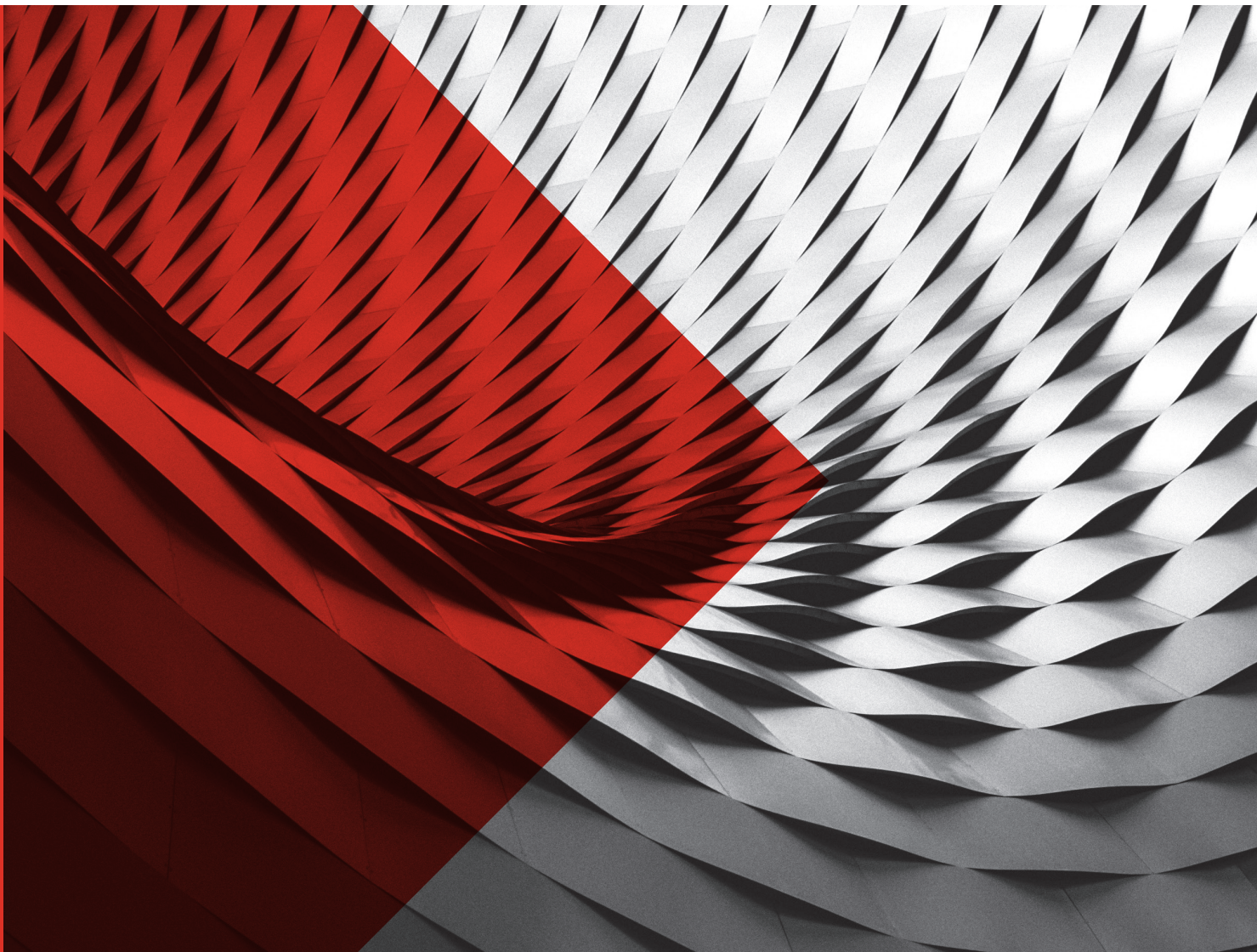


O SISTEMA DE GOVERNO CONVENCIONAL
CONCEITO E ALICERCES FILOSÓFICOS, GÉNESE
HISTÓRICA E EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

IVO MIGUEL BARROSO



IVO MIGUEL BARROSO

**SOBRE A POSSIBILIDADE DE ACORDO ENTRE OS SUJEITOS
PROCESSUAIS, NA FASE DE INSTRUÇÃO¹**

(estudo publicado em 2003,
digitalizado a partir do livro)

¹ IVO MIGUEL BARROSO, *Sobre a possibilidade de acordo entre os sujeitos processuais, na fase de instrução*, in *Estudos sobre o objecto do processo penal*, Vislis, Lisboa, 2003, pgs. 243-253.

