

O princípio da diversão e o Ministério Público: um viés lusitano

*The Principle of Diversion and The Public Ministry: A Portuguese Approach**

JAYME WEINGARTNER NETO

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul; Mestrando em Direito na Universidade de Coimbra; Coordenador do Curso de Direito da Ulbra, Campus Cachoeira do Sul; Professor licenciado na Escola Superior do Ministério Público; Professor-Assistente da disciplina de Direito Penal.

RESUMO

O princípio da diversão tem raiz político-criminal plantada no Estado Democrático de Direito. Na sua concretização processual penal, o Ministério Público é instância privilegiada de harmonização de regras processuais e preceitos constitucionais, como demonstra a experiência portuguesa.

Palavras-chave: *Processo Penal, princípio da diversão, Ministério Público, Direito Comparado.*

ABSTRACT

The principle of diversion has a political-criminal origin, rooted in the Democratic State of Law. In its penal processual concretization, the Public Ministry is the privileged instance of the harmonization of processual rules and constitutional precepts, as has been demonstrated by the Portuguese experience.

Key words: *Penal Process, principle of diversion, Public Ministry, Comparative Law.*

* O presente texto foi apresentado como relatório de Direito Processual Penal no seminário dirigido pelo Professor Doutor José Francisco de Faria Costa, no âmbito do Mestrado na área de Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em junho de 2000.

1 INTRODUÇÃO E APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

O único herói capaz de cortar a cabeça à Medusa é Perseu, que voa de sandálias aladas, Perseu que não volta os olhos para o rosto da Górgona mas só para a sua imagem reflectida no escudo de bronze. (...) Para cortar a cabeça da Medusa sem se deixar petrificar, Perseu apoia-se no que há de mais leve, o vento e as nuvens; e fixa o olhar no que só poderá revelar-se-lhe numa visão indirecta, numa imagem captada num espelho. (...) A relação entre Perseu e a Górgona é muito complexa: não acaba com a decapitação do monstro. Do sangue da Medusa nasce um cavalo alado, Pégaso; o peso da pedra pode-se converter no seu contrário; com uma patada no Monte Hélicon, Pégaso faz jorrar a fonte em que bebem as Musas. (...) Quanto à cabeça cortada, Perseu não a abandona mas leva-a consigo, fechada num saco; quando os inimigos estão prestes a vencê-lo, basta que ele a mostre, erguendo-a pela cabeleira de serpentes, e este sangrento despojo torna-se uma arma invencível nas mãos do herói: uma arma que ele só usa em casos extremos e só contra quem merecer o castigo de se transformar em estátua de si próprio. (...) Perseu venceu uma nova batalha, massacrou à espadeirada um monstro marinho, libertou Andrômeda. E agora dispõe-se a fazer o que qualquer um de nós faria após uma façanha deste género: vai lavar as mãos. Neste caso o seu problema é onde colocar a cabeça da Medusa. E aqui Ovídio tem versos que considero extraordinários para exprimir a delicadeza de alma que é necessária para se poder ser um Perseu, vencedor de monstros: 'Para que a rija areia não desgaste a cabeça anguímoca, amolece o terreno com uma camada de folhas, estende sobre esta algas nascidas debaixo das águas e aí depõe a cabeça da Medusa, de cara para baixo'. Parece-me que não se poderia representar melhor a leveza de que Perseu é o herói, do que com este gesto de refrescante gentileza para com aquele ser monstruoso e tremendo, mas também de certo modo frágil e deteriorável. Mas a coisa mais inesperada é o milagre que se segue: as algas em contacto com a Medusa transformam-se em corais, e as ninfas para se enfeitarem

de corais acorrem aproximando ramos e algas da terrível cabeça.”¹

Ao analisar-se o princípio da diversão, que surge no seio de uma política criminal tendencialmente efetivadora do Estado Democrático de Direito, nas suas concretizações processuais penais – e, de maneira correlata, ao enfatizar-se o papel catalisador do Ministério Público como instância formal de controle e agente político -, é possível clarificar diversas interações entre o sistema processual penal e o direito constitucional, numa via de mão dupla: a essencial politicidade de regras processuais e a densificação jurídica de preceitos constitucionais. Demonstrar tal caminho é a intenção do presente texto.

Numa primeira aproximação, diversão é um conceito reflexivo, que não prescinde de sua referência a um processo normal/padrão de solução dos litígios penais. Assim, toda tentativa de solucionar um conflito jurídico penal *fora do curso normal da Justiça Penal* é, genericamente, um *modo desviado, diferente, divertido*.² Avançando, interessam mais precisamente as resoluções obtidas antes da determinação da culpa, o que retira do âmbito deste trabalho uma série de institutos que, não obstante, comungam de alguns postulados e finalidades (penas alternativas, *probation*, *sursis* etc.).

Expressão sinônima, menos anglo-saxônica, é **desjudiciarização**, termo que já indica a grande relevância que assumem, nestes casos, as instâncias formais de controle pré-judiciais, nomeadamente a polícia e o Ministério Público. No caso, por questão de espaço e opção metodológica, o foco central recairá na magistratura do Ministério Público.*

Ainda previamente, convém ressaltar que é do cerne do próprio instituto a participação voluntária do infrator/arguido/suspeito, sendo sua adesão consciente às finalidades elemento fundamental.

¹ CALVINO, Ítalo. *Seis propostas para o próximo milénio (lições americanas)*. 3ª ed. Lisboa, Teorema, 1998, trad. José C. Barreiros. pp. 18-20. As referências literárias estribam-se, conscientemente, na busca do resgate de um dos tipos de racionalidade moderna, talvez o mais esquecido em nosso campo de atuação, a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura, acanhada diante da racionalidade moral-prática do Direito e esmagada pela cognitivo-instrumental das ciências. Conceitos jurídicos, por vezes, nessa perspectiva, ganham expressão superior. A classificação, a retrabalhar Weber, encontra-se em SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. Porto, Afrontamento, 1999. p. 193.

² COSTA, José Francisco de Faria. *Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?* Coimbra, 1986 - separata do v. LXI (1985) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 5.

* Este o “status” constitucional do Ministério Público em Portugal, cf. infra, item 4.

Outro corte aqui impositivo é afastar o texto do desenvolvimento da *mediação*, cujo conceito essencialmente não diverge da “*diversion*”, com nota distintiva, selo específico, isto é, a intervenção de um mediador, terceiro que entra no conflito buscando harmonizá-lo, reconciliar as partes mercê de estratégias comunicativas que privilegiam os espaços consensuais e cooperativos.³ Papel que é protagonizado por uma série de atores, preferencialmente não jurídicos e num contexto privado, dependendo das nuances histórico-valorativas das diversas comunidades.

Sem desmerecer a possibilidade aberta pela mediação, seu estágio ainda comporta riscos excessivos, eventualmente mais potenciadora que apaziguadora de conflitos, a par da pressuposição de intervenientes – sensíveis ao consenso – na mesma posição, o que é meramente formal em face do consabido desequilíbrio na distribuição dos bens, materiais e simbólicos, a reforçar posições sociais de domínio. Ademais, ao revés da arbitragem, na mediação há que se encontrar solução que seja aceita pelas partes, já que os mediadores não têm poder para compelir à resolução do conflito. Sem embargo, o terceiro imparcial tem grande valor nos casos que envolvem “relações permanentes” – família, vizinhança, colegas de trabalho.⁴

A Associação Internacional de Direito Penal, no colóquio de Tóquio (março de 1983), ao versar sobre o tema, limitou a discussão aos desvios do processo criminal ordinário, antes de uma declaração judicial de culpa, que termina com o caso sem um julgamento por um tribunal, propiciando ao suspeito a participação em algumas formas de programas não-penais, cujo propósito não é punir o transgressor, mas reabilitá-lo ou solver o conflito subjacente à infração.⁵

2 TIPOLOGIA DA DIVERSÃO E DISTINÇÕES

Segundo a classificação explanada por Faria Costa⁶, a diversão, como gênero, comporta algumas espécies, como segue:

³ COSTA, *Diversão*, op. cit., p. 6.

⁴ « Actes du Colloque (Dejudiciarisation – Diversion – et Mediation) tenu à Tokyo, Japon 14-16 mars 1983 », *Revue Internationale de Droit Pénal* 54 (1983), pp. 894-5.

⁵ *Revue Internationale de Droit Pénal* 54 (1983), p. 894.

⁶ COSTA, *Diversão*, pp. 21-4.

- a) *Diversão simples* – presente quando a solução imediata do conflito opera-se nas instâncias formais de controle pré-judiciais (polícia ou Ministério Público), sendo de notar-se que se conjuga mais facilmente com o princípio da oportunidade, embora ocorra, na prática da pequena criminalidade, também em sistemas de legalidade (desjudicialização na solução de conflitos em face da seletividade/discricionariedade real, eventualmente encobertas por argumentos de “insuficiência de provas” etc.). Exemplos o § 153 da StPO (ordenação processual alemã) e o art. 280 do Código de Processo Penal Português (CPP);⁷
- b) *Diversão com intervenção* – ocorre quando a suspensão do processo é obtida contra injunções e regras de conduta impostas pelo Ministério Público ao arguido. Há, aqui, intercessão formal do órgão estatal e conformação da conduta do arguido, sempre por adesão voluntária, emblemáticos o § 153 a da StPO e o art. 281 do CPP;⁸
- c) *Diversão por mediação* – embora já referida no item 1, merece ainda relevo a *mediação mitigada*, que se aperfeiçoa nos crimes privados ou semipúblicos, sempre que não desencadeado o impulso persecutório pelo ofendido, podendo-se prescindir de mediador preciso.⁹

Difere, todavia, a solução divertida (de natureza processual) das vias substantivas (não obstante partam de axioma idêntico) da *descriminalização*¹⁰ – quando o legislador subtrai a dignidade penal de uma infração, desqualifica determinada conduta que deixa de ser crime¹¹ – e da

⁷ Adiante desenvolvidos.

⁸ Idem.

⁹ A noção é desenvolvida por Faria Costa (*Diversão*, p. 24), ao notar que “a não apresentação de queixa ou de acusação particular pode ser o resultado de um conjunto de forças conflitantes que foram mediadas – e aqui indiscutivelmente – pelo portador histórico do bem jurídico ofendido”.

¹⁰ DIAS (Jorge de Figueiredo), ANDRADE (Manuel da Costa). *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra, 1992, referem-se a uma descriminalização de fato: não aplicação da lei incriminatória por força da renúncia da vítima (situação que se qualificou, supra, de mediação mitigada) ou como efeito das cifras negras (p. 401).

¹¹ ZAFFARONI (Eugenio Raúl), PIERANGELI (José Henrique). *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, conceituam assim a descriminalização: “é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal. Isto é o que propõe o Comitê Europeu para a Descriminalização em relação a vários delitos: cheques, furtos em fábricas pelos empregados, furtos em grandes lojas etc.” (p. 357), que pode ser “de fato”, quando o Estado deixa de agir, sem que formalmente tenha perdido competência (exemplo seria o adultério no Brasil), mas “na maioria dos casos o que se propõe é que o Estado intervenha apenas de modo não punitivo: sanções administrativas, civis, educação, acordo etc.” (p. 358)

*despenalização*¹², em que persiste o ilícito com diminuição, redução da sanção aplicável, ou, mesmo, pela remessa da solução repressiva para outro ramo jurídico, caso das ordenações sociais.¹³

No caso da diversão, remanesce a infração intocada na sua dignidade penal, mas é em nível de processo¹⁴, a afastar-se do formalismo regular, que se busca solução diferente, que prescindir da juridicização. O que não coincide com a *bagatela*, instituto de direito material que significa dispensa de pena (ausente requisito preventivo) em caso de culpa e ilicitude diminutas. É o caso do art. 74 do Código Penal Português; ao revés da diversão, porém, que solve a questão antes da declaração de culpa, “para que se faça uso desta medida é, assim, necessária a verificação de um juízo de culpa”.¹⁵

3 INCURSÃO POLÍTICO-CRIMINAL

Indagar-se da origem e razões da profusão de medidas divertidas exige adentrar na Política-Criminal que, ao ocupar-se da reformas do direito vigente, projeta o direito como deveria ser¹⁶, levantando preciosa ponte entre a

¹² Segundo Zaffaroni, “é o ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade” (*Manual*, op. cit., p. 358).

¹³ Questiona-se, aqui, a mera burla de etiquetas, neste sentido a inclinar-se Faria Costa, taxando a transposição tópica de “falsa diversão”. Sugestivamente, “a infração deixou o mundo jurídico-penal, mas ainda gravita no universo jurídico-penal” (*Diversão*, p. 44), embora se reconheçam traços divertidos e fatores positivos, tais como menor estigmatização e diminuição da sobrecarga dos tribunais. Para um aprofundar da questão do direito de mera ordenação social, na sua especificidade em relação ao direito penal, vide COSTA, José Francisco de Faria. *Les problèmes juridiques e pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif-pénal*. Coimbra, 1988 - separata do v. LXII (1986) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 45 pp.

¹⁴ “*Diversificação* é a possibilidade legal de que o processo penal seja suspenso em certo momento e a solução ao conflito alcançada de forma não punitiva. É o que acontece no ‘sistema de prova’ anglo-saxão ou o que está sendo tentado em alguns países a respeito dos maus-tratos a crianças. No Brasil, a Lei 9.099, de 26.09.1995, retrata esta tendência. O mesmo ocorre no Peru, com a Lei 26.320, de 02.06.1994 e com o código de processo penal colombiano de 1991” (ZAFFARONI, obra citada, p. 358). “Em geral, todas essas tendências têm sido criticadas por parte dos criminologistas contemporâneos sob o fundamento de que são produto da crise fiscal do Estado e tendem a trocar o controle institucional pelo controle difuso na sociedade, o que levaria a uma ‘extensão’ da prisão a toda a sociedade. Cremos que estas objeções não se dirigem às tendências em si mesmas, mas às mudanças estruturais que podem ocorrer nas sociedades centrais, e que em nada afetam o juízo que possam merecer do ponto de vista de nossas sociedade periféricas” (idem). Discorda-se da inclusão da *probation* no espectro da diversão, por pressupor determinação de culpa, como anotado já na introdução. Quanto à lei nº 9.099, do Brasil, vide infra (item 8).

