálico nosso) – reconhece uma vertente mais flexível deste princípio, acolhendo o princípio da oportunidade como medida de ponderação na promoção e prossecução do processo penal. Por outras palavras, o legislador constitucional consagra a prevalência do princípio da legalidade mitigado por manifestações moderadas do princípio da oportunidade, significando que, verificados os indícios da prática do facto criminoso, a promoção da ação penal nos trâmites ordinários não será sempre obrigatória, competindo ao MP uma margem de discricionariedade vinculada à lei. Há, pois, lugar a um juízo de conveniência quanto à via de

⁷⁰ Cf. ANDRADE – “Consenso”, cit., pp. 317-358, acerca da “crise do tradicional princípio de legalidade”.

promoção do processo, que pode enveredar por meios de diversão processual que igualmente alcancem a realização dos fins de justiça penal⁷¹.

O princípio da oportunidade pode assumir diversas manifestações, quer ao nível da prossecução, através de mecanismos como o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280º), quer ao nível da disponibilidade do objeto do processo, ou mesmo da negociação de sentenças. Os institutos baseados no consenso entre os sujeitos processuais também são uma manifestação do princípio da oportunidade, e frequentemente implicam a concessão de vantagens ao arguido, como incentivo à sua cooperação no célere desfecho do processo. O mesmo será dizer que o MP sacrifica o objetivo de condenação do arguido *in totum*, em prol da eficácia do sistema criminal.

Neste campo, os sistemas jurídicos podem ser classificados em função da preponderância do princípio da legalidade ou do princípio da oportunidade no exercício do processo penal.

Como já acima se expôs, as ordens jurídicas anglo-saxónicas, em especial a estadunidense, são paradigma da plena consagração da oportunidade no sistema criminal. Aí, o promotor público dispõe de vastíssima disponibilidade do objeto do processo, não estando adstrito ao dever de deduzir acusação *sempre* que se verifiquem os respetivos pressupostos, e dispondo de liberdade tanto para modificar o conteúdo da acusação, como para influenciar a sentença. Com efeito, há um autêntico poder de “gestão” da prossecução e promoção do processo, ao arrepio de um entendimento estrito da legalidade.

Por sua vez, o ordenamento italiano representa o modelo processual penal enformado pelo princípio da legalidade estrita, na medida em que o titular da ação penal está obrigado a promovê-la sempre que se verifiquem os respetivos pressupostos (ainda que depois derivando para uma solução consensual). Esta mostra-se uma solução desrazoável em virtude da impossibilidade de o sistema criminal responder satisfatoriamente a todos esses casos, acabando por surgir espaços de expressão da oportunidade a título informal, na *praxis* judiciária, carecendo de disciplina legal.

⁷¹ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA – *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 6.ª ed., Babel, 2010, pp. 90-91.

Finalmente vejam-se os modelos em que coexistem ambos os princípios da legalidade e da oportunidade, em relações de tensão que assumem diferentes pesos em cada sistema jurídico. Em Portugal e na Alemanha, encontra-se a primazia do primeiro princípio, que admite inflexões pontuais por via da manifestação do princípio de oportunidade, maioritariamente dirigido à pequena e média criminalidade, com o propósito de agilizar o processo. Trata-se duma medida moderada de consagração do princípio da oportunidade, onde se mantém a indisponibilidade do objeto do processo e a obrigatoriedade de promoção da ação penal e, em paralelo, se criam meios de diversão processual, que evitam a morosidade do rito ordinário sem deixarem de assegurar os fins do processo. Ambos os sistemas têm progredido no sentido de conferirem maior espaço aos mecanismos de oportunidade processual⁷². O sistema penal alemão deu um significativo passo ao consagrar o mecanismo da *Absprache* e que, em Portugal, a corrente defensora da implementação dos acordos sobre a sentença pretende espelhar.

Ora, visto o enquadramento dos princípios da legalidade e da oportunidade, cabe aferir como seria influenciado o entendimento destes princípios pelo enraizamento da justiça negociada no nosso ordenamento jurídico.

Como já se disse, a importância do respeito pelo princípio da legalidade no exercício da ação penal prende-se nomeadamente com a garantia de igualdade dos cidadãos perante a atuação do sistema criminal⁷³, já que se pretende arredar a apreciação casuística da utilidade do processo, o que também releva como fator de prevenção geral, entendido no âmbito dos fins das penas. Já o interesse da intensificação do princípio da oportunidade advém da possibilidade de adaptar a perseguição penal a cada caso, promovendo a eficácia e a celeridade, bem como a otimização dos fins das penas. Portanto, antes de mais, significa que o alargamento dos espaços de oportunidade só pode ser legitimado para alcançar estes objetivos. Compete, pois, aferir em que termos pode a promoção da celeridade e eficácia do processo penal sobrepor-se à estrita aplicação do princípio da legalidade, na melhor realização dos fins das penas.

⁷² Cf. FERNANDO TORRÃO – “Suspensão provisória do processo - justiça penal negociada?”, in: CRUZ, Branca Martins, org. – *Crise na Justiça: reflexões e contributos do processo penal: actas do Colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007.

⁷³ Também releva como fator de garantia do princípio da verdade material – cf. *infra* Cap. III.3. – e da imparcialidade do tribunal e do MP – cf. *infra* Cap. III.2.

A determinação da medida concreta da pena faz-se em função da culpa do agente, que aponta o limite máximo da pena, das exigências de prevenção geral, com vista a obter uma pena que tutele os bens jurídicos em causa, e dos fins de prevenção especial, de modo a cumprir as necessidades de ressocialização do agente⁷⁴.

Atente-se, em primeiro lugar, na prevenção geral positiva, onde se tem a pena como meio de reforçar a confiança da comunidade na valência e eficácia do sistema de justiça. Ora, os mecanismos promotores da celeridade processual, estimulam o alcance deste fim, já que evitam o desgaste das expectativas gerais provocado pela resposta tardia do sistema e até pela eventual prescrição do procedimento criminal. Com efeito, os princípios da celeridade e da tutela jurisdicional efetiva encontram consagração no art. 20º, n.ºs 4 e 5, da CRP⁷⁵ e são condição para a realização dos fins do processo penal, aliada à ideia de que uma justiça morosa tende a revelar-se ineficaz⁷⁶, além de lesiva para o arguido, para a vítima e para a comunidade em geral⁷⁷.

Ora, uma vez que o acordo sobre a sentença reduz extraordinariamente o período que medeia entre o delito e a aplicação da sanção, pois o período de julgamento é minimizado, não restam dúvidas quanto à potenciação que a justiça negociada traz aos princípios em causa.

Como de início se referiu, a legalidade adjetiva estrita pretende salvaguardar o fim de prevenção geral das penas. Ora, sabendo que a estrita aplicação desse princípio implica o sacrifício da celeridade do processo, então a realização daquela finalidade acaba comprometida. Portanto, pode-se dizer que, compulsados os constrangimentos provenientes dos limitados recursos do sistema criminal, a conceção aberta do princípio da legalidade revela-se mais propícia ao cumprimento do fim de prevenção geral da aplicação da pena. E se alcançar este fim é um dos fundamentos para entrincheirar a legalidade processual estrita no sistema nacional, então, logicamente e à luz do espírito do processo penal português, esse fundamento soçobra.

⁷⁴ Cf. art. 18º, n.º 2, da CRP e art. 40º.

⁷⁵ Bem como nos arts. 323º, al. g), 340º, n.º 4, al. c) e 362º, n.º 2.

⁷⁶ Cf. CESARE BECCARIA – *Dos Delitos e das Penas*, José Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 102-103, “Quanto mais pronta e mais perto do delito cometido esteja a pena, tanto mais justa e útil ela será. (...) tanto mais forte e duradoura é no espírito humano a associação destas duas ideias, delito e pena, de tal forma que, insensivelmente, considera-se um como a causa e a outra como o efeito necessário e inelutável”.

⁷⁷ Cf. Ac. N.º 469/2013 do TC, de 13.08.2013, Proc. N.º 532/2013, 3ª Secção.

