

---

# 4

## OS LIMITES DA COLABORAÇÃO PROBATÓRIA NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS<sup>1</sup>

*Hermínio Carlos Silva Rodrigues<sup>2</sup>*

### RESUMO

A sociedade pós-moderna (ou tardo-moderna) é marcada pelo advento de novas formas de criminalidade altamente organizada e exponencialmente complexa, a qual se enraizou nas próprias instituições sociais, tornando-se global e estrutural. A noção de que se está perante uma criminogénese sem precedentes, criou a convicção de que os paradigmas juspenais, materiais e processuais, já não são capazes de dar uma resposta eficaz aos novos desafios. À investigação criminal exigem-se novos padrões de eficácia, o que, não raro, tem conduzido à adopção de modelos diferenciados para certos sectores de criminalidade, marcados pela flexibilização de garantias materiais e processuais. Os Tribunais são, mais do que nunca, confrontados com novas exigências de eficiência, as quais,

---

<sup>1</sup> **Como citar este artigo científico.** RODRIGUES, Hermínio Carlos Silva. Os limites da colaboração probatório no direito penal e processual penal português. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 185-229, jan.-abr. 2024.

<sup>2</sup> Doutorando e Mestre e em Direito (Ciências Jurídico-Criminais); Assistente do Instituto Superior Politécnico Jean Piaget de Benguela (Angola); Professor Convidado do Curso de Mestrado Direito Penal e Criminal da Faculdade de Direito da Universidade Katyavala Bwila (Angola); Formador Convidado do INEJ – Instituto Nacional de Estudos Judiciários (Angola), Investigador do JusGov (JusCrim) da Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigador do CEsP – Centro de Estudos e Pesquisa do ISP – Jean Piaget de Benguela (Angola); Investigador convidado do CET – Centro de Estudos Tributários da Administração Geral Tributária de Angola; Jurisconsulto. *E-mail*: hcsrod@gmail.com

perante a escassez dos meios disponíveis, a complexidade dos processos e a morosidade dos procedimentos legais têm revelado as dificuldades do sistema judicial em responder às expectativas. Assim, têm sido propostas estratégias baseadas numa ampliação dos espaços de consenso, com vista a uma resolução mais célere dos pleitos criminais. Esta tendência convoca novas interrogações em face da natureza e das finalidades do processo penal, questões que suscitam uma reflexão profunda em torno dos limites constitucionais, dogmáticos e teleológicos do consenso em sede do processo penal português.

**Palavras-chave:** Criminalidade; justiça; eficiência; legalidade; consenso

### ABSTRACT

Postmodern (or late-modern) society is marked by the advent of new forms of highly organized and exponentially complex criminality, which has become rooted in social institutions themselves, becoming global and structural. The notion that there is an unprecedented criminogenesis has created the conviction that justice, material and procedural paradigms, are no longer able to respond effectively to new challenges. Criminal investigation requires new standards of effectiveness, which has often led to the adoption of different models for certain criminal sectors, marked by the flexibility of material and procedural safeguards. Courts are confronted with new efficiency requirements, which, given the scarcity of available resources, the complexity of cases and the length of legal proceedings have revealed the difficulties of the judicial system in meeting expectations. Thus, strategies have been proposed based on an extension of the spaces of consensus, with a view to a faster resolution of criminal lawsuits. This trend calls for new questions in the face of the nature and purpose of the criminal process, questions that give rise to a deep reflection around the constitutional, dogmatic and teleological limits of the consensus in the portuguese criminal proceedings.

**Keywords:** Criminality; justice; efficiency; legality; consensus

**SUMÁRIO.** 1. Criminalidade organizada, eficácia do sistema e as novas fronteiras do estado de direito. 2. Novos espaços de interação no processo penal português. 3. Justiça penal

negociada e justiça penal consensual. 3.a. O *Plea Bargaining*. 3.b. Os acordos no processo penal: a jurisprudência alemã e o § 257 c) da *StPO*. 3.c. A proposta de Figueiredo Dias sobre os “acordos sobre sentenças” para o processo penal português. 4. Incidências constitucionais, substantivas e processuais de uma “justiça penal negociada” em sede do processo penal português. 4.a. O sistema de *Plea Bargaining*. 4.b. O § 257 c) da *StPO* alemã: “Conversas prévias” e acordos sobre a pena. 4.c. A proposta de Figueiredo Dias: os “acordos sobre sentenças” em processo penal. 5. Conclusão. Bibliografia.

## 1 CRIMINALIDADE ORGANIZADA, EFICÁCIA DO SISTEMA E AS NOVAS FRONTEIRAS DO ESTADO DE DIREITO

A sociedade de hoje convive com uma criminalidade estrutural, estruturada e global. A globalização económica, política, tecnológica e cultural (GIDDENS, 2000, p. 22 e ss.) alargou os horizontes da criminalidade<sup>3</sup>, a qual, aproveitando ao máximo os novos espaços de actuação, as novas tecnologias e as novas dinâmicas de organização social (RODRIGUES, 2009, p. 187) resultantes do recuo da influência dos Estados no tecido social, internacionalizou-se, integrou-se socialmente (MAILLARD, 1995, p. 94) e organizou-se, assumindo características alheias à ideia de delinquência como fenómeno marginal.

A criminalidade deixou de estar à margem da sociedade para fazer parte dela, de modo que, hoje, pode dizer-se que existe uma simbiose entre crime e sociedade, estando a criminalidade infiltrada nos centros de decisão políticos, económicos e financeiros, processando-se em complexas redes criminosas, as quais se aproveitam das estruturas e instituições sociais, confundindo-se com elas<sup>4</sup>. Há como que uma porosidade entre a sociedade oficial e a sociedade do crime (MAILLARD, 1995, p. 91), aumentando

<sup>3</sup> Sobre a relação entre globalização e criminalidade global, vide Duarte (2002, p. 17). Céptico (estamos em crer) acerca desta relação está Prittwitz (2003, p. 149).

<sup>4</sup> É, no fundo, a “sociedade fractal” de que nos fala Jean de Maillard (1997, p. 43 e ss., *apud* RODRIGUES, 2009, p. 185).

exponencialmente a dificuldade da detecção e, inclusive, a percepção da actividade criminosa (Cfr. RODRIGUES, 2003b, p. 207; CANAS, 2004, p. 10; SCHNEIDER, 1993, p. 723).

*Anova criminogénesis*, a da pós-industrialidade, provém, então, da criminalidade organizada, empresarial, transnacional (conosco, ZUÑIGA RODRIGUEZ, 2003, p. 5). A noção de criminalidade organizada, pela sua complexidade e polimorfismo, está longe de ser pacífica.<sup>5</sup> Daí que a compreensão da fenomenologia que lhe está associada, quer o crime, como produto, quer os custos sociais como resultado não seja tarefa fácil. No entanto, são traços comuns da criminalidade organizada (cfr. ALBRECHT 2010, p. 78; DAVIN, 2007, p. 112 e ss.):

- a forte implantação e simbiose com o meio em que operam numerosos actores organizados em rede ou em sistemas;
- a altíssima fungibilidade desses actores;
- a partilha de valores e normas de comportamento de acordo com um “código deontológico” comum;
- a criação de esquemas de branqueamento de capitais ilícitos que envolvem, não raras vezes, o uso dos meios das comunidades em que operam, o envolvimento de elementos dessas comunidades em relações forçadas com o mundo do crime;
- a relação privilegiada com os governos marcada pelo financiamento de campanhas, pelo tráfico de influências e pela corrupção no seu sentido mais vasto.

A crescente complexidade técnica e sofisticação dos instrumentos usados para a prática de crimes de índole económico-

<sup>5</sup> Cfr. Zuñiga Rodriguez (2002). No entanto, uma definição uniforme e consensual é importante para a concretização do princípio da legalidade. Veja-se o caso do 177.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal, que permite que uma busca domiciliária, nos casos de criminalidade altamente organizada, se realize entre as 21 e as sete horas.

-financeira e de branqueamento de capitais, as intrincadas redes em que se processam as condutas criminosas, envolvendo praticamente todos os sectores económico-sociais e a dissociação espaço-temporal entre execução material e tomada de decisões pelos centros de responsabilidade, fazem com que a investigação criminal esteja sempre um passo atrás das redes criminosas, necessitando, instantaneamente, de novos meios de acção para tentar acompanhar as diferentes estratégias da criminalidade organizada. Estas requerem mais eficácia dos meios de investigação e recolha de prova (cfr. MONTE, 2018, p. 54; COSTA, 2009a, p. 113), exigência essa que começa a pôr em causa a viabilidade das estratégias de prevenção e repressão da criminalidade complexa e altamente organizada no respeito integral pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Não obstante, ao longo dos anos e por influência da União Europeia e da sua política de combate à criminalidade organizada, designadamente a transnacional<sup>6</sup>, várias foram as concessões em

<sup>6</sup> A influência da legislação internacional sobre esta matéria tem sido decisiva na adopção de novas soluções pelo legislador português. Algumas delas revogando totalmente os regimes vigentes; outras consagrando apenas excepções de relevo. Ao nível do Direito Internacional, veja-se a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 2000 e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, de 1998. A intenção é garantir, na União Europeia, um espaço de liberdade, segurança e justiça (art.º 2.º do Tratado de Amesterdão, e 3.º do Tratado da União Europeia) reforçou a preocupação da UE face ao combate à criminalidade organizada (art.º 29.º do Tratado de Amesterdão, art.º 83.º, e 87.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia). Também o Plano de Acção do Conselho, denominado “Prevenção e controlo da criminalidade organizada: estratégias da União Europeia para o início do novo milénio” de março de 2000, versa sobre esta matéria, reunindo as contribuições dos Planos de Acção de Amesterdão (1997) e Viena (1998), bem como as conclusões do Conselho Europeu de Tampere, de 1999. Este Plano de Acção resultou da Resolução do Conselho, de 21-12-1998, sobre as linhas de acção para a prevenção da prevenção da criminalidade em geral e da criminalidade organizada em especial. Em termos de instrumentos jurídicos, há a destacar uma série de acções comuns, as quais tinham a pretensão de vincular os Estados Membros à adopção de medidas concretas ao nível do direito interno. São elas a Acções Comuns, de 24-2-97 (acção contra o tráfico de seres humanos e exploração sexual de crianças), que esteve na origem das alterações ao CPenal operadas pela Lei n.º 65/98 de 2 de setembro; de 3-12-1998 (identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime); de 22-12-98 (corrupção no sector privado), que

matéria de proibição de meios de obtenção de prova com prejuízo para a integridade de direitos fundamentais, tudo em prol de uma maior eficácia da investigação criminal na descoberta da verdade material. O regime especial de recolha de prova relativo à criminalidade organizada e económico-financeira é exemplo disso<sup>7</sup>, nomeadamente os regimes do agente infiltrado e das escutas telefónicas e outras intercepções de comunicações pessoais (cada vez mais amplo e incondicional) (COSTA, 2009a, p. 115). Isto demonstra uma extraordinária preocupação do legislador com a descoberta da verdade material, no sentido de uma melhor e mais célere realização da justiça, sendo, no entanto, algumas destas medidas de duvidosa constitucionalidade (BRITO, 2007, p. 79-85).