¹⁵ GONÇALVES, Maia M. *Código Penal Anotado*. 13ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1999. pp. 263-4.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Civitas, 1999. Tomo I, trad. da 2ª ed. Alemã por Diego-Manuel Luzón Peña “et alli”. p. 24.

dogmática jurídico-penal e a criminologia.¹⁷

É dado de percepção geral a crise da sociedade moderna (que para alguns é já, na falta de termo mais adequado, pós-moderna¹⁸), sendo uma de suas facetas mais visíveis a crise de aplicação da justiça, no bojo de transições paradigmáticas mais amplas.¹⁹

Análises doutrinárias, em muito confluentes, iluminam à perfeição tal contexto, no prisma que ora interessa (em que pese a síntese):

3.1. Figueiredo Dias²⁰ descreve a desordem dos modelos de política-criminal identificados por Galtung como azul e vermelho²¹, o que culmina na crise da política-criminal.

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed. cor. e ampl. Granada, Editorial Comares, 1993. trad. José Luis Manzanares Samaniego. pp. 36-7.

¹⁸ Acredita-se que o paradigma da modernidade, cientificista, de leis causais rigorosas, de um determinismo mecanicista, apresenta já rachaduras irrecuperáveis - a relatividade da simultaneidade (Eistein), a alteração do objeto pelo observador (física quântica, Heisenberg), a teoria das estruturas dissipativas, a ordem através de flutuações (Prigogine), e muito mais, a clamar por um paradigma emergente, científico (um conhecimento prudente) e social (uma vida decente). Um conhecimento que é sempre autoconhecimento e que visa a constituir-se em senso comum: “Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por elas.” Um senso comum retórico e metafórico, que “não ensina, persuade”, no qual “A prudência é a insegurança assumida e controlada” (SANTOS, *Um discurso sobre as ciências*, 11ª ed. Porto, Afrontamento, 1999, pp. 55-7).

¹⁹ O período de transição que atravessamos será “caótico” e “su resultado ultra-incierto”, discurso de Immanuel Wallerstein (*El fin de las certidumbres y los intelectuales comprometidos*) ao receber o doutorado “honoris causa” da Universidade de Puebla, 23/9/99 – <http://fbc.binghamton.edu/iwbuap.htm>

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993.

²¹ É notável a eficácia da metáfora visual, quanto mais cromática, numa sociedade dominada pelas imagens, que padece da pulsão do olhar. De forma impressiva: “as sociedades, tal como os indivíduos, usam espelhos e fazem-no de um modo mais feminino do que masculino. Ou seja, as sociedades são a imagem que têm de si vistas nos espelhos que constroem para reproduzir as identificações dominantes num dado momento histórico. São os espelhos que, ao criar sistemas e práticas de semelhança, correspondência e identidade, asseguram as rotinas que sustentam a vida em sociedade. Uma sociedade sem espelhos é uma sociedade aterrorizada pelo seu próprio terror.”, a desembocar na “crise da consciência especular: de um lado, o olhar da sociedade à beira do terror de não ver reflectida nenhuma imagem que reconheça como sua; do outro lado, o olhar monumental, tão fixo quanto opaco, do espelho tornado estátua que parece atrair o olhar da sociedade, não para que este veja, mas para que seja vigiado.” - SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência* (Para um novo senso comum. A ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática, v. I). Porto, Afrontamento, 2000. pp. 45-6. Noutro contexto, mas sugestivamente: “a televisão está a produzir uma mutação, uma metamorfose, que interessa a própria natureza do *Homo sapiens*. A televisão não é apenas instrumento de comunicação; é também, ao mesmo tempo, *paidea*, um instrumento ‘antropogenético’, um *media* gerador de um novo *anthropos*, de um novo tipo de ser humano.” (SARTORI, Giovanni. *Homo videns: televisão e pós-pensamento*. Lisboa, Terramar, 2000. trad. Simonetta Neto, p. 28). O autor postula que a profusão de comunicação visual degrada a capacidade de abstração e, portanto, a própria essência da espécie humana, como animal simbólico.

Na alvorada histórica da luta burguesa contra o feudalismo, situa-se o modelo clássico e neoclássico²², de corte liberal, impregnado de um humanismo racional e idealista – modelo azul.

A pena é retribuição (nas linhas kantiana e hegeliana) e prevenção geral (intimidação), sendo a punição (castigo) função estatal a realizar-se sem lacunas, o que reflete no processo:

- a) igualdade formal;
- b) princípio da legalidade na persecução penal;
- c) judicialização integral da matéria penal.

Na sequência, a ideologia do tratamento da escola positiva, no bojo da reação da classe trabalhadora contra a burguesia (modelo vermelho), articulando o Estado Providência ao ideal de reabilitação – o crime como doença social curável. Finalidade da sanção é a prevenção especial, perseguindo-se a reinserção social por meio de terapias impostas pelo Estado, com as consequências processuais:

- a) princípio da oportunidade na “persecutio”;
- b) individualização das sanções (paradigma epidemiológico);
- c) diálogo terapêutico (ao invés da audiência penal clássica).

Claro que, na vida real, prevaleceram sistemas mistos, tendencialmente neoclássicos no centro e sul da Europa e modernos nos Estados Unidos e Europa do Norte, sem descurar da influência do movimento de defesa social, moderado por Marc Ancel: Estado de Direito na base de um processo forma-

²² Contra englobar-se os diversos movimentos sob o manto de uma mesma escola, vide Zaffaroni, (*Manual*, loc. cit.): “A expressão ‘escola clássica’ foi uma invenção de Enrico Ferri. Segundo Ferri, há uma escola ‘clássica’ do direito penal, fundada por Beccaria, integrada por todos os penalistas não positivistas e capitaneada por Carrara. Esta pretensão é absurda, porque ninguém pode afirmar judiciosamente que seja uma escola, nem sequer uma corrente de pensamento, algo integrado por pensamento revolucionário de cunho francês, idealista alemão, aristotélico-tomista, iluminista, kantiano etc., sem contar as sínteses pessoais de muitos dos autores que reúne nesta pretensa ‘escola’. (...) Pode-se afirmar, com absoluta segurança, que a denominação difundiu-se e, ainda hoje, fala-se em ‘escola clássica’ e ‘escola positiva’, e existem pessoas que falam na ocorrência de um ‘armistício’ entre ambas. Não deixa de ser um recurso bastante cômodo na ânsia de simplificar o problema... *Jamais existiu uma ‘escola clássica’, a não ser na invenção de Ferri*, e tão somente ocorreu um enfrentamento entre positivistas e todos aqueles que não compartilhavam seus pontos de vista.” (p. 299). Preferem, os autores, configurar a divergência entre concepções antropológicas: “Com efeito: *o que houve foi um enfrentamento entre a concepção biológica do homem – sustentada pelo positivismo – e as distintas concepções filosóficas do homem – sustentadas por seus opositores.*” (p. 300), duas concepções antropológicas que não admitem meio-termo.

lizado e garantido por juiz protetor de direito individuais; idéia de culpa/responsabilidade individual e humanização, com substituição da detenção – prisão como “extrema ratio” da política-criminal.

Se, na afirmação de Figueiredo Dias, a expiação retributiva não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, secular e plural, o tratamento forçado viola a dignidade da pessoa humana (o direito à diferença), questionando-se mesmo o monopólio estatal da administração da justiça penal, com reação centralizada. Por outro lado, números (aumento de criminalidade, reincidências) sustentam o ceticismo sobre a eficácia da intervenção penal, e, paradoxalmente, resgatam a privação da liberdade, pura e dura, como a reação criminal por excelência – *just desserts* em face do terrorismo e do narcotráfico, nos países nórdicos e anglo-saxônicos.²³

O paradigma emergente (que se aproxima do modelo verde de desenvolvimento²⁴), todavia, aponta para uma não-intervenção moderada²⁵, apoiada sobre três vetores:

- a) *descriminalização*, cabível o direito penal apenas onde se verifiquem lesões de bens jurídicos essenciais das condições comunitárias e só como “extrema ratio” da política social;
- b) *diversão/desjudiciarização*, a fim de se alcançar uma solução de conflitos fora do sistema formal de aplicação da justiça penal (ao me-

²³ A ‘crise fiscal’ do Estado do bem-estar é um fenômeno ocorrido na década de 70, cujo efeito é a necessidade de diminuir gastos públicos. Também ressentiu-se o nível de consumo das populações dos países centrais, eclodindo uma ideologia de ultradireita, ocasionalmente antidemocrática: “Esta tendência política manifestou-se em uma corrente inorgânica irracionalista, conhecida como ‘nova direita’, cujos expositores foram divulgados de forma desproporcional a seu talento filosófico, principalmente na França. Quanto à ideologia penal, traduziu-se em tentativas de restabelecimento da pena de morte em toda a Europa, e alcança nos Estados Unidos sua manifestação menos incoerente, com o nome de ‘novo realismo criminológico’, cuja ‘bíblia’ parece ser um livro de *Ernest van den Haag*.” (ZAFFARONI, Manual, citado, p. 354). A “tolerância zero”, bandeira da prefeitura de Nova Iorque desde o início dos anos 90 (e que fez escola), supõe a ineficácia das estratégias brandas ou informais de controle social.

²⁴ Zaffaroni e Pierangeli situam, no quadro de uma política criminal verde, o movimento abolicionista de Hulsman, destacando que peca porque “não situa claramente o problema na história. Temos afirmado e reiterado que o sistema penal é somente uma forma do controle social institucionalizado e, como é lógico, o controle social não desaparecerá, porque não desaparecerá a estrutura de poder dentro da sociedade. Assim, o lógico será que, se o sistema penal cede muita margem de controle social, este será igualmente exercido com outras formas que nem sempre serão melhores quanto ao respeito à dignidade humana.” (idem, pp. 356-7).

²⁵ “*Intervenção mínima* é uma tendência político-criminal contemporânea que postula a redução ao mínimo da solução punitiva dos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado. Trata-se de uma tendência que, por um lado, recolhe argumentos abolicionistas e por outro a experiência negativa quanto às intervenções que agravam os conflitos ao invés de resolvê-los. É uma saudável reação realista frente à confiança ilimitada no tratamento e na solução punitiva dos conflitos” (ibidem, p. 358).

nos antes da determinação da culpabilidade/sanção), com o efeito positivo de impedir-se o efeito estigmatizante. Não deixa de ser o *correlato adjetivo da descriminalização*; ²⁶

- c) *descentralização/participação comunitária* (que não se confunde com privatização).

3.2. Na lição de Faria Costa²⁷, liminar e oportuna advertência acerca das peculiaridades históricas nacionais, ao constatar refrações à mediação no inconsciente coletivo português, que cedo viveu a tendência centralizadora que plasmou uma das primeiras nações modernas.²⁸

Amparou-se, o sistema jurídico geral do modelo azul, na tríade liberdade, igualdade (formal) e judicialização, fruto do embate contra o “ancien régime” e que representou, bem de ver, notáveis avanços. No subsistema de aplicação da justiça penal, reaparece o tripé assente no homem livre e responsável, na retribuição e na punição repressiva. Certo, também, que se preconiza maior rigor e dureza em todos os momentos de aplicação da justiça penal, inclusive da pequena criminalidade - o que sugere uma ideológica reação patrimonial burguesa.²⁹

As lutas sociais do século XIX significaram o advento do proletariado como protagonista sócio-político³⁰, ao mesmo tempo que dominavam correntes positivistas. O “modelo vermelho” parte, no geral, de idéias reducionistas, de concreção e oportunidade, a implicar, no subsistema penal: prevenção especial, ressocialização e tratamento.

²⁶ DIAS, *Direito Penal Português*, op. cit., p. 67.

²⁷ COSTA, *Diversão*, pp. 9-21.

²⁸ José Hermano Saraiva destaca a precoce centralização do estado português, segundo o padrão a que se chamou “moderno”; vide SARAIVA, José Hermano. *História de Portugal*. 5ª ed. Publicações Europa-América, 1998. pp 130, 154 e 162.

²⁹ No mesmo sentido: “Mesmo um período como o do racionalismo-iluminismo, tão celebrado pelo seu empenho descriminalizador, não deixou de conhecer o reflexo de um movimento de neocriminalização, alargando significativamente a área global do criminalmente relevante. Tal sucedeu, por exemplo, no domínio das infrações contra o património e em homenagem, segundo a interpretação de FOUCAULT, aos interesses das novas classes possidentes em vias de afirmação.” DIAS/ANDRADE, op. cit., p. 434.

³⁰ A assunção do operariado na cena política (ligada à adoção do sufrágio universal, em substituição ao censitário) teria também reflexos nos sistemas de governo: a partir do momento em que conquistava cadeiras no parlamento, agudiza-se a tendência a reforçar o poder executivo, mesmo nos sistemas parlamentaristas. Noutro contexto, mas com apreciação similar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Para uma crítica da opinião pública: a propósito das agressões ideológicas dos mass media reacionários*. Universidade de Coimbra, sem data.

A atitude é, segundo a sutileza da análise, “conformista” (resta esperar que a ciência descubra a causa do crime, enquanto a sociedade remete o problema para o Estado Providência, concentracionista e dirigista na exata medida da passividade da sociedade). O fluxo é unidirecional, do Estado ao delinqüente, e a terapia desconsidera um valor fundante da sociedade moderna, o *direito à diferença*.

O aumento da criminalidade e sua natureza violenta alimentam o *estreitamento das margens de tolerância*, que tem vertentes clássicas e positivas, mas Faria Costa apresenta duas metas racional-valorativas:

1. evitar o estrangulamento do sistema de aplicação normal, vale dizer, aliviar sua sobrecarga de trabalho, para que os conflitos com suficiente dignidade penal sejam solucionados por órgãos imparciais e independentes;³¹
2. manter e intensificar o ideal de reabilitação, reduzindo ao máximo a estigmatização individual. Não permitir, portanto, que os órgãos estatais potencializem fenômenos naturais de estigmatização.

