

Propostas para uma justiça eficiente e democrática (da justiça penal negociada em especial)¹

SUMÁRIO

A justiça nas representações sociais. Breve crítica às «reformas» de que se fala. Propostas de modernização do sistema de justiça, dentro de um modelo democrático e liberal. Superação do paradigma procedimental burocrático através da formação de todos os profissionais. Renovação e clarificação institucional do modelo de gestão. Inventariação de alguns nós górdios e propostas de resolução. Análise crítica da recente proposta legislativa de institucionalização dos acordos sobre a sentença penal.

1. Alegorias e enganos nas representações sociais sobre a justiça

«Dizem que o reino anda mal governado, que nele está de menos a justiça, e não reparam que ela está como deve estar, com a sua venda nos olhos, sua balança e a sua espada, que mais queríamos nós, era o que faltava, sermos os tecelões da faixa, os aferidores dos pesos e os alfagemes do cutelo, constantemente remendando buraco, restituindo as quebras, amolando os fios, e enfim perguntando ao justicado se vai contente com a justiça que se lhe faz, ganhado ou perdido o pleito.»²

A cultura lusitana é pródiga em alegorias sobre a justiça. Gil Vicente terá talvez sido o maior dos seus cultores, personificando-a numa mulher idosa, corcovada e prenhe de maleitas; ou na descrição de uma vara entortada; numa balança quebrada; ou da ferretada alusão às dúzias de perdizes necessárias para comprar a honra do juiz.

Propositadamente exageradas estas imagens sempre retrataram um certo mal-estar do povo com a justiça do reino.

Sucedem que neste nosso tempo, de vigência de uma Constituição democrática, dotada de um generoso catálogo de direitos fundamentais, garantidos pelo Estado de Direito, que conta com um poder judicial independente, o qual é em geral competente, diligente e com um bom desempenho (com exceção da justiça administrativa, reconheçamo-lo), ombreando sem deslustrar com os estados mais desenvolvidos da Europa³ e do mundo, as alegorias de uma justiça «doente», que infelizmente se mantêm, estão deveras desajustadas da realidade.

¹ Integrado na obra coletiva denominada CONTRIBUTOS PARA UMA (URGENTE) REFORMA DA JUSTIÇA, Nova Causa, julho de 2022.

² José Saramago, Memorial de convento, editorial Caminho, pp. 189.

³ Como revelam os dados estatísticos e os critérios comparativos internacionalmente aceites:
https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/eu_justice_scoreboard_2021.pdf
https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/justice_scoreboard_2020_en.pdf
https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/justice_scoreboard_2019_en.pdf
https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/part_1_-_eu_scoreboard_-_indicators_-_deliverable.pdf
https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/part_2_-_eu_scoreboard_-_country_fiches_-_deliverable.pdf

Estudos vários demonstram que nas representações sociais a imagem atual da justiça não é das melhores⁴.

Mas entre essa percepção, que emerge do «ruído» (o justificado e o injustificado) produzido pela comunicação social, e a realidade, vai um passo de gigante.

A voragem e a competição pelas «audiências» cede com grande facilidade à difusão de meios-factos, de acontecimentos truncados ou não confirmados, de imagens degradantes de presumíveis inocentes e de detenções «mediáticas» em direto (em decorrência de ligações espúrias com agentes do sistema de justiça⁵).

Privilegia-se a aparência em detrimento da verdade, não se permitindo que esta contrarie uma boa «cacha».

A isso se soma «o comentário» escandaloso, por vezes vingativo ou pelo menos truculento, protagonizado pelas «cabeças falantes da tv» ou dos tabloides, os quais, tantas vezes, acumulam relações de amizade, de conhecimento, de parceria ou mesmo de dependência com os envolvidos «nos casos»...

O sociólogo António Barreto caracteriza o estado geral das «notícias da televisão» dizendo que: «quase não há comentadores isentos ou especialistas competentes, mas há partidários fixos (...) a conceção do pluralismo é de uma total indigência»⁶!

Enfim, há um largo segmento de profissionais, fruto de uma certa hegemonia cultural, «politicamente correta», que através da caricaturização dos oponentes, intencionalmente os silencia, ao não cumprir as regras do contraditório. Com isso desprezando a expectável decência e prestando um mau serviço ao país⁷.

Medido pelo atávico preconceito e a imagem que dele se difunde na comunicação social, o ambiente do sistema de justiça é horrível e por isso insuportável. E como dizia Einstein: «é mais fácil desintegrar um átomo que um preconceito». A ninguém sobraré dúvida sobre o acerto desta asserção; mesmo àqueles que nada sabem acerca da desintegração dos átomos...

Há 134 anos atrás, através de João da Ega, nos Maias, Eça de Queiroz caricaturava os da governança e seus acólitos, dizendo que para eles «o país esta[va] todo entre a Arcada e S. Bento!...». Mas ainda hoje, para uma certa «clique» da capital, o país continua afivelado entre o Terreiro do

⁴ <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2272> ;
<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2492>

⁵ Sabendo-se quem são em cada momento concreto os conhecedores dos atos processuais preparatórios (emissão dos mandados de detenção) e o interesse manifesto que certos protagonistas têm na sua própria promoção e imagem pública, torna-se evidente, através do normal exercício da razão, onde mora o despautério... ainda que por ora sem consequências conhecidas! Tal não deixa de ser fator de descrédito das instituições.

