

Simplificação, celeridade e consenso no processo penal.

Instrumentos de celeridade, simplificação, oportunidade, consenso ou de mera concordância no processo penal já não são novidade.

A novidade ou especialmente o desafio surge hoje a propósito dos denominados acordos sobre sentença em processo penal, um desafio de cunho funcionalista e que põe nos pratos da balança «o “fim” do Estado de Direito» ou «um novo “princípio”»¹.

No extremo, uma perspectiva funcionalista diz-nos que a «justiça» é um ideal que não se concretiza ou que sequer exista e por isso não interessa que ela seja realizada, mas antes que o sistema de justiça funcione, seja pragmático e conduza à realização do seu principal fim que é a redução da complexidade social. Como resultado disso, A. Kaufmann adverte que o direito se torna «absolutamente fungível»². Não que isso seja em si contestável – como o mesmo autor releva ao referir-se ao projecto de Niklas Luhmann – ou que o esforço cooperativo baseado num consenso fundamentado enquanto critério de verdade ou correcção legitimado pela força do melhor argumento num contexto ideal de comunicação, de que fala Habermas, seja em si totalmente estéril ou tenha que revelar um consenso que pode ser em si mesmo fictício³.

Hoje há que responder à percepção de que a justiça está em crise, de que as reformas legislativas não invertem essa crise e sobretudo de que há um problema de ineficácia do processo penal, cujo «paradigma» ou modelo (o nosso) é o de um processo penal de estrutura basicamente acusatória integrado por um princípio supletivo de investigação oficial, mas que deve permanecer intocado⁴ (ainda que seja acusado de ser excessivamente garantista e de ser ele mesmo o fator da ineficácia e do descrédito do exercício da justiça penal).

Ao mesmo tempo, esse modelo deve adaptar-se aos novos ventos de exigência de uma justiça célere, eficaz e eficiente; o que, no contexto dos distintos modelos, apenas parece

¹ cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, cuja leitura é indispensável à compreensão crítica deste artigo, já que nele se baseia e nele encontra os motivos das considerações apresentadas.

² KAUFMANN, Artur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, em: A. Kaufmann e W. Hassemer (org.). *Introdução à Filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: FCG, 2002, pp. 196.

³ KAUFMANN, Artur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, em: A. Kaufmann e W. Hassemer (org.). *Introdução à Filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: FCG, 2002, pp. 198 e ss.

⁴ cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, pp. 15-16.

exigir ou parece apenas justificar uma diferenciada concordância prática dos princípios conflitantes no processo penal, sem que, assim, isso venha a significar uma mudança radical para um sistema processual penal que, em vez de incrementar o consenso, o transforme num modelo de *plea-bargaining*.

Esse diagnóstico não é pacífico, enquanto via de legitimação do consenso e do seu apoio numa ajustada concordância prática dos princípios conflitantes (defesa dos interesses da comunidade e defesa dos direitos, liberdades e garantias).

A exigência de uma pronta resposta penal⁵, económica também, ou até de feição empresarial⁶, simplificada ou flexibilizada nos óbices formais, mais do que instrumento, pode ser também o sintoma de um processo penal saturado, mas cuja saturação pode precisamente ser cobrada à política da «resposta penal» como “a” saída para controlar problemas, que apenas promete eficácia, e que tem certos princípios constitucionais como «inimigos evidentes»⁷.

Se o modelo não muda, se os princípios constitucionais em conflito têm que ser respeitados, o desafio e o aviso sério é lançado aos actores judiciais, em particular aos que se possam considerar como sujeitos processuais principais, salientando-se aí o Juiz, o Ministério Público e o Advogado, que deverão passar a actuar no processo penal de acordo com finalidades de simplificação, facilitação, aceleração ou, em suma, de favorecimento do processo, finalidade comum que se não for prosseguida como se deseja poderá ter por preço

⁵ Também caracterizada como uma justiça burocratizada, de rotina, comprometida sobretudo com a racionalização administrativa e a eficiência (fazer mais em menos tempo e com menores custos) e alicerçada numa “ética de produção”, com ocasionais «casos especiais» que exibem então a verdadeira justiça adversarial - cf. BOTTOMLEY, A. Keith. *Criminology in focus – past trends and future prospects*. Oxford: Martin Robertson, 1979, p.104 e ss.

