

Os Juízes e a Reforma Penal

01-Dez-2008

Aos políticos, a Lei ou serve, e é para manter, ou não serve, e modifica-se.

O sistema penal está gizado para que aos juízes seja assacada o grosso da quota-parte da responsabilidade:

- 1) pela fragilização do sistema;
- 2) pela falência das políticas de justiça;
- 3) pela falta de destreza

no manejo dos instrumentos jurídicos que para os políticos serão sempre e a cada momento os mais adequados, avançados e aptos a fazer face aos desafios da (post)modernidade; 4) pelo atavismo na compreensão dos novos paradigmas que os deslumbrantes horizontes da globalização e do novo mundo das novas tecnologias de informação desvelam á cidadania.

OS JUÍZES E A REFORMA PENAL

POR DR. GABRIEL CATARINO

JUIZ DESEMBARGADOR

Acerca da

oportunidade perdida pelo legislador especial das alterações ao Código de Processo Penal de 2007 - embora em artigo de 10 (dez) pontos o seu mentor num jornal nacional ("Público") se tivesse esforçado por justificar a dignidade da unidade de missão que gizou as alterações asseverando tratar-se de uma lídima e escorreita "reforma" - e que culminou com as alterações produzidas pelas Leis 48/2007, de 29.08 e 59/2007, de 04.09 já, em momento ajustado, se pronunciaram vozes que, pela autoridade científica, deveriam ter tido o acolhimento, não regateado em outros foros, mas que andarilhos da política e debutantes em magistratura avulsa, desdoiram e desbordam - cfr. Manuel da Costa Andrade, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137.º, nºs 3948 e 3949; sob o título "Bruscamente no Verão passado", a reforma do Código de Processo Penal".

Aos políticos, a Lei ou serve, e é para manter, ou não serve, e modifica-se.

A asserção contida na proposição anterior, na crueza e impiedade que contém, não é lançada de modo leviano. Na espuma das notícias vem, a maior parte das vezes, a verdade das intenções. Lapidar, para quem possui formação em análise de informação, é a parémia inscrita em quase todos os serviços de informações do mundo de que "nada do que parece, é". Neste caso - da reforma penal, o que se anunciava, aconteceu. Os políticos não levaram a bem atitudes - não curamos, aqui e agora, de as ajuizar - que os atingiram na sua lide interna e pensaram que os juízes estavam a intrometer-se em campos que lhe estavam vedados e sobre os quais não lhe competia exercer o controle legal. Interceptar comunicações - ainda que não de forma directa - de agentes políticos, incluir em álbuns de fotográficos destinados ao reconhecimento de pessoas envolvidas em supostas práticas delitivas individualidades proeminentes do Estado - alguns viriam a ser, em

momentos posteriores, desaconselhados a candidatar-se a determinados lugares por supostamente estarem envolvidos em práticas similares - "invadir" o ícone inviolável da representação popular para comunicar a prisão de "um dos seus" foram algumas das afrontas que determinaram a necessidade de mudança dos paradigmas processuais estabelecidos em diversos consensos anteriores, alguns dos quais patrocinados pelo "giro de função".

O presságio que se anunciava acabou por acontecer nas revisões operadas em diplomas fundamentais para o ordenamento da política criminal, do processo e do direito penal. Se como advogava Roxin - na urbe acolitado por Figueiredo Dias [1] - aquando da reforma que se encetou no ordenamento jurídico-legal substantivo do pós-guerra, e contra a doutrina dominante encimada por Welzel, que deve ser a político-criminal arrimada aos valores constitucionalmente consagrados o cimento agregador de um direito penal ético-socialmente validante então teremos que convir que a conformação do que hoje se constitui o edifício jurídico-penal teremos que o buscar na lei de política criminal. É efectivamente aí que o legislador indígena fazendo jus ao que parece ser uma tendência dos políticos, ou seja de transferir a responsabilidade pelo que de mal ocorre no domínio da aplicação da lei para outros actores que não ele. [2]

As leis aprovadas - "Bruscamente no Verão passado" [3] - suscitaram, na imediata execução de alguns dos preceitos emblemáticos, como o da confessada e expressa intenção de redução da população prisional, um coro de críticas quando se contabilizaram o número de presos preventivos que beneficiaram do encurtamento dos novel regime de prisão preventiva e de liberdade condicional. Hoje a critica mantém-se, mas com sinal contrário, por virtude da pretensa onda de criminalidade que perpassou pelo verão passado. Como já se deixou entrever muda-se a história e os políticos não têm pejo em mudar a consciência (afinal os políticos também terão alguém que lhes tenha dado um lamiré de Luhmann [4].