⁶ «As notícias da televisão», Diário de Notícias, 25 de setembro de 2016:
<https://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/antonio-barreto/as-noticias-na-televisao-5407534.html>

⁷ Para pormenorizada caracterização desta conclusão cf. Mafalda Miranda Barbosa, «A ilicitude do anátema», Revista de Direito da Responsabilidade, ano 4, 2022, pp. 64-111.

Paço (a Arcada) e São Bento, mas agora fazendo uma «perninha» até à morada do «Ticão» (e seus ticões)! Sendo no essencial essa a razão pela qual a imagem que passa, e pela qual se caricatura a justiça, se cinge, afinal, aos casos dos figurões da capital.

O resto do país - físico e humano – continua a ser apenas paisagem!

Ora isto não é pouco. É muito. Porque a passada de gigante, desse modo induzida nas perceções sociais, é ilegítima, na medida em que condiciona o regular funcionamento das instituições democráticas e degrada a cidadania. Importando lembrar que os tribunais são instituições da democracia e do Estado de Direito. Tanto mais que sendo os legisladores e governantes, para além de entes abstratos, também pessoas normais, de carne e osso (como lhes impõem as regras da democracia e da natureza), são eles também, em certa medida, prisioneiros das perceções ditadas pelos «escândalos», os «diretos» e os comentários em geral produzidos por uma trupe indigente, indecente e serviçal.

Tamanho desconcerto só é comparável ao assinalável sucesso de *correntes do pensamento*, que órfãs das ideologias totalitárias do séc. XX, insistentemente asseveram que a verdade objetiva e a ciência não existem, tudo não passando de «construções sociais justificadoras dos privilégios dos grupos dominantes» e de narrativas antiquadas! Apesar de bastas vezes ridicularizadas as suas teses e desmascarados como flibusteiros os seus próceres⁸, certo é que também estes lá vão levando a água ao seu moinho...⁹

Entendamo-nos. Não se deve proibir nada, nem aqui se sustenta qualquer enviesada limitação à liberdade de expressão, de comunicação ou de opinião. Pelo contrário, o epíteto de «cão de guarda da democracia» que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹⁰ atribui à comunicação social é plenamente justificado, tendo-se por muito claro serem as citadas liberdades o oxigénio do Estado liberal, sem as quais este pereceria. Imperativo vem a ser a exigência de competência e sobretudo de decência, que afinal se traduzirá em respeito pelos destinatários das «notícias», dos «diretos», dos «comentários», etc. De respeito, enfim, pelos princípios e regras deontológicas, que naturalmente pressupõem um contraditório efetivo e um comentário competente e isento, que é sempre possível.

É preciso também reconhecer que do sistema emergiram recentemente sinais de degenerescência relativamente à sua integridade, reportados, embora, a casos isolados de suspeitas

⁸ Alan Sokal e Jean Bricmont, *Imposturas intelectuais*, Gradiva, 1999; António Manuel Baptista, *O discurso pós-moderno contra a ciência*, 2001, Gradiva; António Manuel Baptista, *Crítica da razão ausente*, 20014, Gradiva.

⁹ Steven Pinker, *Racionalidade, o que é, porque parece rara e porque importa*, 2021, Editorial Presença; Helen Pluckrose e James Lindsay, *Teorias Cínicas*, 2021, Guerra e Paz; Titania MacGrath, *Woke – Um Guia Para a Justiça Social*, 2021, Guerra e Paz; sobre os exageros «identitários», o «animalismo», o policiamento da linguagem, as quotas destes e daqueles para isto e para aquilo e um sem número de outras tonterias.

¹⁰ Por todos, acórdão TEDH de 8out2019, 4.ª Secção, Szurovecz vs. Hungria.

de manipulação da distribuição de processos e de atos corruptivos. Certo é que o sistema mostrou capacidade para os detetar, processar as suspeitas e sancionar os prevaricadores.

Não menos relevante, também a contribuir para a degradação da perceção pública sobre a capacidade de ação do sistema de justiça, é a crónica morosidade na investigação dos chamados «megaprocessos», normalmente associados a investigações complexas, que muitas vezes exigem um tratamento conjunto de diversas atividades e protagonistas. E para tal piorar, as explicações que amiúde se vão dando, de «falta de meios» (mas quais?), raramente são convincentes.

Sem prejuízo de se reconhecer que aqui e ali falham efetivamente os meios disponíveis, o problema, nas mais das vezes, mora no défice de organização e de gestão processual, em boa medida decorrente de uma cultura funcional refém do paradigma burocrático, pouco sensível aos imperativos democráticos. Falhando também uma efetiva prestação de contas pelo desempenho.

2. As propostas que se vão conhecendo

É neste complexo contexto da modernidade que têm surgido alterações legislativas de questionável bondade (que aqui não cabe analisar); e que se vêm conhecendo propostas de reforma do sistema de justiça, indubitavelmente merecedoras de breve comentário crítico.