Por outro lado, as penas comparativamente atenuadas que resultam da justiça negociada podem boicotar o fim de prevenção geral de integração, por exprimirem uma resposta enfraquecida do sistema ao delito, gerando o sentimento de impunidade relativa do arguido condenado. Uma vez mais, as esclarecidas palavras de BECCARIA afastam este entendimento: “Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade. (...) A certeza de um castigo, se bem que moderado, causará sempre uma maior impressão do que um temor de um outro mais terrível, unido da esperança da impunidade”⁷⁸. A prontidão do sancionamento, que promove o sentimento de inexorabilidade do sancionamento criminal, alcança mais eficazmente a obtenção dos fins de prevenção geral do que a severidade das penas.

Portanto, no que concerne ao melhor rumo de realização dos fins de prevenção geral das penas, subscreve-se o entendimento de que é preferível aplicar sanções rápidas e inexoráveis, ainda que mais suaves, do que sanções pesadas e incertas. Contanto que essas penas atenuadas não sejam tão baixas que fiquem aquém das exigências das mesmas exigências de prevenção. Em conclusão, a flexibilização do princípio da legalidade no processo penal de modo a admitir a introdução de acordos sobre a sentença otimiza a realização do fim de prevenção geral das penas.

Quanto ao fim de prevenção especial positiva das penas – orientado para a ressocialização do arguido –, o uso processual de acordos sobre a sentença contribui para este desígnio em várias frentes: evita o julgamento, fonte de estigmatização social, reforça o sentido de justiça nos vários sujeitos processuais e a consensualização idiossincrática contribui para um sentimento de pacificação e cooperação com o sistema.

Conclui-se, desta feita, que, por via da prontidão da atuação penal e do espaço comunicacional-pacificador gerado, o mecanismo de consenso em estudo promove o respeito pelas exigências de prevenção das penas.

Observe-se, agora, o impacto da implementação da justiça negociada ao nível da garantia de igualdade (art. 13º da CRP), que é promovida pela consagração da legalidade estrita, através da vinculação do MP ao exercício da ação penal de modo isento, ou seja, sem

⁷⁸ Cf. BECCARIA – *Dos Delitos*, cit., p. 115.

diferenciações de tratamento injustificadas. Acontece que esta matriz é compatível com o sistema de legalidade aberta, pois a proibição do tratamento arbitrário não é inconciliável com o critério da discricionariedade orientada para a melhor realização da justiça, onde o MP tem o poder de escolher a tramitação processual que permite a melhor realização da justiça, *in casu*⁷⁹.

Pode-se considerar que a aplicação de sanções atenuadas aos arguidos que negociam a sentença traduz um favorecimento injustificado por contraponto aos arguidos julgados em rito ordinário, significando que não há fundamento legítimo para este tratamento desigual. A esta apreciação contrapõe-se, em primeiro lugar, o argumento de que ao acordo sobre a sentença não subjaz a lógica de barganha ou troca característica da *plea bargaining*, desde logo por não se escolher *quantum* da pena. Em segundo lugar, o acordo não compromete a retidão de determinação da medida da pena, nomeadamente porque o tribunal avalia a moldura penal acordada e quantifica a pena sempre em respeito pelas exigências de culpa e prevenção *in casu*. Significa que o controlo judicial do acordo sobre a sentença visa também garantir que a negociação não oferece um desproporcional favorecimento do arguido em troca da confissão. Portanto, a quantificação das sanções é operada à luz dos mesmos critérios, em igualdade de condições.

Dentro destes parâmetros, o fundamento do tratamento diferenciado⁸⁰ encontra-se na atitude cooperante do arguido com o sistema. Por essa razão, os acordos sobre a sentença só são admitidos até ao início da audiência de julgamento. Numa fase mais adiantada do julgamento, as soluções consensualizadas já não têm equivalente valor como instrumentos de economia processual, visto que já se percorreu o rito ordinário do processo. Acresce que, se surgir tardiamente, a disponibilidade para confessar é motivada por razões de mera estratégia processual e não por uma atitude de cooperação do arguido com o sistema, o que não colhe fundamento para um tratamento mais brando⁸¹. Contudo, não sendo admitidos acordos sobre a sentença nestas circunstâncias, conclui-se, então, que o tratamento “desigual” é justificado por circunstâncias diferenciadoras valorizáveis à luz do mecanismo da confissão do art. 344º e dos critérios de determinação da medida concreta da pena.

⁷⁹ Cf. SILVA – *Direito*, cit., p. 91.

⁸⁰ Acerca do critério de fundamento material bastante, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, anotação VI ao art. 13º.

⁸¹ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – *A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra: Almedina, 2003, anotação 21ª ao art. 344º.

Resulta do que acima se expôs que a implementação da justiça negociada, nos termos propostos por FIGUEIREDO DIAS, não só cumpre as finalidades das penas, como em última análise promove a sua realização, ao mesmo tempo que não compromete de forma inaceitável a garantia da igualdade.

Então, se a premissa da análise da medida do equilíbrio entre os princípios de legalidade e oportunidade é que a promoção da eficácia e celeridade do processo não comprometa inaceitavelmente a garantia da igualdade dos cidadãos perante a atuação do sistema criminal e a realização dos fins das penas seja maximizada, resulta que o alargamento do princípio da oportunidade nos termos já descritos respeita essa condição. E se respeita este critério de harmonização dos valores em tensão, então o entendimento fundamental subjacente aos mesmos mantém-se inalterado.

No fundo, na avaliação da problemática em análise e do equilíbrio do binómio legalidade-oportunidade importa atender ao critério da justiça material ou da concordância prática dos valores⁸², isto é, buscar a expressão conjugada daqueles valores que traduza a otimização da justiça material. Como o modelo português consagra a coexistência dos princípios da legalidade aberta e da oportunidade, perfilha-se o entendimento de que os acordos sobre a sentença trazem uma nova expressão à concordância prática entre estas duas vertentes em tensão, sem alterarem contudo o atual conteúdo desses princípios.

A este propósito, entende-se que a falta de disciplina legal do exercício da oportunidade acaba por redundar no seu surgimento a nível informal, na prática judiciária, por ser inoportuno o sistema dar resposta completa a todas a facticidade criminosa. Destarte, dada a desadequação e diminuta aderência à realidade da consagração do princípio da legalidade estrita, crê-se ser preferível o alargamento do princípio da oportunidade, sujeita a disciplina e controlo⁸³, à distorção do sistema gerada pela resposta “natural” de exercício da oportunidade, inevitável em razão das limitações de recursos do sistema. Apela-se ao

⁸² Cf. ANDRADE – “Consenso”, cit.

⁸³ Parece-nos essencial, por exemplo, a criação de mecanismos de registo e controlo oficioso da utilização da negociação da sentença, tal como se verifica para outros institutos de diversão e simplificação processual – cf. Diretiva n.º 1/2002, anexa à Circular n.º 6/2002, publicada no DR, II Série, de 4.4.2002, e Decreto-Lei n.º 298/99, de 4 de agosto.

pragmatismo, invocando o sentido prático dos princípios e abandonando as concepções puras e pouco aderentes à realidade⁸⁴.

Conforme já se referiu, a celeridade e a eficácia processuais são valores instrumentais, que devem ser perseguidos na medida em que permitam uma melhor realização da justiça. Contudo, estas exigências, fortemente vocacionadas para tutelar o interesse da comunidade, não podem prevalecer sobre as garantias processuais do arguido⁸⁵.

Se é verdade que no modelo estadunidense o interesse da comunidade se sobrepõe aos interesses individuais⁸⁶, essa ponderação de valores não advém exclusivamente do modelo de justiça consensualizada que aí vigora, sendo principalmente propiciada pela conjuntura própria desse sistema⁸⁷. Portanto, a implementação de mecanismos de justiça negociada de *per si* não implica o abandono do entendimento basilar do processo penal português de que, como princípio, as garantias processuais do arguido não podem ser sacrificadas em benefício dos interesses da comunidade. Deve revelar, isso sim, a busca de um novo e otimizado equilíbrio dos valores em confronto: a proteção do arguido no processo e a tutela do interesse da comunidade⁸⁸.