1. A AUSÊNCIA DE CONSAGRAÇÃO EXPRESSA

O Código não consagra expressamente a solução de haver acordo entre os sujeitos processuais, se ocorrer uma alteração substancial de factos, na fase de instrução.

Como refere Marques Ferreira, a solução do art. 359.º seria plenamente justificada se fosse adoptada em sede de instrução².

Frederico Isasca considera que deveria ter havido da possibilidade de acordo³. A possibilidade de acordo para a continuação do processo não expressamente prevista na fase de instauração, pelo que se suscita a questão da sua admissibilidade e, caso seja procedente o modo de concretização do acordo entre os sujeitos processuais. Segundo este Autor “*O que não se compreende é que não se tenha consagrado, em sede de instrução, solução idêntica à do art. 359.º (...)*”⁴, pois “*em nada a solução contrariaria o acusatório, o contraditório, os direitos de defesa ou os demais princípios processuais antes perfeitamente se lhe adaptaria, ganhando-se em economia e celeridade*”⁵.

Não obstante, “*da conjugação dos artigos 119.º, 120.º e 309.º resulta que a nulidade neste cominada não é insanável (...) mas depende de arguição, pelo que, se esta não for arguida, se tem por sanada (...). Sempre, assim, se poderá alcançar aquilo (o acordo) que o legislador directamente não quis consagrar*”⁶.

2. A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 359.º, NÚMEROS 2 E 3

Em nosso entender, justifica-se a possibilidade de o arguido prestar o consenso (ou de opor o dissenso) à continuação do processo. Ou seja, à falta de base legal, devem ser aplicados por analogia os números 2 e 3 do art. 359.º

Existe uma lacuna, um inacabamento contrário ao plano da lei. O juiz tem de a integrar para aplicar a lei adequadamente; no sentido do plano subjacente à regulação e no das valorações a ele imanentes⁷.

3. EXCURSO. ANALOGIA

*“não representante por uma emoção minha, subjectiva e pensada, mas por uma verdade objectiva, realmente confrme de ftra com o que sinto de dentro que surge por magia analógica e me traz o exemplo para a regra que penso.”*⁸

Bernardo Soares
(Fernando Pessoa)

²Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 239.

³*Alteração Substancial...*, pg. 178.

⁴*Alteração Substancial...*, pg. 178.

⁵*Alteração Substancial...*, pg. 178.

⁶*Alteração Substancial...*, pg. 178.

⁷Larenz, *Metodologia...*, pg. 588.

⁸Pessoa, Fernando (Bernardo Soares), *Livro do Desassossego, por Bernardo Soares*, 1.^a Parte, Introdução e nova organização de textos por António Quadros, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1986, pg. 226.

De acordo com Eser / Burkhardt, a analogia consiste no “*método de complementação jurídica por parte do Juiz para delinear o conteúdo de algumas lacunas legais não planeadas*”⁹⁻¹⁰.

Pressuposto da aplicação analógica é a existência de uma lacuna legislativa. Caso omissivo é realidade diferente do simples caso não regulado, pois abrange apenas a situação que, sendo juridicamente relevante, não constitui objecto de nenhuma disposição legal.

A comprovação da existência de uma lacuna é um pressuposto elementar de toda a aplicação analógica do Direito¹¹. De acordo com Jescheck, o limite último da interpretação é o sentido literal possível: o sentido é procurado dentro deste limite¹². A analogia pressupõe a aplicação da lei a um caso não compreendido em nenhum dos sentidos possíveis da letra¹³.

O passo seguinte será indagar se existe uma lacuna de regulação; sê-lo-á, se se trata de uma lacuna que deveria estar coberta pela vontade do Legislador¹⁴.

A analogia consiste em um procedimento pelo qual são comparadas duas realidades. São cotejadas duas situações da vida, uma das quais recai sob o âmbito da previsão normativa, enquanto a outra não é (aparentemente regulada)¹⁵.

