

1. ENTREVISTA

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

O Professor Jorge de Figueiredo Dias é, na atualidade, o mais significativo representante da cultura penal portuguesa. Professor Catedrático de Direito Penal da tradicional Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra é autor de inúmeros livros e estudos que abordam não apenas a Dogmática Penal, mas também a Criminologia, a Política Criminal e o Processo Penal. Entre as obras editadas, merecem especial destaque: "O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal", "Liberdade, Culpa e Direito Penal", "As Consequências Jurídicas do Crime", "Direito Processual Penal" e, em co-autoria com o Prof. Costa Andrade, "Criminologia". Inúmeros ainda são os artigos de sua autoria publicados em revistas especializadas. O Prof. Jorge de Figueiredo Dias teve atuante participação na elaboração do Código Penal Português, de 1982 e presidiu a Comissão de Revisão desse Código, dando origem ao Código Penal revisto, publicado em 15 de março de 1995 e que entrou em vigor em 1.º de outubro de 1995. O Professor Jorge de Figueiredo Dias é ainda Diretor da Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Vindo ao Brasil, em setembro de 1995, para participar do "Seminário Internacional de Direito Penal Econômico", concedeu à "Revista Brasileira de Ciências Criminais", a seguinte entrevista:

IBCCrim: O Direito Penal é considerado um direito da liberdade, pois em face do princípio da legalidade, tudo o que não é proibido é permitido. No Brasil, nota-se uma certa reação contra isso por parte de muitos Juizes. Como

vê o sr. esta tendência de o juiz, em matéria penal, ir além da lei, além do princípio da tipicidade, da legalidade estrita em nome de um clamor social, como se faz no Brasil, por vezes?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Tudo aquilo que eu disser não tem em vista a situação brasileira, mas é aquilo que eu, como teorizador do Direito Penal, por um lado, e como pessoa, com bastante experiência em matéria de revisão e reforma de lei penal, penso. Quero dizer o seguinte: continuo a acreditar firmemente que um Código Penal é antes de tudo um código de liberdade, não é um código de repressão, e justamente a sua primeira função é a de defender, preservar, manter os valores essenciais de uma comunidade, e se a comunidade é uma comunidade democraticamente estruturada, então esses valores são os valores da liberdade. Creio que essa tendência, que não é rara hoje, infelizmente — pelo contrário, é bastante comum — vem de uma errônea, salvo o devido respeito por outra opinião, de uma errônea concepção de qual seja a função do Direito Penal. Nós costumamos dizer que a função do Direito Penal é uma função exclusiva de proteção de bens jurídicos. O que isso quer dizer? Quer dizer que a função do Direito Penal e, por conseguinte, a sua legitimação democrática só existe na medida em que ele defende os valores essenciais a uma vida comunitária. Visto pela negativa, o Direito Penal não é, como hoje em tantas partes está a ser, um instrumento do governo da sociedade. Para isso há outras formas, há outros ordenamentos.

O Direito Penal é completamente inadequado a essa função e a esse fim. O Direito Penal é um direito de proteção da vida, do patrimônio, da honra, enfim, dos valores essenciais à comunidade.

IBCCrim: O juiz criminal surgiu para impor um limite ao poder absoluto do Estado. A “Operação Mãos Limpas” que na verdade não foi desfechada por juízes, mas por magistrados, termo que abrange tanto o julgador quanto o investigador, tem sido utilizado no Brasil para justificar uma atuação do juiz em favor da sociedade. Como lhe parece, — mais uma vez eu digo — não operando apenas no Brasil, mas no mundo inteiro, a tendência de um juiz, enquanto cidadão, enquanto membro até de uma burguesia, colocar-se a serviço da sociedade e não a serviço das garantias de um devido processo legal? Parece-lhe que essa tendência também é universal?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: É, infelizmente. E agora posso falar mais à vontade porque aquilo que vou dizer, nomeadamente sobre a situação italiana, já tive ocasião de dizer na própria Itália para juízes e magistrados. Eu creio que a “Operação Mãos Limpas” deu um estatuto de alta dignidade ao juiz — e isso até me congratula — obviamente por se verificar que seria o único corpo do Estado que poderia eficazmente levar a cabo uma luta contra a corrupção, mas ela teve um efeito perverso. E esse efeito perverso já se verificou. E eu atrever-me-ia a dizer que essa situação na Itália já se inverteu e esse conhecimento razoável que tenho, na Itália, vem de conversas inúmeras e longas que tenho tido com magistrados italianos. Por quê? Porque justamente na medida em que a magistratura italiana — digamos como que inebriada pelo aplauso justo que estava a ter da parte da comunidade pela sua ação — caiu