É neste contexto que convém reflectir sobre a ampla negociabilidade no exercício da Justiça penal, como meio de promoção da celeridade processual. Poderão instrumentos como o

---

conduziu, em Portugal, à Lei n.º 108/2001, de 28-11; de 21-12-98 (incriminação da participação em organização criminosa). Significativas foram a Decisão do Conselho de 28-2-2002 (Decisão EUROJUST), a Decisão-Quadro do Conselho, de 13-6-2002 (mandado de detenção europeu e processos de entrega entre os Estados-Membros), a Decisão-Quadro do Conselho, de 6-10-2006 (relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda), a Decisão-Quadro, de 24-11-2008 (luta contra a criminalidade organizada). Foram relevantes, também, por terem estado na origem da Lei n.º 93/99, de 14 de junho, a Decisão-Quadro do Conselho, de 26-6-2001 (branqueamento de capitais e identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime), a Resolução do Conselho da EU, de 23-11-1995 (protecção de testemunhas no âmbito da luta contra a criminalidade organizada internacional), e a Resolução, de 20-12-1996 (pessoas que colaboram com a Justiça no âmbito da luta contra a criminalidade organizada internacional), bem como a Recomendação do Conselho da Europa n.º (97) 13, de 10 de setembro, sobre intimidação das testemunhas e direitos de defesa. Importantes foram, também, a Convenção Europol, a Convenção relativa ao Processo Simplificado de Extradicação, de 10-3-95, a Convenção relativa à Extradicação entre os Estados-Membros da União Europeia, de 27-9-96, e a Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia, de 29-5-2000.

<sup>7</sup> Nos termos do art.º 174.º, n.º 5, alínea a), do Código de Processo Penal, nos casos “de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade física de qualquer pessoa”, as revistas e buscas não estão sujeitas a autorização prévia por parte da autoridade judiciária competente. Note-se ainda o regime de prova instituído pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

*Direito Penal premial*, em especial a colaboração premiada, e os acordos em sede de processo penal constituir uma solução adequada para o combate à criminalidade organizada, sem comprometer os direitos fundamentais dos arguidos, bem como os princípios estruturantes do processo penal, e, assim, contribuir para estabelecer novos equilíbrios na dialética: garantias fundamentais / eficácia da Justiça? A resposta a esta questão depende da compatibilidade entre as figuras em causa e o quadro axiológico constitucional. Isto porque, admitir, ainda que para um certo sector da criminalidade, a flexibilização controlada de certos princípios político-criminais, quer substantivos, quer processuais, significa uma ruptura susceptível de causar graves perigos para os valores e instituições do Estado de Direito (cfr. CAEIRO, 1996, p. 207; SILVA-SÁNCHEZ, 1999, p. 72 e ss.). A intencionalidade teleológica veiculada numa dada política criminal não pode olvidar que a eficácia e a maximização dos resultados são objectivos limitados por garantias constitucionais que tornam, à partida, inalcançáveis certos padrões de eficácia.

Embora se tenha por adquirido que a criminalidade organizada representa grave perigo para os sistemas políticos democráticos e para os valores essenciais das comunidades, uma política criminal destinada à sua prevenção e repressão deve respeitar as regras do Estado-de-Direito. É o Estado-de-Direito em si mesmo que está em causa sempre que o legislador adopta instrumentos de controlo susceptíveis de negar os seus princípios fundamentais.<sup>8</sup> Nas palavras de Faria Costa (2009a, p. 123): “Aqui, como em tantas outras coisas, a facilidade não compensa. Por isso, escolhamos a via difícil de tentar cumprir a justiça penal no mundo contemporâneo com os instrumentos de uma razão modelada [...] e ciente das suas inescapáveis limitações.”.

<sup>8</sup> Neste aspecto, não deixa de ser sintomático que o Conselho Europeu, no Programa de Estocolmo, aprovado em 4 de maio de 2010, que define a agenda da União Europeia no domínio do espaço de liberdade, segurança e justiça para o período de 2010 a 2014, tenha proposto a adesão da UE (prevista no art.º 6.º do TUE) à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a qual propõe, justamente, o reforço das garantias do arguido em processo penal.

## 2 NOVOS ESPAÇOS DE INTERACÇÃO NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

Existe, na actualidade, a percepção generalizada de uma profunda crise da Justiça penal. Para alguns, instalou-se mesmo a descrença nas reais capacidades do processo penal actual para aplicar a Justiça com eficiência e eficácia, sendo urgente reformular a sua estrutura e os seus princípios. Começa a ser *communis opinio* que a razão da crise da Justiça penal está na excessiva formalização processual e no excessivo garantismo dispensado pelo sistema. A percepção da rigidez do processo penal, pautado por um rígido princípio de legalidade não é, todavia, novidade. Em Portugal, foram e têm vindo a ser amplamente adoptados, desde o advento do Código de Processo Penal de 1987, instrumentos que visam a simplificação, celeridade, oportunidade, e espaço para soluções consensuais no processo penal (cfr. ANDRADE, 1988, p. 319 e ss.; RODRIGUES, 1996, p. 525 e ss.). Veja-se as formas de processo sumário e abreviado (arts. 381.º e 391.º-A do CPP), suspensão provisória do processo (arts. 281.º e 307.º, n.º 2, 384.º e 391.º-B do CPP) e o regime probatório assim instituído, a dispensa de julgamento em processo sumaríssimo (art.º 392.º do CPP), o regime da confissão em julgamento (art.º 344.º do CPP), a atribuição de competência ao Tribunal singular (arts. 16.º, n.ºs 3 e 4, do CPP), o arquivamento em caso de dispensa de pena (art.º 280.º do CPP) e, muito especialmente, a Lei de Mediação Penal de adultos (Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março). No caso do processo sumaríssimo, a reforma de 2007 até veio introduzir mudanças com vista à sua mais ampla aplicação prática (cfr. FIDALGO, 2008, p. 297 e ss.; ALBERGARIA, 2008, p. 466 e ss.). Trata-se de uma forma processual de, até há bem pouco tempo, quase nula aplicação, mas que tem vindo a ser cada vez mais adoptada, estando, na opinião de alguma doutrina, longe de esgotar o seu potencial (ALBERGARIA, 2008, p. 489; COSTA, 2013, p. 91 e ss.).<sup>9</sup>

<sup>9</sup> O regime do processo sumaríssimo, ao permitir dispensar de julgamento mediante acordo do arguido, não configura, propriamente, um expediente de



Não obstante, permanece a convicção de que, mantendo-se o processo penal fiel ao seu paradigma acusatório mitigado (por um princípio de investigação), preso ao seu pendor garantista e, sobretudo, a uma interpretação do princípio da legalidade como um princípio absoluto, o que obstará à admissibilidade de qualquer franja de disponibilidade do processo penal, não será possível obter os melhores resultados e a Justiça penal não será capaz de enfrentar os desafios do novo milénio, pois serão, justamente, essas características do processo penal a causa da sua ineficácia e do consequente descrédito social de que padece. Já no ano de 2007, FIGUEIREDO DIAS se mostrava bastante preocupado com o potencial colapso da justiça penal por um “insuportável *overloading*” dos tribunais e, estando consciente da existência, em sede de processo penal, de acordos particulares susceptíveis de configurar uma autêntica “justiça negociada”, apressou-se a alertar para a existência de uma justiça penal negociada latente (cfr. DIAS, 2009, p. 814).<sup>10</sup>

Para uma certa corrente doutrinal, é, pois, necessário dotar o processo penal de instrumentos que lhe permitam não só ir em busca da verdade dos factos, mas também pautar a sua actuação por uma certa racionalidade de custo-benefício (BOTTOMLEY, 1979, p. 104 e ss.), não obstante o facto de se sacrificarem princípios caros ao Estado de Direito. Ou, em alternativa, adoptar-se um autêntico processo de partes em matéria penal, sacrificando-se definitivamente, os princípios processuais da legalidade e da objectividade. Para a maioria da doutrina europeia, que olha com desconfiança a influência anglo-saxónica nesta matéria (cfr. RODRIGUES, 2003a, p. 49 e ss.; DIAS, 1983, p. 212 e ss. e 236 e ss.; MONTE, 2018, p. 60;

---

“justiça negociada”, porquanto o arguido nada negocia com o Tribunal, apenas adere a uma proposta peremptória que o Tribunal lhe apresente. Todavia, a partir da reforma de 2007, o art.º 392.º, n.º 1, do CPP, obriga a uma audição prévia do arguido pelo MP, antes de se lhe apresentar a proposta de sanção, o que consistirá, no mínimo, na abertura de um novo espaço de interacção entre o MP e o arguido. (cfr. BRANDÃO, 2015, p. 163, nota 16).

<sup>10</sup> O ilustre Professor chama a atenção para os perigos dos acordos à margem do processo penal porque “podem obedecer a mecanismos perversos e comportam riscos incontestáveis: pense-se nos fenómenos da barganha próximos da extorsão que, muitas vezes, subjazem às desistências de queixa.” (DIAS, 2009, p. 814).

ALBERGARIA, 2007, 109 e ss.; COSTA, 2013, p. 88 e ss.), o que há a fazer é, pura e simplesmente, achar um novo equilíbrio, uma nova harmonização entre os interesses conflitantes, conservando a fidelidade aos princípios da legalidade, da investigação, da verdade material, da indisponibilidade do objecto do processo, da culpabilidade. Portanto, mantendo a estrutura acusatória mitigada do processo, no estrito respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático (DIAS, 2011, p. 15-16; COSTA, 2013, p. 88 e ss.). Tratar-se-á, tão-só, de introduzir novas formas comunicacionais ainda não institucionalizadas, bem como a procura cooperativa da verdade, sem que, com isso, se induza qualquer coacção ou perturbação da vontade do arguido no sentido de este transigir sobre o objecto do processo, a culpa ou a pena.