Perante casos de que o legislador não cogitou, o intérprete busca regulá-los no sentido em que o legislador os teria decidido se neles tivesse pensado¹⁶. Questiona-se se as duas situações apresentam tanto em comum que possam nessa medida ser vistas como “semelhantes” de tal modo que — no caso da analogia jurídica — venha a ser acarretado, apesar da diferença que subsiste, o mesmo efeito jurídico¹⁷.

Se a segunda tiver suficientes semelhanças com a primeira, será equiparada no que toca aos efeitos jurídicos — e só no que a esses respeita — à primeira¹⁸.

A analogia implica aplicar uma regra jurídica a casos a que certamente não se ajusta o seu conteúdo literal, mas que são tão similares ao caso regulado expressamente que parece conveniente conferir o mesmo tratamento. Descobre-se uma norma nova, inspirada na regulamentação de casos análogos¹⁹. A “semelhança” de ambas as

⁹Albin Eser / Björn Burkhardt, *Derecho Penal...*, pg. 59.

¹⁰O que Kaufmann entende por analogia é diverso do que a doutrina dominante entende.

Para Kaufmann, significa com o “pensamento analógico na ciência jurídica” não uma comparação entre duas situações de facto, mas o cotejo de uma situação de facto com uma norma, pelo qual se conclui pela concordância ou não concordância do conteúdo de sentido que é significado pela norma e pela própria situação de facto (Kaufmann *apud* Larenz, *Metodologia...*, pgs. 188-189). Só durante o procedimento do cotejo é que se revela de modo mais preciso o que é que conduz ao ajuizamento de que esta situação de facto corresponde à norma ou não lhe corresponde. Não é requerida uma completa equiparação, sendo necessária apenas uma suficiente dose de correspondência, permitindo afirmar uma cabal correspondência (Kaufmann *apud* Larenz, *Metodologia...*, pg. 189).

¹¹Eser / Burkhardt, *Derecho Penal...*, pg. 59.

¹²Diferentemente, uma opinião minoritária defende que o limite da interpretação se encontra no significado natural da palavra (Eser / Burkhardt, *Derecho Penal...*, pg. 60).

¹³Mir Puig, *Derecho...*, pg. 95.

¹⁴Eser / Burkhardt, *Derecho Penal...*, pg. 61.

¹⁵Larenz, *Metodologia...*, pg. 188.

¹⁶Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 158.

¹⁷Larenz, *Metodologia...*, pg. 188.

¹⁸Larenz, *Metodologia...*, pg. 188.

¹⁹Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 163.

situações de facto justifica a mesma consequência jurídica, pois factos de igual natureza devem ter igual regulamentação ^{20,21}.

A estrutura do argumento analógico é a seguinte: “*Se se assume como premissa uma norma explícita a qual reconhece a uma certa factispécie uma certa consequência jurídica (...). Se se assume como ulterior premissa que a factispécie que disciplina a coisa é semelhante num perfil essencial à factispécie não prevista (...). Conclui-se construindo uma norma implícita, que reconhece a mesma consequência jurídica à factispécie não prevista (...)*” ²²⁻²³.

A analogia inculca uma conclusão indutiva, do particular para o geral ²⁴. O argumento do dogma da “*completezza*” do Direito é usado frequentemente a favor da integração do Direito ²⁵⁻²⁶.

4. RAZÕES DA APLICAÇÃO ANALÓGICA

O facto de não ter sido expressamente consagrado no Código não é impeditivo da aplicação analógica referida, pelas razões que anunciamos seguidamente.

4.1. O n.º 3 do art. 303.º foi uma alteração de última hora no Anteprojecto de Figueiredo Dias. O elemento histórico demonstra, pois, que a não previsão do acordo entre os sujeitos processuais se trata de uma lacuna involuntária, provinda de uma

²⁰Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 158; Larenz, *Metodologia...*, pg. 188.

²¹Ou seja, é necessário que:

- 1) Falte uma precisa disposição da lei para o caso a decidir (omissão literal e se sentido lógico da norma, não resolúvel por interpretação extensiva);
- 2) Haja igualdade jurídica, na essência, entre o caso a regular e o caso regulado (Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 160).

²²Riccardo Guastini, *Redazioni...*, pg. 99.

²³Relembrem-se as palavras luminosas de Francesco Ferrara, traduzidas por Manuel de Andrade: “*Analogia é harmónica igualdade, proporção e paralelismo entre relações semelhantes*”.