⁶ P-A Albrecht questiona a visão económica do judiciário como indício de modernização, que o vê como um negócio, que importa métodos de gestão do sector privado para aumentar a eficácia e a eficiência do sistema judicial, fenómeno que ocorre num contexto que se denomina de novos modelos de regulação, como a análise custos/benefícios, o controle [*controlling*, uma das “*managerial functions*” como as “*planning, organizing, staffing and directing*”], *benchmarking*, a orçamentação (e, possivelmente, no futuro, a incluir a submissão da performance a agências de notação), embora seja difícil para esses modelos de regulação identificarem o «produto» ou a medida da sua avaliação no sistema judicial. cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. “Expectations to strengthen judicial independence”, em: ALBRECHT, Peter-Alexis; THOMAS, Sir John (eds.) *Strengthen the judiciary’s independence in Europe*. Berlin: Intersentia, 2009, pp. 19-29.

⁷ cf. HASSEMER, Winfried. *Historia das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Lisboa: AAFDL, 1995, pp. 63-69. Vejam-se os fenómenos recentes de criminalização «à flor da pele»: na Espanha o anúncio da criminalização dos protestos convocados pela internet (Joana Azevedo Viana “*Espanha criminaliza protestos convocados pela internet e a resistência à autoridade*”, *Jornal i*, edição de 12-4-2012), além do também recente anúncio, em França, pelo respectivo presidente da República, em 22-3-2012, da criminalização de acesso a sites que façam apologia do terrorismo ou incitem à violência, etc., como reacção penal e como «a» saída para controlar problemas. *As exigências de uma opinião pública [ou de uma política] ameaçada pela violência [ou pela resistência] têm por destinatários o direito penal e o direito processual penal*. Cf. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003 (reimp. 2ª ed.), pp. 56 e ss.

elevado o risco da perda de autonomia desses diferenciados órgãos de administração da justiça⁸.

O apelo é, assim, lançado a uma praxis renovada, que transforme um modelo de processo penal enformado por um sistema de princípios (onde se incluem os princípios da investigação, da verdade material, da indisponibilidade do objecto do processo, da culpabilidade na dupla dimensão dos factos e da sanção, da publicidade, da lealdade processual e do direito ao recurso) num modelo que promova o processo penal mediante uma praxis que confira eficácia ao sistema vigente e que faça cumprir o dever estadual de protecção da segurança dos cidadãos e da sua confiança na funcionalidade das instituições estaduais e que, sobretudo, observe o princípio do favorecimento do processo, de que o acordo sobre a sentença em processo penal é um dos instrumentos a poder ser testado seriamente.

Esse acordo baseia-se no significado e utilidade profunda da confissão, a que se ligam então as conversações e acordos sobre sentença em processo penal, inspirados no exemplo alemão.

Os traços distintivos consistem na existência de uma confissão válida do arguido, total ou parcial, dos factos constantes da acusação ou pronúncia, confissão essa judicialmente controlada e comprovada como livre e credível e sem que seja prestada exclusivamente à custa de terceiro, baseada num acordo que não deve ser equivalente a uma negociação e que não verse sobre a medida concreta da pena, que só ao Tribunal cabe determinar, mas que parta de uma moldura-limite, entre um máximo e um mínimo de pena concreta (cujo intervalo deve ser razoável e aceitável), embora deva ter um efeito atenuante, eventualmente ponderando-se alteração legislativa que implique que a confissão e o favorecimento do acordo justifique a consagração legal de uma atenuação especial ou livre da pena concretamente determinada (solução controversa). Esse acordo pode abranger tanto as penas principais, como as acessórias e mesmo a escolha da espécie de pena a aplicar e até a perda de bens, e deve ser publicitado, por norma, até ao momento processual da prestação de declarações do arguido em audiência. O acordo apenas deve envolver o arguido, o juiz (tribunal singular, colectivo ou júri), o ministério público (a quem o assistente subordina, em regra, a sua intervenção e que nestes acordos deve ter intervenção secundária), os quais devem intervir em situação rigorosamente paritária e aos quais cabe, indistintamente, o impulso processual do acordo.

⁸ cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, pp. 113.

Tudo isso preservando o princípio da indisponibilidade do objecto do processo no que respeita à culpabilidade e à investigação da verdade material (entendida como verdade judicial processualmente válida), salvaguardando o núcleo essencial dos direitos fundamentais do arguido, designadamente o *nemo tenetur...*; que não dispensa a elaboração de sentença com pleno respeito pelos princípios, regras e normas gerais exigidas pelo CPP; cuja não verificação (a confissão como condição *sine qua non* do acordo) não pode agravar a situação processual do arguido. Também se não dispensa a publicidade em audiência e na acta respectiva do conteúdo e resultado do acordo, que pressupõe naturalmente conversações prévias, antes e fora da audiência; confissão que estando pressuposta no acordo, não pode valorar-se se o acordo se vier a frustrar; culminando-se na preservação do direito ao recurso, cuja renúncia não pode ser objecto do acordo sob pena de ineficácia deste⁹.