Fruto da dialética entre as duas tendências referidas, têm-se aberto novos caminhos ao princípio da oportunidade e à simplificação dos processos no sentido de estimular uma “gestão eficiente do sistema” (CAEIRO, 2000, p. 31-47). Hoje pensam-se, sobretudo, novos espaços de interacção entre o Tribunal e o arguido, muito por iniciativa do próprio aparelho judiciário, que começa a revelar tendências para promover o acordo, “instrumento desformalizador que torna mais barata e célere a justiça penal, à custa das tradicionais formalidades do processo, mediante um acordo entre os participantes.” (HASSEMER, 2008, p. 184. Cfr. sobre esta prática, designadamente nos Tribunais alemães, ROXIN, 2009, p. 390 e ss.). É um dado incontornável que alguma doutrina estrangeira, as instâncias supranacionais<sup>11</sup> e a jurisprudência dos Tribunais internacionais<sup>12</sup> têm vindo a propor a adopção de soluções consensuais no processo penal como forma de atingir, não só melhores índices de eficiência, mas, também, a tão desejada eficácia. Desenvolve-se, hoje em dia, aquilo que se tem vindo a chamar de “justiça penal negociada”, fenómeno a

<sup>11</sup> Vide a Recomendação do Conselho de Ministros da Europa de 17 de setembro de 1987, a qual recomenda, abertamente, a adopção do *guilty plea* no sentido de acelerar a aplicação da Justiça.

<sup>12</sup> Quanto à doutrina, vide, por todos, Dias (2011); Albergaria, Lima e Neves (2011, 109 e ss.). Quanto à jurisprudência, cfr. Stephen Thaman (2010, p. 27 e ss.).

que não é estranha a influência do processo penal anglo-saxónico, e norte-americano em especial, de tão sedutores que são os resultados de tal processo ao nível das estatísticas de eficiência que a Justiça norte-americana logra atingir.

Há quem fale mesmo numa “americanização” irreversível do processo penal em nível mundial (cfr. TULKENS, 2001, p. 641; contra, LANGER, 2004, *passim*), tal é a influência que o modelo americano tem vindo a exercer sobre os diversos ordenamentos jurídicos (cfr., quanto a esta influência, DIAS, 2011, p. 22 e s.), sendo o *Plea Bargaining* prática usual também nos Tribunais internacionais (cfr. ALBERGARIA; LIMA; NEVES, 2011, p. 109, nota 4). Também em Portugal, esta discussão teve lugar e, sintomaticamente, por iniciativa de Magistrados (cfr. ALBERGARIA; LIMA; NEVES, 2011; COSTA, 2013), ainda que a doutrina (*vide* DIAS, 2011; ALBERGARIA, 2007) se haja debruçado sobre a matéria.

A celeuma doutrinal consiste, então, em saber se qual o caminho que o processo penal deve seguir para responder ao clamor por mais e melhor Justiça. E, assim, superar a crise existencial em que se encontra. Deverá enveredar pelo caminho de uma autêntica Justiça negociada, nos moldes anglo-saxónicos? Deverá, pelo contrário, manter-se amplamente fiel ao um certo mito de “Justiça absoluta”, negando qualquer possibilidade de adopção de uma política de gestão eficiente do sistema por meio da abertura de espaços de consenso? Ou dever-se-á achar um ponto intermédio? A resposta a estas questões passa por responder a uma questão prévia: até que ponto o princípio do Estado-de-Direito permite a negociabilidade da Justiça penal?

### **3 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL**

Não é objectivo deste trabalho responder a todas as questões formuladas *supra*, senão à última. Em boa verdade, uma aproximação aos institutos em causa levar-nos-á a tirar algumas conclusões que

nos permitirão ensaiar uma resposta à questão: até onde se pode conceber a negociabilidade no exercício da Justiça penal sem comprometer o Estado de Direito?

Para o efeito, convém clarificar alguns conceitos e analisar algumas figuras que, a um olhar menos atento, poderão passar por idênticos ou equivalentes. Aquilo que usa designar-se por “Justiça penal negociada” é um conceito polissémico e abrangente, agregando sob a mesma designação realidades e soluções diversas (TULKENS; KERCHOVE, 1996, p. 447 e ss.). Por Justiça negociada deve entender-se “um modelo de justiça que reconhece aos envolvidos um poder de discussão do pleito que é susceptível, mediante concessões recíprocas, de influenciar, ao menos parcialmente, o conteúdo das propostas em jogo e de assim conduzir a um verdadeiro acordo negociado.” (BRANDÃO, 2015, p. 163, nota 15.). Por Justiça consensual deve entender-se a possibilidade de os interessados exprimirem a sua concordância ou recusa face a uma proposta final que o Tribunal lhes faça, sem que isso passe pela negociação da acusação, da culpa ou da possibilidade de recurso, limitando-se o âmbito do consenso à questão da pena (sobre esta distinção, *vide* DIAS, 2011, p. 20 e ss.).

Assim, o *Plea Bargaining* do sistema americano situa-se no âmbito da “Justiça penal negociada”, levando-a ao seu expoente máximo, estruturando o processo penal como um autêntico processo de partes, pelo menos em termos de disponibilidade do objecto do processo. Os acordos sobre Sentenças trabalhados pela jurisprudência alemã e, mais tarde, introduzidos no § 257.º c) da lei processual penal alemã, o “*patteggiamento sulla pena*” do art.º 441.º, n.º 1, do CPP italiano, a “*conformidad*” prevista nos arts. 695.º, 787.º e 801.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de Espanha, a “*reconnaisse prénable de culpabilité*” da lei francesa, a “transacção penal” da lei brasileira, bem como a proposta de Figueiredo Dias dos “acordos sobre sentenças em processo penal”, orientam-se para o campo de justiça consensual<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Para uma visão de conjunto dos sistemas processuais mais significativos nesta matéria a nível europeu, *vide* Delmás-Marty (2000, p. 665-695).

Analisemos agora aquelas que consideramos ser as mais expressivas propostas de “justiça penal negociada” e de “justiça penal consensual”.

### 3.A O *PLEA BARGAINING*

O processo penal norte-americano é a expressão máxima do que pode ser uma “Justiça negociada”. Isto porque, neste sistema penal, é possível negociar-se tudo, desde o conteúdo da acusação à pena concreta, passando pela admissão da culpa. Não há, na teoria do processo penal, nada mais funcionalmente orientado para a eficiência. Isto porque o processo penal americano é um sistema acusatório puro, isto é, constitui um autêntico processo de partes (DIAS, 2011, p. 3), um processo absolutamente adversarial orientado pelo princípio da oportunidade (MONTE, 2018, p. 58), no qual o Promotor Público é, portanto, parte do processo, juntamente com o arguido. Este modelo processual não é funcionalizado à descoberta da verdade material. Logo, a sua estrutura acusatória não é mitigada por qualquer princípio de investigação, estando reservado ao Tribunal o simples papel de árbitro (DIAS, 2011, p. 3). Destarte, o Promotor Público tem a plena disponibilidade do processo e pode tomar decisões praticamente discricionárias (DIAS, 2011, p. 3) sobre a oportunidade da perseguição penal. Até porque a sua legitimidade no exercício da acção penal não advém de ser representante do Estado na defesa da legalidade, mas sim da sua eleição democrática (ALBERGARIA, 2007, p. 33 e ss.).

Este modelo processual, constituindo um perfeito processo de partes, em que cada uma delas prossegue o seu objectivo apenas com a vigilância do tribunal, favorece imenso a feitura de acordos sobre o objecto do processo, sobre a culpa e sobre a pena (ALBERGARIA, 2007, p. 48), pois que tudo é negociável para se chegar a uma solução a contento dos envolvidos. Todavia, um modelo deste tipo, que pode oferecer as suas vantagens em termos de eficiência, suporia, para ser justo, uma efectiva igualdade entre as partes. Ora, essa igualdade

não existe. Desde logo, porque a negociabilidade começa e depende sempre da admissão da culpa (*guilty plea*) (ALBERGARIA, 2007, p. 18)<sup>14</sup>. O arguido terá de admitir que cometeu o crime para que lhe possa ser dada a hipótese de negociar o objecto do processo e/ou a pena. A admissão da culpa é a “*moeda de troca*” (cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, 1997, p. 29-36). O mais grave de tudo é que é mesmo aceitável a admissão de culpa sob protesto de inocência, ou seja, o arguido pode confessar sob reserva mental: aceita aquilo em que não acredita nem, em boa verdade, admite, apenas para garantir uma pena mais suave, preferindo não arriscar o resultado duvidoso do pleito (cfr. BELEZA, 1997, p. 11)<sup>15</sup>. E isto é assim porque não vigora, no processo penal americano, um princípio de investigação. Todavia, apesar do seu papel de árbitro no “processo de partes”, o Tribunal pode rejeitar a admissão de culpa, com base no princípio da discricionariedade judicial (ALBERGARIA, 2007, p. 84 e ss.), bem como rejeitar o próprio acordo firmado se entender que o procedimento não foi correcto. Quanto ao conteúdo do acordo em si, é da total disponibilidade das partes. Isto faz com que, na verdade, não haja propriamente uma decisão judicial sobre a matéria de facto, mas uma homologação jurisdicional de um acordo.

Quais as virtualidades do sistema de *plea bargaining*? Apresenta, indubitavelmente, vantagens em termos de eficiência aferida em termos de celeridade processual. É um processo muito expedito na medida em que se reduz substancial as fases processuais e os formalismos atinentes à produção e apreciação da prova. Para

<sup>14</sup> O *guilty plea* representa dos factos imputados ao arguido, aceitando este a imposição imediata de uma pena, renunciando ao direito ao julgamento, dispensando, assim, o ónus probatório ao acusador, ou seja, o processo, no essencial, perde a sua razão de ser. O reconhecimento da sua culpa pelo arguido ocorre numa audiência denominada *arraignment*, que tem lugar depois de deduzida acusação, com o fim de esclarecer os termos desta e de questionar o posicionamento do réu sobre sua inocência (cfr. HENDLER, 1996, p. 195).

<sup>15</sup> Atentemos nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues (2003a): “Neste contexto, a liberdade para negociar é mais ilusória do que real. Longe de contribuírem para a igualdade das partes, estes processos negociados reforçam a desigualdade, já que “o contrato é também o instrumento privilegiado de domínio do forte sobre o fraco.”.

uma melhor compreensão das razões de ser deste sistema, teremos de ter em conta que, se não tivesse estas características, ele soçobriaria ao peso da sua própria dimensão (cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, 1997, p. 27 e ss.). Deste modo, nem todos os ordenamentos jurídicos reclamam uma solução tão pragmática.

### 3 B OS ACORDOS NO PROCESSO PENAL: A JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ E O § 257 C) DA *StPO*

Tal como o processo penal português, o sistema processual penal alemão tem uma estrutura acusatória mitigada por um princípio de investigação oficial, de onde decorre, nos termos do § 152, 2. do *StPO* (*Strafproceßordnung*), o princípio da legalidade como motor da acção penal. O Ministério Público exerce oficiosamente a acção penal em defesa da legalidade, estando, portanto, vinculado por uma estrita objectividade e pela fixação do objecto do processo. Estas características, por si só, são motivo suficiente para que não possa ser acolhido, no processo penal alemão, uma solução de “justiça negociada” no sentido amplo do termo.