De frisar que, nessa procura, a justiça consensualizada só pode ser admitida como meio de diversão processual ao rito ordinário, que se mantém como regra, tendo sempre presente a subsidiariedade das soluções de consenso e espaços de oportunidade⁸⁹. Uma inversão dos

⁸⁴ Cf. FERNANDES – *O Processo*, cit., pp. 30-32, 44-45, acerca do racionalismo teleológico-funcional.

⁸⁵ Cf. Ac. n.º 469/2013 do TC, cit., “a Constituição (...) valora especialmente a proteção das garantias de defesa em detrimento da rapidez processual. O que permite definir a forma ideal de processo como o resultado de uma tensão dialética entre esses dois fins constitucionalmente garantidos”.

⁸⁶ Cf. ANTHONY J. SANTORO – “Considerações sobre o Direito Processual Penal Americano”, in: AAVV – *A justiça nos dois lados do Atlântico - teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: Ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, pp. 209 ss, “Passámos daquilo que costumamos designar por “modelo do processo legal justo” para aquilo a que poderemos chamar o “modelo do controlo do crime”. (...) Parece-me bem claro que a orientação e objectivos do nosso sistema de justiça criminal se estão a modificar rapidamente, havendo uma maior preocupação quanto ao bem da comunidade do que ao do indivíduo”; LAFAVE – *Criminal*, cit., pp. 26 ss.

⁸⁷ Cf. *supra* Cap. II.1.

⁸⁸ Cf. FERNANDES – *O Processo*, cit., p. 164.

⁸⁹ Cf. MIRJAN DAMAŠKA – “Negotiated justice in International Criminal Courts”, in: THAMAN, Stephen C., org. - *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, pp. 81 ss., p. 206, com o lema: “as many trials as possible, as much bargaining as necessary”.

papéis alteraria por completo o atual modelo de processo⁹⁰. À luz do atual substrato valorativo não existe tolerância para administrativização da justiça através da implementação dos acordos sobre a sentença, nem por via da flexibilização do princípio da legalidade processual, nem por meio da plasticidade da estrutura acusatória, o que patentearia uma quebra estrutural do modelo português.

2. Princípio da estrutura acusatória e princípio da acusação

O art. 32º, n.º 5, da CRP consagra a estrutura acusatória do processo criminal português, pelo que se entende sucintamente que “quem acusa não julga e quem julga não acusa”⁹¹, ou seja, existe uma separação formal e orgânico-subjetiva entre a acusação e o julgamento. Esta estrutura encontra-se intimamente ligada ao princípio da acusação, donde decorre a obrigação de o órgão de acusação apresentar um ato de imputação dos factos ao agente, que cristaliza o objeto do processo, vincula tematicamente o tribunal (art. 359º) e é indispensável ao prosseguimento para a fase de julgamento. A garantia de que o julgador não estará envolvido na determinação do objeto do processo é imprescindível à imparcialidade da sua posição (art. 6º, n.º 1, da CEDH).

A introdução dos acordos sobre a sentença na nossa estrutura de processo acusatória encontra zonas de conflito ao nível (i) da separação das esferas de competência do acusador e do julgador e (ii) da indisponibilidade do objeto do processo.

A primeira questão a saber é: se o poder de determinação do *quantum* da sanção cabe exclusivamente ao tribunal, então constranger essa operação aos novos limites acordados pelas partes não implica admitir uma ingerência inaceitável na esfera orgânico-processual do julgador?

Não é novidade, no sistema português, a possibilidade de o MP assumir um papel ativo na condução da fase de julgamento e na determinação do desfecho do processo, quer através

⁹⁰Cf. RAPOZA – “A experiência”, cit., p. 208, “[a *plea bargaining*] não é uma parte acessória do sistema de justiça criminal Americano, é o sistema de justiça criminal”.

⁹¹ Cf. ALBUQUERQUE – *Comentário*, cit., anotação ao art. 4º.

de meios de diversão processual, quer participando na decisão da sanção a cumprir pelo arguido. Com efeito, assim se verifica quando o MP propõe ao tribunal que sanções aplicar ao arguido, em sede de processo sumaríssimo (arts. 392º ss.), ou propõe a não aplicação de pena, no caso do arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280º), ou da suspensão provisória do processo (arts. 281º e 282º), esta última resultante da concordância de todos os sujeitos processuais na imposição ao arguido de injunções ou regras de conduta. Além dos referidos mecanismos, a influência do MP na conformação do processo foi reforçada por via da sua participação na determinação da sanção aplicada ao arguido, através do instituto consagrado no art. 16º, n.º 3, nos termos do qual, quando a competência de julgamento couber ao tribunal coletivo, o MP tem o poder-dever de requerer o julgamento do arguido em tribunal singular, se entender que, *in casu*, não deve ser aplicada pena de prisão superior a 5 anos. Trata-se dum juízo de discricionariedade vinculada⁹², disciplinada por critérios objetivos. Por força do art. 16º, n.º 4, a conformação desta sub-moldura penal vincula o tribunal, que só a pode afastar com base em requisitos de legalidade processual estrita, não lhe sendo permitido questionar o juízo de adequação formulado pelo MP⁹³.

No seio desta problemática, o TC pronunciou-se pela não inconstitucionalidade do art. 16º, n.ºs 3 e 4⁹⁴, esclarecendo que, neste âmbito, continua a ser o juiz quem determina a medida concreta da pena e não o MP, que apenas a condiciona, no legítimo exercício das suas atribuições como representante da coletividade, ao dizer que não pretende que ao arguido se aplique uma pena superior àquele limite máximo.

Portanto, subjaz a este entendimento a ideia de que é compatível com o princípio do acusatório a possibilidade de o MP participar na determinação da medida da sanção a ser aplicada ao arguido em sede de julgamento, e que não implica uma ingerência inadmissível do órgão da acusação na esfera do julgador, nem atinge o núcleo essencial do princípio da estrutura acusatória.

Ora, não será difícil entrever o paralelismo entre o juízo formulado pelo MP no exercício da faculdade que lhe concede o art. 16º, n.º 3, e aquele que subjaz à negociação da sentença. A ambos preside a ideia de que o exercício da ação penal também pode envolver a

⁹² Cf. ANTÓNIO D. HENRIQUES GASPAS, et al. – *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014, anotação ao art. 16º.

⁹³ *Ibidem*, o A. chama-lhe a “intervenção co-determinante do MP”.

⁹⁴ Cf. Ac. do TC N.º 393/89, de 18.05.1989, publicado no D.R. N.º 212, II Série, de 14.09.89, entre outros Acórdãos no mesmo sentido.

faculdade de o MP, orientado pelos critérios legais, conformar a pena abstratamente aplicável ao arguido, numa manifestação direta do princípio da acusação.

Apesar de a consagração destes espaços de sobreposição das esferas de acusação e julgamento comportarem uma diluição do princípio da estrutura acusatória, harmonizam-se com o espírito do nosso sistema porque não correspondem a um poder livre e arbitrário do MP – são poderes-deveres. Considerando-se que há uma limitação do exercício da escolha da sanção pelo juiz, o atual entendimento do acusatório admite esse constrangimento porque (i) opera dentro dos limites do direito penal subjectivo – a moldura sancionatória –, que em caso algum poderão ser desconsiderados, (ii) é disciplinado por critérios legais objetivamente determinados e que são suscetíveis de controlo, (iii) se coaduna com as atribuições do MP, como titular da ação penal, (iv) não fere a livre convicção do tribunal.

Com efeito, o princípio do acusatório no processo penal português é de aceção aberta, progressivamente impregnada da ideia de cooperação entre os sujeitos processuais. Assim sendo, o acolhimento dos acordos sobre a sentença coaduna-se com o caminho de flexibilização da fronteira entre competências orgânicas, em prol da eficácia da ação penal, que se descreveu.

Atente-se, então, na operação de concretização da pena que se sucede à homologação dum acordo sobre a sentença, nos termos que se têm vindo a considerar para efeitos da presente exposição. Para que a estrutura acusatória do processo se preserve, há que assegurar que, após o acolhimento do acordo sobre a sentença, o tribunal ainda opera um verdadeiro juízo de quantificação da pena, dentro na nova moldura abstrata. Caso contrário, será forçoso concluir que no(s) limite(s) sancionatório(s) negociado(s) se encontra encapotado o ajuste da pena concreta.