Destas, as que se apresentam mais sustentadas são as apresentadas recentemente pela SEDES¹¹, relativamente às quais se acompanham, integralmente, as linhas de orientação estratégica («eficiência, qualidade e transparência»), bem assim como algumas das propostas, sagazes e meritórias, viradas para a modernização do sistema, como é o caso: da integração da jurisdição administrativa e fiscal na ordem comum; da redução da intervenção do Ministério Público a título principal em jurisdições não criminais; do incremento da formação dos profissionais; e duma efetiva prestação de contas pelos agentes do sistema.

Mas nelas se constatando também alguns vetores preocupantes, de cunho radical, mesmo iliberal, como a de criação de um Conselho Judiciário para todas as profissões jurídicas!

Mas porquê? E sobretudo, para quê?

Não se apresenta justificação convincente.

Sendo o Conselho Superior da Magistratura, deveras, o único Conselho imprescindível aos freios e contrapesos da nossa democracia, por se tratar do órgão instituído pela Constituição para garantia da independência dos tribunais – que são órgãos de soberania independentes -, com competência constitucional para a gestão da carreira e disciplina dos juízes¹² (artigo 217.º da

¹¹ https://www.sedes.pt/images/Documentos/GT_Justica.pdf, de dezembro de 2021.

¹² Órgão administrativo autónomo constitucionalmente vocacionado para a gestão da carreira dos juízes e da sua disciplina (artigos 217.º e 218.º, § 1.º da Constituição da República) e assegurar a independência dos tribunais. É notório o apetite político pelo controlo deste Conselho e por essa via, de controlo dos juízes e dos processos. Os argumentos que se vão apresentando quanto à

Constituição), a «confusão» dos juízes com outros profissionais da justiça só pode ter uma finalidade: o controlo político dos juízes e (logo) dos tribunais, feito por detrás da cortina (do tal Conselho *Confundido*). O que logo traz à memória as «reformas» congéneres, em curso na Hungria e na Polónia, que estão (e muito bem) sob apertado escrutínio da União Europeia, nomeadamente da Comissão e do Tribunal de Justiça, justamente em razão da vulneração ali gerada na independência dos juízes e dos tribunais (os quais são também juízes e tribunais da União).

Outros protagonistas e alguns franco-atiradores propõem a esmo a «alteração da composição dos Conselhos Superiores»!

Mas porquê? E para quê?

A tentação iliberal, de pendor subversivo do Estado de Direito, é nestas proposições por demais notório. O que vem implícito é a intenção de tutela política da investigação criminal e a dependência do poder judicial, através do controlo político do Conselho Superior da Magistratura.

Todos partem de um diagnóstico apressado sobre a realidade, assentando-o, no essencial, nas (desfocadas) perceções sociais e numa análise superficial (preconceituosa?) dos dados estatísticos da comparatística internacional, designadamente da que é disponibilizada pelo Eurobarómetro da Comissão Europeia¹³.

3. Inventário dos problemas reais e das soluções ideais

Num relance macro sobre o funcionamento do sistema justiça conseguem descortinar-se vários aspetos carecidos de modernização, relativos uns à organização e à gestão (incluindo a comunicação); e outros de cariz essencialmente procedimental. Uns e outros a comprometer a missão democrática que a Constituição lhe reserva.

Breve alinhavo de aspetos a melhorar e enunciação das propostas para a superação dos problemas que se inventariam.

a) Atrasos na justiça administrativa e fiscal

Os atrasos na jurisdição administrativa e fiscal colocam Portugal na cauda dos países da Europa no concernente à duração dos processos. Tais atrasos têm essencialmente duas origens: por um lado por via do modelo de organização e de gestão, que é obsoleto; e por outro do enorme défice intencional acumulado de investimento público. Esse desinvestimento constituiu, inarredável e objetivamente, esteio para o desenvolvimento da lucrativa atividade da arbitragem, numa área sensível em que esta (porventura) nem deveria existir.

«necessidade de rever a sua composição» para «melhorar» o sistema de justiça são como cantos de sereia *pour épater les bourgeois*.

¹³ Ver as referências na Nota 2.

Importa integrar os órgãos jurisdicionais da ordem administrativa e fiscal na ordem comum, mantendo naturalmente as suas especificidades e especializações. Não há no nosso tempo fundamento racional para manter uma dualidade de ordens jurisdicionais. Havendo, por outro lado, razões de organização e de gestão dos meios físicos e humanos que favorecem essa unificação, não apenas dos órgãos jurisdicionais mas também dos respetivos Conselhos Superiores, integrando-se o atual Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais no Conselho Superior da Magistratura.

Importará, claro, realizar um investimento sério de modernização e ajustamento das respetivas estruturas físicas e meios humanos, para lhes conferir condições efetivas de regular funcionamento e cumprimento efetivo da sua missão constitucional. Tal exigirá, extraordinariamente, um plano estratégico e uma dotação de meios que permita repor em prazos razoáveis os tempos e a qualidade da realização da justiça (dever do Estado e direito da cidadania e do empresariado).

b) Recentrar o Conselho Superior da Magistratura no paradigma constitucional

Na organização política do Estado, os tribunais são órgãos de soberania independentes, a par do parlamento, do governo e da presidência da república, não podendo estar sujeitos a interferências de um órgão administrativo.