Não obstante, o avolumar de processos nos Tribunais e uma cada vez maior exigência de eficiência no seu funcionamento, ditaram que, na prática, os Tribunais alemães há muito tenham procurado resolver os pleitos criminais com base numa solução consensual, para o que se tornou usual o recurso aos “*Verständigung*” ou “*Absprachen*”, os quais, não raro, consistiam em verdadeiros acordos sobre Sentenças (cfr. ROXIN, 2009, p. 390 e ss.; HUBER, 2009, p. 116 e ss.) celebrados entre a acusação e o arguido, mais tarde apresentados ao Juiz para homologação. Não se prescindia propriamente do julgamento, mas este consistia, na maior parte dos casos, num acto de homologação do acordo firmado, podendo, sendo caso disso, produzir-se alguma prova para que o Tribunal pudesse verificar da verosimilhança do que se confessava, havendo fundadas dúvidas. Era, de resto, comum que nestes “*Verständigung*” se renunciasse ao recurso.



Todavia, tais acordos foram tendo lugar no silêncio da lei sobre esta matéria, sendo a sua institucionalização motivada pela escassez de recursos alocados à Justiça, bem como pela percepção de um eminente colapso do sistema por sobrecarga (cfr. MADLENER, 2009, p. 648 e ss.). Diz-nos Figueiredo Dias que, “apesar do conhecido e quase sacral respeito que a praxis judiciária alemã manifesta pelo seu Direito positivo, os acordos em processo penal tornaram-se, desde os finais dos anos 70 do século passado, uma realidade *sine lege e praeter legem* da prática judiciária germânica.” (DIAS, 2011, p. 23).

Neste contexto, o próprio Supremo Tribunal Federal Alemão (*BGH - Bundesgerichtshof*) acabou por subscrever, em dois Acórdãos, em 1997 (28-8) e em 2005 (3-3) esta prática, no pressuposto que uma qualquer resolução consensual do processo se limitasse à questão da pena (não é permitido *charge bargaining*), sem, no entanto, se acordar uma pena concreta, senão um limite máximo da moldura penal. A confissão sobre os factos deve ser livre e espontânea, sem qualquer tipo de coacção, o que deve ser verificado pelo Tribunal a partir do conteúdo dos autos. A punição deve refletir a gravidade do delito e a culpabilidade do autor e o acordo não pode incluir renúncia ao recurso. Portanto, o acordo há-de ter lugar no processo e a partir dele (ROXIN, 2009, p. 391). De qualquer modo, o *BGH*, apercebendo-se das proporções (SCHÜNEMANN, 2004, p. 180)<sup>16</sup> que este expediente estava a tomar e consciente de que, tanto as conversas prévias como os acordos sobre a medida da pena antes do julgamento são práticas susceptíveis de violar direitos fundamentais, exortou ao legislador que equacionasse o enquadramento legal desta matéria, definindo com exactidão os seus pressupostos e limites.

O legislador veio, pois, a fazê-lo, em 2009, com o intermédio da introdução do § 257 c) na *StPO*<sup>17</sup>. Este regime jurídico consagra o instituto dos acordos sobre Sentenças no processo penal alemão. Em

<sup>16</sup> Segundo este autor, os acordos informais chegaram a ter lugar em cerca de 30-50% dos processos penais na Alemanha.

<sup>17</sup> § 257c *StPO*: (1) “Nos casos adequados e conforme as regras dos seguintes parágrafos, o tribunal pode acordar com as partes a respeito do andamento e do resultado do processo”.



que moldes? Trata-se de uma solução excepcional que permite ao Tribunal estabelecer um acordo com os envolvidos no processo acerca do seu curso e resultado. Este acordo é firmado entre o Tribunal e o arguido, e não entre este e o Ministério Público, mesmo sendo, neste caso, sujeito a eventual homologação judicial. Tal fica a dever-se à predominância do Juiz no âmbito do processo penal alemão, uma espécie de “acumulação de funções” muito próxima de um modelo inquisitorial de processo, de que nos dá conta Schünemann (2013, p. 225). Para um melhor entendimento, o Tribunal pode discutir com os intervenientes o andamento do processo – § 257 b) da *StPO*.

Normalmente, precederá o acordo um debate prévio sobre a situação processual, funcionando como um acto preparatório, iniciado pelo Ministério Público, nos termos do § 160 b) da *StPO*, ou pelo Tribunal, de acordo com o § 202 a) da *StPO*. Não se permite qualquer acordo entre o Tribunal e arguido no que respeita ao objecto do processo, seja no que toca à factualidade, quer no que respeita à qualificação jurídica da mesma. O possível acordo só pode ter como objecto a espécie e/ou medida da pena, dentro daquilo que o objecto do processo determinar – § 257 c) (2) da *StPO*.<sup>18</sup> Não pode, portanto, o Tribunal firmar um acordo no sentido de se aplicar uma pena que, à partida, atenta a qualificação dos factos, não fosse possível, ou suficiente. É sempre ao Tribunal que cabe delimitar os termos do acordo (§ 257 c) (3) da *StPO*, o qual transmite aos interessados, sendo sempre necessário obter a concordância do arguido e do Ministério Público. No entanto, qualquer acordo depende, em qualquer caso, de uma confissão prévia, espontânea, livre, integral e sem reservas por parte do arguido (§ 257 c) (2) da *StPO*), em relação à qual o Tribunal conserva a sua discricionariedade, nos termos da § 244 do *StPO*. O Tribunal não está adstrito a respeitar os limites fixados no acordo, se considerar que estes não refletem a gravidade do delito e a culpabilidade do arguido, ou se as atitudes deste, no decorrer do processo, não se coadunarem com as expectativas que existiam sobre a sua ressocialização à data do acordo – § 257 c) (4) da *StPO*.

<sup>18</sup> Ou seja, o objecto deste acordo está limitado à possível substituição das penas típicas, dentro dos limites legalmente estabelecidos.

A renúncia ao recurso não é permitida, pois que isso inviabilizaria a apreciação destes acordos pelos Tribunais superiores. Aliás, em face da discricionariedade do Tribunal nesta matéria, a admissibilidade da cláusula de renúncia ao recurso seria incompreensível e lesaria o direito à tutela jurisdicional efectiva.

### 3 C A PROPOSTA DE FIGUEIREDO DIAS SOBRE OS “ACORDOS SOBRE SENTENÇAS” PARA O PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

No ordenamento jurídico português vigora o princípio da legalidade e da oficiosidade nos crimes públicos, com poucas excepções introduzidas pelo princípio da oportunidade e pelas formas especiais de processo, além da Lei de Mediação Penal de adultos. O que significa que o Ministério Público tem o dever de promover a acção, não podendo dispor do processo por motivos de oportunidade (além das excepções expressamente previstas). De igual forma, o Tribunal tem um poder-dever de investigar no sentido da descoberta da verdade material. Sendo assim, e como vimos *supra*, está completamente afastada a introdução de soluções de ampla “Justiça negociada”, dir-se-ia, *à americana*. No entanto, mesmo contando com todas as formas de simplificação processual, a Justiça penal portuguesa denota sintomas de ineficiência, o que projecta na opinião pública dúvidas sobre a sua eficácia.<sup>19</sup> Os próprios Tribunais, por meio dos seus titulares (cfr. por todos, ALBERGARIA; LIMA; NEVES, 2011), começam a dar conta da necessidade de introdução de instrumentos de resolução consensual dos pleitos, podendo-se já detectar alguma implementação prática dessa solução (DIAS, 2009, p. 814), um pouco como sucedeu na Alemanha, no virar do século.

<sup>19</sup> A percepção da lentidão da Justiça penal incute na opinião pública a sensação de que não se faz Justiça. Por outro lado, a crescente complexidade dos processos faz com que os seus trâmites se “arrastem” por anos e anos nos Tribunais, para, muitas vezes, serem proferidas decisões absolutórias por insuficiência de prova. A mediatização da Justiça penal expõe esta realidade à opinião pública em termos susceptíveis de deturpar a percepção e entendimento que a sociedade civil tem do seu funcionamento.

Assim, consciente da necessidade de se levar a sério esta tendência e da grande conveniência de uma regulamentação futura da matéria, Figueiredo Dias (2009, *passim*), avançou, em 2011, uma proposta para a introdução de uma Justiça consensual em sede penal. Para o ilustre Professor, esse desiderato deveria ser atingido por via de “acordos sobre Sentenças”, firmáveis em qualquer processo, independentemente da tipicidade em causa, à imagem do previsto no § 257.º, c) da *StPO* na Alemanha. Destarte, tal como preconizado na lei alemã, o acordo nunca poderia ter por objecto a acusação (*charge bargaining*), sob pena de se ferir o princípio da indisponibilidade do processo e imodificabilidade do seu objecto, nem a culpabilidade<sup>20</sup> do arguido (*guilty plea*) pois, no entender de Figueiredo Dias (2009, p. 43 e ss.), admitir a negociabilidade nestes termos seria retirar ao Tribunal a possibilidade apurar o “abstracto fáctico da acusação ou da pronúncia e, por aí, a conclusão sobre a verdade e a culpabilidade do arguido.” Fica, pois, arredada qualquer negociabilidade atinente aos factos que o arguido se disponha a confessar, bem como sobre a sua subsunção. Não obstante, o autor considera que uma confissão integral, livre, espontânea e sem reservas feita em julgamento e validada (art.º 344.º, n.º 3, b) do CPP) pelo Tribunal pode servir de base a um acordo entre o arguido e o tribunal (DIAS, 2009, p. 44)<sup>21</sup>.

Assim, o âmbito do acordo cingir-se-ia à determinação da sanção a aplicar, sendo o respectivo objecto a fixação de uma moldura penal (DIAS, 2009, p. 51 e ss.) dentro da qual o Tribunal se compromete a achar a pena concreta, devendo o acordo envolver todos interessados, designadamente, o Tribunal, o Ministério Público e o arguido, mas também o assistente (DIAS, 2011, p. 87)<sup>22</sup>, sendo que assim se garante que a formação do acordo se faz em relação de igualdade, ainda que nos termos do estatuto processual penal de cada um.

<sup>20</sup> Aqui, no sentido da “globalidade do processo probatório tendente à comprovação da factualidade contida na acusação e do processo de subsunção jurídica”

<sup>21</sup> Figueiredo Dias entende que a confissão deve ser validada pelo tribunal quando este “decida, em livre apreciação, se reputa a confissão credível à luz dos factos constantes da acusação ou da pronúncia.” (DIAS, 2009, p. 44).

<sup>22</sup> Entende o autor que o assistente deve participar, sem, todavia, ter o poder de invalidar o acordo.