Uma das vias privilegiadas para alcançar tais propósitos é, naturalmente, a diversão. Quanto à via da desconcentração dos aparelhos de aplicação da justiça penal, pressupõe um chamamento ao diálogo de indivíduos e pequenas comunidades. Aguda, contudo, a premissa levantada em forma de questionamento: esse projeto tem adesão da sociedade, mormente em grandes metrópoles, nas quais a regra é o anonimato, pouco remanescendo do *vizinho* no bairro periférico/dormitório? Qual o espaço de encontro nos aglomerados que só funcionam em movimento?³²

³¹ Houve grande divergência, no Congresso do Cairo, entre *practitioners* e *scholars*, prevalecendo a “pureza” dos últimos, no sentido de que a redução da sobrecarga do sistema não pode ser o objetivo principal da diversão (proposição que, aliás, já vinha do colóquio de Tóquio, cf. “Compte rendu des travaux de la troisième section (Diversion and Mediation), Caire, Egypte 1-7 octobre 1984 » *Revue Internationale de Droit Pénal* 56 (1985), p. 511.

³² “Em Cloé, grande cidade, as pessoas que passam pelas ruas não se conhecem. Ao verem-se imaginam mil coisas uma das outras, os encontros que poderiam verificar-se entre elas, as conversas, as surpresas, as carícias, as ferroadas. Mas ninguém dirige uma saudação a ninguém, os olhares cruzam-se por um segundo e depois afastam-se, procurando novos olhares, não param. (...) Assim entre os que por acaso se encontram juntos a abrigar-se da chuva debaixo de um pórtico, ou se apinham debaixo de um toldo de um bazar, ou param para ouvir a banda no coreto da praça, consumam-se encontros, seduções, ligações, cópulas, orgias, sem que troquem uma palavra, sem que se toquem com um dedo, quase sem se olharem. Uma vibração de luxúria move continuamente Cloé, a mais casta das cidades.” (CALVINO, Ítalo. *As Cidades Invisíveis*. Lisboa, Teorema, 1999. trad. José Colaço Barreiros, p. 53). O “fazer” é novo segmento onto-ontropológico que entra em cena, ao lado do “ser” e do “ter”, expressão do movimento constante – de um *perpetuum mobile* sem parança – e que encontra seu lugar de eleição na chamada comunicação social, conceito de COSTA, “Os novos horizontes sobre os meios de comunicação social e a Justiça (ou a vertigem de Hermes)”, *Direito Penal da Comunicação*, pp. 121-2. Vide o movimento das cidades, conectadas por rotundas: “As metrópolis

3.3. Roxin trabalha a idéia-força de *subsidiariedade* do direito penal na proteção dos bens jurídicos, pelo que é a última das medidas protetoras a considerar, só podendo intervir quando falharem os outros meios sociais de solução dos problemas – o sistema penal como “ultima ratio” da política social, o que também significa que só tutelará alguns bens e não de forma total, mas contra determinados ataques concretos. Daí a natureza fragmentária do direito penal e o princípio da proporcionalidade, que deriva do princípio do Estado de Direito.³³

Tais idéias abrem ampla margem de ação ao legislador, que conserva sua prerrogativa de estimação: o princípio da subsidiariedade é mais uma diretriz político-criminal do que um mandato vinculante.³⁴ Aponta, é certo, para descriminalizações setoriais, para eventuais penas privadas, para a necessária bipartição entre delitos graves e menos graves, comportando *procedimentos abreviados e suspensão*, quanto aos processos, a última categoria.

3.4. Jescheck, na mesma senda, afirma que a política criminal deve atentar para a hierarquia dos valores constitucionais (e os deveres de proteção correlatos), bem como ao *princípio da subsidiariedade*.³⁵ Assenta-a em dois mega princípios: o da culpabilidade (limite e critério de aferição da medida da sanção) e o do estado de direito, que pode ser visto através de um prisma formal ou material.

Por outro lado, ressalta o tripé operacional da política-criminal: pena, medida de segurança e *vias alternativas*, cuja finalidade, por razões de prevenção geral e especial, é não deixar sem reação estatal o delito cometido, mas tampouco apenar o infrator. Nessa última hipótese destaca a “probation”, o

cada vez mais beneficiam a velocidade e o deslocamento. Numa linguagem simbólica, há mais ruas do que praças. *Juntos, individualismo e velocidade, amortecem o corpo moderno; não permitem que se vincule*. Nos automóveis, a cidade contemporânea procura conforto, segurança, rapidez e solidão.” (PASQUALINI, Alexandre. *O Público e o Privado*, “in”: “O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel”, Alexandre Pasqualini... [et al.]; Ingo Wolfgang Sarlet, organizador. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999. pp. 32-3) - embora alguns núcleos de democracia participativa, v.g. o orçamento de Porto Alegre, capital do estado do Rio Grande do Sul, Brasil, pareçam questionar a clivagem conceitual de Benjamin Constant: a liberdade dos antigos, amiga da participação na cidade, e a dos modernos, de não serem estorvados (assente na distanciação perante o poder), cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 94.

³³ ROXIN, op. cit., pp. 65-6.

³⁴ Idem, p. 67.

³⁵ JESCHECK, op. cit., p. 233.

“sursis” franco-belga, suspensão com medidas ambulatoriais/hospitalares e, no que interessa mais diretamente ao tema, a renúncia ao exercício da acusação pública para delitos menos graves (suspensão provisória do processo).

A crise do sistema sancionador tradicional (primordialmente o reconhecimento do componente dessocializador da privação de liberdade) não carece de maior demonstração e as Resoluções da ONU, desde 1980, advertem ser obrigação dos Estados adotarem a prisão como “ultima ratio” e buscarem alternativas (multa, prestação de serviços comunitários, suspensão condicional).

Este, precisamente, o núcleo da diversão, a possibilitar *reação jurídico-penal sem sancionamento formal*, ou seja, nos casos de escassa gravidade, o processo penal formal substitui-se por medida comunitária integrativa sem estigmatização. A experiência alemã concentra-se nos §§ 153 e 153a do respectivo Código de Processo Penal.³⁶

3.5. Noutra vertente, a criminologia de perspectiva interacionista³⁷ realça o caráter *criminógeno* da reação formal à delinquência, problematização que assume uma dimensão intrinsecamente *política*.³⁸

A injunção básica “leave the kids alone wherever possible” desdobra-se em quatro tópicos de política-crime de corte interacionista: a descriminalização; a exigência de “due process”; a não intervenção radical (no sentido de que o “alargamento das margens de tolerância será, muitas vezes, a melhor forma de superação de conflitos e tensões”³⁹) e a *diversão*, no escopo de desviar principalmente os jovens do estigmatizante sistema de justiça criminal, a par da conveniência de responder a condutas que denotam carências/perturbações, levando a soluções informais e não institucionais.

³⁶ *infra*, item 7.

³⁷ *labeling approach*, deslocando-se do crime e/ou do delinqüente para o “estudo do impacto da reação institucional e da estigmatização sobre a identidade e a carreira do delinqüente” (DIAS/ANDRADE, *Criminologia*, p. 356). A “nova criminologia” poderia resumir-se assim: a criminalidade não existe, mas se faz; é criada com a criminalização e excluída com a descriminalização, cf. HASSEMER (Winfried), MUÑOZ CONDE (Francisco). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989. pp. 56-8. Embora a considerem excessiva, os autores reconhecem que a perspectiva demonstra que a intervenção do direito penal pode favorecer carreiras criminais (e que afeta com maior frequência e dureza aos integrantes dos setores sociais mais baixos), além de iluminar uma investigação sobre o princípio da oficialidade da persecução dos delitos, na busca de funções substitutivas (p. 62) – vide, sobre o princípio citado, *infra*, item 5.4.

³⁸ *Idem*, p. 358.

³⁹ *Ibidem*, p. 360.

4 A DESJUDICIARIZAÇÃO E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Não desconhecendo instâncias informais de controle, centra-se o “labeling” na análise da lei criminal (instância de criminalização primária), na polícia, no Ministério Público e no tribunal. A opção do texto, como se adiantou, cuidará apenas do Ministério Público, embora caiba noticiar características comuns do sistema formal de controle:

- a) profissionalização e burocratização;
- b) diferença fundamental de papel e atitude entre quem sofre e quem faz a justiça (o delinquente dotado de reduzida competência de ação);
- c) ambigüidade dos objetivos organizacionais (conflito entre lógica de produção e lógica de justiça);
- d) (in)coordenação entre as instâncias.⁴⁰

Ainda como implicação político-criminal geral, é de se destacar a refração sofrida pela lei penal em face dos “second-codes” das instâncias de criminalização secundárias – que podem frustrar as reformas legislativas mais legítimas e audaciosas.⁴¹

Inconteste o decisivo papel do Ministério Público como instância formal de controle, diante da sua função de deduzir a acusação ou de ordenar o arquivamento, a atuar como instância de seleção. Para ilustrar, na Alemanha Federal, no ano de 1970, “dos 3.100.000 processos recebidos da polícia o MP mandou arquivar 72%”.⁴²

Historicamente, a superação do processo penal de estrutura inquisitória

⁴⁰ DIAS/ANDRADE, *Criminologia*, op. cit., pp. 368-70.

⁴¹ Na Alemanha Federal, por exemplo, atribui-se à rotina de atuação do Ministério Público o relativo insucesso dos programas de diversão – isto é, de desvio de casos para fora do sistema de justiça penal -, recentemente introduzidas no processo penal relativo à pequena criminalidade, cf. DIAS/ANDRADE, *Criminologia*, op. cit., p. 391.

⁴² cf. DIAS/ANDRADE, *Criminologia*, op. cit., p. 472. Dados portugueses confirmam tal realidade: entre 1981 e 1993, o coeficiente de acusação, depurado dos inquéritos pendentes, entrados e findos, oscila de 14,1% a 30,2% - fonte *Estatísticas da Justiça*, quadro apresentado por SANTOS (Boaventura de Sousa), MARQUES (Maria Manuel Leitão), PEDROSO (João). “O que se pune em Portugal”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade* 11 (1996), p. 88 – artigo que reproduz algumas das conclusões do relatório da investigação *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa*, da responsabilidade de uma equipe interdisciplinar do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, dirigida pelo Prof. Boaventura de Sousa Santos.

medieval (de matiz canônico-italiana, que se consolidou com os Estados Absolutistas e Policiais autoritários que se seguiram) pelo processo penal reformado, de estrutura acusatória (multividência do Estado liberal), concretizou-se, com os ideais iluministas, na Revolução Francesa e na respectiva Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, desaguando no “Code d’instruction criminelle” de 1808 – e articula-se com a emergência do Ministério Público: “Com este (Código) o processo de tipo acusatório substitui, de vez, o tipo inquisitório, *através da criação do Ministério Público como órgão oficial de acusação* (autonomizado da magistratura judicial) e da vitória dos princípios da contraditoriedade, publicidade e oralidade do julgamento e da livre convicção probatória. Foi este sistema - podemos dizer de figurino anglo-francês e que na doutrina ficou conhecido sob nome de processo reformado – que na primeira metade do séc. XIX obteve prevalência absoluta na generalidade das legislações europeias continentais”.⁴³

Assim, salta aos olhos o relevo pragmático-político do Ministério Público, que é quem, “em última instância, decide se a comunidade deve ou não dar uma resposta formal a um caso concreto”.⁴⁴ Não admira, portanto, que tenha ganho “status” constitucional nas cartas mais recentes.

Sem descurar da pluralidade do estatuto jurídico e sociológico do Ministério Público (podendo-se colocar nos extremos o “prosecutor” americano⁴⁵ e o modelo francês, com a figura intermediária do Ministério Público alemão), é possível e útil uma teoria geral do Ministério Público. Logo desponta, como nota comum, a *discricionariade real* na atuação do Ministério Público, que se opera tanto em sistemas de discricionariade formal (a “plea bargaining” dos Estados Unidos) como em sistemas de legalidade formal (Alemanha) – inerência da dimensão política da sua função.⁴⁶

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Universidade de Coimbra, Secção de Textos, p. 43. Movimento pendular semelhante ocorreu com o processo penal português (op. cit., p. 43, item 64; pp. 54-5, itens 81 a 83).

⁴⁴ DIAS/ANDRADE, *Criminologia*, op. cit., p. 472.

⁴⁵ O Ministério Público protagonista é a personagem glamourizada, para o bem e para o mal, pela indústria do entretenimento norte-americana. E, contudo, há raiz histórica: “A história do MP na América é a história da progressiva e irreversível expansão do seu domínio, acabando por se sobrepôr em larga medida ao da polícia e do tribunal ... Há sistemas em que a atuação do MP é plena e formalmente discricionária, como acontece, de forma paradigmática, no processo americano... O MP americano é provido por via eleitoral, mediante programa sufragado por uma dada comunidade mais ou menos periférica. Por isso os critérios determinantes de sua atuação relevam fundamentalmente do empenho político na manutenção do lugar pela reeleição, ou na promoção política” (DIAS/ANDRADE, loc. cit., pp. 474 e 478).

⁴⁶ As mais modernas teorias jurídicas e metodológicas estão de acordo em que a lei não permite uma subsunção automática, antes deixa ao aplicador grandes margens de liberdade, “incluso en aquellos países en los que impera el mandato de certeza, como consecuencia del principio de legalidad recogido en los textos constitucionales” (HASSEMER/MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 61).

“Por um lado, o MP apresenta o estigma de Jano, condenado a ser e atuar (simultânea e contraditoriamente) como juiz e como polícia. Por outro lado, o MP é, por razões óbvias, a instância formal de controle mais claramente ligada às agências definidoras da política criminal. O MP é, por isso, a instância de controle em cuja ação é possível identificar um maior coeficiente político. E também por essa via se ampliam as vias de conflito no interior do papel do MP: a dimensão política não pode deixar de colidir com o seu ethos de polícia e de juiz.”⁴⁷

Se na origem concebeu-se o Ministério Público como elo de ligação entre o poder judicial e o poder político, hoje, nos termos constitucionais portugueses, é órgão do Poder Judicial: magistrados com garantias de autonomia e independência (art. 219, 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa, CRP), numa posição de “sujeição à lei” equiparável à dos juízes (CRP, art. 203).⁴⁸

Sua função, não tendo natureza administrativa, é diferente daquela do juiz: o Ministério Público “colabora no exercício do poder jurisdicional, sobretudo através do exercício da ação penal e da iniciativa de defesa da legalidade democrática”. Sua autonomia radica na vinculação a critérios de legalidade e objetividade e na sujeição exclusiva às normas emanadas da lei do Ministério Público.⁴⁹

É de se frisar que a função do Ministério Público baliza-se pelo interesse público primário, exercida no interesse do Estado-Comunidade e não do Estado-Pessoa (Pizzorusso, *apud* Canotilho).