Desresponsabilizar-se, alijar críticas, escamotear problemas e desviar atenções do essencial são os verbos que se conjugam quando os políticos se cometem ao papel de produzir legislação em matérias em que a sensibilidade social já foi exponenciada, opada e previamente adubada pelos alertas de potenciais perigos como aqueles que podem advir de uma república de juizes ou em que estes assumissem um papel de controle dos actos pessoais e institucionais dos "eleitos/ungidos" do povo. Não passou em claro a desresponsabilização assumida no diploma que estabelece a lei quadro de política criminal quando aí se prescreve que compete ao procurador-geral aprovar as directivas e instruções genéricas destinadas a fazer cumprir as prioridades previstas no artigo 4.º - cfr. artigo 9.º da Lei n.º 51/2007, de 31.08. Constituindo-se a política criminal reserva do politico enquanto projecto que devendo constar dos programas eleitorais deve ser legitimado, retrospectivamente e prospectivamente, como advoga o Prof. Gomes Canotilho, não se compreende que o poder politico transfira para outras entidades a responsabilidade pelo eventual não cumprimento dos objectivos programáticos que propuseram a escrutínio e viram sufragado pela vontade expressa.

O sistema penal está gizado para que aos juizes seja assacada o grosso da quota-parte da responsabilidade:

1) pela fragilização do sistema;

2) pela

falência das políticas de justiça;

3) pela falta de destreza no manejo dos instrumentos jurídicos que para os políticos serão sempre e a cada momento os mais adequados, avançados e aptos a fazer face aos desafios da (post)modernidade;

4) pelo atavismo na compreensão dos novos paradigmas que os deslumbrantes horizontes da globalização e do novo mundo das novas tecnologias de informação desvelam à cidadania.

Esburgando cada um dos pontos referidos (e tão só estes pela exiguidade do espaço) não se antolhará difícil acoimar os juizes (no sentido amplo de rostos visíveis do sistema de justiça) de debilitarem o sistema penal quando, a um tempo, lhe são requestadas duas funções aparentemente antitéticas, a saber, por um lado, a defesa dos valores constitucionalmente consagrados e, por outro, a preservação dos níveis de criminalidade, vale dizer da tranquilidade e paz sociais exigíveis para uma convivência societária saudável e desopressa, que em qualquer sociedade organizada não poderá ultrapassar determinados patamares (segundo os estudiosos da criminologia os níveis de criminalidade não deverão ultrapassar os 10% e 15%). Congraçar estes dois pólos dialécticos - defesa de direitos fundamentais versus repressão de direitos - exige um equilíbrio e um sentido de aplicação de princípios rectores que, na pendência da funcionalidade jurisdicional, há-de, de ordinário, pender para que os direitos dos cidadãos se vejam argamassados em detrimento das políticas de repressão. Não se peça a um juiz que reprima, exija-se-lhe que aja de acordo com a lei e com os valores prevalentes na sociedade. Não se exija que aja para fins que não os da pessoa e do indivíduo enquanto sujeito e actor da vida social e desborde do sentido comum em nome de política conjunturais e momentâneas.