Em teoria, se o que se fixou através do consenso é uma nova moldura penal, dúvidas não podem restar de que será ainda necessário encontrar o *quantum* sancionatório dentro desse intervalo negociado. Assim sendo, na sequência da aceitação do acordo sobre sentença, virá o tribunal concretizar a medida da sanção em função dos parâmetros legalmente atendíveis. O que significa que não é furtada à esfera do tribunal a função de julgador, donde se conserva a estrutura processual acusatória.

Mas não se deixe de ponderar, para efeitos destas considerações, a eventual influência da prática judiciária. A este propósito, importa considerar dois tipos de acordos: os que fixam apenas um novo limite máximo e os que estabelecem simultaneamente os limites mínimo e máximo que a pena concreta poderá assumir.

Afira-se o primeiro tipo, ou seja, qual será o pendor decisório do juiz na concretização da pena, após aceitar um acordo sobre o seu limite máximo? Durante o processo de negociação dos acordos sobre a sentença, MP e defensor formulam um juízo de prognose do que virá a ser a sentença emanada pelo tribunal e a esse *quantum* deduzem a atenuação que estimadamente provirá da confissão. A nova medida da sanção assim obtida, corresponde ao limite máximo da pena a ser proposta ao tribunal. Então, configuram-se dois cenários possíveis: (i) o tribunal considera desajustada a medida máxima sugerida e rejeita o acordo; (ii) o tribunal considera que a pena adequada ao caso concreto se compreende dentro da sub-moldura proposta e homologa o acordo.

Chegados a este ponto, é tarefa do tribunal formular um novo juízo relativamente ao caso *sub judice*, juízo esse que terá de ser feito por referência à nova moldura penal. Como a operação de concretização da sanção é um trabalho necessariamente relativo e não absoluto, ou seja, a ocorrer sempre por referência aos limites máximo e mínimo, quando um – ou ambos – se altera, o juízo de quantificação também deverá ser reformulado em conformidade. Assim sendo, é de retirar que, também aqui, se mantém incólume o princípio da estrutura acusatória.

Acontece que, no entanto, relativamente à *praxis*, parece plausível que, após a homologação do acordo sobre a sentença, o tribunal avalie as circunstâncias do caso concreto de modo semelhante àquele que já fizera para efeitos de aceitação da sub-moldura negociada e considere que o juízo de prognose quanto à sanção foi certo, atendo a esse *quantum* para determinar a pena concreta, que então corresponderá ao limite máximo consensualizado. A ser assim, estar-se-á perante um “vício” metodológico no complexo decisório subsequente à transação e, no fundo, os limites acordados pelos sujeitos processuais não serão realmente atendidos para efeitos da concretização da pena, que afinal acaba por ser operada por referência à moldura legal e não à negociada.

A verificar-se esta hipótese, ocorre verdadeiramente um acordo sobre a medida concreta da pena entre os sujeitos processuais, o que não pode ser admitido à luz do princípio da

estrutura acusatória do processo. Com efeito, na Alemanha, até à cristalização das *Absprachen*, em 2009, a larga maioria dos acordos fixava apenas um novo limite máximo da pena. Ora, nessa condicionante, a *praxis* alemã revelou que a sentença articulada pelos tribunais na sequência da *Absprache* normalmente coincidia com o limite máximo fixado para a pena ou dele se aproximava⁹⁵. Portanto, esta constatação sugere que, apesar de formalmente se acordar o teto superior da pena, à negociação subjaz a ideia de que a pena concretamente vertida na sentença coincidirá com esse máximo, significando que em substância se negocia a medida concreta da pena⁹⁶.

Sucedem que, nos acordos sobre a sentença homologados pelos tribunais portugueses⁹⁷, se fixaram novos limites superiores para as penas. E, na sentença emitida pelo 1º Juízo do Tribunal de Mangualde (posteriormente confirmada pelo Ac. do TRL, de 27.02.2013, Proc. N.º 292/10.7GAMGL.C1.), as penas concretas aplicadas a final não coincidiram com esses máximos acordados, o que indica que não há uma antecipação encapotada da quantificação da pena, como efetivamente se pode observar através da fundamentação dessa operação articulada pelo Tribunal.

Em suma, ainda que o desenho teórico dos acordos sobre a sentença que fixam um novo limite máximo sancionatório pareça coadunar-se com o atual entendimento da estrutura acusatória no processo português, não se ignora a possibilidade de que a *praxis* venha a subverter esse funcionamento, convolvendo-o num mecanismo atentatório desse princípio estrutural.

Observe-se, agora, o que acontece na prática judiciária quando o acordo sobre a sentença também fixa o limite mínimo da sanção aplicável. É o que sucede, desde 2009, no ordenamento alemão, em conformidade com os termos do § 257c do *StPO*. Aqui, a prática já consiste em fazer coincidir a pena com o limite mínimo acordado⁹⁸. A este propósito, afirma

⁹⁵ Cf. ALTENHAIN – “*Absprachen*”, cit., p. 170-171; DIAS – *Acordos*, cit., p. 53.

⁹⁶ Diversamente, FIGUEIREDO DIAS considera que, se o limite superior da sanção surge do juízo de prognose formado por arguido e MP, ponderada a valoração da circunstância atenuante da confissão do arguido, então a proximidade ou coincidência da pena concretizada pelo tribunal com o limite máximo significa somente que a antevisão sobre a sanção foi acertada, e refere ainda que nada impede o juiz de determinar uma sanção inferior ao limite máximo, em conformidade com as suas apreciações, conservando a veste de julgador material, cf. DIAS – *Acordos*, cit., p. 53.

⁹⁷ Cf. *supra* Cap. I.3.

⁹⁸ Cf. NEVES – “Acordos”, cit., p. 46.

MEYER-GOSSNER que o acordo sobre um limite mínimo da pena é uma forma dissimulada de negociar a pena concreta⁹⁹.

Coloca-se a seguinte questão: o tribunal aceita uma nova moldura penal, dentro da qual determinará a sentença, (i) porque considera que no caso concreto a pena adequada se encontra algures no intervalo proposto, ou (ii) porque quer a sanção mínima, quer a máxima, e logicamente qualquer medida entre estas, satisfaz os critérios de medida da culpa e de necessidade de prevenção?

Por via do princípio da intervenção mínima, o tribunal deve aplicar a pena que, cumprindo as exigências de culpa e prevenção legais, seja menos agressiva para o arguido e, portanto, seja a menor possível (art. 71º do CP). Tomado este considerando, se o espírito de aceitação do acordo pelo juiz for no sentido apontado em (i), ainda restará ao juiz formular o juízo que determinará a sanção concreta, no contexto da nova moldura penal. Com efeito, e neste ponto discordando de MEYER-GOSSNER, o facto de o MP dar a sua concordância para a fixação do novo limite mínimo não vincula o tribunal ao entendimento de que essa medida em concreto cumpre os critérios de quantificação da sanção¹⁰⁰, particularmente porque o tribunal conserva o poder-dever de procurar a pena que *ele* julgue mais adequada e que pode quantificar acima da baliza inferior.

Já se a aceitação do tribunal for motivada pela ideia de que qualquer sanção contida naquele intervalo proposto poderia satisfatoriamente ser ditada em sentença – (ii) –, por via do princípio de intervenção mínima, a pena concreta será logicamente correspondente ao limite mínimo e nenhum juízo adicional caberá ao tribunal. Esta última possibilidade acaba por ecoar na opinião de MEYER-GOSSNER, pois ocorre, afinal, um autêntico consenso entre os sujeitos processuais quanto à sanção a aplicar em concreto, algo que colide com o princípio da estrutura acusatória, por furtar ao juiz a reserva do papel de julgador.

Acontece que não parece sensato assumir que o juízo de aceitação do acordo sobre a sentença será o mencionado em (ii), por não se harmonizar com a *ratio* que preside a uma moldura penal. Mais se considere *mutatis mutandis* para este ponto o que acima se expôs em relação às barganhas que versam exclusivamente sobre o máximo da sanção. Em conclusão,

⁹⁹ Cf. MEYER-GOSSNER, *Strafprozessordnung*, München: Beck, 2010, *apud* DIAS – *Acordos*, cit., p. 61.