Considerando as maiores semelhanças entre os sistemas português (e brasileiro) e germânico, importa aprofundar a experiência teutônica, aliás diretamente ligada à questão da diversão. Preliminarmente, há que se distinguir dois sistemas de persecução penal, o da legalidade e o da oportunidade, ensejo para exame, mais amplo, das implicações constitucionais do tema em apreço.

⁴⁷ DIAS/ANDRADE, *Criminologia*, ob. cit., p. 482.

⁴⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1999. p. 634.

⁴⁹ *Idem*, p. 635.

5 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A íntima conexão entre o Direito Processual Penal e o Direito Constitucional é quase lugar comum, ressaltada pela unanimidade da doutrina contemporânea. Por um lado, o crime é a maior ofensa que o indivíduo pode desfechar contra os bens da vida protegidos pelo Estado; de outro, a intervenção penal é a mais aguda e gravosa invasão perpetrada pelo Estado na esfera individual.⁵⁰

Ademais, é consabido que o direito penal substantivo não atua por si, mas exige a regulamentação complementar do ramo adjetivo (numa relação mútua de complementariedade funcional).⁵¹ Natural, pois, que o exercício do “jus puniendi”, na fórmula consagrada, fosse uma questão política fundamental, inerente ao exercício do poder e, como tal, juridicizada e racionalizada pelo Constitucionalismo.

As respostas variarão de acordo com a evolução sócio-cultural de cada comunidade, com a concepção política de fundo e as respectivas vicissitudes históricas, tudo a refletir-se na interação das duas ordens jurídicas.⁵² Nesta esteira, afirma-se que o direito processual penal é o “sismógrafo”, “espelho da realidade constitucional”, “sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico”, verdadeiro *direito constitucional aplicado*, na dupla dimensão destacada por Figueiredo Dias:

- a) porque seus fundamentos são alicerces constitucionais do Estado;
- b) porque cruciais problemas processuais têm concreta regulamentação jurídica na Constituição.⁵³

Por exemplo, “Ampliar ou restringir as garantias do argüido no proces-

⁵⁰ A sugestiva imagem é de PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson P. dos Santos, Porto Alegre, Fabris, 1989, pp. 16-7: “Se de um lado, a ação delituosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfece contra os bens sociais máximos tutelados pela Estado, por outro lado, a sanção criminal, também por sua natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual.”

⁵¹ DIAS, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 5, item 5.

⁵² Significativo, e exemplar, que a definição do processo penal italiano proposta por Ferrajoli (uma série de atividades realizadas por juízes independentes na forma prevista pela lei e dirigidas a formulação, num debate público entre acusação e defesa, de um juízo consistente na verificação ou refutação empírica de uma hipótese acusatória e a consequente condenação ou absolvição de um acusado) baseie-se em nove artigos da Constituição Italiana e em apenas quatro do novo Código Processual. – FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 1997. trad. de Perfecto Ibáñez “et ali”. p. 732.

⁵³ DIAS, idem, p. 35, item 51.

so penal é problema político que muito tem a ver com a concepção de homem subjacente à estruturação política de qualquer comunidade”. Portanto, o processo penal é o “mais sujeito a sofrer com as alterações constitucionais”.⁵⁴

Esclarecedoras, e fecundas, as considerações feitas por Faria Costa, a partir da idéia de que o ordenamento penal e o ordenamento constitucional são matricialmente duas ordens jurídicas fragmentárias, e, embora a ordem constitucional eleja os valores mais fortes e mais densos (o núcleo duro da normatividade constitucional), “não determina essa eleição, inapelavelmente, uma imposição de criminalização para o legislador ordinário”, pois não há coincidência (ou há curvas de diferença): “o direito penal não tem de ficar adstrito ou acorrentado, de um modo positivo, à ordem de valores jurídico-constitucionalmente protegida”.⁵⁵

Nessa compreensão, “as referências e as implicações são recíprocas e também sucessivamente enriquecedoras”.⁵⁶ Aceitar a *função sistemática e de orientação da constituição* não significa abdicar do quadro normativo de algumas categorias dogmáticas do direito ordinário, pois “a procura do exacto e correcto sentido normativo contido na norma tem de efectuar-se através de sucessivos afeiçoamentos e ajustamentos entre o direito penal (com a sua dogmática) e o direito constitucional, também ele apoiado pela sua específica dogmática”.⁵⁷

⁵⁴ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed. rev. e atual. Lisboa, Editorial Verbo, 1996. v. I, p. 29.

⁵⁵ COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 1992. pp. 188-9. Discorrendo acerca da concepção kantiana do carácter co-natural que intercede entre o direito penal e a constituição (fundação) de uma comunidade organizada de homens, e sobre a confirmação antropológica da assertiva (a *proibição* do incesto, enquanto tabu, como ponto de viragem da hominização sem retorno, cf. nota 26, pp. 190-1), e passando pela noção de “minimal state” de Gewirth, desemboca o autor numa linha de pensamento que *faz do direito penal elemento fundante da sociedade política* (nota 27, p. 193), até porque o direito penal foi, de um ponto de vista histórico, um prius face à ordem constitucional, “o que está geneticamente na base, como vimos, da comunidade não é a *fundação constitucional*, mas antes a *constituição* penalmente fundante” (nota 31, p. 220). Noutra vertente, afirma-se que o Direito Penal, “não sendo de Direito Constitucional *proprio sensu*, é juridicamente *constitucional*, ou fundante” (CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime: a substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 90). Numa linguagem sugestiva, traça o dualismo simbólico: “O Direito Constitucional apresenta o Estado nas grandes avenidas da pompa e da circunstância do poder triunfante: é narração do conto doirado de reis e rainhas (ou do mito republicano de presidente sábios, ponderados e rectíssimos), de parlamentares demofílicos e eloquentes, de grandes declamações de princípios e objectivos nacionais, ao som de hinos que fazem flutuar bandeiras e comover patriotas até as lágrimas. (...) Em contrapartida, o Direito Penal, direito de morte, direito de pobreza, direito de desvio social, direito de peso e de pecado, mostra-nos o lado negro da sociedade e do Estado: as mãos sujas e as mãos manchadas.” (pp. 92-4).

⁵⁶ COSTA, *O perigo*, ob. cit., nota 28, p. 194.

⁵⁷ COSTA, *idem*, p. 199.

Num esboço de cartografia constitucional⁵⁸, vão destacados, por conseguinte, os princípios gerais de processo penal mais diretamente ligados à diversão (e ao Ministério Público).

5.1 O princípio da intervenção mínima ou da necessidade

Se o princípio da *legalidade* – no tríplice postulado: reserva legal, anterioridade da lei definidora de crime e pena; determinação taxativa, evitando-se tipos demasiado abertos e vagos; e irretroatividade⁵⁹ - impunha limites ao arbítrio judicial, era necessário avançar mais e prevenir-se contra eventuais abusos do legislador.

Na formulação iluminista, “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias” (art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).⁶⁰ Modernamente, tem-se destacado que o princípio em tela é imanente ao Estado de Direito, articulando-se com a própria dignidade da pessoa humana, constitucional, pois, mesmo que não literalmente esculpido nas constituições (casos da Alemanha e da Itália, por exemplo).

⁵⁸ A proposta, de uma cartografia simbólica das representações sociais (no caso, o Direito), é de SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência* (Para um novo senso comum. A ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática, v. I). Porto, Afrontamento, 2000. Os mapas são distorções reguladas da realidade, distorções organizadas (segundo escalas, projeções e simbolizações) para instituir a orientação. Devem ser fáceis de usar, do que resulta permanente tensão entre representação e orientação (representação a mais pode impedir a orientação) – pp. 183-90. O Direito Constitucional é talvez o ramo do direito estatal (que convive, no pluralismo jurídico, com direitos locais e globais) de menor escala num grau de média escala (entre o local e o global): “a legalidade de pequena escala é pobre em detalhes e reduz os comportamentos e as atitudes a tipos gerais e abstractos de ação. Mas, por outro lado, determina com rigor a relatividade das posições (os ângulos entre as pessoas e entre as pessoas e as coisas), fornece direcções e atalhos, e é sensível às distinções (e às complexas relações) entre parte e todo, passado e presente, funcional e disfuncional. Em suma, esta forma de legalidade cria um padrão de regulação baseado na orientação e adequado a identificar movimentos” (p. 195).

⁵⁹ vide LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre, Fabris, 1991. pp. 13-24. Princípio que, no contexto de *legalidade da administração*, articulado com o da segurança jurídica e o da proteção da confiança, é considerado um subprincípio concretizador do Estado de Direito, cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit. pp. 252-3.

⁶⁰ De forma desenvolvida, LUISI, obra citada, pp. 25-30. Tratava-se da positivação do que fora anunciado, vez primeira em 1764, pelo gênio de Beccaria, logo no ponto II dos “Delitti”: *Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica* (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. trad. José de Faria Costa. p. 64. Como observa o Professor Marinucci, da Universidade de Milão, ao prefaciar a obra citada (p. 39), mais tarde von Liszt repetiria que só a pena necessária é justa, máxima reconduzível, em termos político-criminais, a ideia de que a pena criminal deve ser a *extrema ratio*. No dizer de Faria Costa, tradutor e comentador do clássico (p. 20): “É assim propugnado um uso parco, cauto e racionalmente fundamentado do direito penal. Aquela utilização que seja, na verdade, a expressão clara e inequívoca de *ultima et extrema ratio*.”

Deriva, daí, o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, que só deve entrar em cena como remédio último, concepção que se choca com a excessiva extensão da legislação penal, o fenômeno da “overcriminalization” (aliás criticado desde o início do século XIX), a afrontar, muitas vezes, o brocardo milenar “*minima non cura praetor*”. Contra a hipertrofia penal, a nomomania, a inflação legislativa, a nomorréia penal, têm protestado, desde sempre, significativa parcela do pensamento jurídico-criminal, a germinar e recomendar um *esforço de deflação penal*.

Sob ponto de vista português, “O artigo 18, 2º da Constituição da República Portuguesa, por seu lado, deve porventura reputar-se o preceito político-criminalmente mais relevante de todo o texto constitucional: vinculando a uma estreita analogia material entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais, e subordinando toda a intervenção penal a um estrito *princípio de necessidade*, ele obriga, por um lado, a toda a descriminalização possível; proíbe, por outro lado, qualquer criminalização dispensável...”⁶¹

Recorde-se que a diversão é a face adjetiva da descriminalização e tem-se um *princípio constitucional que postula viabilizar-se toda diversão possível*.

5.2 O princípio da culpa ou “*nulla poena sine culpa*”

Significa, consabido, que a cominação de reação criminal só pode ter por base um juízo de censura ao agente – não pode haver pena sem culpa (reprovabilidade),⁶² cuja medida mensura a própria dosimetria penal.

Seu fundamento axiológico repousa no princípio da *inviolabilidade da dignidade pessoal*, plasmado nos artigos 1º, 13-1º e 25-1º, todos da Constituição da República Portuguesa.⁶³

⁶¹ DIAS, *Direito Penal Português*, ob. cit., p. 84. Vide, também, COSTA, *O perigo*, p. 208 (em especial nota 11). Num prisma mais lato, enunciado como princípio da proibição de excesso – da proporcionalidade em sentido amplo, vide CANOTILHO, *Direito Constitucional*, loc. cit., pp. 261-7, com referência à intrigante questão da “proibição por defeito”, no sentido de imposições constitucionais de criminalização a fim de proteger-se direitos fundamentais. Cf., ainda, supra, nota 53.

⁶² O contrário, subsistir culpa sem pena, é possível, vide art. 74 do Código Penal Português.

⁶³ cf. DIAS, *Direito Penal Português*, loc. cit., pp. 73 e 84. Como esfera constitutiva da república, princípio material antrópico do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo seu próprio projeto de vida, vide CANOTILHO, *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 221-2.

Neste sentido, como acuradamente destacado, estrutura-se o princípio em apreço como tendencial obstáculo a medidas interventivas que, à partida, prescindam de um juízo de censurabilidade, a tensionar-se com reações informais ou divertidas.⁶⁴

5.3 O princípio da reserva estatal da administração da justiça penal

A culpa, vale dizer, o juízo de censura penal, deve ser declarada por um órgão judicial e, assim, “nulla poena sine iudicio”. O princípio vincula-se historicamente a vitória da monarquia na luta dos poderes medievais travada no sistema feudal, concentrando o rei funções “soberanas” antes repartidas por diversos setores sociais (nobreza, igreja).

A superação da poliarquia medieval, na expressão de Hegel, deu-se particularmente cedo em Portugal, sendo tradição lusitana – o rei a afastar qualquer veleidade de “compositio” entre os particulares.⁶⁵

O princípio em exame insere-se no marco das garantias processuais, que possibilitam a existência de uma proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas, um dos pilares do Estado de Direito.⁶⁶ Trata-se, por outro lado, de aplicação, específica, do princípio do monopólio estatal da função jurisdicional, em conexão com os dois itens seguintes, atinentes à iniciativa processual.

5.4 Princípio da oficialidade

A quem compete desencadear a investigação de uma infração? E quem decide submetê-la ou não a julgamento? A disjuntiva é simples: ao próprio Estado (ente público) ou ao indivíduo concretamente ofendido (particular). Em linha geral, admite-se que a promoção processual é tarefa estatal, que

⁶⁴ COSTA, *Diversão*, op. cit., p. 37.