Quanto ao momento em que o acordo poderia ser feito, Figueiredo Dias propõe que seja feito, preferencialmente, na fase de julgamento (até ao início de produção de prova, após as declarações do arguido), mas o autor admite que possa ser feito em qualquer fase processual (DIAS, 2011, p. 101 e ss.), tendo em vista o princípio do favorecimento do processo, contribuindo-se, assim, para uma tutela jurisdicional efectiva (art.º 20.º da Constituição da República Portuguesa - CRP). Não é admissível, em qualquer caso, a renúncia ao recurso. Os acordos sobre a Sentença seriam, igualmente, aplicáveis em formas especiais do processo penal, ao processo contraordenacional e, bem assim, a processo por outros tipos de infracção (DIAS, 2011, p. 103 e ss.).

Assim, a proposta de Figueiredo Dias, sem ser final, como o próprio Professor admite, mas sim passível de uma profunda e abrangente discussão entre todos os operadores da Justiça, tem imenso mérito por inaugurar, no âmbito do processo penal português, a consideração séria, ao nível dogmático, de institucionalização de uma Justiça penal mais consensual. O que o autor propõe é a abertura de novos horizontes para uma tentativa de resolução de um problema complexo e, ao que parece, crónico da Justiça penal, que a tem conduzido ao descrédito e à desconfiança por parte da sociedade.

Figueiredo Dias propõe a introdução de novas estruturas comunicacionais endógenas ao processo, que mais não visam senão o acordo, no sentido de uma procura cooperativa da verdade livre de qualquer coacção. Outrossim, o autor considera importante não perder de vista que a tarefa fundamental do Direito Penal, a protecção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos, requer um processo penal eficaz e funcionalmente orientado, no sentido de que o Estado de Direito só se realiza quando o agente da prática de crimes é, nos termos da legalidade, perseguido, julgado e sentenciado em tempo razoável e com uma pena justa (DIAS, 2011, p. 38). A proposta de Figueiredo Dias (2011, p. 37) tenta ir de encontro aos actuais imperativos para a sobrevivência do sistema de Justiça penal, designadamente, de celeridade, de simplificação e de economia

processual. Imperativos que, destarte, não-de ser assumidos como condições de legitimação material do próprio processo penal (RODRIGUES, 2003a, p. 39 e ss.), o que, sem dúvida, abona em favor da legitimação de modelos de acordo sobre a sentença penal.

#### **4 INCIDÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS DE UMA “JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA” EM SEDE DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS**

Depois de termos feito uma abordagem necessariamente perfunctória, atentos os objectivos deste trabalho, dos institutos que, de um modo mais expressivo e com maior relevância para desenvolvimento do processo penal português, retratam a actual tendência para a introdução de soluções negociadas ou consensualizadas em processo penal, vejamos agora alguns problemas que tais institutos suscitam em face do actual quadro constitucional e legal no ordenamento jurídico português.

##### **4.A O SISTEMA DE *PLEA BARGAINING***

Já anteriormente admitimos as vantagens que o sistema de *plea bargaining* apresenta em termos de eficiência e celeridade processual. É um processo muito expedito na medida em que se reduz substancialmente as fases processuais e os formalismos atinentes à produção e apreciação da prova. No entanto, os custos que apresenta, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, são consideráveis. O arguido não toma uma decisão em plena liberdade de consciência, e isto por dois motivos: primeiro, porque a opção que lhe é apresentada consiste, pode dizer-se, numa autêntica coacção moral. Não há condições para considerar a *guilty plea*, pressuposto do início das negociações, como uma confissão livre, espontânea, plena e sem reservas, expressão da autodeterminação do arguido. Desde logo porque esta confissão não é incondicional. Ela é o

pressuposto inescapável para aceder a uma situação mais vantajosa. É a condição para uma “troca do incerto pela certeza do possível.” (MONTE, 2018, p. 59). É a troca definitiva de um “idealismo da justiça pelo pragmatismo da justiça eficiente.” (MONTE, 2018, p. 59). Por outro lado, a confissão do arguido é, muitas das vezes, tomada sem o conhecimento efectivo da matéria de prova que existe contra ele, já que, a coberto do segredo de Justiça, lhe são ocultados elementos do processo durante as negociações para a formação do acordo (ALBERGARIA, 2007, p. 66 e ss.). O que, no mínimo, coloca em causa o direito à defesa.

Assim, e desde já, se pode verificar que o *guilty plea* é susceptível de violar o princípio da culpa, pois não há como sindicar se o que o arguido confessa é verosímil. Logo, isto conduzirá, frequentemente, ao cumprimento de uma pena que excede largamente (se não totalmente) a culpa do arguido. Só um processo mitigado por um princípio de investigação permitiria solucionar este problema ao pressupor, como o faz o art.º 344.º do Código de Processo Penal português, a discricionariedade do Juiz nesta matéria.

Seria, pois, inconstitucional, por ofensa ao Estado de Direito e aos princípios constitucionais em que este se projecta (DIAS, 2011, p. 17), aceitar a implementação, no processo penal português, de um instituto de “Justiça negociada” nestes termos. Em primeiro lugar, o processo penal tem, nos termos do art.º 32.º, n.º 5, da Constituição de República Portuguesa, uma estrutura basicamente acusatória (fr. CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 522; SILVA; MONTEIRO, 2010, p. 720 e ss.), sendo esta *temperada* por um princípio de investigação oficial. Trata-se, pois, de um processo penal sob o qual o Ministério Público não pode considerar-se parte. Antes, promove officiosamente a acção penal em obediência ao princípio da legalidade, nos termos do disposto no art.º 219.º, n.º 1, da CRP, e no art. 48.º do CPP, regendo-se, de acordo com o art.º 53.º, n.º 1, do CPP, por critérios de objectividade. Daí, decorrendo a indisponibilidade do objecto do processo e a regra da imodificabilidade da acusação (DIAS, 1974, p. 126 e ss., e 251 e ss.). Assim, o Tribunal rege a sua actuação pelo princípio da investigação e da busca pela verdade material, pelo que

pode e deve instruir autonomamente as provas necessárias à sua decisão sobre o objecto da causa (DIAS, 1974, p. 148).

Visto assim o processo e as suas consequências, viola-se, também, o princípio da igualdade (art.º 13.º da CRP), uma vez que se trata de uma Justiça absolutamente casuística, sem definição de parâmetros mínimos e máximos, tudo dependendo do acordo que se obtenha. Não pode, pois, oferecer-se ao arguido uma vantagem desde que confesse (mesmo factos que haja praticado). Deste modo estar-se-ia a “obrigar” o arguido a confessar para poder aceder às mesmas vantagens oferecidas a outros arguidos em sede de *barganha* – uma vantagem por uma assunção de culpa<sup>23</sup>. O acesso à vantagem está sempre dependente da vontade de um terceiro, pois um acordo implica duas vontades: a vontade do arguido e a vontade do Ministério Público. A vontade do arguido, sem a vontade do Ministério Público, de nada vale. Assim, o arguido, ele próprio, poderá não conseguir aceder à vantagem que foi dada a outrem.

Por outro lado, o arguido é, no âmbito da Constituição e o Código do Processo Penal, um autêntico sujeito processual, a quem deve ser reconhecido o direito à participação efectiva na declaração do direito do caso (DIAS, 1974, p. 137; SILVA; MONTEIRO, 2010, p. 729). Tal direito compreende a faculdade de autoincriminação por meio da confissão. Mas esta há-de constituir, necessariamente, expressão livre da sua autorresponsabilidade e do seu direito de autodeterminação.<sup>24</sup> Não pode ser motivada por receio de consequências nefastas. Ora, usar a qualificação dos factos imputados como instrumento de persuasão, ou mesmo de coacção (uso da ameaça da pena de morte ou da pena de prisão perpétua) (ALBERGARIA, 2007, p. 96), para obter do arguido o seu acordo com uma certa acusação (*charge bargaining*), é ofensivo do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito ao silêncio e do princípio

<sup>23</sup> Aliás, estamos em crer que o legislador levou isso em conta ao não consagrar a confissão como causa de atenuação especial da pena. *Vide* art.º 344.º do CPP.

<sup>24</sup> Diz-nos Manuel da Costa Andrade (1992, p. 121 e ss.): “O que aqui está [...] em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade.”.

*nemo tenetur se ipsum accusare*. Porquanto, fazer depender a situação concreta do arguido da admissão dos factos e da culpa é colocar o arguido sem opção que não lhe seja desfavorável. Isto é, pois, obrigar, ainda que tacitamente, à confissão, logo, a prova assim obtida seria inadmissível nos termos do art.º 32.º, n.º 8, da CRP, e do art.º 126.º, n.º 1, do CPP, e até do n.º 2, al. a) do mesmo artigo?

Outrossim, não pode aceitar-se como válida e eficaz uma confissão dos factos acompanhada de protestos de inocência (ALBERGARIA, 2007, p. 88 e ss.), pois que isto fere de morte o princípio da descoberta da verdade material e o princípio *in dubio pro reo*. Acresce que, obter uma confissão mediante a promessa de uma acusação mais favorável, violando-se o princípio da indisponibilidade do processo, faria com que a confissão fosse inadmissível como prova, nos termos do art.º 126.º, n.º 2, al. e) do CPP.

Por fim, um sistema que visa uma condenação a todo o custo, usando, para tal, da sedução do arguido que, desse modo, tudo confessa por uma vantagem, atento o facto de que se trata de um sistema acusatório puro, é usar a pessoa do arguido como forma de prevenção geral, o que constitui ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º da CRP).

O *plea bargaining* do processo penal americano corresponde, então, ao exemplo paradigmático da Justiça penal negociada, sendo que esta, nos moldes apresentados, demonstra-se incompatível com os parâmetros do Estado de Direito, nos moldes em este é desenhado pela Constituição da República Portuguesa, algo muito diferente do *rule of law* anglo-saxónico.

#### 4.B O § 257 C) DA STPO ALEMÃ: “CONVERSAS PRÉVIAS” E ACORDOS SOBRE A PENA

Esta solução, embora seja muito diversa do *plea bargaining* do sistema americano, não deixa de colocar sérias dúvidas em relação à efectiva liberdade e autodeterminação do arguido no âmbito do



processo. Isto porque, de alguma forma, embora não tanto como no processo penal americano, a confissão do arguido, pressuposto que é de qualquer solução consensual, pode apresentar-se viciada na sua genuinidade. Pode questionar-se acerca do verdadeiro arrependimento daquele que confessa no sentido de obter um acordo. É que a razão de se oferecer uma consequência jurídica do crime mais branda ao criminoso confesso está no facto de que, ao reconhecer o seu crime, ele já deu um passo para a respectiva ressocialização. Sendo assim, a necessidade de aplicação de uma pena, no sentido da prevenção especial, já não se faz sentir de modo tão intenso. Pode dizer-se que o mesmo se verifica quando a única razão da confissão é a condição *sine qua non* para a obtenção de um acordo? Pensamos que não. Há aqui uma situação de barganha indesmentível. Em face da promessa de uma vantagem, o arguido poderá confessar mesmo o que não fez, até por receio de uma pena mais elevada no final.