¹⁰⁰ O entendimento contrário denotaria uma intensificação da acusatoriedade que não se verifica no processo criminal português.

atento o que se expôs para a hipótese (i), quando se negociar o limite mínimo da pena, o acordo sobre a sentença pode respeitar a estrutura acusatória do processo.

À luz do *supra* vertido, extrai-se que, em abstrato, o modo de funcionamento dos acordos sobre a sentença permite a conservação e compatibilização com o princípio da estrutura acusatória do processo português. Já a tradução do instituto através da *praxis* revela potencialidades danosas para esse princípio e que se observam no congénere germânico.

Em paralelo a esta questão, surge uma outra que naquela surte forte influência: o modo e a medida da participação do juiz nas conversações preliminares ao acordo sobre a sentença, que tanto se pode configurar como uma simples aceitação face à proposta maioritariamente formulada e atingida entre os restantes sujeitos processuais, ou como uma autêntica participação ativa no espaço das conversações.

Se a participação do juiz nas conversações for interventiva a par dos outros sujeitos processuais, tendencialmente o limite mínimo negociado da pena virá a ser espelhado na escolha da sanção concreta. Incurrendo-se, deste modo, na situação acima exposta, em que se atinge um verdadeiro consenso acerca da pena concreta a aplicar, inaceitável à luz do princípio da estrutura acusatória do processo.

Mais, esta preocupação também é válida *mutatis mutandis* para os acordos sobre a sentença que apenas estabelecem um novo limite máximo da pena. Com efeito, quando o juiz participa ativamente no processo de barganha, há um reajuste na equação de interesses e poderes e conseqüentemente o acordo obtido a final tem um significado diverso. Na *praxis* judiciária alemã, o juiz assume uma postura ativa nas conversações e frequentemente partilha com os sujeitos processuais a sua antevisão para a medida da sanção que aplicaria no término do rito ordinário e aquela que resultaria no caso de o arguido se dispor a confessar. Ora, dado o elevado grau de envolvimento do tribunal na conformação da nova moldura penal, não admira que, no fundo, se esteja a antecipar para este momento a determinação da medida concreta da pena, que tendencialmente coincidirá com o limite máximo da pena, se apenas este for acordado, ou com o limite mínimo se este também for fixado.

Nestas circunstâncias, o constrangimento da estrutura acusatória do processo não se verifica tanto pela ingerência do MP na esfera do julgador, como pela perspectiva oposta: a

estrutura acusatória implica que o órgão de julgamento assumira uma posição supra-partes e ao envolver-se ativamente na negociação, o tribunal abandona essa posição, invadindo a esfera funcional da acusação¹⁰¹.

Em suma, compulsadas as estruturas de interpretação e significado próprias do processo penal português, não parece provável que, no âmbito da justiça negociada, o tribunal abandone a sua veste de órgão decisor, relegando a de determinar o *quantum* da pena para a negociação entre o MP e o defensor. O reajuste no equilíbrio de competências e valores gerado pelo acolhimento das sentenças negociadas pode e deve harmonizar-se com a manutenção da esfera de competência do tribunal como órgão de julgamento, não o convolvando em mero fiscalizador do acordo inter-partes. Assim, tal como configurados por FIGUEIREDO DIAS, os acordos sobre a sentença não parecem resultar num meio encapotado de subtrair ao julgador a tarefa de determinação da pena concreta, conservando-se materialmente essa função na esfera de competência do tribunal.

Quanto ao segundo tópico de análise proposto, compete afirmar que a possibilidade de alterar o conteúdo da acusação através da negociação da sentença viola indiscutivelmente a regra da indisponibilidade do objeto do processo, que subjaz ao princípio da acusação, e indiretamente afeta a garantia de separação entre acusador e julgador. E é essa a realidade que se verifica no processo penal norte-americano, onde a vastíssima discricionariedade do promotor público no exercício da ação penal, a par da sua posição dominante no procedimento de barganha, espelham uma distribuição de poderes estranha aos sistemas tradicionais de *civil law* e em que o órgão de acusação tem um papel determinante, senão mesmo preponderante, na concretização da sentença¹⁰².

Sucedendo que, como o acordo sobre a sentença que temos vindo a examinar não pode alterar o objeto do processo, que é inatingível na negociação, a regra da indisponibilidade do objeto do processo permanece incólume, nesse alcance se preservando a estrutura acusatória e o princípio da acusação. Este aspeto vê-se até reforçado na medida em que tais acordos

¹⁰¹ Cf. EDUARDO MAIA DA COSTA – “Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo”, *Julgar*, N.º 19 (janeiro-abril 2013), Lisboa: Coimbra Editora, p. 96 e NEVES – “Acordos”, cit., pp. 61 ss, considerando que o juiz gestor do consenso desvirtua a sua postura de imparcialidade, e TURNER – “Judicial”, cit., acerca dos modelos de participação do juiz nas negociações sobre a sentença.

¹⁰² Cf. Cap. II.1.

apenas seriam admitidos no período que medeia entre a formalização da acusação pelo MP e o início da produção de prova, ou seja, só a partir do momento em que o objeto do processo é cristalizado.

Menos pacífica se mostraria esta questão se os acordos sobre a sentença fossem permitidos na fase de inquérito, ou seja, antes da formalização da acusação. Caso em que haveria risco de violar a separação das fases do processo, cuja delimitação é essencial à manutenção da sua estrutura acusatória¹⁰³.

No universo da justiça penal negociada, ainda se apontam outras zonas de conflito com a estrutura acusatória do processo português. No *patteggiamento* italiano, apesar de não haver disponibilidade sobre o objeto do processo, o MP e o defensor negociam a pena concreta a aplicar ao arguido, numa autêntica antecipação da concretização da sentença. Numa tal conjuntura, a separação entre órgão de acusação e órgão de julgamento é diluída e, materialmente, a tarefa de ditar a sentença transfere-se em larga medida para o MP, o que não se coaduna com a estrutura acusatória do nosso ordenamento processual penal¹⁰⁴. O mesmo sucede na *plea bargaining*, numa modalidade mais extremada pelas restantes condicionantes processuais.

Não integrando os acordos sobre a sentença a proposta duma pena concreta e mantendo-se a indisponibilidade do objeto do processo, distanciam-se as potenciais agressões à estrutura acusatória, tal como entendida no processo português, e a esfera de competência do julgador não é atingida. A tarefa de ponderar as circunstâncias do caso e apreciar as exigências dos fins das penas, de modo a determinar a medida concreta da pena a aplicar, caberá ainda ao tribunal¹⁰⁵.

Em conclusão, detetam-se múltiplos pontos de fragilidade quanto ao respeito do instituto em estudo pela estrutura acusatória do processo penal e pelo princípio de acusação,

¹⁰³ Cf. MOURA – “Acordos”, cit., pp. 12-13, expondo os perigos inerentes aos acordos sobre a sentença durante a fase de investigação, e DIAS – *Acordos*, cit., p. 101 ss, manifestando-se favorável a este alargamento.

¹⁰⁴ De outro prisma, também se mostra pertinente considerar que o que ocorre é uma intensificação da vertente acusatória do processo criminal, aproximando-o duma conceção privatística, o que acarreta a potencialidade de afligir não já o princípio da estrutura acusatória, mas sim o princípio da legalidade penal, na medida em que a reserva legal neste implícita se vê violada pelos sujeitos processuais.

¹⁰⁵ Cf. COSTA – “Justiça”, cit., pp. 87-97, considerando que com a justiça negociada se opera um fenómeno de administrativização da justiça.

em especial na potencial ameaça à esfera de competência reservada do juiz. Apesar de tudo, e à semelhança do que se verificou no sistema alemão, nesta medida não parece que se venha a incorrer numa descaracterização da estrutura acusatória do processo penal português pela introdução deste novo mecanismo de consenso, apesar de ser inegável o risco inovador que comporta.