“*A ordem jurídica (...) não é massa inerte de princípios coexistentes, mas um corpo orgânico de normas intimamente conexas, e os princípios que lhe estão na base levam o germe de indeterminados desenvolvimentos*” (Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pgs. 158-159).

“*A analogia não é criação de direito novo mas descoberta de direito existente.*”

«*O juiz, quando aplica normas por analogia, não forja com livre actividade regras jurídicas, mas desenvolve normas latentes que se encontram já no sistema. Pois direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas; é também o conteúdo virtual de disposições não expressas, mas ínsitas todavia no sistema onde o juiz as vai descobrir.*»

«*As normas encontradas por analogia não são corpos estranhos intrometidos no organismo jurídico; são rebentos e desenvolvimentos do direito que lá está. (...)*”, sendo uma “*elaboração vinculada à lei*”. “*A obra do jurista é como a dum poeta que componha a rimas obrigadas*” (Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 164).

²⁴Engisch, *Introdução...*, pg. 289.

²⁵Riccardo Guastini, *Redazioni...*, pg. 98.

²⁶A ordem jurídica é uma atmosfera que circunda a vida social em toda a sua completeza, que lhe domina todos os movimemos, que não tolera espaço algum vazio de direito (*horror vacui*) (Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 156).

Embora o direito positivo “*não apresente disposição especial para certa matéria ou caso, há nele, porém, capacidade e força latente para a elaborar, e contém os germes de uma série indeterminada de normas não expressas, mas ínsitas e viventes no sistema*” (Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 157).

omissão involuntária²⁷. O elemento histórico não afasta, pelo contrário, postula a aplicação analógica dos números 2 e 3 do art. 359.º

4.2. A possibilidade de acordo na fase de instrução não é inconstitucional, na opinião de Marques Ferreira, uma vez que quem profere o despacho não intervirá no julgamento²⁸.

Em Itália, a “*Corte Costituzionale*” pronunciou-se também pela não inconstitucionalidade da disciplina do art. 423.º, havendo consenso do arguido, considerando não haver violação do princípio da obrigatoriedade da acção penal²⁹, nem o princípio da sujeição do juiz apenas à lei³⁰.

²⁷Ou de não se ter tido uma visão completa do assunto a regular (Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg.157).

²⁸Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 239.

Diferentemente, na fase de julgamento, Marques Ferreira entende que a solução legal de possibilidade de acordo é contrária à Constituição. Este Auror entende que o art. 359.º, n.º 2, viola flagrantemente o princípio do acusatório. Existe um acordo entre sujeitos processuais, mas relativo a factos que exorbitam o objecto do processo, englobando factos até aí excluídos. Assim, “*é o tribunal que vai julgar que, previamente, delimita o seu «novo» objecto de cognição, que como objecto processual sempre se manterá autónomo e diverso do inicialmente delimitado pelo MP, pois não se aceita que a vontade das «partes» possa em qualquer circunstância ser o pólo aglutinador do objecto do processo penal*” (*Da alteração...*, pg. 238). Deste modo:

- o art. 359.º, n.º 2, pode abarcar situações que sempre se manteriam fora do objecto do processo;
- há sempre pré-juízos de indicição que influem na formação da convicção do juiz;
- ora, a estrutura acusatória do processo penal é um imperativo constitucional, pelo que razões de economia processual não justificam o atropelo àquele princípio.

A solução legal de possibilidade de acordo, na fase de julgamento, padeceria de inconstitucionalidade. Ainda que assim não fosse, sempre se poderia aplicar o art. 43.º, n.º 1, por haver um motivo adequado a gerar desconfiança sobre a imparcialidade do juiz (Marques Ferreira, *Da alteração...*, pgs. 238-239).

Com o devido respeito, não acompanhamos estas críticas. O regime do n.º 1 do art. 359.º existe em benefício do arguido. Se este, juntamente com outros sujeitos processuais, concorda com o prosseguimento do processo, não há razões para a sua vontade não ter um conteúdo positivo juridicamente relevante. Lembre-se o princípio da presunção de inocência. A “*ratio*” desta ideia encontra-se também vertida no art. 358.º, n.º 2, que refere:

“*Ressalva-se do disposto do número anterior o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa.*”

Como refere o Professor Beleza dos Santos, consideração que vale também para o caso de acordo, “*Se é próprio réu que alega esses factos, não existe uma imputação feita de surpresa contra êle, mas uma defesa que ele mesmo deduziu e se habilitou a primar, em devido tempo*” (*A sentença condenatória...*, pg. 17).