A perspectiva do positivismo empírico dá como certo ou desejável que a praxis dos actores processuais tende a ser harmoniosa, amigável e favorável ao processo, ponto de vista que não é seguido pela análise sociológica das culturas profissionais dentro da justiça penal, que antes adverte¹⁰ que, na realidade social da *law in action*, os sujeitos processuais, sobretudo o arguido, têm uma actuação segundo os seus interesses e objectivos individuais, de quem não se espera propensão para a harmonia, colaboração, cooperação para finalidades comuns ou preocupações com contextos mais vastos na realização da justiça.

Embora a capacidade de extensão do pensamento fundamental dos acordos sobre sentença penal seja porventura evidente e desejada no âmbito do direito sancionatório de cariz administrativo, como o direito contra-ordenacional¹¹, o que aqui nos importa brevemente salientar são as potencialidades do espírito subjacente aos acordos sobre sentença em processo penal, se aplicados correspondentemente a outras fases processuais, que não apenas o inquérito, ainda que tal importe ajustes por via de alteração legislativa.

⁹ cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

¹⁰ Cf. BOTTOMLEY, A. Keith. *Criminology in focus – past trends and future prospects*. Oxford: Martin Robertson, 1979, p. 101.

¹¹ Aspecto que merece porventura uma reflexão autónoma dada a complexidade e gravidade de muitos processos contra-ordenacionais, designadamente em matéria de supervisão económico-financeira, contexto que facilita outro debate, como a feição de gestão empresarial de custos/benefícios com que os imputados (e/ou não só estes) promovem o processo contra-ordenacional nas áreas onde as coimas são astronómicas e onde um acordo sobre decisão/sentença (de «alta conveniência»), reduz a complexidade e parece favorecer a tendência para a “privatização” ou a entrada à “arbitragem”, de que o direito contra-ordenacional pode vir a ser o próximo campo a conquistar.

O apelo e a aceitabilidade geral, por via do exemplo alemão¹², do favorecimento das conversações, como praxis desformalizada quanto ao seu conteúdo – sem prejuízo dos enormes avanços que, quanto à justiça consensualizada no âmbito da fase de inquérito, o Ministério Público (M^oP^o) tem prosseguido, com exemplos recentes no âmbito da PGD de Lisboa – ou o apelo “à *colaboração e cooperação entre os actores judiciais na finalidade comum de administração de justiça melhor e mais rápida, simples, fácil, acelerada, que favoreça o processo*”¹³ pode, por exemplo, justificar, a par do ensaio dessa praxis¹⁴, a potenciação desse espírito no âmbito da consensualização menos assertiva que o CPP de 1987 inaugurou e, nesse contexto, explorar a possibilidade de o juiz de julgamento¹⁵, ao receber em processo comum a acusação deduzida pelo M^oP^o, poder transfigurar o processo para a forma especial sumaríssima (verificados os pressupostos legais estabelecidos ou a estabelecer), promover a proposta de uma sanção que seria debatida e depois objecto da concordância do M^oP^o e dos sujeitos processuais relevantes, amplificando-se aqui também – com ganhos evidentes para esta nova matriz – toda a praxis assente nas conversações, consensualização e cooperação nas diferentes fases processuais¹⁶.

Declaro que o texto que apresento é da minha autoria, sendo exclusivamente responsável pelo respectivo conteúdo e citações efectuadas.

Sesimbra, 15 de Abril de 2012 (S. Benedito).
José P. Ribeiro de Albuquerque
Aluno 1660 FDUNL – 3^o ciclo

¹² cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, pp. 101-107.

¹³ cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, pp. 111-113.

¹⁴ cf. Orientação 1/2012 da P.G.D. Lisboa e Memorando da P.G.D. Coimbra de 19-1-2012.

¹⁵ O que altera radicalmente o quadro em que a intervenção jurisdicional era concebida, por exemplo, na suspensão provisória do processo – cf. Ac. R. Lx. de 26 de Abril de 1989, CJ, XIV, II, 173 – onde se desaconselhava que (no caso) o JIC sugerisse a solução que se lhe afigurava mais adequada ao caso concreto ou antecipasse a sua intenção de concordância a uma solução diferente da preconizada pelo M^oP^o.

¹⁶ Proposta efectuada numa conferência promovida pelo CEJ em 25-5-2006 e retomada no texto disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/novidades/files/gestao_inquerito_albuquerque.pdf>, [consultado em 7-4-2012], pp. 31-32.