O Conselho Superior da Magistratura é o órgão constitucionalmente vocacionado para a garantia da independência dos juízes e tribunais. Mas não é um órgão vocacionado, nem legitimado e muito menos preparado para a gestão dos tribunais.

A excessiva intervenção do Conselho Superior da Magistratura na gestão dos tribunais, em grande medida à margem do paradigma constitucional, aprofundou o modelo burocrático, arredando e pervertendo os princípios de gestão moderna das organizações, tal como estruturalmente preconizado pela Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

Na prática o Conselho afogou as competências legais de gestão de cada um dos órgãos jurisdicionais, fazendo vezes de mais tangentes à interferência indevida. A gestão do Conselho transformou-se numa imensa burocracia, atávica, a mais de constitucionalmente deslegitimada.

Importa recentrar o Conselho Superior da Magistratura no seu quadro constitucional, de órgão administrativo autónomo, vocacionado para a gestão da carreira dos juízes e da sua disciplina (artigos 217.º e 218.º, § 1.º da Constituição da República). Fazendo recuar a ampliação competencial conferida por via de lei ordinária à margem do figurino constitucional, que na prática o arvorou em órgão superior dos tribunais, como se fora um deles. E não é.

Mas no âmbito daquelas que são e devem ser as suas competências constitucionais e legais o Conselho pode e deve dar um contributo válido para equilibrar a comunicação sobre a justiça. Nomeadamente se acrescentar ao cumprimento burocrático da obrigação estatutária de elaboração

do relatório anual de atividades (artigo 149.º, 4 1.º, al. w) do Estatuto dos Magistrados Judiciais), concertar a sua apresentação em sessão pública, na Assembleia da República, perante os representantes do povo.

A gestão dos órgãos jurisdicionais deve estar – como se pretendeu com a reforma judiciária de 2014 – entregue aos respetivos órgãos de gestão, nomeadamente aos presidentes dos tribunais, que para isso receberam a devida formação.

c) Da formação dos profissionais

A formação dos profissionais da justiça, sobretudo das magistraturas (mas também dos advogados, dos administradores judiciais, dos solicitadores e agentes de execução e dos funcionários de justiça) encontra-se, de certo modo, divorciada das exigências da vida prática e da cultura e vivências hodiernas.

No que à formação das magistraturas especialmente respeita a estruturação e ministração dos cursos de ingresso deverão ser separados, por serem – obviamente - diferentes as funções dos juízes e dos procuradores, sendo igualmente distintas as respetivas responsabilidades constitucionais, para além de serem diversas as respetivas culturas funcionais. Com isso beneficiando a formação profissional específica, do mesmo passo que se evitam «confusões» deletérias, que estão à vista de quem quer ver.

A formação inicial deverá privilegiar as áreas do Direito Constitucional e Europeu (sobretudo a área da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais), do direito civil/processual civil, do direito penal/processual, contraordenacional/procedimental, administrativo e fiscal/procedimental. E módulos temáticos vocacionados para a ética e deontologia judiciárias; para a organização e gestão dos meios e dos procedimentos; e para a prática judiciária nos novos ramos do direito.

Já a formação complementar deverá ser comum a juízes, procuradores e advogados, devendo focar-se preferencialmente nas áreas já referidas. Importando evitar a dispersão formativa em «generalidades», e sobretudo, a doutrinação ideológica¹⁴.

d) Ser e parecer ser ou a integridade e a transparência

As tensões entre os profissionais da justiça são uma realidade que se não deve escamotear e que é necessário compreender. Em boa medida são produto de uma cultura judiciária ainda assente num entendimento burocrático do processo (como coisa interna, dos órgãos do Estado), em que há um «nós» e um «eles». E que é geradora de desconfianças (e também de alguns excessos de confiança),

¹⁴ De que são exemplo *ações formativas* dedicadas a coisas como esta: «Julgamento sob a perspectiva de género!» Cf. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_JulgarPGenero.pdf

em grande medida propiciadas por proximidades ou distanciamentos desajustados das exigências de transparência e rigor próprias do nosso tempo.

Importa separar fisicamente (ainda que nos mesmos edifícios) os espaços reservados aos tribunais, dos reservados ao Ministério Público, pondo fim às «paredes-meias» ou à «coabitação sobre o mesmo teto»¹⁵ de procuradores e juizes, a que ainda recentemente (e certamente) apontou o Relatório GRECO¹⁶ a propósito da prevenção da corrupção no sistema de justiça em Portugal (ponto 91).

e) Alteração do paradigma procedimental

O paradigma procedimental é ainda – como já assinalado - o burocrático, em prejuízo das exigências da eficiência funcional e da eficácia das decisões, num tempo em que a celeridade tem de aproximar-se tendencialmente do ritmo da vida social.