no pecado de uma certa corporativização, isto é, começou também — podemos dizer assim de uma forma mais feia — olhar demasiado para seu umbigo, começou a usar o auto-governo, — que eu acho que é um bom instrumento — para dentro de si mesma e nessa medida perdeu legitimação democrática porque a verdade é essa: a magistratura, na medida em que a magistratura for um poder do Estado, ela tem que ser democraticamente legitimada. A legitimação democrática só pode vir direta ou indiretamente de um órgão eleito pelo povo. O que eu quero dizer e qual é a forma como eu vejo as coisas: eu concordo com o auto-governo; eu concordo com a existência de um Conselho Superior da Magistratura. O que nunca poderei concordar é com um Conselho Superior da Magistratura formado por juízes eleitos por eles próprios. Não pode ser. Um Conselho Superior da Magistratura deve auto governar-se, deve governar a magistratura, mas tem que ter um momento inicial de legitimação que só pode provir evidentemente do Parlamento.

IBCCrim: Isso se aplica também ao regime presidencialista como o brasileiro, por exemplo, ou o seu raciocínio leva em conta o parlamentarismo?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Não. Ainda bem que falou nisso. Quando eu falo do Parlamento, posso e quero dizer, com igual legitimidade de qualquer órgão que tenha uma legitimação democrática direta. Mesmo em Portugal, não me choca nada, por exemplo, que o Conselho Superior da Magistratura seja, em parte, constituído por membros eleitos pelo Parlamento, noutra parte, por membros escolhidos pelo Presidente da República. Em Portugal, também o Presidente da República é escolhido diretamente pelo voto popular. Portanto, onde exista um Presidente da República,

um Chefe de Estado, eleito por voto popular compreendo perfeitamente que também ele tenha o direito e a legitimação democrática para indicar membros constituintes do Conselho Superior da Magistratura. E até teria reparos a fazer ao próprio Executivo, porque também o Executivo nos regimes democráticos é um órgão que repousa na vontade popular simplesmente e há risco da governamentalização. A governamentalização é um risco terrível e ainda não foi há tanto tempo que acabou a idéia de o Judiciário estar de alguma forma submetido ao Executivo, aquilo que nós chamamos de “justiça de gabinete”, e, portanto, eu julgo que neste momento é mais prudente que a legitimação provenha do parlamento e eventualmente também do Presidente da República quando ele seja eleito democraticamente e de forma direta.

IBCCrim: O senhor tem uma atuação tanto como professor de Direito Penal como de Direito Processual Penal. O tema do devido a processo legal é um dos temas que sensibiliza muito. O senhor conhece evidentemente a prisão preventiva que não é privilégio do Brasil, mas temos, no Brasil, hoje, a chamada “prisão temporária”, onde a autoridade policial não precisa justificar o pedido de prisão que faz nem com a existência de um crime e nem com indícios de autoria. Isso parece brincadeira a quem não conhece, mas é exatamente isso, até porque se houvesse elementos a respeito do crime, indícios de autoria, ela requeria prisão preventiva. Por mais que nós tenhamos tentado demonstrar a inconstitucionalidade disto, essa prisão continua a existir e agora uma lei recente está ampliando esse prazo de 5 dias, já para 15, já para 30 dias. A seu ver isso representa um sintoma do quê? Porque parece que isso denota um sintoma, uma ideologia. Como nós podemos analisar isso? Admitir-se que a