3. Princípio da investigação e princípio da verdade material

Como já se expôs, o modelo processual penal misto português é sustentado também no pilar do princípio da investigação oficial (arts. 323º als. a) e b), 327º n.º 2 e 340º n.º 1 e 2), orientado para a realização do princípio da verdade material ou processualmente válida. Ora, o juiz tem o poder-dever de ordenar oficiosamente a produção da prova que entenda ser necessária para o apuramento da verdade. Ou seja, não se encontra limitado, no conhecimento dos factos, à prova carreada para o processo pelos sujeitos processuais, já que pode promover autonomamente diligências probatórias com vista à justa decisão da causa, dentro dos parâmetros legais.

Ora, os acordos sobre a sentença não admitem a manipulação do objeto do processo, característica do sistema norte-americano, que seria gravemente lesiva do princípio da verdade material, tal como entendido no nosso ordenamento. Na mesma linha, deve rejeitada a possibilidade de negociar a sentença antes da formalização da acusação, ou seja, durante a fase de inquérito, o que comprometeria a completude da investigação e a recolha de elementos essenciais, tanto à descoberta da verdade material, como à verificação da credibilidade e liberdade da confissão, e ainda à concretização da sanção.

Noutro aspeto, pode dizer-se que a justiça consensualizada sacrifica o princípio da verdade material em prol da eficiência, já que se considera que a confissão é prova suficiente da culpa do arguido, minimizando-se assim a atividade probatória. Sucede que o atual entendimento do princípio da verdade material admite já esta limitação, por via da consagração da confissão integral e sem reservas do arguido como meio de prova, *ex vi art.*

344º, sujeita à verificação pelo tribunal dos requisitos de credibilidade e liberdade, sob pena de rejeição¹⁰⁶. Essas exigências funcionam como garantes da verdade material.

Conforme o art. 344º, n.º 2, al. a), a aceitação da confissão implica a “renúncia à produção de prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados”. Como estão asseguradas a liberdade e a credibilidade da confissão, garante-se simultaneamente o núcleo essencial do princípio da verdade material, visto um grau de certeza suficiente quanto à aproximação dos factos provados em consequência da confissão à verdade.

Na preservação dos princípios ora tratados, o dever de fundamentação da sentença (art. 205º da CRP e art. 374º, n.º 2), desempenha um papel fundamental, pois vale para o juízo de aceitação da confissão (art. 97º, n.º 5), o que o torna passível de controlo, deste modo se garantindo que não há uma aceitação cega e automática da confissão.

Uma perspetiva comparada sustenta o anterior: nos sistemas como o norte-americano e o italiano, a transação penal suporta-se na declaração do arguido de não contestação da acusação, autorizando a que o tratem como culpado¹⁰⁷. É um mecanismo eminentemente processual, que tem o mesmo valor que a condenação e faz avançar o processo para a fase da sentença. Nestes sistemas, por regra, o tribunal basta-se com homologar a declaração do arguido, sem proceder à verificação da sua credibilidade, como sucede nos sistemas português e alemão. Nestes últimos, a confissão consubstancia um meio de prova por declarações sobre os factos a ser avaliado livremente pelo tribunal (art. 127º), a par dos restantes meios probatórios à sua disposição. A distinção entre os dois tipos de “confissão”¹⁰⁸ é expressiva dos diferentes entendimentos de verdade processual que lhes presidem, próprios de cada sistema, bem como da génese de cada forma de negociação de justiça e dos valores que lhe subjazem.

¹⁰⁶ Significa que não são aceites as *Alford pleas* e *pleas of nolo contendere* do sistema norte-americano, que seriam frontalmente contrárias ao princípio da verdade material. Com efeito, nos EUA, a verdade processual é livremente criada pelas partes, numa aceção privatística e formal.

¹⁰⁷ Em inglês, *dismissal* ou *waiver of right to trial*.

¹⁰⁸ Cf. THAMAN – *World*, cit., em referência à justiça negociada, distingue entre *plea bargaining* e *confession bargaining*.

Outro relevante fator a atender, a propósito do confronto da justiça negociada com o princípio da verdade material, é o diferente papel da acusação no modelo dos EUA, onde o promotor público é uma parte com um interesse oposto ao do arguido no seio do processo. Diversamente, o MP trabalha para a descoberta da verdade e para alcançar a sentença mais justa para o arguido – inclusive a favor deste – (art. 53º, n.º 1 e 2, al. d)) e continua vinculado a esse princípio no contexto das soluções consensualizadas.

Há ainda que ponderar o seguinte: no equilíbrio legalidade-oportunidade é forçoso pesar que um processo excessivamente moroso acaba por comprometer a descoberta da verdade material no processo. A distância temporal entre a ocorrência dos eventos e a produção de prova compromete seriamente o êxito desta última. Acresce que, decorrido um longo período, o tribunal também vê coartado o seu poder-dever de investigação oficial: se o juiz considerar essencial à descoberta da verdade ordenar novas diligências de prova, verá essa possibilidade muito limitada, pois é sabido que a produção de prova relativa a eventos distantes temporalmente é de dificuldade extremamente acrescida. Assim, é forçoso concluir que a morosidade da justiça opera em detrimento do princípio da verdade material e do princípio da investigação oficial. *A contrario*, a descoberta da verdade material pode ser potenciada por mecanismos de celeridade processual através do consenso.

Em síntese, sendo certo que através do rito ordinário a busca da verdade material é mais profunda e garantista, compete lembrar que, na procura do equilíbrio entre procura da verdade material e eficácia processual, a cedência excessiva de um, comprometerá inevitavelmente o outro.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Cabe concluir que a justiça consensualizada nos moldes propostos é compatível com o atual entendimento dos princípios da legalidade, oportunidade, estrutura acusatória, acusação, investigação e verdade material. Afinal, o que se veio a absorver ao longo desta exposição é que é possível integrar a justiça negociada no sistema português sem dessa forma atingir o núcleo destes princípios, pois a principal alteração opera-se ao nível da compatibilização dos valores em tensão, que não deixam de se orientar para o mesmo fim. Ou seja, preservam-se os valores enformadores do processo e adapta-se o entendimento quanto ao melhor modo de maximizar a sua realização.

Conforme se veio demonstrando, o elemento-chave da compreensão deste fenómeno é a *cultura jurídica*, que funciona simultaneamente como motor e condutor de mudança e como elemento de inércia e preservação dos princípios. À luz do que se entende que a integração do mecanismo de justiça consensualizada *per se* não se faz necessariamente acompanhar da adversarialização do sistema hospedeiro e concomitante conversão dos princípios inerentes à estrutura desse processo. Nomeadamente porque os acordos sobre a sentença podem ser vistos como um sucedâneo da *plea bargaining* impregnado de concepções de *civil law*.

Com efeito, estas formas integradas de justiça negociada são claro exemplo da plausibilidade de modelos híbridos, onde se fundem desígnios classicamente adversariais com preocupações tipicamente inquisitórias. Repare-se que, na realidade, a otimização dos sistemas só pode ocorrer através da flexibilização dos respetivos dogmas garantista e efficientista, pois é na rigidez destes paradigmas que residem as suas fragilidades.

No sistema português, eminentemente garantista, surge a possibilidade de implementar o entendimento do sistema penal como um todo que sincroniza dogmática e política criminal, duas realidades que não são estanques, mas sim interdependentes. Ensejo no qual caberá conciliar os vetores *funcionalidade* e *garantia* do sistema penal: encontrar um reequilíbrio dos princípios estruturantes do processo penal português orientado pelo princípio da concordância prática, de modo a alcançar uma constelação maximizadora da eficácia e dos fins do processo penal traduzida na prática judiciária.

A importância de reconhecer um processo (também) funcionalmente orientado é, portanto, fulcral. Na esteira destas considerações, integrar a justiça negociada denota a busca duma solução pragmática (no sentido de mal menor), com o potencial de tornar mais próximo um novo e realista equilíbrio dos bens jurídicos em jogo.

Então, no reequilíbrio da tensão dialética conflito-consenso, também é a própria cultura judiciária, a predisposição dos operadores, que se deve reajustar.