Importa modernizar os procedimentos de molde a conferir efetividade ao princípio de que o processo judicial é e está funcionalmente orientado para as exigências de justiça, para a tutela de direitos fundamentais dos cidadãos, no fundo para o cumprimento do Estado de Direito.

Essa desejável modernização implica desatar alguns «nós» que de um ponto de vista sistémico penalizam o bom funcionamento do sistema.

O primeiro deles tem que ver com o entendimento de natureza meramente ordenatória dos prazos do inquérito! O que parece desajustar-se do que deverá ser uma justiça moderna e exigente, sobretudo em termos de gestão processual e de equilíbrio do sistema. Tal vem permitindo a eternização de investigações, durante períodos de tempo que são hoje comunitariamente insuportáveis. A solução não poderá deixar de passar por, atingido o prazo de duração máxima previsto na lei, poder ser excepcional e perentoriamente prorrogado por curto período. Nada mais que isso.¹⁷

Outro dos referidos nós, tem que ver com a atual fase de instrução em processo penal, à qual vem sendo dada, em geral, uma amplitude exagerada, desviada do seu objeto e, sobretudo, da sua finalidade sistémica. Transformou-se num pré-julgamento, moroso e por vezes até desastroso. Importa recentrá-la, porventura não já como fase processual autónoma, mas como passo de controlo judicial, garantístico e célere, sem realização de diligências nem de audiência, vocacionado para

¹⁵ Terminologia do relatório GRECO.

¹⁶ GRECO é o acrónimo do «Grupo de Estados contra a Corrupção», do Conselho da Europa. Cf.: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c7c10>

¹⁷ Em sentido não muito diferente pode ver-se Cláudia Santos, Os crimes de corrupção - notas críticas a partir de um regime jurídico-penal sempre em expansão, revista JULGAR, n.º 28, 2016, pp. 89-105; Cláudia Santos, Novos Rumos na Prevenção e Repressão da Corrupção, Direito Penal e Política Criminal, Porto Alegre: ed. Dóris, 2016, pp. 81 ss.

corrigir erros clamorosos da acusação ou do arquivamento do inquérito, e com possibilidade de recurso somente nos casos de pronúncia sequente a arquivamento.

Sem nenhum comprometimento das garantias processuais, não se vê também obstáculo à ampliação da possibilidade de proferimento oral da sentença, mesmo em processo comum, nos casos de manifesta simplicidade, a aferir pelo juiz titular.

O abuso do direito de litigar e a mobilização abusiva das garantias processuais, através da utilização de expedientes de protelamento do julgamento e/ou do trânsito em julgado das decisões judiciais, é uma realidade incontornável. Para a tal obviar é impreterível a introdução, por via legislativa, de mecanismos e instrumentos (existentes em quase todas as legislações dos países do nosso entorno cultural) que permitam neutralizá-los.

E para a agilização do processo penal na fase de julgamento importa institucionalizar a justiça penal negociada, isto é, criar de um instituto processual que permita a celebração de acordos sobre a sentença penal.

4. Os acordos sobre a sentença penal – paradigma incontornável/evolução inadiável

Por razões de atualidade (por a sua implementação legislativa ter estado iminente), mas também de relevância prática só o tema da última enunciada proposta merecerá aqui maior desenvolvimento.

Recentemente, em maio de 2021, no âmbito da «Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024», o Governo apresentou à Assembleia da República uma iniciativa legislativa, que incluía a consagração legal dos acordos sobre a sentença penal (Proposta de Lei n.º 90/XIV/2). Mas a sua institucionalização acabou por não acontecer!

A relevância deste temário no âmbito da modernização do sistema de justiça afigura-se notória. Para tanto bastando indicar que em Espanha a criminalidade abrangida pela possibilidade de celebração deste tipo de acordos (*conformidad penal*) é julgada deste modo célere em cerca de 60% dos casos; na Itália o *patteggiamento* dá conta de cerca de 40% da criminalidade que admite a negociação da pena; e na Alemanha celebra-se a *absprache* em cerca de 25% de todos processos penais, sendo que no âmbito da criminalidade económica e financeira esse modo de proceder ocorre em cerca de 80% dos casos.

4.1. A justiça penal negociada como fator de modernização da justiça penal

A evolução das sociedades impõe a evolução do direito em todas as suas dimensões, ainda que o ritmo deste ocorra prudencialmente de modo mais lento que aquelas.

Goste-se ou não, a influência americana no mundo, na segunda metade do século XX, é um dado incontornável. O poderio militar, económico e político que lhe está associado é gerador de dinâmicas nos mais diversos domínios: da geoestratégia à interligação dos mercados globais; do

modo de estruturação das sociedades, agregadas a um modelo de democracia liberal, à cultura universal de consumo, etc. *Et pour cause* também ao nível da organização e funcionamento dos sistemas judiciais, que se têm de adaptar às novas exigências das sociedades.

A sociedade de consumo produz uma criminalidade de massa que exige uma resposta diferenciada, célere e com custos socialmente aceitáveis. É isso que explica que em inúmeros países da tradição da *civil law* vêm sendo introduzidos, incrementados ou modernizados procedimentos de justiça penal consensual¹⁸, que vão desde os instrumentos de diversão processual à mediação penal e dos procedimentos por ordens penais à negociação da sentença, esta claramente inspirada na *plea bargaining* norte-americana.