polícia, com o aval de um juiz, prenda alguém num processo absolutamente kafkaniano: ele é preso e muitas vezes vai saber depois de preso do que o acusam. Como lhe parece isso?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Mais uma vez não quero julgar a situação brasileira, mas conheço os princípios pelos quais me bato e nos quais tenho uma grande confiança. Eu entendo que a prisão preventiva é um instituto meramente cautelar. Prisão preventiva não pode ser para punir antecipadamente um crime ou qualquer crime que ainda não foi julgado nem pode ser uma forma de permitir a investigação. Eu acho que se deve investigar e depois prender, e não prender para investigar. Claro, isto quanto à prisão preventiva e, portanto, a partir do meu ponto de vista, a solução só pode ser uma: uma autêntica prisão preventiva só pode ser imposta por um juiz e que, em princípio, até não deve ser o juiz ao qual virá a caber o julgamento do caso. Deve ser um outro juiz. Agora, há uma coisa diferente, há a mera detenção, mas a detenção, esse ato material de pegar na pessoa a fim de lhe furtar a liberdade, a detenção deve ser um ato que deve servir exclusivamente, do meu ponto de vista, à possibilidade de condução de qualquer pessoa perante um juiz. E aí deve pura e simplesmente terminar e para isso não são precisos cinco dias, provavelmente nem cinco horas. Enfim reconheço que algumas Constituições admitem essa situação até o máximo de quarenta e oito horas. Eu acho que isso é o máximo dos máximos, mas verdadeiramente essas quarenta e oito horas devem ser esgotadas quanto antes, por qualquer motivo, porque é um fim de semana, ou porque está muito longe de qualquer juiz, não é possível apresentar um pedido a um juiz. Só e exclusivamente para isso é que eu suponho que

o instituto da detenção se possa legitimar democraticamente.

IBCCrim: No Brasil, como é de seu conhecimento, o Ministério Público é considerado não apenas o órgão acusador do Estado, mas o “custos legis”, ou seja, o zelador da regularidade do processo, do devido processo legal. Nós tivemos, por exemplo, um processualista penal extraordinário, o prof. Edgar Magalhães Noronha, que foi membro do Ministério Público e escreveu inclusive nesse sentido. Mas notamos de um tempo a esta parte que boa parte da instituição, talvez até por questão ideológica, se coloca, mesmo quando atua em segundo grau, como o segundo acusador, passando ao largo, não poucas vezes, de deformações do processo que examinam, de nulidades processuais, de distorções na instrução, etc. Esse fenômeno é só brasileiro ou lhe parece que é mundial?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Tanto quanto sei, nem uma coisa, nem outra. Não é seguramente só brasileiro: há outros países em que a função do Ministério Público é essa função. Para mim confesso, — talvez o defeito seja meu — é uma função pouco definida de defender a legalidade democrática. Eu acho que defender a legalidade democrática é obrigação de toda e qualquer pessoa e não obrigação estrita que possa formar o núcleo das competências de um órgão. Por outro lado, entendo que a função do Ministério Público no processo criminal é uma função insubstituível e absolutamente indispensável. Só que eu concebo e só concebo um Ministério Público com algumas características que me parecem absolutamente essenciais. Primeiro, deve ser constituído exclusivamente por magistrados, magistrados do Ministério Público, não magistrados judiciais; segundo, deve ser uma magistratura não

independente, — independente é só o juiz — mas deve ser uma magistratura autônoma, isto é, uma magistratura que não dependa rigorosamente nada do Executivo. Só não é independente porque deve ser uma magistratura hierarquicamente estruturada e neste sentido continua a ter valor a velha fala francesa “Le Ministère Public est un et indivisible”, é uno e indivisível; terceiro, o Ministério Público deve ser uma entidade que deve atuar no processo penal subordinada estritamente ao princípio da legalidade e da objetividade. Da legalidade, é óbvio, não vou falar sobre isso. Por objetividade, eu quero dizer um Ministério Público como se costuma dizer que faz a instrução, a “charge” e a “decharge”. que não é por conseguinte um acusador, que pode perfeitamente, ele próprio, pedir a absolvição do argüido e que deve então recolher todas as provas quer sejam favoráveis, quer sejam desfavoráveis. Um Ministério Público concebido desta forma é um poder indispensável, como no caso português em que efetivamente o Ministério Público é neste momento uma Magistratura altissimamente prestigiada, a ponto de eu poder dizer tranquilamente que o Procurador Geral da República é, sem dúvida nenhuma, hoje, uma das entidades, se não for a entidade mais consensual, de toda vida pública portuguesa.