Relativamente ao segundo dos pontos indicados, os juizes não poderão ser sujeitos passivos das políticas criminais em que não são chamados a participar e para as quais não foram motivados e incentivados a colaborar. O Prof. Costa Andrade fez eco desta carência da lei de política criminal em artigo publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 3938, Ano 135.º, quando a refere que "o afastamento deliberado do

Tribunal é tanto mais significativo quanto é certo que o problema dos destinatários da política criminal segundo a Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, foi um daqueles em que ao longo do processo de gestação do diploma foram operadas transformações - pelo menos aparentemente mais profundas. Temos em vista as alterações, já recenseadas no contexto deste escrito, e que pretenderam dar guarida à problemática da execução das reacções e da reinserção social. Só que a abertura desta janela sobre as questões da execução das reacções criminais e, particularmente, da ressocialização, não exerceram sobre o espírito do legislador o impulso bastante para o levar a intuir o papel e a função, insupríveis e únicas, do Tribunal na prossecução de uma política criminal digna desse nome." Uma lei de política criminal que afasta e descarta um dos agentes axiais da sua execução não pode depois servir-se dos "enjeitados" como bodes expiatórios da eventual falência. Não se pode pedir aquilo que não se soube angariar.

A mediática "onda de criminalidade" do Verão passado trouxe á ribalta os "pagadores de contas de serviço" que acoimados pelo crescendo de insegurança auscultada e esporeada pelos meios de comunicação social se apressaram a transferir/projectar para os aplicadores da lei os deletérios efeitos da pretensa "inconsequente e enviesada aplicação das leis processuais penais". As leis eram boas, o corporativismo e a arreigada má vontade dos aplicadores da lei, maxime dos juizes, é que

possibilitava que os assaltantes fossem presos e soltos de imediato, não fossem acolhidas as requestas relativamente aos mandados de busca pedidos para "bairros problemáticos". Entretanto, contra avisos de toda a sociedade jurídica (malgrado vozes dissonantes de expressão irrelevante), o legislador havia feito promulgar a lei de responsabilidade civil extracontratual de Estado e demais entidades públicas em que o conceito de erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto suscitava dúvidas e receios, principalmente em quem no início de carreira tivesse que enfrentar situações de contornos nebulosos e de complexa apreciação. (Não estariam de todo desavisadas). Não podendo constituir-se como óbice de plena realização do múnus jurisdicional não se poderá criticar alguma retracção no exercício desafogado da funcionalidade escorreita do julgador. O facto é que, como se pôde recentemente comprovar, o número de prisões preventivas não diminuiu, ao invés aumentou, e não teria sido necessário torpedear os princípios basilares do direito processual penal e remendar, abastardando, uma lei especial acrescentando-lhe normas privativas do ordenamento jurídico-processual. Referimo-nos aos acrescentos, espúrios e malsãos, com que se pretende atalhar a criminalidade concernente ao uso de armas de fogo apondo novos requisitos (mais apertados) para o decretamento da medida de prisão preventiva desde que o crime tenha sido executado com recurso a armas de fogo. Não se terá esquecido o legislador, na apressada resposta política com que quis presentear a comunicação social, que a aplicação das medidas de coacção continuam a depender dos mesmos cardeais pressupostos e que desde que estes se não verifiquem bem pode acrescentar novos tipos de ilícito ou circunstâncias agravativas que o juiz continuará a fazer depender a imposição das medidas da prévia verificação dos pressupostos nucleares.

Não podem é os juízes ser acoimados se, em concreto, não se verificam os pressupostos de que a lei faz depender a imposição de uma medida de coacção. Não se peça a um juiz o que a lei não pode acoitar.

Por último a desadaptação dos juízes às novas formas de criminalidade (vale dizer aquelas que decorrem da globalização e dos meios de informação que conlevam). Se fossem só os juízes não viria daí o mal ao mundo. Ao fim e ao cabo os juízes funcionam no fim da cadeia de repressão. Ponto é que esse desfazamento e essa incapacidade de compreensão e apreensão dos fenómenos da criminalidade transnacional (assim chamada embora discordemos da terminologia por intensas razões que não virão a propósito, aqui e agora) não são privativos dos juízes mas antes, e com acréscimo de responsabilidade, dos administradores da política, nomeadamente daqueles que levam o múnus da segurança e da justiça. Sem querer esmiuçar as sandices que foram ditas ao longo de todo o afobado processo do Verão passado diremos apenas que num país com serviços de segurança (aqui incluídos os serviços de informação que nos termos da lei de segurança integram o lote dos serviços de segurança interna) condignos grande parte dos epifenómenos criminais ocorridos não teriam acontecido ou pelo menos não teriam acontecido com a extensão e a intensidade com que forma noticiados. A incapacidade de prever os fenómenos criminais (por ausência de um instituto actuante e integrado no conspecto da segurança interna, como acontece com o Instituto de Estudos Policiais, em Espanha), a dificuldade de articular as diversas forças de segurança, a ausência de informações policiais a nível estratégico (como acontece na Grã-Bretanha) e todo um conjunto de medidas a actuar no plano preventivo levam a que os agentes políticos na sua incapacidade, ignorância e incompetência transfiram as responsabilidades para quem tem o dever de aplicar a lei e de o fazer de acordo com os princípios plasmados na Constituição da República Portuguesa.