A justiça penal negociada é largamente utilizada nos tribunais criminais internacionais e na justiça da União Europeia em matéria contraordenacional do direito da concorrência¹⁹. Mas é-a também em diversas ordens estaduais, como sucede com a *absprache* germânica, o *patteggiamento* italiano²⁰, a *conformidad penal* em Espanha, ou a *composition pénal*, em França²¹. Instrumentos semelhantes são utilizados também no Kosovo, na Sérvia e em outros países fora da Europa, como na Argentina, na Guatemala, na Costa Rica, no Paraguai, na Venezuela, no Chile e no Brasil.

Este movimento, que impele à diferenciação processual em certas áreas da justiça penal, traz associadas duas ideias motrizes: a eficácia penal (quem cometeu um ilícito deve ser sancionado); e a eficiência procedimental (celeridade).

O Código de Processo Penal português contém já alguns mecanismos de resposta aos problemas emergentes a que se fez referência, nele se tendo consagrado *ab initio* ou introduzido ou aperfeiçoado posteriormente, formas especiais de procedimento (sumário, abreviado e sumaríssimo), bem assim como institutos de diversão processual que permitem o arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º CPP) e a suspensão provisória do processo antes da acusação (artigo 281.º CPP), visando justamente os já referidos vetores da eficácia e da celeridade procedimentais para os casos de criminalidade de baixa intensidade.

Recentemente, através da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, ampliou-se o leque premial das possibilidades de isenção ou de atenuação especial da pena e da mobilização dos instrumentos de diversão processual, nomeadamente da suspensão provisória do processo, relativamente àqueles

¹⁸ Sobre o modo como a justiça penal negociada vem sendo integrada nos sistemas da *Civil Law* poderá ver-se: World Plea Bargaining – Consensual Procedures and the Avoidance of Full Criminal Trial, edited by Stephen C. Thaman, 2010, Carolina Academic Press; e também Felipe da Costa De-Lorenzi, Justiça negociada e fundamentos do direito penal, 2020, Marcial Pons Editora do Brasil Ltda.

¹⁹ No âmbito do chamado direito penal administrativo (cuja natureza sancionatória e punitiva justifica a referência).

²⁰ *Patteggiamento* é o *nomen* adotado pela prática forense para designar o instituto da «aplicação da pena a pedido das partes» (*applicazione della pena su richiesta*), previsto nos artigos 444.º e seguintes do CPP italiano.

²¹ Outros estados europeus utilizam mecanismos diversos de justiça consensual, como sucede nos Países Baixos, na Dinamarca, na Noruega, na Croácia e na Polónia.

agentes que, no âmbito da criminalidade económico-financeira (a que especialmente se dirige a citada Lei), prestem, em tempo útil, efetiva colaboração no apuramento da verdade e bom desfecho do processo.

Mas o ordenamento jurídico português não dispõe ainda de um instituto jurídico especificamente vocacionado para a negociação das penas. Se bem que, como sustenta Jorge de Figueiredo Dias²², a ampla previsão do artigo 344.º CPP (confissão), devidamente conjugada com o princípio do favorecimento do processo e o direito fundamental dos cidadãos a um processo célere (artigos 20.º e 32.º, § 2.º da Constituição), lhe dariam suficiente esteio.

O temário da negociação da pena foi introduzido em Portugal há já quase uma década, justamente pela pena de Jorge de Figueiredo Dias, com o seu *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*. Devendo neste contexto, por imperativo de justiça, realçar-se igualmente o estudo precursor de Pedro Soares de Albergaria, dado à estampa em 2007: *Plea Bargaining, Aproximação à Justiça Negociada nos EUA*.

Claro está que qualquer preconizada alteração no *status quo* com uma proposta, a certo título disruptiva, num sistema que é essencialmente conservador (dir-se-ia que por natureza), seria sempre geradora de (justificada) controvérsia²³.

Efetivamente, nem a autoridade e força dos argumentos de Figueiredo Dias, nem a sequente jurisprudência de diversos tribunais de 1.ª e 2.ª instâncias que se lhe seguiram, impediram o entendimento que veio a ser sufragado pelo Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 10/4/2013, (proc. n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1), o qual, na prática, pôs termo ao desenvolvimento jurisprudencial de tais possibilidades. Considerou-se em tal aresto que «o direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença»; e que «constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar»!

Este acórdão, unigénito, veio a inspirar a Diretiva da Procuradoria-Geral da República n.º 2/2014, que impôs aos agentes do Ministério Público o dever de abstenção de «promover ou aceitar a celebração de acordos sobre sentenças penais», aludindo à «ausência de solução legal inequívoca e considerando as divergências assinaladas»!

As resistências advindas do próprio sistema formal de justiça (das suas instituições superiores e das profissões jurídicas em geral) era expectável, pelo que, benevolmente, se dirá, parafraseando Richard Feynman, que «o que não está rodeado de incerteza não pode ser verdade».