⁶⁵ Trata-se do modelo de superação de litígios através da soberania, que se estratificou na alvorada do Estado moderno, assim formulado por Bodin em 1576 – o soberano, sem qualquer contraste interno, como terceiro isento, acima das partes (que se dilaceravam em disputas religiosas, como na emblemática noite de São Bartolomeu), decide o litígio e submete as facções, impondo, coativamente, sua sentença – KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos da la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980. pp. 53-61.

⁶⁶ cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 268.

deve ser realizada oficialmente, independente da vontade dos particulares, noção que evolui com a própria formação histórica do Estado Moderno – já que, nas sociedades primitivas, os conflitos eram resolvidos pela força ou pelo consenso e a reparação do crime dava-se por autotutela, depois evoluindo-se para a arbitragem e, por fim, para o modelo de soberania interna, com o consequente monopólio estatal na administração da justiça.⁶⁷

Assim, diante do interesse público na reação criminal, não se pode deixar ao arbítrio dos particulares sua aplicação efetiva, noção moderna (diferente da ação popular romana e da acusação privada do antigo direito germânico) consagrada em princípio no artigo 219 da Constituição da República Portuguesa, que reserva ao Ministério Público o exercício da ação penal. É, portanto, *uma entidade oficial* que tem legitimidade para promover o processo penal (art. 48 do Código de Processo Penal) ou arquivar o inquérito (art. 276 do CPP).

Todavia, há limites e exceções ao princípio, respectivamente pela coexistência sistêmica de crimes semipúblicos, que condicionam a atuação ministerial a uma queixa do ofendido, e particulares em sentido estrito, nos quais o ofendido constitui assistente e deduz acusação particular (CPP, arts. 49 e 50). Justificam-se, como se sabe, por um interesse social menos agudo em reagir automaticamente a ofensas que não atingem o interesse público de modo proeminente e pelo “*strepitus fori*” de certos casos (crimes sexuais, furtos familiares), que faz prevalecer o interesse particular em evitar a escandalização-publicização.

*“Na verdade, não é estranha à existência de crimes particulares em sentido amplo o atual mandamento político-criminal de descriminalização aqui alcançado, não por via legal mas sim por via real. Por outro lado, está ainda presente uma outra linha de força do atual programa político-criminal – a diversão – nesta matéria conseguida através de uma mediação ainda que mitigada.”*⁶⁸

⁶⁷ Tangente ao direito criminal do período de formação do Estado Português (situado por Marcello Caetano entre os anos de 1140 e 1248), natural que tenham coexistido “a justiça pública, aplicada pelo rei, pelos juízes, pelos senhores, pelos concelhos – e a justiça privada exercida pelos ofendidos – vítima, parentes, vizinhos ou grupo protector”, embora a relevante distinção entre vingança (o ofendido retribui por sua própria autoridade o mal sofrido por outro mal) e justiça privada: o ofendido dirige-se às autoridades públicas e apresenta queixa contra o ofensor, provando sua responsabilidade; verificada a culpa, “só então fica pela colectividade autorizado o queixoso a fazer justiça por suas mãos” CAETANO, Marcello. *História do Direito Português. V. 1, Fontes – Direito Público (1140-1495)*. Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 1981. pp. 249 e 248, respectivamente.

⁶⁸ DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 91. Vide, também, COSTA, supra, nota 9.

5.5 Princípio da legalidade da ação penal

Sempre em grandes traços, o órgão oficial de acusação, no caso o Ministério Público, está obrigado a promover o processo penal, seja abrindo inquérito ou deduzindo a acusação (artigo 262-2º combinado com os artigos 263, I e 283, I, todos do CPP) e, se não cumprir seu dever, sujeita-se ao crime do art. 414 do Código Penal Português (CP).

A conduta oficial, nesta senda, vincula-se estritamente à lei (subsumindo-se às hipóteses normativas), descabendo considerações de oportunidade (questões políticas, custos financeiros, eficácia social etc.) a obviar a persecução penal, o que importaria em espaço discricionário, pendente de juízo de valor do órgão acusatório.

Este é o princípio que, na dicção constitucional (art. 219 da CRP), *orienta* o exercício da ação penal – o que já revela, por si, que não é sagrado de forma absoluta. Conectado ao princípio da igualdade (art. 13 da CRP), imuniza o sistema persecutório de influências externas e reforça a confiança (segurança jurídica) na objetividade da administração da justiça.

De vetor inverso, o juízo da *oportunidade* confia no prudente juízo do Ministério Público, que decidirá da conveniência ou não de promover o processo, de acordo com apreciação casuística de sua utilidade. Considerações pragmáticas, que se amparam, é certo, em boa teoria, têm consagrado certos institutos de oportunidade, mitigando um princípio inflexível de legalidade.

*“É como limitações do princípio da legalidade no sentido da oportunidade que, numa primeira aproximação, devem ser entendidos os artigos 280º - arquivamento em caso de dispensa ou isenção de pena – e 281º - suspensão provisória do processo -, uma vez que, verificados os pressupostos que condicionam a sua aplicação, eles assumem a veste de verdadeiras alternativas ao despacho de acusação. (...) o que significa também que o conflito juridico-penal é solucionado fora do sistema formal de aplicação da justiça penal...”*⁶⁹

Tal tendência político-criminal é expressamente assumida pelo Código de Processo Penal Português, partindo aliás da “importância decisiva da dis-

⁶⁹ DIAS, idem, p.97.

tinção entre a criminalidade grave e a pequena criminalidade” e da necessidade de “diferente teor de reação social e formal”, a introduzir “termos de oportunidade, diversão, informalidade, consenso, celeridade”, merecendo especial destaque a “possibilidade de suspensão provisória do processo com injunções e regras de conduta” (Exposição de Motivos, item 6, letra “a”).

6 A DIVERSÃO A IRRITAR A ESTRITA LEGALIDADE

O percurso do atrito argumentativo entre a regra processual (introduzida em 1987 pelo CPP) e a redação constitucional original do princípio da legalidade é revelador das complexas tensões e influências entre normas constitucionais e a legislação ordinária, culminando num ajuste semântico do texto constitucional operado pela alteração introduzida no item 1 do artigo 219 pela quarta revisão constitucional de 1997.

A redação anterior era a seguinte (então artigo 221): *Ao Ministério Público compete representar o Estado, exercer a ação penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar.*

Perguntava-se, diante da economia vocabular, se a Constituição impunha ou não a subordinação do Ministério Público ao princípio da legalidade, questão de mais alto relevo e considerada pelo Tribunal Constitucional quando da fiscalização preventiva do Código de Processo Penal de 1987.

Houve pronunciamento no sentido afirmativo, derivando a legalidade do princípio da igualdade e, portanto, a acoirar de inconstitucionalidade institutos divertidos consagradores do princípio da oportunidade.

Situando o problema, Germano Marques da Silva, ainda em 1996, esclarecia que a formulação constitucional “nada estatui quanto aos princípios”, vedado à lei ordinária, apenas, atribuir a outro órgão do Estado o exercício da ação penal, mas não assim dispor sobre seus pressupostos e requisitos.

Por outro lado, o princípio da igualdade proíbe o arbítrio, que é diferente da discricionariedade exercida de acordo com a finalidade de realização da justiça: “Ora, para melhor realização da justiça no caso concreto, a lei pode atribuir aos órgãos a quem cabe a aplicação da lei o poder de escolher, dentro de várias medidas legalmente admissíveis, a que lhe parece mais adequada. A realização da justiça penal no caso não passa necessariamente pela submissão

a julgamento de todos quantos sejam indiciados pela prática de um crime; não o impõe a Constituição e as mais modernas correntes doutrinárias aceitam que a tutela dos bens jurídicos penalmente protegidos e a ressocialização dos delinquentes pode ser alcançada, em certos casos, por outros meios que não as penas criminais.”⁷⁰

Outra linha de raciocínio, conservando íntegro o princípio da legalidade, também concluiria pela constitucionalidade do instituto processual, pois a omissão da acusação permitida ao Ministério Público, sob pressupostos determinados em lei e em função de um programa político-criminal, traduz “a adoção de uma nova e mais rica concepção de legalidade”, aberta à solução de diversão.⁷¹

In verbis, “um princípio da legalidade que deixa de ser comandado por uma idéia de igualdade formal típica dos Estados liberais para passar a ser norteado pelas intenções político-criminais básicas do sistema penal. Intenções radicadas na idéia de que a intervenção do sistema formal de controle deve estritamente limitar-se pelas máximas da mais lata diversão e da menor intervenção socialmente suportáveis...”.⁷²

Lógico que cresce, neste contexto, diga-se ainda que de passagem, a questão fundamental do controle e fiscalização da instituição Ministério Público.⁷³

O fato é que, fruto da experiência cotidiana e do amadurecimento doutrinário, o texto constitucional foi enriquecido, dispondo agora: *Ao Ministério Público compete ...participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pela princípio da legalidade e defender a legalidade democrática* (artigo 219-1 da CRP).

Cumpra-se, parece, a assertiva de Germano Marques da Silva: “Ora, não obstante a Constituição dispor de um vasto conjunto de garantias, frequentemente as enumera de forma sintética, deixando à lei ordinária a sua especificação em pormenor e, por isso que o direito processual seja também criador de direito, e não meramente regulamentar, mesmo no plano dos valores fundamentais.”⁷⁴

⁷⁰ SILVA, *Curso de Processo Penal*, ob. cit., v. I, p.70.

⁷¹ DIAS, *Direito Processual Penal*, loc. cit. p. 97.

⁷² DIAS, *idem*, pp.97-8.

⁷³ DIAS/ANDRADE, *Criminologia*, op. cit., p. 479.

⁷⁴ SILVA, *Curso de Processo Penal*, ob. cit., v. I, p. 87.

No que nos interessa mais de perto, “A quarta revisão da constituição (LC 1/97) acrescentou uma outra competência de relevante significado político e jurídico-constitucional: a da participação do Ministério Público na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania (art. 219, 1).”, o que, embora corolário lógico de suas competências constitucionais, “não deixa de criar algumas zonas de incerteza nas relações entre o executivo e o judiciário”.⁷⁵

Ao Ministério Público, então, dotado seja de uma oportunidade regrada, seja de um juízo de legalidade enriquecido, acresce a “titularidade e a direção do inquérito, bem como a competência exclusiva para a promoção processual: daí que lhe seja atribuído, não o estatuto de parte, mas o de uma autêntica magistratura, sujeito ao estrito dever de objetividade” (CPP, Exposição de Motivos, III), pelo que lhe compete colaborar com o tribunal na descoberta da verdade (artigo 53 do CPP).⁷⁶

Neste diapasão, o Acórdão nº 5/94, de 27-10, do Superior Tribunal de Justiça, jurisprudência obrigatória: *Em face das disposições conjugadas dos artigos 48º a 52º e 401º, nº 1, alínea a), do Código de Processo Penal e atentas a origem, natureza e estrutura, bem como o enquadramento constitucional e legal do Ministério Público, tem este legitimidade e interesse para recorrer de quaisquer decisões mesmo que lhe sejam favoráveis e assim concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo.*

Por outro lado, se tal posição processual era também derivada, na jurisprudência anterior a 1997, de um princípio da legalidade, remanesce incólume quer na ampliação conceitual do princípio da legalidade, quer pela incidência do critério, ao qual deve obediência, “de estrita objetividade, em todos os casos, portanto também naqueles em que se admite o funcionamento do princípio da oportunidade”.⁷⁷

⁷⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 635 e 636.

⁷⁶ O novo Código de Processo Penal Italiano, em vigor desde 1989, rompendo com uma tradição plurisecular, adotou o sistema acusatório (não expressamente previsto pela Constituição). Também consagra o dever do Ministério Público de levar a cabo não só as investigações necessárias para o exercício da ação penal (art. 326), mas também para a “comprovação de fatos e circunstâncias favoráveis à pessoa investigada (art. 358), cf. FERRAJOLI, op. cit., pp. 734-6.

⁷⁷ GONÇALVES, Maia M. *Código de Processo Penal Anotado*. 10ª ed. rev. e atual. Coimbra, Livraria Almedina, 1999. p. 177.

7 PERSPECTIVAS PORTUGUESAS

Segundo a mais abalizada doutrina, o legislador português, pelo menos desde o marco da Revolução dos Cravos (1974), tem mantido uma visão integrada e coerente com as hodiernas tendências político-criminais, primeiro no plano substancial (o Código Penal Português é de 1982, reformado em 1995), e, a seguir, na esfera adjetiva (o Código de Processo Penal é de 1987).

No que tange ao diploma processual, ancorou-se confessadamente num sistema de coordenadas, cujo eixo horizontal distingue a criminalidade grave da pequena criminalidade, ao passo que o eixo vertical traça a fronteira entre os espaços de consenso e os espaços de conflito.⁷⁸

Vislumbrando a pequena criminalidade longitudinal e o espaço de consenso latitudinal, pontuam os dois institutos que passam a ser examinados, manifestações de *diversão simples*, no caso do art. 280 do CPP, e com *intervenção* (hipótese do art. 281 do CPP). E o protagonista de tal navegação, embora não sujeito isolado, é o Ministério Público.⁷⁹

A inspiração, clara, foi buscar-se no modelo germânico, cujo Ministério Público é regido pelo princípio da legalidade, já que a “Alemanha sempre recusou qualquer solução geral assente na discricionariedade do MP”.⁸⁰

A par das soluções substantivas (descriminalização, contra-ordenações etc.) sobressaem reformas no plano processual, visando a atingir maior flexibilidade na perseguição criminal, pelo que se introduziu a figura do arquivamento puro e simples, por ausência de interesse público na persecução (§ 153 StPO), e a do arquivamento contra injunções e regras de conduta, em face do existente, embora diminuto, interesse público (§ 153a StPO), “um claro afloramento da idéia de diversão”.⁸¹

⁷⁸ Consoante SANTOS, Boaventura “et ali”, *O que se pune em Portugal*, loc. cit., apenas 40% (em média) dos crimes acusados se comprovam em tribunal pela condenação dos arguidos (o que pode contribuir para gerar sentimento de ineficácia do sistema), em parte em função das sucessivas anistias, “para além da importância da desistência de queixa nos crimes particulares e semi-públicos” (mediação mitigada). Como é a ordenação das condenações (e não das arguições) que fornece a imagem sancionatória do sistema, “Em Portugal pune-se principalmente as ofensas à propriedade e às regras de trânsito e os comportamentos relacionados com o tráfico de droga” (p. 107).