Germano Marques da Silva considera que o acordo se justifica por um princípio de economia processual, permitindo a reformulação da acusação (Curso..., III, pg. 126).

Como refere o Preâmbulo do C.P.P., “*abundam no processo penal as situações em que a busca de consenso, da pacificação e da reafirmação estabilizadora das normas, assente na reconciliação, vale como imperativo ético-jurídico*” (ponto 6. do Preâmbulo).

²⁹Ord. n. 11, de 1991.

³⁰Ord. n. 515, de 1991.

4.3. O consenso visa “melhorar as estruturas de comunicação entre os sujeitos e as diferentes formas processuais” (Figueiredo Dias ³¹).

Como refere Schreiber, “o tribunal não pode manter-se inacessível, como Júpiter a tropejar oculto atrás das nuvens, antes tem de se orientar também para o acusado, o seu ponto de vista sobre as coisas, as tensões e as controvérsias do processo” ³².

4.4. O processo penal moderno confirma a caracterização de um Direito penal funcional. No “deal”, acordo no processo penal, as estruturas do processo penal são flexibilizadas ³³.

Como refere Hassemer, “Os acordos desformalizam o processo penal, tornando-o mais barato e aumentam a capacidade da justiça penal de processar maior número de casos” ³⁴.

4.5. A solução não fere, pelo contrário, abona os princípios do Direito Processual Penal, designadamente os princípios da economia e da celeridade processual.

5. A PREVENÇÃO DE CONTRADIÇÕES NORMATIVAS

É indispensável o recurso à analogia, de modo a **evitar contradições** entre normas ou entre princípios. Como refere Canaris, “Semelhantes contradições representam uma violação da regra da **igualdade** à qual tanto o legislador como o juiz estão vinculados. O jurista tem, por isso, de recorrer a todo o seu arsenal metodológico para contrariar o perigo de contradições de valores ou de princípios” ³⁵. Tendo em conta o princípio da unidade e da correcção do Direito incorrecto, devem ser evitadas contradições no seio do ordenamento jurídico (Engisch) ³⁶. Não faz sentido que o regime do acordo exista na fase de julgamento e não exista na fase de instrução. Deste modo, deve haver uma complementação da lacunas conforme ao sistema. A analogia é um destes processos, sendo, pelas razões mencionadas, uma “*exteriorização metodológica do princípio da igualdade*” ³⁷.

6. ÂMBITO DO ACORDO

O acordo pode respeitar tanto quanto a factos destacáveis, autonomizáveis dos acusados, embora conexonados com os da acusação (em sentido formal ou em sentido material), como a factos não destacáveis.

Outra interpretação, restringindo aos factos novos, não parece ser correcta. Concordamos, pois, com Germano Marques da Silva, que refere que a lei não distingue se são autónomos ou não ³⁸.

³¹Apud Manuel da Costa Andrade, *Consenso e oportunidade*. Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo in *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Almedina, Coimbra, 1997, pg. 326.

³²Apud Manuel da Costa Andrade, *Consenso e oportunidade...*, pg. 326.

³³Hassemer, *História das Ideias Penais...*, pg. 68.

³⁴Hassemer, *História das Ideias Penais...*, pg. 69.

³⁵Canaris, *Pensamento...*, pgs. 207-208.

³⁶Engisch, *Introdução...*, pg. 310.

³⁷Canaris, *Pensamento...*, pg. 211.

³⁸*Curso...*, vol. III, pg.] 26 (nota).

Mediante o acordo, existirá um alargamento, havendo como que uma redefinição do objecto do processo, mediante a intervenção conformadora dos sujeitos no processo ³⁹, no âmbito de uma resolução rápida e eficaz.

Havendo acordo entre os sujeitos processuais, aplica-se o regime dos números 2 e 3 do art. 359.º, por analogia: a instrução prossegue, havendo a redefinição do objecto do processo. Nestes casos, é irrelevante a relação dos factos com os constantes do objecto do processo; desembocará na decisão instrutória de consenso (é o chamado “*caso julgado de consenso*” ⁴⁰, na fase de julgamento).

7. A POSSIBILIDADE DE ACORDO TÁCITO

Problema duvidoso e diverso é o de saber se existe a possibilidade de o acordo ser tácito (art. 217.º do C.C.).