²² Jorge de Figueiredo Dias, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

²³ A justiça penal negociada é ainda hoje controversa na Alemanha, onde se pratica há quase meio século. Cf. Bern Schünemann, *La reforma del proceso penal*, Dykinson (Madrid), 2005.

A academia e a sociedade civil, por seu turno, dividiram-se no debate sobre os méritos do tema²⁴, numa controvérsia que a mais de natural foi/é também salutar, pois que, como profetiza Steven Pinker, «quanto mais discordarmos, maior é a hipótese de pelo menos um de nós estar certo.»

Sumariando tal debate dir-se-á que, contrariamente ao que se sustentou como principal argumento contra os acordos sobre a sentença, é que estes não transformam a justiça numa espécie de produto com valor de transação no mercado. A demonstrá-lo, com isso arredando as dúvidas dos mais céticos, está a prática dos países de referência, que celebram nos respetivos sistemas judiciais tal espécie de acordos desde há décadas, com assinalável sucesso. Decerto ninguém, seriamente, se atreverá a dizer que a independência e a imparcialidade dos seus tribunais (logo, da justiça) na Alemanha, na Itália ou na Espanha constitui «mercadoria transacionável»!

Decorrida que foi uma década sobre a seminal reflexão de Figueiredo Dias, os órgãos de decisão política, através da Proposta de Lei n.º 90/XIV/2, já referida, apresentada à Assembleia da República, promoveram a iniciativa legislativa visando a introdução no CPP do regime jurídico dos acordos sobre a pena aplicável, baseada justamente na confissão livre e integral do arguido.

Breve: a Proposta Legislativa do Governo, relativa à Estratégia Nacional Anticorrupção, contendo a proposta de introdução no Código de Processo Penal de um novo instituto de negociação de pena, denominado «Acordo sobre a pena aplicável», veio, afinal, a ser fundida com outras iniciativas parlamentares, culminando na aprovação de uma versão final (que veio a ser a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro), amputada da projetada introdução no Código de Processo Penal do novo instituto dos acordos sobre a pena.

Ainda não foi desta!

4.2. Os méritos da proposta que não chegou a lei

²⁴ São inúmeros os trabalhos e opiniões publicadas sobre o tema, aqui se indicando apenas os que parecem mais significativos: Euclides Dâmaso, PGD-Coimbra, Regulação dos Acordos sobre a Sentença, 2012; José de Souto de Moura; Associação S. Juizes Portugueses, Mudar o Processo Penal, 2012, Almedina, pp. 69 ss.; José Ribeiro de Albuquerque, Simplificação, Celeridade e Consenso no Processo Penal, Faculdade Direito da Universidade Coimbra, abril 2012; Eduardo Maia Costa, Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo, *Julgar*, n.º 19 (17/7/2012), pp. 87 ss.; José António Barreiros, O Sonho Americano, 8/1/2013, Público,; J. F. Moreira das Neves, Acordos Sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!, *Rev. M.º P.º* 135, pp. 37 ss., 2013; Daniel Proença de Carvalho e Rita da Cunha Calvão, Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal, CDP-OA; António Cluny, 1/4/2014, *IOonline*,; Cláudia Cruz Santos, Decisão Penal Negociada, out. 2014, *Julgar* n.º 25, pp. 145 ss.; Nuno Brandão, Acordos Sobre a Sentença penal – problemas e vias de solução, out. 2014, *Julgar* n.º 25, pp. 161 ss.; André Ferreira de Oliveira, Soluções Negociadas de Justiça penal no Direito Português, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1, 2017, pp. 71 ss.; Sandra Oliveira e Silva, O Arguido como Meio de Prova Contra si Mesmo, 2018, pp. 468 ss., Almedina; Manuel Soares, Prémios e Acordos na Justiça Penal, 9/9/2020, Público,; Elisabete Maria Pereira Gomes, O Consenso na Fase de Julgamento em Processo Penal, nov. 2020, *Julgar Online*; Diana Silva Cunha, Os Acordos Sobre a Sentença Penal: questões, desafios e perspetivas, 2016, Escola de Direito da Univ. do Minho; Francisco Teixeira da Mota, A Bem da Justiça, 11/7/2021, Público.

No concernente à matéria dos acordos sobre a pena aplicável na sentença, com base na confissão do arguido, a referida Proposta de Lei introduzia no Código de Processo Penal algumas regras (umas de carácter substantivo; e outras de cariz adjetivo), essencialmente repartidas entre os novos artigos 312.º (Audiência prévia) e 313.º-A (Acordo sobre a pena aplicável).

Tais regras permitiriam a celebração de acordos entre o tribunal, o Ministério Público e o arguido – com obrigatoriedade da assistência por advogado ou defensor - e com audição obrigatória do assistente constituído, com base na confissão integral e sem reservas do arguido relativamente aos factos que se lhe imputavam, sobre o máximo de pena concreta aplicável (incluindo o da pena acessória; a substituição da pena de prisão que viesse a ser concretamente determinada por pena não privativa da liberdade; e a execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação) mas sem renúncia da verificação positiva da responsabilidade criminal pelo tribunal.