Ao juiz não pode ser pedido que execute as tarefas que a outras entidades está cometido realizar, do mesmo passo que o pastor não poderá guardar convenientemente as ovelhas se estiver desprovido dos meios que impeçam a aproximação dos

predadores.

[1]"A primeira consequência é a de que as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem agora ser não simplesmente "penetrados" ou "influenciados por considerações político-criminais: eles devem ser determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema.

A segunda consequência. A política criminal, de ciência simplesmente competente para as tarefas da reforma penal, cujas proposições, por conseguinte, não podiam ser levadas em conta pelo jurista senão no plano de iure constituendo, toma-se em ciência competente para, em último termo, definir os limites da punibilidade.

As duas consequências acabadas de alinhar permitem uma inferência à qual, em face do seu relevo fundamental, se poderá conferir autonomia. Se o aparelho conceitual da dogmática jurídico-penal deve ser determinado a partir de proposições político criminais: e se desta forma, mas por outro lado, é à política criminal que pertence definir as fronteiras da punibilidade - então, sem por isso perder a sua Intenção especificamente (e dir-se-á mesmo: autenticamente) jurídica, a política criminal surge como uma ciência transpositiva, transdogmática e trans-sistemática face a um qualquer direito penal positivo. A sua função última consiste em servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito constituendo, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinado dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização. E todavia, apesar da predominância que assim se atribui à política criminal no contexto da ciência conjunta do direito penal, ela haverá em todo o caso de se condicionar estritamente pelos fundamentos jurídico-políticos da concepção do Estado, quer dizer, ela é imanente ao sistema jurídico-constitucional. A esta luz surgirá especialmente justificada a afirmação anterior de que não é exacto que a política criminal possa e deva fazer apelo directo e imediato ao sistema social como tal para estabelecimento das suas finalidades e das suas proposições. Exacto é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devem, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição. Apenas desta maneira poderá de resto a política criminal, como deve, conceder uma importância primária à protecção dos direitos, das liberdades e das garantias de toda e qualquer pessoa, incluído o delinquente mais empedernido". (Dias, Jorge Figueiredo, "Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime", Coimbra editora, 2007,35)

[2] Como escreve Sebastián Linares, in "La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes" "Según parece, el control judicial de las leyes es una institución muy atractiva para las elites políticas en un contexto de

apertura democrática como el de la tercera ola. Esto es así porque normalmente la apertura democrática genera un marco de incertidumbre, un contexto en el cual los líderes políticos temen perder el poder en las elecciones futuras. En esas condiciones, los gobernantes prefieren consagrar una suerte de «seguro institucional», una suerte de escudo protector capaz de resguardar sus intereses más elementales en el caso de que sus oponentes asuman el poder. La revisión judicial en manos de un tribunal independiente aparece, así, como un mecanismo que reduce el riesgo de los gobernantes actuales en el caso de perder el poder en el futuro (GINSBURG, 2003; HIRSCHL, 2005: 478). - "Sebastián Linares, "La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes", Marcial Pons, 2008.

[3] Cfr. Costa Andrade; Manuel, revista citada.

[4] Sobre a consciência como norma de moralidade, mecanismo de auto-regulação da identidade pessoal e instância de autodeterminação normativa da personalidade veja-se La Torre Díaz, Francisco Javier, in "Ética y Deontología jurídica", Dykinson, Madrid, 2000, págs. 207 a 209.

GABRIEL CATARINO | OPINIÃO DO FÓRUM PERMANENTE JUSTIÇA INDEPENDENTE | 01.12.2008