O Acórdão do S.T.J., de 7 de Janeiro de 1999, considerou que seria possível o acordo ser tácito quanto ao M.P., mas considerou que deveria ser expresso quanto à defesa:

“Havendo o tribunal colectivo considerado no decurso da audiência que o arguido teria cometido o crime de que vinha acusado, não na forma de cumplicidade, como do libelo constava, mas como seu autor material, e tendo classificado essa situação de «alteração não substancial dos factos», quando na realidade representa uma alteração substancial dos mesmos, estando o Ministério Público presente e nada requerendo, bem como a defensora do arguido, à qual foi expressamente dada a palavra para esse efeito, configura-se o acordo exigido processualmente no art. 359.º, do Código de Processo Penal, para a continuação do julgamento pelos novos factos (tácito em relação ao Ministério Público e expresso por parte da defesa), pelo que não se configura a nulidade do art. 379.º, al. b) (...)” ⁴¹.

No intuito de assegurar o princípio da plenitude das garantias de defesa, julgamos que o acordo deverá ser expresso por parte da defesa, por três razões:

Em primeiro lugar, este entendimento parece resultar do n.º 2 do art. 359.º, sendo a sua “*ratio*” igualmente transplantável, por analogia, para a fase de instrução.

Como segunda consideração, em homenagem ao princípio da lealdade processual, inerente à estrutura do processo penal (os princípios deontológicos que regem os operadores judiciais integram de algum modo os princípios jurídicos ⁴² (Germano Marques da Silva)), o juiz deverá confirmar se os sujeitos processuais estão de acordo.

Em terceiro lugar, decorre da função residual do n.º 1 do art. 32.º: O elenco das garantias discriminadas dos números 2 e seguintes do art. 32.º “*não é exaustivo*”, como refere o Tribunal Constitucional (no Acórdão n.º 173/92, de 7 de Maio); o n.º 1 tem “*um conteúdo residual que permite ao intérprete constitucional a ponderação de questões não expressamente previstas nos demais números*” ⁴³.

³⁹António Leões Dantas, *A definição...*, pg. 103. O único limite é o de que não pode extravasar o processo.

⁴⁰Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos...*, III, pg. 90.

⁴¹Cit. por António Augusto Tolda Pinto, *A tramitação...*, pgs. 929-930, 992-993.

⁴²Germano Marques da Silva, *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. Os princípios democrático e da lealdade em processo penal* in *DJ*, vol. VIII, tomo 2, pg. 30.

⁴³Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 173/92, de 7 de Maio, in *Direito Processual Penal. Jurisprudência, Casos Práticos e Exames*, Frederico Isasca, SPB, 1994, pg. 287.

Segundo GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, o art. 32.º, n.º 1, da Constituição “*serve também de cláusula geral conglobadora de todas as garantias que, embora não explicitadas nos números anteriores, hajam de decorrer do princípio da protecção global dos direitos de defesa do arguido em processo criminal « Todas as garantias de defesa» englobam indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação (...) Este preceito pode portanto ser fonte autónoma de garantias de defesa*”⁴⁴.

SÍNTESE CONCLUSIVA

“*De jure condito*”, dever-se-á primeiramente permitir o acordo entre os sujeitos processuais, por aplicação analógica dos números 2 e 3 do art. 359.º

Esta solução não é inconstitucional.

O seu campo de aplicação pode ser constituído por factos não autonomizáveis ou por factos autonomizáveis.

O acordo deverá ser expresso por parte da defesa, asserção que advém da função residual da cláusula do art. 32.º, n.º 1, da Constituição, e da consideração do princípio da lealdade processual.

⁴⁴ Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, pg. 202.

Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA (in *Os direitos fundamentais atípicos*, diss., Aequitas, Lisboa, 1995, pg. 317) que de um modo menos lato, refere que o art. 32.º, n.º 1, “*contém uma frase meramente sistematizadora de todo o artigo. incapaz, por isso, de permitir o alargamento a outras garantias processuais criminais atípicas: além do uso do tempo verbal no futuro, habitual em normas pragmáticas, a apontar um caminho ao legislador, a sua inserção logo no n.º 1 do art. 32.º da CRP tem um objectivo de justificar o elenco tão numeroso desses tipos de garantias*”.