⁷⁹ “Os processos sumaríssimos não têm qualquer significados nas estatísticas judiciais. Este processo, que pretendia, de modo muito célere, dar resposta a ‘pequenos crimes’ através do consenso do ofendido, do arguido, do MP e do Juiz, não resultou por duas ordens de razões: a primeira, por um constrangimento legal de apenas poder ser aplicado a um inexpressivo número de crimes cujo limite máximo de pena em abstracto não é superior a 6 meses; a segunda, a relutância dos magistrados do MP em usar este processo, que também se estende para a ‘suspensão provisória do processo.’” (SANTOS, Boaventura “et ali”, *O que se pune em Portugal*, ob. cit., p. 90).

⁸⁰ DIAS/ANDRADE, *Criminologia*, op. cit., p. 492.

⁸¹ idem, p. 494.

Em que pese a notícia de objeções teóricas e de uma recepção inicial pouco simpática pelo próprio Ministério Público, o instituto afirmou-se como “meio por excelência de luta processual contra o perigo de esmagamento do sistema da justiça penal pela pequena criminalidade”⁸², observação confirmada por Jescheck ao relatar números de 1983: dos 188 mil processos suspensos, 135 mil foram sancionados pelo Ministério Público⁸³, ressaltando que o instituto ganhou grande importância prática – sem prejuízo de eventual esvaziamento, ao tornar-se pena de multa encoberta aplicada em procedimento sumário (em 1981, 97% das obrigações impostas pelo Ministério Público foram pecuniárias⁸⁴).

Vejamos, de volta a Portugal, articuladamente:

7.1 Arquivamento em caso de dispensa de pena

Desponta, desde logo, o *arquivamento puro e simples* do processo quando se tratar de crime com previsão, na lei penal, de dispensa de pena.

Procedendo a um apuro técnico, o Decreto-lei nº 317/95 suprimiu as referências à isenção de pena, que se devia à simetria com a redação original do art. 75 do Código Penal, também revisto em idêntico sentido pelo Decreto-lei nº 48/95.⁸⁵

Segundo o art. 74 do Código Penal, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se:

- a) o crime for punido com prisão até seis meses ou multa até 120 dias;
- b) a ilicitude do fato e a culpa do agente forem diminutas;
- c) não houver razões de prevenção que militem em contrário.

Presentes tais requisitos cumulativos, num atalho de nítido *desvio processual* e grande economia, pode o Ministério Público decidir-se pelo arquivamento do

⁸² *ibidem*.

⁸³ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., pp. 70-1.

⁸⁴ *idem*, p. 685.

⁸⁵ São, com efeito, institutos distintos, destinando-se a dispensa de pena a resolver casos de bagatela, “em que se verificaram todos os pressupostos de punibilidade mas em que não se justificaria a aplicação de qualquer sanção penal, já que tanto não seria exigido pelo fim das penas” (GONÇALVES, Maia M. *Código Penal Anotado*. 13ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1999. p.263), enquanto a isenção de pena exclui a sanção por inexistência de razões de punibilidade, v.g., a desistência voluntária da tentativa, pelo que não dão azo sequer a processo criminal (p. 264).

processo, com a concordância do juiz da instrução (art. 280-1, CPP). Trata-se de um arejamento de conteúdo de oportunidade, movendo-se o Ministério Público, todavia, “dentro de critérios estritos de objectividade e de imparcialidade”.⁸⁶ Como no § 153 da StPO, verifica-se uma pequena mas firme ruptura com o axioma da legalidade estrita, muito embora a oportunidade esteja mais no critério de ponderação da inexistência ou não de interesse público na persecução.⁸⁷

É uma discricionariedade regrada ou vinculada, mesmo que o conceito indeterminado permita âmbito relativamente largo de opção político-criminal, passando pelo crivo homologatório do juiz de instrução, “não sendo necessária qualquer intervenção do arguido, uma vez que não chega a haver acusação”.⁸⁸

No caso da acusação já ter sido deduzida, o arquivamento compete ao juiz, com a anuência do Ministério Público e do arguido (art. 280-2, CPP). A não concorrência de qualquer dos assentimentos necessários fará com que o processo prossiga.

O disposto no art. 280-3 do CPP deve ser interpretado (não sindicabilidade da decisão de arquivamento), tendo plena incidência no que tange ao arguido, porque lhe é medida favorável, “não havendo portanto legitimidade ou interesse de agir de qualquer desses sujeitos processuais”. Será sempre, noutra viés, “impugnável pelo assistente, com o fundamento de que não se verificaram os pressupostos”. Já a decisão do juiz “pro societate” (não aceitando o arquivamento ou decidindo pelo prosseguimento), é suscetível de impugnação mediante recurso, o que é perfeitamente lógico e admissível, em face do carácter regrado e objetivado do juízo discricionário.⁸⁹

Em sentido contrário (com a ressalva de impugnação com fundamento em violação de lei), Germano Marques da Silva⁹⁰, que também condiciona o

⁸⁶ GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, loc. cit. p. 529.

⁸⁷ COSTA, *Diversão*, loc. cit., p. 58.

⁸⁸ GONÇALVES, *idem*, *ibidem*.

⁸⁹ cf. GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, op. cit., p. 530.

⁹⁰ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Lisboa, Verbo, 1994. v. III, p. 104. “Só que por esses fundamentos só o assistente poderá ter legitimidade para impugnar a decisão de arquivamento, uma vez que relativamente ao arguido, não tendo sido formulado qualquer juízo de imputação, caímos na regra geral. O arguido não pode nunca impugnar qualquer decisão de arquivamento do MP nem pode recorrer da decisão do juiz, por falta de interesse de agir (art. 401º, nº 2). O assistente pode impugnar o despacho de arquivamento com fundamento na ilegalidade da decisão e pode fazê-lo por duas vias: recurso e instrução. Se o MP decidir o arquivamento e faltar a concordância do juiz, o meio processual para o assistente impugnar o despacho é o requerimento de instrução; o arquivamento é ilegal e o assistente formulará acusação, consubstanciada no seu requerimento instrutório, submetendo a decisão do MP e a sua acusação a comprovação do juiz de instrução. Se, porém, tiver havido a concordância do juiz, o meio para a impugnação pelo assistente deverá ser o recurso, porquanto o juiz de instrução já se pronunciou ao concordar com a decisão do MP” (SILVA, *idem*, p. 120).

arquivamento divertido a indícios da prática de um crime e da responsabilidade do arguido, pois, do contrário, “a decisão do MP há de ser tomada no âmbito do art. 277 e não do art. 280”.

Imperativo, por outro lado, já que o arguido não se pode opor ao arquivamento, considerá-lo “como presumido inocente relativamente aos fatos pelos quais correu o inquérito apurado”.⁹¹

Quanto ao controle da atuação do Ministério Público, é duplo: pela intervenção hierárquica, nos termos do art. 278 do CPP e pela sindicância judicial, que “não traduz um ato de fiscalização da legalidade do procedimento do MP, mas uma verdadeira decisão sobre a legalidade e adequação do arquivamento”.⁹²

7.2 Suspensão provisória do processo

À configuração do instituto, já no “caput” do art. 281-1 do CPP, acresceu a expressão *com a concordância do juiz da instrução*, uma vez que o Tribunal Constitucional considerou eivada de inconstitucionalidade a disposição original do projeto (que previa a suspensão pelo Ministério Público sem a intervenção de um juiz), ao violar os artigos 32, nº 4 e 206, ambos da CRP. Ademais, o primeiro limite para a pena de prisão era de três anos, aprofundando-se a incursão divertida pela Lei nº 59/98, que majorou o teto para cinco anos, a aumentar, portanto, o campo de aplicabilidade da medida.⁹³

A suspensão provisória do processo assenta na solução consensual, a possibilitar a proteção de bens jurídicos penalmente tutelados - com reação estatal – e a ressocialização do agente, que agiu com culpa diminuta, sendo “possível atingir por meios mais benignos do que a pena criminal os fins que presidiram à incriminação, em abstrato, dos fatos”.⁹⁴

Em casos *a priori* não considerados graves, em face da medida da pena abstratamente cominada (até cinco anos), cabe ao Ministério Público, findo o inquérito, decidir pela suspensão, todavia mediante a imposição ao arguido das *injunções e regras de conduta* previstas nas alíneas “a” até “i” do nº 2 do

⁹¹ SILVA, *Curso*, op. cit., v. III, p. 104.

⁹² SILVA, *idem*, p. 105.

⁹³ cf. GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, ob. cit., p. 531.

⁹⁴ SILVA, *Curso*, loc. cit., v. III, p. 110.

artigo 281, desde que, cumulativamente, estejam presentes os requisitos elencados nas alíneas “a” a “e” do n^o 1 do artigo em tela:

- a) concordância do arguido e do assistente (além daquela do juiz, prevista já no “caput”) – alarga-se a margem exigível de consenso;
- b) ausência de antecedentes criminais;
- c) não ser o caso de medida de segurança de internamento;
- d) caráter diminuto da culpa;
- e) previsão de que o cumprimento das medidas seja resposta suficiente às exigências concretas de prevenção.

“Quid juris” se não houver o ato judicial homologatório? “Caso se não verifique a concordância, tudo se passará como se não tivesse havido a decisão do MP de suspender o processo, devendo portanto este seguir seus trâmites normais”.⁹⁵

O juízo de oportunidade do Ministério Público será versado em despacho fundamentado (artigo 97-2 e 4 do CPP) e, como é condicionado, no dizer de Conde-Pumpido Ferreiro, “não existe uma autêntica antítese entre legalidade e oportunidade, enquanto esta vem regulada por aquela e se estabelece o controle judicial para evitar que o seu uso possa afastar-se dos limites estabelecidos por lei”.⁹⁶

A jurisprudência vai mais longe, entendendo que a intervenção do juiz deve abarcar as próprias medidas impostas pelo Ministério Público, apondo-lhes anuência.⁹⁷ Ademais, os acórdãos têm entendido que o despacho judicial que indefere a proposta de suspensão formulada pelo Ministério Público não é passível de recurso, na dicção legal do n^o 5 do artigo 281 do CPP.

Similarmente ao ponderado em relação ao item 3^o do artigo 280 do estatuto processual, nesta altura há as dissonâncias já apontadas de Maia Gonçal-

⁹⁵ GONÇALVES, *idem*, p. 532.

⁹⁶ *apud* SILVA, *Curso*, v. III, p. 110, nota 3.

⁹⁷ Não, porém, modificá-las: “Suspensão provisória do processo – Poderes do Juiz de Instrução (Acórdão de 8 de abril de 1997). Sumário: I – O Juiz de Instrução não pode substituir-se ao Ministério Público no sentido de, por sua iniciativa, decretar a suspensão provisória do processo, ou impor injunções e regras que não tenham sido propostas por aquela Magistratura. II – A intervenção do Juiz de Instrução visa apenas verificar se estão reunidos os pressupostos da suspensão provisória do processo.” (Colectânea de Jurisprudência, ano XXII, 1997, tomo II. Coimbra, Palácio da Justiça. p. 274 (Relação de Évora).

ves⁹⁸ e, afigurando-se-lhe insindicável apenas o juízo de oportunidade do Ministério Público (acusar ou suspender), de Germano Marques da Silva, que aceita a impugnação em caso de ilegalidade (decisão não escorada nos requisitos e pressupostos do item 1º do artigo 281).

Quanto às injunções e regras de conduta, não podem, por óbvio, ofender a dignidade pessoal do arguido, nos exatos termos do item 3º do artigo em exame.

Reitere-se “que o arguido, mesmo sofrendo e cumprindo as injunções e regras de conduta, há-de continuar a ser considerado como presumido inocente.”⁹⁹

A suspensão do processo pode durar até dois anos, não correndo a prescrição no decurso deste prazo (artigo 282-1º e 2º, CPP). Trata-se de caso de suspensão do prazo - vide artigo 120-3º do Código Penal.

Cumpridas as medidas, o Ministério Público arquiva o processo, que não pode ser reaberto (artigo 282-3º, 1ª parte, CPP): “Agora não há qualquer intervenção do juiz; a decisão é exclusivamente do MP. O assistente pode, por isso, discordando da decisão do MP, nomeadamente por entender que não se verificaram os pressupostos indicados no art. 282º, nº 3, impugnar aquela decisão de arquivamento, nos termos gerais, isto é, através do requerimento de abertura de instrução. O arguido não pode impugnar a decisão de arquivamento.”¹⁰⁰

Acaso descumpridas as injunções e regras de conduta, o processo prossegue (art. 282-3º, 2ª parte), o que deve ser lido “cum grano salis”: “o não cumprimento de qualquer injunção ou regra de conduta não poderá, por si e automaticamente, desencadear o prosseguimento do processo. A disposição do período final do nº 3 tem que ser objecto de uma interpretação ponderada, harmónica com os princípios perfilhados pelo CP, nomeadamente sobre a culpa, o que terá como resultado uma interpretação restritiva. É, desde logo, exigível que a falta, para que possa desencadear o prosseguimento do processo, seja imputável ao arguido pelo menos a título de culpa. Também se nos afigura que faltas mínimas, de desvalor ético-jurídico de reduzido significado, terão como consequência mais adequada v. g. uma solene advertência do que, desde logo, o prosseguimento do processo.”¹⁰¹

⁹⁸ GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, op. cit., p. 533.

⁹⁹ SILVA, *Curso de Processo Penal*, v. III cit., p. 112.

¹⁰⁰ SILVA, *idem*, p. 122.

¹⁰¹ GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, ob. cit., pp. 533-4.

7.3 Outras hipóteses

Longe de pretender esgotar a multifacetada rede de elementos divertidos que se espalha no sistema processual-penal português, afigura-se produtor de destacar alguns pontos, recolhidos da legislação esparsa, apenas para melhor contextualizar o princípio.