Todavia, não é de desprezar que, numa perspetiva de longo prazo, a introdução dos acordos sobre a sentença tem a potencialidade de modificar as atuais estruturas de significado e pensamento, no sentido da adversarialização do atual modelo de processo, incorrendo numa descaracterização do processo penal português.

BIBLIOGRAFIA E OUTRAS REFERÊNCIAS

Monografias e Publicações Periódicas

AAVV – *Boletim de Informação & Debate*, ASJP, VII Série, n.º 2, 2012

ALBERGARIA, Pedro Soares de – *Plea Bargaining*, Coimbra: Almedina, 2007

ALBERGARIA, Pedro Soares de, et al. – “Uma proposta de justiça negociada”, *Revista do CEJ*, N.º 15 (1.º sem. 2011), Lisboa, pp. 109-123

ALBUQUERQUE, José P. Ribeiro de – “Simplificação, celeridade e consenso no processo penal”, Sesimbra, 2012, disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/5976.pdf>, acesso em 30.04.2014

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

– *A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra: Almedina, 2003

– *Comentário do Código de Processo Penal*, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011

ALTENHAIN, Kartsten – “Absprachen in german criminal trials”, in: THAMAN, Stephen C., org. - *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, pp. 157 ss.

ANDRADE, Manuel da Costa – “Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo”, in: Centro de Estudos Judiciários, org. - *Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal*, Coimbra: Almedina, 1988, pp. 317-358

ANGELINI, Roberto – “A negociação das penas no direito Italiano”, *Julgar*, N.º 19 (janeiro-abril 2013), Lisboa: Coimbra Editora, pp. 221-229

BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*, José Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998

BEVERE, Antonio – “Il patteggiamento: la gestione negoziale degli affari penali, le parti e i loro diritti; i poteri e doveri del giudice”, *Questione Giustizia*, N.º 2 (1992), Milano, p. 352-369

BRANDÃO, Nuno – “Acordos sobre a decisão administrativa e sobre a sentença no processo contra-ordenacional”, *Revista portuguesa de ciência criminal*, A. 21, N.º 4 (outubro-dezembro 2011), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 593-607

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010

CARVALHO, Daniel Proença de, et al. – “Acordos sobre a Sentença em Processo Penal”, Gabinete de Jovens Advogados, disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Media/file.aspx?ida=117578>, acesso em 30.04.2014

CONSO, Giovanni – *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova: Cedam, 2005

COSTA, Eduardo Maia da

- “Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo”, *Julgar*, N.º 19 (janeiro-abril 2013), Lisboa: Coimbra Editora, pp. 87-97

- “O consenso como remédio para os males do processo penal”, 2011, disponível em http://blogsinedie.blogspot.pt/2011_12_01_archive.html, acesso em 30.04.2014

DAMAŠKA, Mirjan – “Negotiated justice in International Criminal Courts”, in: THAMAN, Stephen C., org. - *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, pp. 81 ss.

DIAS, Jorge Figueiredo

- *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993

- *Direito Processual Penal Português*, Clássicos Jurídicos, Coimbra Editora, 2004

- *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2007

- “Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A. 18 (2008), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 367-385

- *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal*, Coleção Virar de Página, Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011

- “Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: um caso exemplar das relações entre o direito processual penal e o direito constitucional”, in CORREIA, Fernando Alves, et al., org. – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Constituição e Estado: entre teoria e dogmática*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012., Vol. II

FERNANDES, Fernando – *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 2001

FERRAIOLI, Marzia, et al. – *Manuale di Diritto Processuale Penale*, 5.^a ed., Padova: Cedam, 2003

FROMMAN, Maike – “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?”, *Hanse Law Review*, Vol. 5, n.º 2 (2009), pp. 197 ss, disponível em <http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art04.pdf>, acesso em 30.04.2014

GAROUPA, Nuno, et al. – “Why plea-bargaining fails to achieve results in so many criminal justice systems: a new framework for assessment”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15, N.º 3 (2008), Maastricht, pp. 323-358

GASPAR, António D. Henriques, et al. – *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014

GÓMEZ-COLOMER, Juan-Luis – “La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España”, *Revue internationale de droit pénal*, Nouvelle serie A. 83 (1-2trimestre 2012), Toulouse: Editions Erès, pp. 17-41

GONÇALVES, Maia M. – *Código de Processo Penal Anotado*, 17.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009

LAFAVE, Wayne R., et al. – *Criminal Procedure*, 3.ª ed., St. Paul, Minnesota: Thomson West, 2000

LANGER, Máximo – “From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure”, in: THAMAN, Stephen C., org. – *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, pp. 3 ss.

LATAS, António João, org. – *Mudar a justiça penal: linhas de reforma do processo penal português*, Coimbra: Almedina, 2012

LEAL-HENRIQUES, M., et al. – *Código de Processo Penal*, Lisboa: Rei dos Livros, 1996

MENDES, Paulo de Sousa, “A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, disponível em http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Sousa_Mendes_Aproveitamento_das_declaracoes_do_arguido_anteriores_ao_julgamento.pdf, acesso em 30.04.2014

MESQUITA, Paulo Dá – *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011

MESSITTE, Peter J.

– “Os Sistemas de Direito Penal Americano e Português: Uma Tentativa de Comparação”, in: AAVV – *A justiça nos dois lados do Atlântico - teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: Ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, pp. 221 ss.

– “Um Resumo do Processo Penal Americano”, in: AAVV – *A justiça nos dois lados do Atlântico - teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: Ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, pp. 23 ss.

MORELLO, Michele – *Il nuovo processo penale, Parte Generale*, Padova: Cedam, 2000

MOURA, José Souto de – “Acordos em Processo Penal”, Porto, 2012, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/docpgdl/files/acordos%20souto%20moura.pdf>, acesso em 30.04.2014

NEVES, J. F. Moreira das – “Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!”, *Revista do Ministério Público*, A. 34, N.º 135 (julho-setembro 2013), Lisboa: SMMP, pp. 37-64

PEREIRA, José Cláudio – *Princípio de oportunidade e justiça penal negociada*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

RAPOZA, Phillip – “A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra”, *Julgar*, N.º 19 (janeiro-abril 2013), Lisboa: Coimbra Editora, pp. 207-220

ROXIN, Claus – “Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão”, in: MONTE, Mário Ferreira, et al., org. – *Que futuro para o direito processual penal?: simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 385-398

SANTORO, Anthony J. – “Considerações sobre o Direito Processual Penal Americano”, in: AAVV – *A justiça nos dois lados do Atlântico - teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: Ed. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, pp. 209 ss.

SILVA, Germano Marques da

– *Direito Penal Português*, III, 2ª ed., Lisboa, Verbo, 2008

– *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 6.ª ed., Babel, 2010

TEIXEIRA, Carlos Adérito – *Princípio da Oportunidade*, Coimbra: Almedina, 2006

THAMAN, Stephen C. – “A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial”, in: THAMAN, Stephen C., org. – *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, pp. 297 ss.

THAMAN, Stephen C., org. – *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, pp. xvii ss.

TORRÃO, Fernando – “Suspensão provisória do processo – justiça penal negociada?”, in: CRUZ, Branca Martins, org. – *Crise na Justiça: reflexões e contributos do processo penal*:

actas do Colóquio da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007

TURNER, Jenis Iontcheva – “Judicial participation in plea negotiations: a comparative view”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, N.º 1 (Winter 2006), Michigan, pp. 199-267

Pareceres e Recomendações

PGDL

- Orientação N.º 1/2012, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/>, acesso em 30.04.2014

PGDC

- Memorando de 19/01/2012, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>, acesso em 30.04.2014

PGR

- Diretiva n.º 2/2014, de 21-2-2014, disponível em http://www.pgr.pt/grupo_bases/documentos_hierarquicos/Directiva_2-2014.pdf, acesso em 30.04.2014
- Relatório dos Serviços do MP, 2010, disponível em <http://www.pgr.pt/pub/relatorio/2010/RelatorioMP2010.pdf>, acesso em 30.04.2014

Comité de Ministros do Conselho da Europa

- Recomendação de 17.09.1987, N.º R (87) 18, disponível em <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608011&SecMode=1&DocId=694270&Usage=2>, acesso em 30.04.2014

