

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

AS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS ÊNFASE NAS REFORMAS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS EUROPEUS

*Kédyma Cristiane Almeida Silva**

Sumário: 1 Panorama atual da Justiça penal. 2 As políticas criminais – evolução e estado atual. 3 O fortalecimento do princípio acusatório e o repasse da investigação ao Ministério Público. 4 A obrigatoriedade da ação penal e o princípio da oportunidade.

1 Panorama atual da Justiça penal

A reforma do sistema judicial é, atualmente e sob o marco de elaboração de políticas públicas, um dos assuntos de maior relevância na maioria dos Estados de Direito contemporâneos. É de amplo conhecimento o debate atualmente travado no cenário internacional sobre a crise pela qual atravessa a Justiça. Fruto de uma estrutura muitas vezes anacrônica e colapsada, o sistema judicial não consegue dar uma resposta satisfatória à demanda social de mais justiça, produzindo, entre outros problemas, dilações indevidas que geram, ao fim e ao cabo, a violação do direito à tutela judicial efetiva. Nesse contexto, alcançou-se um consenso entre todos os envolvidos nesse debate (operadores jurídicos, acadêmicos, representantes da sociedade civil organizada e políticos) sobre a necessidade de reforma das leis penais e processuais penais, para atender aos reclamos que pretendem – ante o evidente colapso e a ineficiência da Administração da Justiça – reverter o cenário de falência do sistema de justiça em vigor. Tal tendência à reforma, pela qual se inclina a comunidade internacional, tem como escopo essencialmente atacar os principais pontos de estrangulamento empiricamente evidenciados por meio da criação de mecanismos que propiciem a efetiva tutela jurisdicional, mediante a adoção – entre outras medidas de caráter extrajudicial – de um processo penal desburocratizado e célere, visando alcançar, em última instância, a otimização da Administração da Justiça criminal, desde uma perspectiva de proteção e garantia dos direitos fundamentais.

É possível assinalar como marco do movimento de reforma as que foram implantadas na Alemanha do final do século XIX, que visavam, por um lado, à unificação da legislação penal e processual penal nacional¹ e, por outro, dar uma resposta ao avanço da criminalidade de bagatela², que teve origem a partir da Primeira Guerra Mundial e

* Kédyma Cristiane Almeida Silva é Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri, Espanha.

¹ Na Alemanha deu-se a unificação jurídica em 1877, que sofreu forte influência dos ideais liberais propagados com a Revolução Francesa.

² Para lograr esse objetivo, o sistema judicial criminal alemão passou por um longo processo evolutivo, caracterizado por sucessivas reformas que implementaram, de forma gradual, mecanismos de flexibilização do princípio da legalidade, no que se refere à persecução dos delitos de escassa gravidade (de bagatela), e conseqüente fortalecimento do princípio da oportunidade. Nesse contexto, as reformas mais importantes foram as implantadas em 1924,

incrementou-se com a crise socioeconômica sofrida nos países europeus após a Segunda Guerra Mundial. Outrossim, a transição democrática ocorrida nesse continente – durante o período que sucedeu às ditaduras – deu lugar ao movimento de reforma ocorrido ao longo das décadas de 70 e 80, especialmente em países como Espanha, Portugal e Itália³, que, em boa medida e respeitadas as peculiaridades de cada um, inspiraram-se no modelo de justiça penal e processual penal alemão. Ressaltam os processualistas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Domínguez Valentín (1999:46), que esse processo de abertura política – que culminou com a subscrição pelos países europeus dos pactos internacionais de Direitos Humanos – foi fator determinante para impulsar o movimento de reforma dos sistemas penais e processuais penais continentais. Por conseguinte, esses fatores, somados, levaram à elaboração de várias leis penais e processuais, durante os últimos vinte anos, pretendendo, em linhas gerais, aperfeiçoar o sistema de justiça criminal atualmente em vigor no continente europeu.

A partir desse enfoque, procuraremos neste ensaio traçar as linhas mestras das políticas criminais contemporâneas, implantadas no continente europeu. Daremos ênfase às principais propostas de reforma implementadas no âmbito dos sistemas judiciais criminais continentais, com o objetivo de nos aproximarmos da análise teórica dos novos institutos que se apresentarão e, ao mesmo tempo, dos benefícios sociais que comporta sua adoção no âmbito dos ordenamentos jurídicos respectivos. Destacaremos como objeto de análise as propostas de implementação do princípio acusatório – mediante o fortalecimento das funções do Ministério Público na fase pré-processual – instituição à qual se confere, de forma exclusiva ou não, as funções reservadas a um órgão de acusação oficial. Igualmente, abordaremos o debate que se apresenta na ordem do dia sobre a conveniência e a necessidade de mitigação do princípio da legalidade e a possibilidade de adoção do princípio da oportunidade, como consequência da criação de mecanismos que se fundamentam na idéia de negociação e da adoção de procedimentos abreviados. Ressaltaremos que a adoção de mecanismos que promovem soluções alternativas ao processo, incentivando o acordo entre as partes, tem como consequência direta o reconhecimento de um espaço, ainda que regrado, de aplicação do princípio da oportunidade. Dessa forma, o estudo comparado dos modelos adotados pelos ordenamentos jurídicos dos países europeus nos permitirá afirmar que a aplicação desse princípio melhor atende ao objetivo que se pretende alcançar no âmbito da Administração da Justiça criminal e que se fundamenta, em última instância, na estrita observância do interesse público na persecução e punição de condutas tipificadas.