No âmbito da legislação atinente a tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, o Decreto-lei n.º 15/93, além de prever medidas de feição terapêutica, via remessa para mediação por serviços de saúde (art. 43, sujeição voluntária de consumidor habitual a tratamento), que se aplicam mesmo para crimes mais graves – afastando, em regra, a prisão preventiva do arguido que tenha em curso um programa de tratamento de toxicod dependência (art. 55, 1-4) -, é possível haver dispensa de pena (e, portanto, arquivamento divertido), no caso de consumidor ocasional (art. 40), a par de expressa previsão de suspensão provisória do processo para crimes com pena não superior a três anos, verificados os pressupostos subjetivos das alíneas “d” e “e” do art. 281 do CPP.

Mantém-se a estrutura básica do instituto: iniciativa do Ministério Público, com a concordância do juiz e a anuência do arguido, impondo-se-lhe, também, em caso de toxicod dependência, para além das medidas referidas no n.º 2 do art. 281 do CPP, tratamento ou internamento. Contudo, “em termos globais, os casos de suspensão representam apenas cerca de 0,3% dos inquéritos findos durante o mesmo período”.¹⁰²

No que tange ao regime jurídico do cheque sem provisão de fundos, houve recente aposta legislativa na mediação mitigada, prevendo o art. 11 A do Decreto-lei n.º 316/97 a queixa como condição de procedibilidade do respectivo procedimento criminal, independente do valor do cheque – a retomar, aliás, uma tradição emergente de um decreto já de 1927, a ilustrar as idas e vindas da política-criminal e sua inescapável dimensão histórica.

¹⁰² ROCHA, João Luís de Moraes Rocha. “Suspensão provisória do processo e consumo de estupefacientes”, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 9 (1999). p.111. De acordo com os dados estatísticos, o consumo de estupefacientes é o crime, logo após o de furto, a fundamentar o maior número de suspensões provisórias – oscila entre 75% e 97% o arquivamento dos processos suspensos, a indicar sucesso (p. 112); adiante, o autor refere-se à *estranheza* causada pela parca utilização do instituto, pois “o mero bom senso aconselharia a aplicação sistemática de uma medida de comprovado êxito”, e procura explicar as razões, que vão da “relativa novidade com a ‘natural’ resistência à novidade”, passam pela deficiente informação dos profissionais envolvidos quanto ao específico domínio da adição, até às distorções emergentes do próprio sistema judicial (redigir a acusação remete para o âmbito do juiz de julgamento um caso complexo, sem a retenção que a suspensão implicaria, o que é gratificante para o magistrado preocupado em apresentar estatísticas a serviços de inspeção), pp. 115-6.

De fato, trata-se de reação ao que se chamou, à semelhança do que ocorre na justiça cível, *colonização* da justiça penal pelo crime de emissão de cheques sem provisão (versão “criminalizada” da cobrança das dívidas civis e comerciais: 31,3% dos crimes processados pela sistema judicial português, no ano de 1993, eram de emissão de cheques sem provisão).¹⁰³

8 INICIATIVAS BRASILEIRAS *

No Brasil, concretizando o mandamento constitucional que ecoava desde 1988 (art. 98, inciso I, da Constituição Federal), a recente Lei nº 9.099/95 regulamentou a persecução penal das infrações penais de *menor potencial ofensivo* (na feliz expressão da Carta Magna), assim consideradas aquelas cuja pena máxima não ultrapassa um ano e a que não estejam previstos procedimentos especiais.

O diploma todo é marcado pela ideia-força do consenso, da diversão, da oportunidade regrada, da mediação (mitigada e direta). Tornou as lesões leves e as culposas crimes de ação penal condicionada à representação; terminou com os inquéritos policiais, substituídos por boletins circunstanciados; estabeleceu momento prefacial de composição, na audiência preliminar, entre “autor do fato” e ofendido, incentivada pelo Ministério Público e coordenada pelo juiz; não havendo reincidência, possibilita a transação entre o Ministério Público e o autor do fato que, assumindo o cumprimento de pena não privativa de liberdade (em geral prestação de serviço comunitário, multa ou doação, como restrição de direito atípica), tem extinta sua punibilidade sem sequer sujeitar-se a processo e permanecendo sem registros (salvo arquivo interno, aos efeitos de não ser concedido o mesmo benefício em interregnos menores do que cinco anos) – a medida, para aperfeiçoar-se, deve ser homologada pelo juiz.

¹⁰³ Cf. SANTOS, Boaventura “et ali”, *O que se pune em Portugal*, p. 91, “em resultado do aumento das transações econômicas e da preferências por este tipo de ‘pagamentos-garantias’ de dívida” (p. 93). Aliás, depois de um “endurecimento” do regime punitivo (pelos DL nº 400/82, de 27/9, e DL nº 14/84, de 11/1), “em 28/3/1992 entrou em vigor o DL nº 454/91, de 28/12, que pretendeu restringir a criminalização do uso do cheque aos que efectivamente foram emitidos causando prejuízo, descriminalizando de forma clara os cheques de mera garantia” (idem, p. 94).

* Manteve-se o tópico, obviamente perfunctório, vez que o escopo era ilustrar, aos colegas portugueses e de outras nacionalidades, o “sistema” divertido brasileiro. Não houve preocupação, portanto, de atualização bibliográfica, inalteradas as referências de então, lançadas em 1999 diante do material disponível no estrangeiro.

Além do que, a referida legislação introduziu a suspensão do processo para outra categoria de crimes, aqueles cuja pena mínima não ultrapassa um ano. Pressupõe, a proposta a cargo do Ministério Público, acusação formulada, aceitação pelo arguido e homologação pelo juiz (que deixa de receber a denúncia escrita), incluindo sempre a reparação do dano ou satisfação à vítima, a par de outras condições, a serem cumpridas no prazo de dois a quatro anos. Findo o termo sem revogação, extingue-se a punibilidade.¹⁰⁴

Recente estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre fornece dados e instigante quadro analítico¹⁰⁵ *, a indicar desencontros entre o discurso de justificação da diversão e a prática judiciária. Por exemplo, embora previstos conciliadores escolhidos fora da administração da justiça penal, como tal disposição não foi implementada, os juízes que atuam nos Juizados são os mesmo que atuam nas Varas Criminais, “valendo-se mais de uma relação de poder hierárquica e intimidatória sobre as partes para encaminhar uma solução para o caso do que de uma proximidade advinda de vínculos sociais comunitários”.

Em realidade, a inovação retirou da “autoridade policial a prerrogativa que tinha de selecionar os casos considerados mais ‘relevantes’, que resultava no arquivamento da grande maioria dos pequenos delitos”. A nova demanda, agora alocada para o Judiciário, “passou a representar quase 90% do movimento processual penal global”. Onde conclui-se que, no caso brasileiro, “a informalização da justiça penal na verdade não ampliou o controle social formal do Estado sobre novas condutas, uma vez que esse controle era exercido pelas delegacias de polícias”, mas permitiu uma “espécie de recriminalização, substituindo o delegado pelo juiz no exercício da função de mediação”, que significou, sem paradoxo, aspectos emancipatórios: ao substituir-se a mediação policial, informal e arbitrária (amiúde combinada com mecanismos de intimidação das partes), pela judicial, que “tende a ampliar o espaço para a

¹⁰⁴ De uma literatura que se vai tornando farta, sugere-se, para quem deseja aprofundar o estudo da experiência brasileira: GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. São Paulo, Atlas, 1997; JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996; GRINOVER, Ada Peligrini. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. e FERNANDES, Antônio Scarance. *Juizados especiais criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

¹⁰⁵ AZEVEDO, Rodrigo G. de., “A Informalização da Justiça Penal e a Lei 9.099/95 – Entre a Rotinização do controle penal e a ampliação do acesso à justiça”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 30, Ed. Revista dos Tribunais, abril-maio de 2000, no prelo.

* AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da Justiça e Controle Social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

explicitação do conflito e a adoção de uma solução de consenso entre as partes, reduzindo a impunidade”.¹⁰⁶

Desde 1990, é justo que se destaque, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90), também imperativo constitucional, vive-se experiência verdadeiramente divertida no que tange à delinquência juvenil. Ao adolescente infrator, sob determinados pressupostos, ao invés de desencadear o processo, pode o Ministério Público aplicar *remissão*, espécie de perdão eventualmente cumulado com medidas sócio-educativas e de proteção, que devem ser homologadas pelo juiz e oscilam da simples advertência, prestação de serviço comunitário, submissão a tratamento de desintoxicação, obrigação de matrícula e frequência a estabelecimento oficial de ensino fundamental etc.

9 A HARMONIZAÇÃO DA DIVERSÃO

O que se espera, a final, de um processo penal no quadro de um Estado de Direito Democrático e Social? Segundo a exposição de motivos do CPP, “o processo penal tem por fim a realização da justiça no caso, por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos”.

Busca-se, portanto, um modelo processual preordenado à *concordância prática das teleologias antinômicas*, na busca da maximização alcançável e admissível e com as respectivas implicações: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos – e de forma eficiente (suficiente a prevenção?).

A doutrina comunga, em grandes linhas, de tal concepção: impõe-se “uma visão harmônica que combine e concilie as três missões básicas do processo: jurídica, enquanto instrumento para a realização do direito objetivo; política, como garantia do arguido; social, enquanto contribui para a pacífica convivência social”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ No sentido de que as “formalidades criam barreiras, mas também proporcionam um espaço no qual é possível proteger os setores socialmente desfavorecidos, enquanto os procedimentos informais são mais facilmente manipuláveis” (AZEVEDO, *A informalização*, op. cit.).

¹⁰⁷ SILVA, *Curso*, v. I cit., p. 48.

Assim também destacadas por Figueiredo Dias as seguintes finalidades primárias:¹⁰⁸

- 1) a realização da justiça e a descoberta da verdade material;
- 2) a proteção dos direitos fundamentais das pessoas;
- 3) o restabelecimento da paz jurídica comunitária.

Se, no mais das vezes, tais fins têm caráter antinômico e antitético, a penosa e delicada tarefa é operar a *concordância prática das finalidades em conflito*, numa otimização de mútua compreensão, tendo como alicerce intocável a dignidade da pessoa humana (princípio axiológico) – art. 2º da CRP.¹⁰⁹

Do próprio princípio do Estado de Direito, deduz-se a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito¹¹⁰, que se concretiza em garantias gerais de procedimento e processo (exemplo, processo equitativo, art. 20-4º, CRP) e outros específicos de processo penal (e.g., “no bis in idem”, art. 29-5º, CRP).

A já citada quarta revisão constitucional, em linha de tensões, inovou ao prever um direito a procedimentos céleres e prioritários (art. 20-4º, CRP).¹¹¹

Há que se compreender, na melhor perspectiva, a Constituição como *um sistema aberto de regras e princípios*. Ambos participam do gênero *normas jurídicas*, com distinções qualitativas:¹¹²

- 1) os *princípios* impõem *otimização*, variando sua concretização conforme o condicionalismo fático-jurídico – as *regras* prescrevem exigências que se *cumprem ou não*;
- 2) a convivência dos *princípios* é *conflitual* – das *regras* é *antinômica* (os princípios coexistem, as regras excluem-se);
- 3) os princípios permitem o *balanceamento de valores e interesses*, consoante peso e ponderação de outros princípios – as regras, ao revés, obedecem à *lógica do tudo ou nada*.¹¹³

¹⁰⁸ DIAS, *Direito Processual Penal*, loc. cit., pp. 20-6.

¹⁰⁹ o princípio antrópico referido por Canotilho, cf. nota 63, supra.

¹¹⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 268

¹¹¹ cf. CANOTILHO, *idem*, p. 472.

¹¹² CANOTILHO, *Direito Constitucional*, lo. Cit., p. 1.088 1.087, respectivamente.

¹¹³ *Idem*, p. 1.177.

É de se reter que os conflitos entre princípios podem ser objeto de harmonização e é assim, adiante-se, que se compreende a interação do princípio da diversão, protagonizado pelo Ministério Público, com os outros princípios constitucionais referidos.¹¹⁴

Tal concepção permite ao sistema *respirar* (pela “textura aberta” dos princípios), *legitimar-se* (os princípios consagram valores, dignidade, justiça, com capacidade deontológica de justificação), *enraizar-se* (referências sociológicas aos programas e pessoas) e *caminhar* (através da dinâmica processual e procedimental adequados, densificando e realizando na prática as mensagens normativas constitucionais).

Permite “que a Constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais”.¹¹⁵

A harmonização, ínsita à convivência principiológica, significa que um princípio não tem validade absoluta, no sentido de que possa se impor com o sacrifício total de outro. Ao revés, como princípio de interpretação, o princípio da concordância prática (da harmonização) parte da ideia de igual “valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.”¹¹⁶

¹¹⁴ Afasta-se, de plano, em sede de diversão, a ocorrência de limites imanescentes, vale dizer, que os princípios constitucionais referidos no item pudessem excluir em termos absolutos certas formas ou modos de exercício divertidos – para uma configuração doutrinária acurada dos limites imanescentes, vide ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 1998. pp. 215-9.

¹¹⁵ Ibidem, pp. 1.089 e 1.109, respectivamente.

¹¹⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 1.150. Na lição de Vieira de Andrade, “haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. A esfera de proteção de um certo direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma norma ou princípio constitucional.” (p. 220); a solução “não pode ser resolvida com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. Não se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes.”, pois “não é lícito sacrificar pura e simplesmente um deles ao outro.” (p. 221). A solução é de procurar “no quadro da *unidade da Constituição*, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes. Esse princípio da *concordância prática* (...) é apenas um *método* e um *processo de legitimação* das soluções que impõe a *ponderação* de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida do possível.” (p. 222). Tal princípio executa-se “através de um critério de *proporcionalidade* na distribuição dos custos do conflito”, exige-se que “o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja *necessário* e *adequado* à salvaguarda dos outros.” (p. 223). “É, nessa medida, uma actividade simultaneamente de interpretação e de restrição – de interpretação restritiva – mas que parece dever, tal como a concretização dos limites imanescentes, integrar-se na competência interpretativa do juiz e, em geral, dos aplicadores da Constituição.” (p. 224) – ANDRADE, J. C. Vieira de, *Os direitos fundamentais*, op. cit.