Estatísticas

CES/OPJ

- “A justiça penal – Uma reforma em avaliação”, 2009, disponível em http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Final_Monitorizacao_Julho_2009.pdf, acesso em 30.04.2014
- “Monitorização da Reforma Penal - Relatório Complementar”, 2009, disponível em http://opj.ces.uc.pt/pdf/OPJ_Monit_Relatorio_Complementar.pdf, acesso em 30.04.2014

Direcção-Geral da Política de Justiça

- “Estatísticas Oficiais da Justiça”, disponível em http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_634525016631406250, acesso em 30.04.2014
- “Os números da Justiça: 2012: Principais Indicadores das Estatísticas da Justiça”, Ed. DGPJ, 2013, disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/os-numeros-da-justica_1/downloadFile/attachedFile_f0/Os_numeros_da_Justica_2012.pdf?nocache=1387551755.11, acesso em 30.04.2014

PGR

- “Relatório dos Serviços do MP”, 2010, disponível em <http://www.pgr.pt/pub/relatorio/2010/RelatorioMP2010.pdf>, acesso em 30.04.2014

Jurisprudência Nacional

Tribunal Constitucional

- Acórdão N.º 393/89, de 18.05.1989, D.R. N.º 212, II Série, de 14.09.1989
- Acórdão N.º 428/2013, de 15.07.2013, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 30.04.2014

- Acórdão N.º 469/2013, de 13 de agosto de 2013, Proc. N.º 532/2013, 3ª Secção, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 30.04.2014
- Acórdão N.º 847/2013, de 13.08.2013, Proc. N.º 742/2013, 2ª Secção, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 30.04.2014

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão de 10.04.2013, Proc. N.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt, acesso em 30.04.2014

Tribunal da Relação de Coimbra

- Acórdão de 27.02.2013, Proc. N.º 292/10.7GAMGL.C1, disponível em www.dgsi.pt, acesso em 30.04.2014

Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão de 12.11.2002, *CJ*, Ano XXVII, Tomo V, pp. 123

Tribunal Judicial de Ponta Delgada, 2.º Juízo

- Ata de audiência de discussão e julgamento de 01-02-2012, Processo N.º 33/10.9JAPDL, disponível em <http://granosalis.blogspot.pt/2012/02/pleabarging-uma-primeira-decisao-entre.html>, acesso em 30.04.2014

Jurisprudência estrangeira

EUA

- *Santobello vs. New York*, 404 U.S. 257 (1971)

ANEXO I

STRAFPROZEBORDNUNG

ZWEITES BUCH

VERFAHREN IM ERSTEN RECHTSZUG

SECHSTER ABSCHNITT

HAUPTVERHANDLUNG

§ 257c

- (1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. § 244 Absatz 2 bleibt unberührt.
- (2) Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.
- (3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.
- (4) Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des

Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden.

Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.

(5) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren.

*

THE GERMAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

STPO

PART TWO

PROCEEDINGS AT FIRST INSTANCE

CHAPTER VI

MAIN HEARING

Section 257c

[Negotiated Agreement]

(1) In suitable cases the court may, in accordance with the following subsections, reach an agreement with the participants on the further course and outcome of the proceedings. Section 244 subsection (2) shall remain unaffected.

(2) The subject matter of this agreement may only comprise the legal consequences that could be the content of the judgment and of the associated rulings, other procedural measures relating to the course of the underlying adjudication proceedings, and the conduct of the participants during the trial. A confession shall be an integral part of any negotiated

agreement. The verdict of guilt, as well as measures of reform and prevention, may not be the subject of a negotiated agreement.

(3) The court shall announce what content the negotiated agreement could have. It may, on free evaluation of all the circumstances of the case as well as general sentencing considerations, also indicate an upper and lower sentence limit. The participants shall be given the opportunity to make submissions. The negotiated agreement shall come into existence if the defendant and the public prosecution office agree to the court's proposal.

(4) The court shall cease to be bound by a negotiated agreement if legal or factually significant circumstances have been overlooked or have arisen and the court therefore becomes convinced that the prospective sentencing range is no longer appropriate to the gravity of the offence or the degree of guilt. The same shall apply if the further conduct of the defendant at the trial does not correspond to that upon which the court's prediction was based. The defendant's confession may not be used in such cases. The court shall notify any deviation without delay.

(5) The defendant shall be instructed as to the prerequisites for and consequences of a deviation by the court from the prospective outcome pursuant to subsection (4)¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Cf. tradução do *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, acesso em 30.04.2014. Para a tradução na língua portuguesa, cf. MOURA – “Acordos”, cit., pp.6-7.

ANEXO II

CODICE DI PROCEDURA PENALE

PARTE SECONDA

LIBRO SESTO

PROCEDIMENTI SPECIALI

TITOLO II

APPLICAZIONE DELLA PENA SU RICHIESTA DELLE PARTI

Art. 444.

Applicazione della pena su richiesta.

1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

1-bis. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, nonché 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

2. Se vi è il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, nonché congrua la pena indicata, ne dispone con sentenza l'applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti. Se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda; l'imputato è tuttavia condannato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile, salvo che ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale. Non si applica la disposizione dell'articolo 75, comma 3.

3. La parte, nel formulare la richiesta, può subordinarne l'efficacia, alla concessione della sospensione condizionale della pena. In questo caso il giudice, se ritiene che la sospensione condizionale non può essere concessa, rigetta la richiesta.

Art. 445.

Effetti dell'applicazione della pena su richiesta.

1. La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento né l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale.

1-bis. Salvo quanto previsto dall'articolo 653, la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi. Salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna.

2. Il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale, e se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione

sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

Art. 446.

Richiesta di applicazione della pena e consenso.

1. Le parti possono formulare la richiesta prevista dall'articolo 444, comma 1, fino alla presentazione delle conclusioni di cui agli articoli 421, comma 3, e 422, comma 3, e fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo. Se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, la richiesta è formulata entro il termine e con le forme stabilite dall'articolo 458, comma 1.
2. La richiesta e il consenso nell'udienza sono formulati oralmente; negli altri casi sono formulati con atto scritto.
3. La volontà dell'imputato è espressa personalmente o a mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583 comma 3.
4. Il consenso sulla richiesta può essere dato entro i termini previsti dal comma 1, anche se in precedenza era stato negato.
5. Il giudice, se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta o del consenso, dispone la comparizione dell'imputato.
6. Il pubblico ministero, in caso di dissenso, deve, enunciarne le ragioni.

Art. 447.

Richiesta di applicazione della pena nel corso delle indagini preliminari.

1. Nel corso delle indagini preliminari, il giudice, se è presentata una richiesta congiunta o una richiesta con il consenso scritto dell'altra parte, fissa, con decreto in calce alla richiesta,

l'udienza per la decisione, assegnando, se necessario, un termine al richiedente per la notificazione all'altra parte. Almeno tre giorni prima dell'udienza il fascicolo del pubblico ministero è depositato nella cancelleria del giudice.

2. Nell'udienza il pubblico ministero e il difensore sono sentiti se compaiono.

3. Se la richiesta è presentata da una parte, il giudice fissa con decreto un termine all'altra parte per esprimere il consenso o il dissenso e dispone che la richiesta e il decreto siano notificati a cura del richiedente. Prima della scadenza del termine non è consentita la revoca o la modifica della richiesta e in caso di consenso si procede a norma del comma 1.

Art. 448.

Provvedimenti del giudice.

1. Nell'udienza prevista dall'articolo 447, nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il giudice, se ricorrono le condizioni per accogliere la richiesta prevista dall'articolo 444, comma 1, pronuncia immediatamente sentenza. Nel caso di dissenso da parte del pubblico ministero o di rigetto della richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari, l'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, pronuncia immediatamente sentenza. La richiesta non è ulteriormente rinnovabile dinanzi ad altro giudice. Nello stesso modo il giudice provvede dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione quando ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero o il rigetto della richiesta .

2. In caso di dissenso, il pubblico ministero può proporre appello; negli altri casi la sentenza è inappellabile.

3. Quando la sentenza è pronunciata nel giudizio di impugnazione, il giudice decide sull'azione civile a norma dell'articolo 578.

*