Quanto a nós, a confissão deverá ser sempre incondicional e incondicionada para que se possa dizer livre. Não concordamos com o entendimento, propugnado pelo Supremo Tribunal Federal Alemão, de que a confissão, mesmo não tendo a marca da contrição e do arrependimento, ainda assim é demonstração do reconhecimento pelo arguido da sua responsabilidade e que, nesse sentido, pelo menos, se contribui para o estabelecimento da paz jurídica e da confiança das comunidades. Ora, valorar uma confissão nestes termos é utilizar o arguido e a pena única e exclusivamente como meio de prevenção geral, é uma instrumentalização inadmissível da pessoa, violando a dignidade da pessoa humana, o que é inconstitucional.

Também Schünemann hesita perante a admissibilidade de uma tal confissão, colocando mesmo em causa se ela respeita o princípio da legalidade em processo penal (SCHÜNEMANN, 2002, p. 118)<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> No que concerne ao direito italiano, Luigi Ferrajoli (2009, p. 746 e ss.) mostra-se crítico em relação à aceitação do processo abreviado e do *patteggiamento*, por dúvidas quanto à respectiva constitucionalidade. E lamenta a formação de um consenso acrítico sobre estas figuras. Não obstante, o Tribunal Constitucional Italiano tem-se pronunciado favoravelmente quanto a estas figuras. Cfr. os Acórdãos da *Corte Costituzionale* n.ºs 313/1990, 100/2003 e 225/2003.

No seu entender, ao subverter-se a espontaneidade da confissão do arguido está-se de menosprezar a descoberta da verdade material e, como tal, a defesa da legalidade. Para o autor, trata-se de uma decadência da cultura jurídica (SCHÜNEMANN, 2013, p. 256).

Digno de reflexão é, também, o facto de, neste modelo, ser o próprio Tribunal a conduzir as negociações, o que, se por um lado é melhor garantia de que não haverá um autêntico *guilt bargaining* entre o arguido e o Ministério Público, pode, todavia, revelar-se problemático em termos de independência e equidistância do Tribunal. Muito embora, no modelo do *StPO* alemão, esta questão se reduza na sua importância, já que apenas se admite o acordo, propriamente dito, em fase de julgamento. Não obstante, ao substituir-se o Ministério Público nas negociações, de algum modo se subverte o princípio acusatório.

Por outro lado, nota-se no modelo alemão a concessão de demasiado poder ao Tribunal, na medida em que se atribui um poder discricionário ao Juiz para incentivar o acordo e, posteriormente, optar por cumprir ou não as promessas realizadas, ou seja, os limites da sanção penal anteriormente definidos. Somos de opinião que tal possibilidade é susceptível de ferir o princípio da confiança.

Apesar de tudo, esta solução tem a virtualidade de não acompanhar os excessos do *plea bargaining*, já que não há um afastamento total da matriz acusatória mitigada do processo penal. O Tribunal continua a poder decidir sobre as questões fundamentais do pleito, designadamente sobre a questão da culpabilidade. Todo o consenso a que haja lugar parte de uma posição do Tribunal e não há qualquer liberdade negocial quanto ao objecto do processo, à acusação, à culpa, assim como a confissão continua a poder ser livremente valorada pelo Tribunal. De outra forma, estar-se-ia perante, não uma decisão judicial, mas sim um acto homologatório jurisdicional.

#### 4.C A PROPOSTA DE FIGUEIREDO DIAS: OS “ACORDOS SOBRE SENTENÇAS” EM PROCESSO PENAL

Há, perante a redacção actual da Constituição e da lei, alguma hipótese de implementação destes “acordos sobre Sentenças” no processo penal português? Sem colocar em causa a bondade da solução proposta, a qual, pensamos, poderá contribuir para melhor responder à demanda de Justiça pelas sociedades da pós-modernidade<sup>26</sup>, devemos, antes de mais, questionar se o legislador não terá ido já tão longe quanto poderia<sup>27</sup> sem correr risco de subverter o carácter acusatório do processo penal português. Por outro lado, e aqui pensamos residir o argumento mais forte contra esta proposta (apesar de a mesma estar longe de ser uma proposta de verdadeira e própria “justiça negociada”), pensamos que podem levantar-se problemas atinentes à admissibilidade da valoração da confissão feita no âmbito de um acordo.

Há que convir que, em face da vulnerabilidade associada à posição de arguido se impõe que o seu processo de decisão seja protegido de qualquer forma de intimidação, coação ou perturbação, “de modo a garantir que a sua participação num acordo representa efectivamente uma expressão informada da sua liberdade.” (BRANDÃO, 2015, p. 167; *vide*, sobre este aspecto, RODRIGUES, 2003a, p. 50 e ss.). Ora, o que dizer de uma confissão obtida em face da possibilidade de um acordo? Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no Acórdão de 10-4-2013 (processo n.º

<sup>26</sup> A qual, sem dúvida, espera da justiça penal mais e melhores respostas em face do recuo do Estado interventivo a partir, *maxime*, do fim dos anos 80 do séc. XX.

<sup>27</sup> Atente-se nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues (2003a): “opção do processo penal português por ideias como o consenso não foi fruto ocasional ou de uma intenção desesperada de atacar estrategicamente problemas característicos do nosso tempo [...] Esta opção foi-se sedimentando, com a consciência de que a tentativa de consenso deve ser levada tão longe quanto possível [...]. O que não significa que o processo penal fique inteiramente nas mãos das partes. Nem o processo penal se estrutura em termos de consensualidade absoluta, nem isso seria tão-pouco desejável: ou seja, nem a aplicação da pena pode, por princípio, depender da aceitação do condenado, nem o roubo do conflito que o consenso postula pode ir tão longe que se corra o risco de que a redução da complexidade em que se analisa dê azo, paradoxalmente, a um processo inquisitorial.”

224/06.7GAVZL.C1.S1.)<sup>28</sup>, que a prova resultante da confissão do arguido, motivada pela obtenção de um acordo cujo objecto seja a fixação de uma moldura penal com um limite máximo mais favorável, é nula, sendo prova proibida, de acordo com o disposto no art.º 32.º, n.º 8, da CRP, e art.º 126.º, n.º 2, e) do CPP, por se tratar de prova obtida por confissão intermediada de promessa de uma vantagem legalmente inadmissível (*vide* ANDRADE, 1992, p. 120 e ss.). O que, no entender do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), consiste numa nulidade insanável por se tratar de um meio de obtenção de prova que viola a integridade moral da pessoa. Este Acórdão é extremamente importante nesta matéria pois, por ele, o STJ conseguiu, de algum modo, contrariar a tendência para a prática dos “acordos” de iniciativa do Ministério Público nos Tribunais portugueses, que se verificava, pelo menos, desde a orientação n.º 1/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, de 13-1-2012, e do memorando de 19-1-2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra.<sup>29</sup>

Não obstante as considerações críticas que tecemos acerca da nulidade da prova decorrente de confissão no âmbito do sistema de *plea bargaining*, é nossa convicção de que elas não se aplicam à proposta de Figueiredo Dias, porquanto nesta existe uma diferença fundamental: o objecto do acordo. No sistema de *plea bargaining* negocia-se tudo, desde acusação à pena, desde que o arguido se mostre disposto a confessar. O âmbito do acordo influi no objecto do processo, pois o sistema não obedece a qualquer princípio de legalidade e de objectividade na promoção da acção penal. Logo, não respeita a indisponibilidade do processo. Não existe princípio

<sup>28</sup> *Vide*: <[www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument)>. Consultado a 24-2-2018.

<sup>29</sup> É exemplo dessa tendência, entre outros, o Acórdão do TRC de 27-2-2013 (Proc. 292/10.7GAMGL.C1, disponível em: <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>. Consultado a 22-2-2018), com o seguinte sumário: “I - Muito embora não exista regulamentação legal específica, é certo que a obtenção de “acordos sobre a sentença em processo penal” não é proibida pela lei, podendo mesmo encontrar sustentáculo no regime do artigo 344.º do Código de Processo Penal. II - Esta via negocial permitirá dar cumprimento ao princípio constitucional do Estado de Direito, ao propiciar uma maior agilização, celeridade e economia processuais”.

de investigação e, por regra, não se questiona a culpabilidade do arguido. Aliás, principal moeda de troca.

No sistema americano, negocia-se a qualificação dos factos, a acusação no seu todo, a culpa e a pena. No modelo proposto por Figueiredo Dias nada disso está em causa. O objecto do acordo é, em regra, a fixação de um novo limite máximo da moldura aplicável no respeito pelo qual o Tribunal irá achar a pena concreta. Ora, isso não é algo que ao Tribunal esteja vedado, pois que, fundamentadas as penas em necessidades ético-preventivas, a culpa do agente é sempre o limite máximo da pena concreta. Não pode o Tribunal condenar alguém para além da sua culpa. É o princípio da culpa que o determina.

Ora, revelando a confissão o arrependimento e a contrição do arguido, demonstrando este, assim, sinais positivos para sua ressocialização, deve o Tribunal valorar a confissão na determinação da pena concreta. Algo que poderia e deveria fazer mesmo sem qualquer acordo. Ademais, no nosso processo penal, nos termos do art.º 344.º, n.º 3, do CPP, o princípio da investigação dita que o Tribunal pode aclarar as dúvidas que tenham sobre a veracidade dos factos confessados, o que é uma garantia que, no sistema americano, à partida, não existe. Assim, não há, ao acenar-se com a possibilidade de acordo, qualquer promessa de uma vantagem legalmente inadmissível, como aconteceria se o processo penal português adopta-se o sistema do *plea bargaining*.

Acrescidas dúvidas nos suscitam a confissão nos acordos que tenham lugar em fase anterior ao julgamento. Nesse aspecto, estamos de acordo com o Supremo Tribunal de Justiça (STJ). É que, em fase anterior à acusação, é muito duvidosa a legitimidade do Ministério Público para se comprometer numa qualquer solução negociada. Isto porque, de acordo com o art.º 53.º, n.º 1, do CPP, e com o art.º 3.º, n.º 1, c) da Lei n.º 47/86 de 15 de outubro (Estatuto do Ministério Público), este rege-se pelo princípio da legalidade, devendo promover a acção penal em moldes de estrita objectividade. Isto significa que o espaço

para discricionariedade (oportunidade), quando exista, é estipulado por lei. Assim, perante a notícia de um possível crime público ou queixa por crime semipúblico, o Ministério Público deve investigar e, sendo caso disso, acusar. Excepto se, nos estritos termos da lei, puder arquivar por dispensa de pena ou suspender provisoriamente o processo. Poderá, ainda, no termos da lei, optar por processos simplificados, cumprindo-se alguns pressupostos. Mas, fora disto, terá de acusar, pois não dispõe plenamente do objecto do processo em termos de oportunidade e conveniência da acusação. Então, se assim é, não estará vedado ao Ministério Público, nesta fase, firmar um acordo sobre o desfecho do processo? Nessa medida, a confissão motivada pelo acordo teria, sim, por base uma vantagem legalmente inadmissível, por falta de legitimidade do Ministério Público em comprometer-se nesta fase do processo.