Adiante¹¹⁷, os dois exemplos fornecidos foram retirados de casos paradigmáticos da jurisprudência alemã e, muito significativamente, envolvem diretamente problematizações processuais penais: o direito à informação (emissão de um documentário, por canal de televisão, sobre um crime grave há anos ocorrido) contra o direito à ressocialização individual (o condenado, já em liberdade e trabalhando, argumentou que seria reestigmatizado) – prevaleceu, no caso concreto (caso Lebach), o direito à ressocialização¹¹⁸; e o direito à vida, o dever de proteção de bens constitucionais e o direito das vítimas, tendo prevalecido o adiamento de um julgamento de crime grave, em prol do direito à vida (risco de enfarte na iminente audiência pública) e em detrimento, circunstancial, do direito/dever do Estado de prossecução penal, a par do direito das vítimas a uma decisão judicial justa e eventual reparação.

As concretizações processuais do princípio da diversão têm demonstrado bem a possibilidade de soluções de compromisso entre os variados princípios constitucionais em linha de tensão, assim como entre as finalidades legitimadoras do próprio processo penal.

É o que se vê da enunciação das considerações e recomendações do já mencionado Colóquio Internacional de Tóquio, destacando-se: a superação dos conflitos (que deita raízes na busca de paz social), a ressocialização (que deriva do próprio princípio da dignidade humana), a satisfação à vítima (reforçando a paz social), o evitar-se a manutenção de arquivos criminais estigmatizantes, assim como reduzir a sobrecarga do sistema de administração da justiça penal. Na prática:

- a) é essencial a cooperação e o assentimento do sujeito divertido, que deve ter a opção de submeter-se, preferindo, ao sistema formal – recomendações nº 3 e nº 11;
- b) desnecessário que o sujeito reconheça a culpa – recomendação nº 5;

¹¹⁷ CANOTILHO, idem, pp. 1.161-2.

¹¹⁸ Vide, a respeito do Lebach-Urteil, de 15 de janeiro de 1958, ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva criminal*. Coimbra, 1996. pp. 47-9. Sobre o princípio da socialidade ou da solidariedade (um dos princípios diretores de política-criminal de emanação jurídico-constitucional) é apresentado por Figueiredo Dias como “vertente social” do Estado de Direito – imanente, portanto, à cláusula do Estado de Direito social: ao Estado que faz uso do seu *ius puniendi* incumbe, em compensação, um *dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado*, proporcionando-lhe “o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993. p. 74).

- c) a mesma pessoa não pode atuar como mediadora e subsequentemente, em caso de insucesso, como árbitro do mesmo conflito – recomendação nº 10;¹¹⁹
- d) os arquivos devem operar apenas internamente, isto é, registros para evitar nova aplicação inadequada do instituto, sem qualquer notícia externa – recomendação nº 15.¹²⁰

Por outro lado, as resoluções do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Cairo (Terceira Seção, Diversão e Mediação), referem as virtudes vitimológicas do instituto (justificação nº 5); as medidas restritivas de liberdade, embora a anuência do sujeito, devem passar pelo crivo judicial. Releva o item 6º da justificação, no que tange à redução da sobrecarga dos tribunais, tendo prevalecido o ponto de vista dos “scholars”, no sentido de que tal finalidade não deve constituir-se no principal objetivo das medidas divertidas, mas sim como efeito secundário.

Ainda, a legalidade, como princípio de prossecução penal, pode conciliar-se com os institutos divertidos, visto que o Ministério Público não fica inativo, mas desencadeia passos necessários para a efetivação das medidas adequadas (preâmbulo, item 4), reconhecidamente uma abordagem formalista que não responde à pergunta acerca dos critérios sopesados pelo Ministério Público para desencadear ou não um processo formal ou uma medida divertida.¹²¹

CONCLUSÃO

O que se vê, pois, são teias complexas, que procuram não deixar de fora nenhum dos principais fios axiológicos e normativos atinentes ao princípio da diversão e que, entretecidos, sustentam, numa tensão dialética, as experiências concretas, cuja aferição do sucesso em atingir os objetivos é tarefa que nunca acaba.

Por fim, há que se destacar, numa busca de síntese plástica, que o princípio da diversão assenta e viabiliza, numa palavra, na *tolerância*, um valor muito

¹¹⁹ O sistema dos juzados brasileiros, neste particular, carece de aperfeiçoamento, pois, na ausência dos conciliadores leigos, é comum o juiz, que não logrou êxito na conciliação, instruir e julgar o feito (cf. supra, item 8).

¹²⁰ *Revue Internationale de Droit Pénal* 54 (1983), pp. 908-15.

¹²¹ *Revue Internationale de Droit Pénal* 56 (1985), pp. 513-20.

caro e necessários aos nossos dias – que se não confunde com permissividade mas muito menos com fanatismos e fundamentalismos.¹²²

Faz parte desta caminhada da humanidade reconhecer que o direito penal e seu sistema processual são inadequados para monitorar o modo de ser das pessoas, seus deuses e diabos são questões de foro íntimo (cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é, na composição de Caetano Veloso).

Em nosso campo, há que potenciar o modelo verde de política-criminal, diversificar as alternativas da diversão¹²³, “contrabalançar o ímpeto criminalizante do legislador moderno e evitar a estigmatização dos sujeitos”¹²⁴, aproveitando-nos das tendências descentralizadoras das organizações sociais de nossos dias, que são facilitadoras, por óbvio, da diversão. Claro que numa perspectiva realista, reconhecendo que as zonas preferenciais para aplicação de tais medidas estão na pequena e média criminalidade.

Insera-se, tal discurso, num plano de ambiência cultural mais amplo, cuja ética vem sendo delineada por muitos, por exemplo Umberto Eco nos seus “Cinco Escritos Morais” (a importância da tolerância, numa realidade de migrações, época em que urge aprender a conviver com a diferença), e cuja estética (como proposta literária não excludente) foi consagrada por Ítalo Calvino.¹²⁵ Apropriando-nos, então, de sua racionalidade estético-expressiva, desejaríamos (e acreditamos que gradativos incrementos do princípio da

¹²² “Em 1721, com uma ingenuidade fingida que não escondia a acidez do sarcasmo, Charles-Louis de Secondat perguntou-nos: ‘Persas? Mas, como é possível ser-se persa?’ Vai já para trezentos anos que o barão de Montesquieu escreveu as suas famosas *Lettres Persanes* (...) continuamos a não entender como foi possível a alguém ter sido ‘persa’ e, ainda por cima, como se já não fosse desproporcionada tal extravagância, persistir em sê-lo hoje, quando o espetáculo que o mundo oferece nos pretende convencer de que só é desejável e proveitoso ser-se aquilo que, em termos muito gerais e artificialmente conciliadores, é costume designar por ‘ocidental’ (...) Ser ‘persa’ é ser o estranho, é ser o diferente, é, numa palavra, ser *outro*. A simples existência do ‘persa’ tem bastado para incomodar, confundir, desorganizar, perturbar a mecânica das instituições (...) A mesma névoa que impede ver pode ser também a janela aberta para o mundo do outro, o mundo do índio, o mundo do ‘persa’... Olhemos em silêncio, aprendamos a ouvir, talvez depois, finalmente, sejamos capazes de compreender.” SARAMAGO, José. *Chiapas, nome de dor e de esperança*, Visão, 09 de junho de 1998, in: Folhas Políticas. 1976-1998. Lisboa, Caminho, 1999. pp. 209-14.

¹²³ Uma das tendências do atual Direito Penal, que parece estável e dificilmente reversível para HASSEMER/MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 170, passa pelas diferenciações no conjunto do sistema, aumentando os instrumentos jurídico-penais, em todos os setores de controle, tanto na criação das normas, como na sanção e no processo. Dizem o mesmo em relação à “desformalización de sus instrumentos” (p. 173).

¹²⁴ COSTA, *Diversão*, op. cit., p. 66.

¹²⁵ CALVINO, Ítalo, *Seis propostas*, op. cit. Trata-se das “Norton Lectures” promovidas desde 1926 pela Universidade de Harvard (um ciclo de seis conferências no decorrer de um ano letivo - Calvino fora o primeiro convidado italiano, para o ano 1985-1986, de uma plêiade que contou com Eliot, Stravinsky, Borges). Tendo falecido antes da partida para a América, o título ficou em inglês (*six memos for the next millennium*), e a sexta lição (“Consistency”) não chegou a ser escrita.

diversão são agentes catalisadores desta utopia), um sistema processual penal transpassado de *leveza* e *multiplicidade*, que não abre mão da *visibilidade* e que terá *consistência* na medida da sua *rapidez* e nos limites da *exatidão* possível.

Um espaço para a utopia.¹²⁶

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

« Actes du Colloque (Dejudiciarisation – Diversion – et Mediation) tenu à Tokyo, Japon 14-16 mars 1983 », *Revue Internationale de Droit Pénal* 54 (1983).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva criminal*. Coimbra, 1996.

AZEVEDO, Rodrigo G. de., “A Informalização da Justiça Penal e a Lei 9.099/95 – Entre a Rotinização do controle penal e a ampliação do acesso à justiça”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 30, Ed. Revista dos Tribunais, abril-maio de 2000, no prelo.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. trad. José de Faria Costa.

CAETANO, Marcello. *História do Direito Português. V. 1, Fontes – Direito Público (1140-1495)*. Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 1981

CALVINO, Italo. *As cidades Invisíveis*. 3ª ed. Lisboa, Teorema, 1999. trad. José C. Barreiros.

_____, *Seis propostas para o próximo milênio (lições americanas)*. 3ª ed. Lisboa, Teorema, 1998, trad. José C. Barreiros.

¹²⁶ “A exploração de novas possibilidades e vontades humanas, por via da oposição da imaginação à necessidade do que existe, só porque existe, em nome de algo radicalmente melhor que a humanidade tem direito de desejar e porque merece a pena lutar.”; espaço pautado pelo princípio da transição paradigmática, que quer: “ampliar o conhecimento dos paradigmas em presença e promover a competição entre eles de modo a expandir as alternativas de prática social e pessoal e de lutar por elas.”, no qual o Estado tem uma dimensão providencial em “promover a pluralidade e a permeabilidade das identidades pelo incentivo à confrontação entre os dois paradigmas... Não se trata de obter a transparência total nas relações sociais, mas antes de lutar sem limites contra a opacidade que as despolitiza e desingulariza (...) Daí que na transição paradigmática se tolere a imperfectibilidade das palavras e dos cálculos se ela se traduzir numa maior razoabilidade e equidade das acções e das consequências” (SANTOS, *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. Porto, Afrontamento, 1999. pp. 277, 281, 293 e 297-8, respectivamente).

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1999.
- _____, *Para uma crítica da opinião pública: a propósito das agressões ideológicas dos mass media reacionários*. Universidade de Coimbra.
- Colectânea de Jurisprudência, ano XXII, 1997, tomo II. Coimbra, Palácio da Justiça.
- « Compte rendu des travaux de la troisième section (Diversion and Mediation), Caire, Egypte 1-7 octobre 19843 » *Revue Internationale de Droit Pénal* 56 (1985).
- COSTA, José Francisco de Faria. *Direito Penal da Comunicação: alguns escritos*. Coimbra, 1998.
- _____, *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra, Coimbra editora, 1992.
- _____, *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?* Coimbra, 1986 - separata do v. LXI (1985) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- _____, *Les problèmes juridiques e pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif-pénal*. Coimbra, 1988 - separata do v. LXII (1986) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime: a substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993.
- _____, *Direito Processual Penal*, Universidade de Coimbra, Secção de Textos, 1988-9.
- _____, ANDRADE (Manuel da Costa), *Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade. Criminógena*. Coimbra, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 1997. trad. de Perfecto Ibáñez "et ali".
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. 2ª ed.. rev. e ampl. São Palo, Revista dos Tribunais, 1997.
- GONÇALVES, Maia M. *Código de Processo Penal Anotado*. 10ª ed. rev. e atual. Coimbra, Livraria Almedina, 1999.
- GONÇALVES, Maia M. *Código Penal Anotado*. 13ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1999.

- GRINOVER, Ada Peligrini. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. e FERNANDES, Antônio Scarance. *Juízados especiais criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.
- HASSEMER (Winfried), MUÑOZ CONDE (Francisco). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed. cor. e ampl. Granada, Editorial Comares, 1993, trad. José Luis Manzanares Samaniego.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos júzados especiais criminais anotada*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996.
- KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos da la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juízados especiais criminais*. São Paulo, Atlas, 1997.
- PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre, Fabris, 1989, trad. Gérson Pereira dos Santos.
- PASQUALINI, Alexandre. *O Público e o Privado*, “in”: “O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel”, Alexandre Pasqualini... [et al.]; Ingo Wolfgang Sarlet, organizador. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.
- ROCHA, João Luís de Moraes Rocha. “Suspensão provisória do processo e consumo de estupefacientes”, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 9 (1999).
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Civitas, 1999. Tomo I, trad. da 2ª ed. Alemã por Diego-Manuel Luzón Peña “et alli”.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. Porto, Afrontamento, 1999.
- _____, MARQUES (Maria Manuel Leitão), PEDROSO (João). “O que se pune em Portugal”, in *Sub Iudice: Justiça e Sociedade* 11 (1996).
- _____, *Um discurso sobre as ciências*. 11ª ed. Porto, Afrontamento, 1999.
- _____, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência* (Para um novo senso comum. A ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática, v. I). Porto, Afrontamento, 2000.

- SARAIVA, José Hermano. *História de Portugal*. 5ª ed. Publicações Europa-América, 1998.
- SARAMAGO, José. *Folhas Políticas. 1976-1998*. Lisboa, Caminho, 1999.
- SARTORI, Giovanni. *Homo videns: televisão e pós-pensamento*. Lisboa, Terramar, 2000. trad. Simonetta Neto.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed. rev. e atual. Lisboa, Editorial Verbo, 1996. v. I.
- _____, *Curso de Processo Penal*. Lisboa, Verbo, 1994. v. III.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999