IBCCrim: Agora, passemos à Advocacia. Há um comentário muito ouvido no sentido de que as pessoas economicamente poderosas não são condenadas porque contratam bons advogados e esses conseguem, através de expedientes até mesmo permitidos pela lei, retardar, ou, pelo menos, criar fatos de tal modo no processo que o juiz acaba sem ter como condenar. Portanto, o advogado sob esta ótica seria instrumento de uma injustiça porque o pobre, que não tem condições de pagar um bom advo-

gado, vai parar na cadeia, enquanto que os grandes criminosos contam com bons advogados que os protegem e enfim, cumprem aquilo que a nossa Constituição chama de "defesa ampla". Parece-lhe que esta crítica é justa em relação aos advogados? Quer dizer, o advogado tem a obrigação de colaborar para a justiça no campo penal ou ele está apenas comprometido com a liberdade do seu cliente?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: A questão para mim é a seguinte: o advogado é um órgão de administração da justiça penal, e nesta medida a sua função é exatamente posta ao mesmo nível da função do juiz ou do Ministério Público. Só que tem uma especialidade e nunca pode esquecer esta especialidade: é um órgão da justiça penal cuja função é atuar em favor do seu constituinte. O que daqui decorre é que o advogado não deve ser, não pode ser um órgão público, não pode ser um órgão do Estado. Enfim, os resultados desastrosos do que foi a advocacia nos países, por exemplo, de regime socialista ou nos chamados regimes comunistas mostram bem que isso é uma posição insustentável. Mas também tenho a idéia de que o advogado, e nomeadamente, o advogado penal, não é um mero representante dos interesses do seu cliente e, por conseguinte, a atuação do advogado dito desta forma obviamente paradigmática que se impõe, o advogado tem de atuar em favor do cliente, mas só segundo aquilo que ao advogado parece ser de direito. Se o cliente insiste em que o advogado tome qualquer atitude que em consciência o advogado considere não ser direito, o advogado só tem uma saída: é abandonar o cliente, é recusar o patrocínio. Claro, há bons advogados e há maus advogados, como há bons professores e maus professores, como há bons juizes e maus juizes e todos nós

temos pena, efetivamente, que nem todos possam pagar, se quiserem os melhores, mas essa não é uma questão de advocacia, essa é uma questão da própria estruturação da sociedade. Eu também gostaria bem mais que não houvesse pobres. Não sei se isso é inevitável ou se nós temos como corrigir isso.

IBCCrim: Nós sabemos, nós vemos, nós lemos que o juiz como ser humano que é, tende a interpretar as leis sob a ótica daquele estamento social com o qual está comprometido, o velho "esprit de corps". Não lhe parece que a tendência de juizes é muitas vezes interpretar algumas leis, como as leis fiscais, "pro domo sua", se eu puder usar essa expressão ou quase isto, no sentido de preparar uma jurisprudência que amanha ou depois o beneficie ou beneficie seus familiares, seus amigos. Esta observação é muito cáustica ou lhe parece que há uma experiência em torno disto?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Só posso responder reportando uma experiência portuguesa e a experiência portuguesa neste momento não é nada essa. Eu diria que se há algum risco, é de o juiz nesta matéria como em outras que tem que ver direta ou indiretamente com o fenómeno geral da corrupção, ter tendência para aqui e ali esquecer por vezes o princípio da legalidade e o princípio da defesa dos direitos e das liberdades. Quer dizer, não julgo que o juiz seja demasiadamente ou pouco repressivo, ou evite aplicar a lei em toda sua extensão, relativamente ao contribuinte faltoso. Esta, repito, é a experiência portuguesa dos últimos anos.