Cingia-se aos casos de inquestionável imputabilidade do arguido e à aplicação exclusiva de penas.

A iniciativa para a celebração dos acordos, mesmo no caso de crimes particulares, só poderia ser do tribunal, do Ministério Público ou do arguido.

A celebração do acordo implicava a renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e conseqüente consideração destes como provados; a passagem imediata à produção da prova relevante para a determinação da pena; e a isenção da taxa de justiça, após a confissão.

E havendo coarguidos sem que se verificasse a confissão integral, sem reservas e coerente de todos, não deixaria de aproveitar ao arguido confitente a decisão sobre a questão da culpabilidade dos participantes.

O acordo, nos termos referidos, poderia ser celebrado em audiência prévia ou na audiência de julgamento. Celebrando-se na audiência prévia (artigo 312.º), a confissão deveria ser renovada na audiência de julgamento (artigo 313.º-A, § 7.º), com observância do previsto nos artigos 343.º e 345.º CPP.

Na falta de acordo, a confissão entretanto realizada não poderia ser utilizada como prova, desentranhando-se dos autos quaisquer documentos que permitiriam reconstituir a interação entre os sujeitos processuais, exceto os que estivessem contidos na ata da audiência prévia.

O juiz que participara na negociação malograda em momento posterior à confissão dos factos pelo arguido e documentada na ata ficaria impedido de julgar.

Pode afirmar-se, com alguma segurança, que a proposta que (afinal se) ficou pela intenção, assegurava não apenas a possibilidade de celebração de acordos sobre a sentença penal, como acautelava o essencial: respeito pela verdade dos factos praticados (arredando-se a possibilidade da *charge bargaining*); acordo cingido ao máximo de pena principal e da pena de substituição (incluindo a possibilidade da execução da prisão em regime de permanência na habitação) e da pena

accessória; liberdade do tribunal quanto à qualificação jurídica dos factos e à concretização da pena; não admissão de acordos relativamente a medidas de segurança (uma vez que a legitimidade para decidir da perigosidade do arguido é exclusiva do tribunal); e impedimento do juiz que participou na negociação que se malogrou após a documentação da confissão do arguido.

4.3. Do modelo, na lei e na prática

Os modelos de justiça penal negociada com maiores e mais óbvias afinidades com a cultura jurídica portuguesa são, como decorre das expressas referências já feitas: o espanhol, o italiano e o alemão.

A Proposta de Lei n.º 90/XIV/2 inspirou-se no modelo germânico, o qual, a mais do amplo espectro (aplicável à pequena, média e grande criminalidade) tem dado bastas provas de eficácia e de eficiência, não comprometendo o prestígio do sistema de justiça na Alemanha.

No concernente ao impedimento do juiz interveniente no acordo a referida Proposta de Lei formalizou uma solução de compromisso entre a eficiência e a celeridade que caracterizam este instituto, por um lado, e a preservação da imparcialidade (e da imagem de imparcialidade) do tribunal, por outro. O plano do legislador é o de que não será apenas por ter suscitado a possibilidade de acordo ou mesmo por nele ter tido intervenção ativa que o juiz deva ficar impedido. Ficá-lo-á, sim, se o acordo a que se chegou, na sequência de confissão do arguido, já documentada, se vier a malograr.

Noutro lugar e momento assinalou-se que: «o enorme poder (real e simbólico) do juiz na gestão do acordo, de par com um interesse próprio na sua celebração (“menos um processo”), faz com que em muitos casos o juiz “dispa” a beca e assim se perca o terceiro imparcial sem o qual a balança fica inexoravelmente desequilibrada.»²⁵ A lei deverá acautelar estes perigos. O equilíbrio que se gizou na Proposta de Lei em referência poderá, ainda assim, não ser suficiente para acautelar os referidos perigos, os quais se vêm também suscitando na Alemanha, se bem que algumas das cautelas já aqui tidas, não estão lá previstas.

Finalmente, a admissibilidade do acordo, o seu objeto e benefícios (previstos nos projetados § 2.º e 3.º do artigo 313.º-A do CPP), assim como os efeitos da decisão que o tem por referência, deveriam (talvez) constar do Código Penal; relegando-se para o CPP apenas as regras procedimentais, entre as quais a previsão expressa do que sucede no caso de haver pedido civil já formulado.

²⁵ J. F. Moreira das Neves, *Acordos Sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!*, Rev. M.º P.º 135, pp. 62.

Há, claro, outros modelos e possibilidades em aberto, como o que propôs a ASJP,²⁶ através de uma (necessitada) valorização do processo sumaríssimo, numa clara aproximação ao *patteggiamento* italiano.

Não será, pois, de somenos, dar o passo que vem tardando.

J. F. Moreira das Neves

(jan2022)

²⁶ Mudar o Processo Penal, 2012, pp. 69 ss., Almedina. De modo mais completo (com indicação do articulado normativo) pode ver-se Albergaria/Lima/Neves, Uma Proposta de Justiça Negociada, 2013, Revista do CEJ, n.º 15, pp. 109 ss.