Não obstante, mantemos as nossas reservas quanto à total espontaneidade do acordo, a qual, quanto a nós, estaria mais garantida se o arguido confessasse sem expectativa de qualquer transacção e, feita e validada a confissão pelo Tribunal, fosse esta tida em conta para a atenuação especial da pena. Ganhar-se-ia em celeridade, por dispensa de produção de prova, sem correr (tanto) risco de a confissão não ser bem motivada. É que, insistimos, apesar de não consistir em vantagem ilegal, não deixa de ser uma vantagem. Deverá o processo penal admitir uma confissão da prática de um crime a que esteja associada uma vantagem certa, isto é, que lhe é, logo à partida, prometida? Inclina-mo-nos pela negativa.

Mas, a proposta de Figueiredo Dias suscita ainda outras questões. Se o acordo há-de ocorrer, em julgamento, antes de produzida a prova, ou mesmo, como admite o autor, nas fases anteriores do processo, como poderá o Tribunal aferir da liberdade, espontaneidade e verosimilhança dos factos confessados, perante a suspeita de que a confissão foi extorquida ou de que, por qualquer forma, o arguido estava limitado na sua vontade, sem ultrapassar a estrutura acusatória do processo? É que, assim sendo, o Tribunal não dispõe de quaisquer outros factos e provas que não aqueles produzidos

em inquérito ou em instrução. Não significará isto uma autêntica reestruturação do processo penal?<sup>30</sup> Mais, já em fase de julgamento, mas não produzida qualquer prova, como poderá o tribunal dar-se conta de que a confissão é infundada por falta de correspondência com o conteúdo dos autos, sem, do mesmo passo, aperceber-se de que a acusação é manifestamente infundada, pelo que deveria ter sido recusada? O que fazer perante os limites à rejeição da acusação previstos no n.º 3 do art.º 311.º do CPP?

Ainda no que concerne à fase processual susceptível de nela se firmar o acordo, admitindo-se que este pode ser firmado em inquérito, cabe perguntar: qual o possível interesse de o fazer nessa fase processual? Tal como apontámos *supra*: o art.º 53.º, n.º 1, do CPP (assim como o art.º 3.º, n.º 1, c) da Lei n.º 47/86, de 15 de outubro) estabelece que o Ministério Público actua, quanto aos crimes públicos, regido pelo princípio da legalidade, o que implica que, mediante um critério de pura objectividade, deve investigar todos os factos de que tenha conhecimento e que possam constituir um crime, no sentido da descoberta da verdade material e da realização da Justiça. Afastadas que sejam as possibilidades de arquivamento por dispensa de pena ou de suspensão provisória do processo, mais não resta senão investigar e, sendo caso disso, acusar. Ora, isto implica, desde logo, a indisponibilidade do objecto do processo. Assim, cabe perguntar: qual será o objectivo de um acordo nesta fase processual? Qual a utilidade da confissão? Poderá o Ministério Público abster-se de acusar? Pensamos que não. O que pode, isso sim, acontecer, é que o acordo sobre a sanção nesta fase possa desvirtuar-se e consistir num puro acordo sobre a culpabilidade, o que, como vimos, seria inadmissível.

Uma outra questão que se levanta é atinente ao problema da comparticipação. Caso haja mais do que um arguido constituído e apenas um ou alguns deles confessarem, poderá firmar-se acordo com

---

<sup>30</sup> O próprio Professor Figueiredo Dias já avançava esta hipótese como sendo, na verdade, uma consequência inevitável, em caso de revisão do Código do Processo Penal (cfr. MONTE, 2018, p. 66).

um deles e, assim, fixar-se uma moldura penal abstracta especial, que o Tribunal se compromete a não ultrapassar, só para o confitente? O que dizer em face do art.º 344.º, n.º 3, a) do CPP? Talvez seja mesmo necessária uma revisão do Código do Processo Penal...

Problemática, também será a situação em que o arguido seja acusado em concurso efectivo, sendo que algum ou alguns deles podem ser puníveis com pena de prisão cujo limite máximo da respectiva moldura abstracta seja superior a cinco anos. Pode o acordo abranger apenas uma parte da acusação? Aqui, temos uma proposta: se o acordo apenas puder abranger algum ou alguns dos crimes, ou o arguido não se dispuser a confessar todos eles, a negociação valerá apenas para a fixação do limite máximo da moldura aplicável aos crimes abrangidos, para efeito de determinação da pena parcelar. Não será possível a celeridade processual que se pretendia, mas sempre se ganhará algum tempo com a dispensa de produção de prova relativamente a esses crimes. Subsiste apenas o facto de que, muito provavelmente, atentas às regras de cálculo da pena única aplicável ao concurso, o arguido não ficará em muito melhor situação do que ficaria se não tivesse firmado acordo nenhum.

Em relação à fixação, pelo Tribunal, de uma moldura penal no âmbito de um consenso, pensamos que é necessário ter em atenção os limites de negociabilidade da pena dentro daquilo que são as prescrições legais. O princípio da legalidade das penas implica que o Tribunal não possa aplicar tipologia de pena, ou moldura penal, que a lei não estipule para o crime em causa, nem poderá operar a substituição fora dos casos em que tal esteja abstractamente previsto na lei substantiva (art.º 29.º, n.º 3, da CRP, e art.º 71.º do CPenal). Pelo que, o objecto da possível negociação não só haverá de se limitar à sanção, com o que concordamos, como também deverá respeitar a tipologia e a dosimetria abstracta das penas cominadas na lei, com a eventual margem de atenuação especial legalmente prevista (art.º 72.º do CP entre outros casos).

Queremos, então, dizer que nada obsta a que o Tribunal proponha uma nova moldura cujo limite máximo se situe aquém do



estipulado na lei, já que a determinação da pena é competência do Tribunal, o qual sempre pode, em qualquer caso, condenar em pena concreta inferior ao limite máximo abstractamente previsto, tendo em conta a culpa do arguido como limite máximo da pena concreta. Ademais, nos termos do art.º 16.º, n.ºs 3 e 4, do CPP, já é possível que o Ministério Público recomende um limite máximo com efeitos vinculativos para o tribunal.

Já não será assim quanto à liberdade de fixação de um limite mínimo aquém do previsto em abstracto. O art.º 71.º, n.º 1, do CPP, refere-se à determinação da medida da pena “dentro dos limites definidos na lei”. Assim, o Tribunal não pode, salvo os casos de atenuação especial da pena previstos na lei (art.º 72.º do CP), condenar em pena concreta inferior ao limite mínimo da moldura abstractamente prevista, nem oferecer ao arguido uma moldura especial com um limite mínimo inferior ao previsto em abstracto, sob pena de cometer uma ilegalidade e desatender às necessidades de prevenção geral. É o próprio Figueiredo Dias que nos diz que o recurso aos casos de atenuação especial da penal depende de os factos denotarem “uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo.” (DIAS, 1993, p. 453-454).

Tal como Roxin, consideramos que o legislador, ao fixar o limite mínimo da moldura penal, pretendeu estabelecer o mínimo de pena susceptível de defender a integridade do ordenamento jurídico, ou seja, finalidades de prevenção geral.

Não poderá o Tribunal, portanto, ficar aquém desse mínimo estabelecido por lei. Até porque, entendemos, poderá estar aqui em causa, novamente, o princípio da igualdade<sup>31</sup> (art.º 13.º da CRP). Além do que já tivemos oportunidade de apontar *supra*, a propósito deste mesmo problema, mas face ao *plea bargaining*, tenha-se em consideração que, se um arguido, obtido o acordo com o Tribunal,

<sup>31</sup> Cfr. Jorge Miranda (1998, p. 213 e ss.). Em particular, a questão do tratamento igual em situação igual.

pode beneficiar de um limite mínimo aplicável “especial”, tal limite mínimo não aproveita (e poderá não vir a aproveitar) a outros arguidos que tenham cometido o mesmo crime, os quais não tenham obtido ou não venham a obter igual acordo. Note-se que a diferença da pena não resulta de diferente grau de culpa ou de necessidade prevenção, mas sim de uma situação, à partida, desigual perante a lei. Por isso, há que conservar, pelo menos, o limite mínimo aplicável. Além de que, nenhum arguido é obrigado a confessar (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e tem direito ao silêncio sem que isso o possa prejudicar (art.º 61.º, n.º 1, e 343.º, n.º 1, do CPP).

Assim, pensamos que Figueiredo Dias, ao admitir a fixação pelo Tribunal, em acordo, de um limite mínimo “especial” para o arguido em causa, está a referir-se a um limite mínimo superior àquele previsto na moldura penal abstracta, em honra às expectativas jurídicas da comunidade, à necessidade de prevenção geral integradora, portanto. Daí que, neste aspecto, refira-se expressamente à concordância do Ministério Público. Daí que seja nosso entendimento que, atenta à caracterização do papel daquele órgão no processo penal, nunca lhe seria lícito aceitar um limite mínimo inferior àquele que consta da moldura abstracta legalmente prevista, pois que, nesse caso, estaria a incorrer em ilegalidade (art.º 71.º, n.º 1, do CPP) e a comprometer valores que lhe cumpre defender, quais sejam a integridade da ordem jurídica e a realização do Direito.

Mas, neste particular, sempre se poderá apontar laivos de contradição: atenta à necessidade, apontada pelo autor, de se publicitar o acordo: se o objectivo desta publicidade é, justamente, satisfazer as expectativas jurídicas da comunidade, como justificar, *in casu*, um limite mínimo da moldura negociada superior àquele que se prevê em abstracto?

Estamos em crer que o actual enquadramento constitucional e legal oferece algumas dificuldades importantes à implementação de a Justiça consensual nos moldes propostos por Figueiredo Dias, pelo menos sem se operar uma reforma profunda do processo penal

português. Outrossim, o ordenamento penal, tanto substantivo, como processual, permite, sem grandes dificuldades, dar relevância à confissão integral e sem reservas, desde que livre, espontânea e incondicionada, como motivo de atenuação especial da pena<sup>32</sup>.

Pensamos que muitos dos problemas apontados poderiam ser, assim, ultrapassados, uma vez que esta confissão não apresentaria maiores riscos do que aqueles que lhe são naturalmente inerentes. A ausência de qualquer promessa em troca da confissão é motivo bastante para que se lhe reconheça maior liberdade e espontaneidade. Os problemas da nulidade da prova proveniente da confissão mediante a promessa de uma vantagem ilegal, assim como o problema da violação do princípio da igualdade ficariam resolvidos, já que a confissão não dependeria de qualquer outra motivação que não o arrependimento e contrição do arguido. Também, ao não depender de qualquer acordo, os benefícios da confissão estariam ao alcance de qualquer arguido que dela quisesse beneficiar *motu proprio*, sem depender da aquiescência de terceiros, pelo menos ao nível negocial *tout court*.