IBCCrim: Aponta-se que o grande drama dos tempos atuais, a grande crise mundial, é uma crise basicamente ética e ninguém mais do que o próprio Estado para desconsiderar os princípios éticos elementares, para não falar dos agentes

do Estado. Na medida que o juiz torna-se um cumpridor rigoroso das leis, zelando portanto pela imposição dos padrões éticos, sabendo nós todos o que seja a cifra negra, aquele número minúsculo de pessoas que chegam às barras dos tribunais, é justa a afirmação de que quanto mais juiz for o juiz mais injusto ele será, na medida em que ele será instrumento dessa separação entre aquela minoria quase insignificante que é processada, que é levada aos tribunais, que é investigada e a grande maioria daqueles que contravêm às leis sistematicamente e não são punidos? Parece-lhe que essa crítica, que já foi feita por um autor, é procedente, ou é uma crítica pessimista demais?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Eu creio que essa idéia da justiça de classe hoje perdeu bastante da sua incidência. O que sucede é uma outra coisa. Eu julgo que naqueles crimes onde existem realmente cifras negras brutais, são em regra geral atividades que por ventura devem ser descriminalizadas e a ação do Direito Penal deve ser substituída por meios não penais. Só que aí, é verdade, o Estado tem tendência de introduzir meios penais. É mais fácil, descansa mais as consciências, tem provavelmente mais votos, é mais barato, e tem todas as "vantagens": só que tem a desvantagem da injustiça. Onde realmente haja cifras negras brutais, isso é sinal indiscutível de uma aplicação injusta da lei: casos como os do aborto, onde em todos os países o aborto é punido, mas se fala em centena de milhares, ou de milhões de abortos que pela lei penal não são punidos; casos como o da droga, pelo menos a nível de consumo, obviamente, em que de qualquer forma as cifras de condenados sobem astronomicamente e todavia a criminologia ensina que não são punidos nem sequer uma ínfima décima de percentagem dos que realmente

cometem esse crime. Todos os chamados, na criminologia, crimes sem vítima, crimes que são fabricados pelo Estado, fabricados pela lei penal e por conseguinte devem ser despenalizados e o Estado deve ter a coragem de assumir relativamente a eles medidas de educação, medidas de condicionamento, medidas de esclarecimento e medidas em suma de política-social, mas não política penal.

IBCCrim: O governo brasileiro adotou como política fazer uma reforma chamada pontual do Código Penal. Por quê? Porque o envio de um projeto implicaria numa discussão demorada por toda a sociedade, um trâmite mais moroso. Isso levaria anos, como já levou anteriormente e a tal reforma pontual é discutida, aprovada, a toque de caixa, e com modificações em certos trechos hoje, e em outro trecho, amanhã. Com a sua experiência como responsável pela modificação da legislação penal portuguesa, poderia fazer uma comparação entre esses dois sistemas, uma reforma global e a chamada reforma pontual. Onde o conveniente e o inconveniente de cada uma dessas duas opções possíveis?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Como diz o Eclesiastes, há um tempo para cada coisa, e cada coisa passa debaixo dos céus no tempo que lhe é prescrito. Eu diria que há tempo para codificar e há tempo para descodificar e isto não é uma forma mais ou menos hábil de iludir a pergunta. Quando um país chega a um estado, — não vou dizer se esse é o estado do Brasil ou não, não sei —, em que tem um Código já velho, ou que se tornou velho, desatualizado e que já não tem sintonia com as condições de vida da sociedade, então o dever é de uma reforma global do direito penal e do processo penal, por mais que isso custe politicamente. Nós tivemos em

Portugal essa experiência relativamente ao Código Penal. Em 1982, tínhamos um Código Penal que tinha 130 anos, estava completamente desatualizado, havia obviamente as tais reformas pontuais que se multiplicavam, que se atralhavam umas às outras, que se contradiziam. E isso foi pior relativamente ao processo penal já que, como sabem, o processo penal é uma sensível da Constituição Democrática do Estado ou mesmo não democrática. Por conseguinte, com as alterações do sistema político que houve em Portugal, cada uma tinha o seu próprio processo penal e depois da Revolução de 1974, a situação só piorou obviamente, e portanto era um *mare magnum* que era impossível alguém entender. Isso é uma situação terrível porque quem sofre com esta situação são os direitos, as liberdades e as garantias das pessoas. Aí só há uma solução por mais que ela custe: é fazer um novo Código Penal, é fazer um novo Código de Processo Penal. Outra coisa é o que fazer depois desses códigos feitos. Então a experiência mostra que importa alterar aqui, importa alterar lá. Este é o tempo — digamos assim —, da modificação pontual, da pequena reforma, da reforma que deve ser — é minha idéia — até uma reforma constante. Se fosse político mas não sou, uma vez aprovado um novo Código Penal e um novo Código de Processo Penal, eu constituiria uma comissão permanente de reforma penal que iria avaliando as reformas que fossem feitas e estudando aprofundadamente, sem pressa, quais as pequenas alterações que deveriam ser introduzidas. Esta coisa que nós temos, em muitos Estados, de uma política criminal que eu chamo “à flor da pele”, é uma coisa desastrosa para os direitos, liberdades e garantias. Agora, sei que essa é a situação brasileira; não posso dizer que não estou a referir ao Brasil: estou a referir ao Brasil como estou a referir a outros