## 5 CONCLUSÃO

Na actualidade, a criminalidade internacionalizou-se, tornou-se estrutural e socialmente implantada, de tal forma que atinge os mais relevantes interesses económicos e sociais. Esta criminogénese desenvolve-se na conformidade da actuação de densas redes criminosas, que se servem das instituições públicas e privadas como suporte e disfarce para a prossecução da sua actividade criminosa, o que tem criado a percepção generalizada de que o crime está a comprometer as estruturas do Estado de Direito. A sociedade,

---

<sup>32</sup> Aliás, como era intenção de Figueiredo Dias, nos termos da proposta apresentada na Comissão Revisora do Código de Processo Penal, em 1985. O legislador não veio, todavia, a acolher este parecer na redacção do art.º 344.º do Código do Processo, regime no qual não se dá qualquer relevância à confissão como circunstância susceptível de ser valorada como causa de atenuação especial da pena.

alarmada por discursos populistas, exige do Estados medidas que lhe permitam restaurar uma sensação de segurança, o que tem provocado, por parte destes, um recurso mais intenso à Justiça criminal, à qual se exige cada vez mais eficiência na resolução dos pleitos.

No sentido de reforçar a confiança no sistema de Justiça, os Tribunais têm procurado espaços para soluções baseadas no consenso em processo penal, justificando essa necessidade com a escassez de recursos e legitimando as soluções com a necessidade de restabelecimento da confiança nos sistemas penais e de incremento da ressocialização.

O recurso às “Sentenças penais negociadas” e aos “acordos sobre Sentenças em processo penal” estriba-se na celeridade processual garantida pela brevidade da produção da prova assente na confissão do arguido genuinamente arrependido que, assim, dá o primeiro passo para a sua ressocialização, podendo e devendo beneficiar de uma moldura penal mais reduzida.

Pensamos que este expediente pode conduzir a bons resultados, desde que se respeite integralmente o cariz acusatório do processo penal, a espontaneidade da confissão, o respeito pela tipicidade das penas e os princípios da legalidade, da officiosidade e da objectividade no exercício da acção penal. É nossa convicção que o alargamento de espaços de negociação no processo penal, se não respeitar os estritos limites da legalidade e da objectividade, poderá subverter o papel do Estado no controlo da legalidade democrática e na protecção dos bens jurídicos penais, em prol de uma aparência de eficiência do aparelho judiciário e de eficácia na preservação da integridade do sistema.

## BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Pedro Soares de. Os processos especiais na revisão de 2007 do código de processo penal. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Almedina / Gestlegal, n.º 4, 2008.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes; NEVES, José Francisco Moreira das. Uma proposta de justiça negociada. In: **Revista do CEJ**, Lisboa, Ed. Centro de Estudos Judiciários, n.º 15, 2011.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Criminalidade organizada na Europa: perspectivas teórica e empírica. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **II Congresso de investigação criminal**. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDERSON, Peter J. **Política global do poder, justiça e morte**. Lisboa: Piaget, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: Centro de Estudos Judiciários - CEJ (Org.). **Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal**. Coimbra: Almedina, 1988.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. A inconstitucionalidade da delação premiada no Brasil. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n.º 2.507, 13 maio 2010.

BARQUÍN-SANZ, Jesús. Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad en su persecución. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, Ed. Universidad de Granada, n.º 4, 2002.

BELEZA, Teresa Pizarro. A recepção de regras de oportunidade no direito penal português: resolução processual de problemas substantivos? In: **Revista Jurídica**, Lisboa, Ed. AAFDL, n.º 21, p. 9-15, junho de 1997.

BOTTOMLEY, A. Keith. **Criminology in focus**: past trends and future prospects. Oxford: Martin Robertson, 1979.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 25, p. 161-178, 2015.

BRITO, José de Sousa e. O inimigo no direito penal. In: **Lusíada**, Série II, n.º 4/5, p. 79-85, 2007.

CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. v. III. Coimbra: IDPEE / Coimbra Ed., 2009.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Ministério Público, n.º 84, 4.º trimestre 2000.

CAEIRO, Pedro. Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Almedina / Gestlegal, v. 6, p. 189-208, 1996.

CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento de capitais**: regime de prevenção e repressão. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa**: anotada. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

COSTA, Eduardo Maia. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 19, p. 87-97, 2013.

COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não securitário. In: **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. v. III. Coimbra: IDPEE / Coimbra Ed., 2009a.

COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. In: **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. v. III. Coimbra: IDPEE / Coimbra Ed., 2009b.

CUBILLO LÓPEZ, Inácio José. **La protección de testigos en el proceso penal**. Madrid: Thomson, 2009.

DAVIN, João. **A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE**. Coimbra: Almedina, 2007.

DELMÁS-MARTY, Mireille. **Processos penales de europa**. Tradução de Morenilla Allarda. Zaragoza: Edijus, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: parte geral II: as consequências jurídicas do crime**. Lisboa: Aequitas /Ed. Notícias, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: CORREIA, Eduardo (Coord.). **Para uma nova justiça penal: ciclo de conferências no concelho distrital do Porto da Ordem dos Advogados**. Coimbra: Almedina, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Que futuro para o direito processual penal? In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.); CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novera (Coord.). **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 Ed., 2009.

DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del arrepentido. In: **Diario La Ley**, Madrid, Ed. LaLay, n.º 4.132, 27 set. 1996.

DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias. **Branqueamento de capitais**: o regime do D.L. 15/91, de 22 de janeiro, e a normativa internacional. Porto: Ed. Universidade Católica, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FIDALGO, Sónia. O processo sumaríssimo na revisão do código de processo penal. In: **Revista do CEJ**, Lisboa, Ed. Centro de Estudos Judiciários, n.º 9 (especial), 2008.

GARCÍA DE LA PAZ, Isabel Sánchez. El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes 7 y 15/2003). In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, Ed. Universidad de Granada, n.º 7, 2005.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradção de Saul Barata. Queluz de Baixo / Lisboa: Presença, 2000.

HASSEMER, Winfried. **A segurança pública no estado de direito**. Lisboa: AAFDL, 1995a.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. El derecho penal del estado de derecho en tiempos de terrorismo. In: REIA ALFARO, Luis Miguel; CUARESMA TERÁN, Sérgio (Org.). **Derecho penal y estado de derecho**: reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad. Montevideo / Buenos Aires: B. de F., 2008.

HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra**. Lisboa: AAFDL, 1995b.



HENDLER, Edmundo S. **Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

HUBER, Barbara. Por fin socialmente aceptables: ¿acuerdos procesales en Alemania? In: ALBRECHT, Hans-Jörg et al. (Org.). **Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad**. Tradução de Gómez Colomer. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

KAUFMANN, Artur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Artur; HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: FCG, 2002.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: **Harvard International Law Journal**, Cambridge (MA), Ed. Harvard University, v. 45, n.º 1, 2004.

LUCIANI, Edoardo. Il sistema di protezione dei “pentiti”: evoluzione storica e aspetti critici della normativa. 195 folhas. Dissertação (Mestrado Corso di Laurea in Giurisprudenza)– Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Pisa, 2014.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1995.

MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celeridade”: observações a respeito da justiça alemã. In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.); CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novessa (Coord.). **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 Ed., 2009.

MAILLARD, Jean de. **Crimes e leis**. Lisboa: Piaget, 1995.

MAILLARD, Jean de. **L'avenir du crime**. Paris: Flammarion, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. (Reimp.).

MONTE, Mário Ferreira. Os limites da justiça penal negociada. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord). **Os desafios do direito (penal) do séc. XXI**. Lisboa: Legit, 2018.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. El difícil encaje del delator en el proceso penal. In: **Diario La Ley**, Madrid, Ed. LaLay, n.º 5.860, p. 1-10, 12 jun. 2015.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, Ed. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRASPP, v. 3, n.º 1, 2017.

PINTO, Frederico Lacerda da Costa. **Direito processual penal**: curso semestral. Lisboa: AAFDL, 1998.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN, Adán. **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Celeridade e eficácia: uma opção político-criminal. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003a.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada: que política criminal? In: **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. v. III. Coimbra: IDPEE / Coimbra Ed., 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo

Penal. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Almedina / Gestlegal, v. 6, n. 4, p. 525-544, 1996.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos desafios, velhos rumos. In: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). **Liber discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003b.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Os senhores do crime. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Almedina / Gestlegal, ano 9.º, Fasc. 1.º, p. 7 e ss., 1999.

RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Delitos contra la libertad y la seguridad. In: **Derecho penal español: parte especial**. Madrid: Dyckinson, 1995.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997.

ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.); CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Noversa (Coord.). **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 Ed., 2009.

RUBIO EIRE, José Vicente. La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una investigación penal. Disponível em: <[www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion\\_11\\_56\\_560680001.html](http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion_11_56_560680001.html)>. Consultado em: 25 fev. 2018.

SCHNEIDER, Hans Joachim. Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada. In: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, Ed. UNED / Facultad de Derecho, n. 3, p. 723-746, 1993.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento:

modelo inquisitorial ou adversarial?: sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º milénio. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, Ed. San Bernardo, n.º 49, fasc. 1, jan.-abril, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. Crisis del procedimiento penal? (marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. In: **Derecho Penal y Criminología**, Lima (Colômbia), Ed. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, v. 25, n.º 76, p. 175-198, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Germano Marques da. Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democrático e da lealdade em processo penal. In: **Direito e justiça**, Lisboa, Ed. Universidade Católica Portuguesa, v. VIII, n. II, p. 27-34, 1994.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. II. 5. ed. Lisboa: Babel, 2011.

SILVA, Germano Marques da; MONTEIRO, Henrique Salinas. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (Org.). **Constituição portuguesa anotada**. v. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**. Madrid: Civitas, 1999.

THAMAN, Stephen. Introduction. In: THAMAN, Stephen (Org.). **World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial**. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (Org.). **Procedure penali d'Europa**. 2. ed. Padova: Cedam, 2001.

TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? In: **Revue de Droit Pénal et de Criminologie**, Paris, Ed. Sirey, n.º 5, 1996.

VELASCO NUÑEZ, Eloy. El confidente. In: **La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía**, Madrid, Ed. La Ley (Wolters Kluwer España), n. 2, p. 823-830, 1993.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: DÍAZ-SANTOS, María Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel (Coord.). **El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad**. Madrid: Colex, 2003.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. **Política criminal**. Madrid: Colex, 2001.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal. In: ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura; MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina; DÍAZ-SANTOS, María Rosario Diego (Coord.). **El derecho penal ante la globalización**. Madrid: Colex, 2002.

*Recebido em: 25-1-2024*

*Aprovado em: 23-4-2024*