países. Eu julgo que o Brasil conta com uma dificuldade suplementar: não acredito na feitura de um novo Código Penal ou de um novo Código de Processo Penal feito no Parlamento. A experiência está aí para mostrar: nos países mais democráticos, parlamentares, como no caso da Itália, como no caso da Alemanha, conseguiram novos Códigos Penais, novos Códigos de Processo Penal, através do sistema da “legge delega” da lei de delegação em que, naturalmente com um texto cerrado, o Parlamento diz ao governo: eu autorizo que se publique um novo Código Penal subordinado a esta, àquela e àquela regra, às vezes mais a princípios do que artigos de um Código Penal. Isso sim. Agora, francamente, uma lei que é uma lei extremamente difícil de preparar, feita pelos partidos, em discussão num Parlamento, é uma coisa que eu julgo uma tarefa impossível.

IBCCrim: Sobre a ideologia do “politicamente correto” onde, por exemplo, o negro não é mais chamado de negro, onde o anão não é mais chamado de anão, está se substituindo o nome daquilo que sempre assim se denominou — às vezes, até com alguma dose de razão — por força de um policialismo, quase um macartismo. O galanteio, que é tão próprio do brasileiro, próprio do português, o piropo, que é típico do espanhol, hoje correm o risco de ser no Brasil considerado crime hediondo. Como lhe parece esta preocupação de colocar em caminhos estreitos a conduta das pessoas o seu interrelacionamento, chegando a policiar-se a linguagem que se usa? O que lhe parece isso?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Numa resposta anterior eu respondi a isso. O politicamente correto não é seguramente um bem jurídico que deva ser protegido pela lei penal. E isso a que me refere o que é afinal senão aquilo que

eu acaso chamei de tentação dos governos de fazerem do direito penal instrumento de governo da sociedade? Que governem de outra maneira, que governem por outras vias e deixem em paz a lei penal para punir severamente, se disso for o caso, os atentados insupportáveis às condições de vida de uma sociedade. A minha idéia é esta. Também posso dizer que o Direito Penal, mesmo nos países onde por ventura as condições exijam ainda um largo desenvolvimento das condições de vida, não tem uma função de promover valores. Promover valores é função da educação, do ensino, da informação, dos conhecimentos, não é função do Direito Penal. A função do Direito Penal, é exclusivamente uma função de proteção, na verdade, dos valores fundamentais de uma comunidade.

IBCCrim: Suas observações finais, professor.

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Se alguma coisa eu quisesse dizer ou

acrescentar ao que foi dito reportaria aquilo que foi sempre a minha função, e a única coisa a que me senti vocacionado: a minha função de professor universitário. Eu julgo que o Brasil - tenho certeza — tem condições ímpares para um desenvolvimento relacionado à ciência, no caso a Ciência do Direito Penal. Para isso eu gostaria, e espero que ainda possa ver, o Brasil completamente inserido nos foros internacionais de discussão, onde se faz realmente o avanço da Ciência do Direito Penal. Creio que isso é bom para os penalistas, creio que isso é bom para os universitários, creio que isso é bom, em definitivo, para o próprio Brasil e até para seus governantes. Será uma ação politicamente correta o governo brasileiro acreditar nos seus intelectuais, nos seus cientistas, nos seus universitários e promover aceleradamente, — repito —, essa inserção do Brasil no contexto das grandes associações e das grandes discussões científicas e universitárias internacionais.