reforma Emminger, que introduziu os atuais §§ 153 e 154 StPO – que excepcionam o princípio da legalidade para os delitos de bagatela –, e, sobretudo, a reforma de 1975, que introduziu o § 153a StPO, que regulamenta a aplicação do princípio da oportunidade, mediante a adoção de mecanismos – como, v.g., a possibilidade de suspensão (livre ou sob condições, com ou sem a anuência do Juiz) – fundados em critérios de oportunidade. Sobre esse tema vide ARMENTA DEU, T. (1991:51-64).

³ Portugal e Itália passaram por uma ampla reforma processual consubstanciada no Código Processual Penal, de 17 de fevereiro de 1987, e na Lei de 22 de setembro de 1988, respectivamente.

No que concerne à Administração da Justiça criminal, o problema principal que se formula consiste na ineficácia do sistema para alcançar os fins sociais que se propõe, e que vão desde a prevenção geral, por meio da proteção dos bens juridicamente tutelados, até a prevenção especial, que se inspira nos ideais de (re)integração e (re)socialização dos autores de condutas delitivas. Sem sombra de dúvida, tanto o Direito Penal como o Processo Penal passam por uma manifesta crise de legitimidade social⁴. O modo segundo o qual estão estruturados, por um lado, não atende à demanda social, que exige políticas públicas mais severas no tocante à atuação do Estado no combate ao recrudescimento da criminalidade urbana e, particularmente, da criminalidade organizada⁵. Por outro lado, o sistema tradicional não serve tampouco para proteger o indivíduo da atuação abusiva do poder público, que, por meio de seus agentes, frequentemente viola as garantias processuais constitucionais amplamente reconhecidas na ordem jurídica internacional como direitos fundamentais. Referimo-nos especialmente aos sistemas processuais que se fundamentam, em tese, na estrita observância da legalidade – como forma de controle da atuação dos poderes públicos perante eventuais abusos. No âmbito desses sistemas, verifica-se, na prática, a existência de um espaço significativo de discricionariedade – à margem de qualquer controle –, no tocante à atuação dos agentes estatais responsáveis pela persecução penal, e que abrange todas as suas fases e setores envolvidos, ou seja, desde os órgãos de segurança pública – polícia judiciária e militar –, passando pela atuação do Ministério Público, especialmente no que concerne à valoração dos indícios ou suficiência de provas necessárias à instauração da ação penal⁶, e culminando com a valoração judicial das provas produzidas

⁴ Neste sentido, destacamos as palavras de Delmas-Marty (2000:664): “De un lado, el Derecho Penal intervencionista y expansionista es puesto en tela de juicio en el doble plano de la legitimidad y de la eficacia, es decir, tanto en el plano moral de la adhesión a los valores y a los intereses impuestos por la norma como en el plano operativo de su ejecución. Si se entiende por crisis el ‘momento de una enfermedad caracterizado por un cambio súbito y generalmente decisivo para bien o para mal’, la reivindicación del derecho a la diferencia y el nothing works son expresivos, en este momento, del estado de crisis de la justicia penal. A este respecto una solución negociada de los conflictos parece una *solución más fácilmente aceptada que un arreglo impuesto*”.

⁵ O penalista alemão Winfried Hassemer (1995:79-81) alerta para o perigo de vincular o conceito de Estado de Direito ao de eficiência e fundamenta sua preocupação com a afirmação de que “El problema de este desarrollo no reside en que un Estado deba ser eficiente (esto resulta obvio), sino más bien en que la contraposición entre conformidad al estado de derecho y energía (dicho tradicionalmente, entre formalidad de la justicia y eficiencia) se oculta en beneficio de la idea de un derecho penal eficiente”. Continuando a análise da eficiência do sistema de justiça criminal, o juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão conclui sustentando que “Una comprensión más exigente de la eficiencia, que incluya al afectado por el derecho penal y se pregunte qué efectos tienen determinadas medidas penales sobre la conciencia de la población, en muchos casos podría llegar a la conclusión de que solamente el derecho penal conforme con el estado de derecho y el derecho procesal resultan eficientes a largo plazo: minimizan las consecuencias negativas y fomentan las buenas consecuencias”.

⁶ Sobre esse aspecto, observa o promotor português Adérito Teixeira (2000:51) que “[...] na concretização do que seja suficiência de indícios, está implícita a formulação de juízos de fato, juízos de direito e juízos de prognose (contingente). Significa isso que não fica eliminada a subjetividade de conformação prática [...] especialmente de avaliação de elementos de prova para inteligir e delimitar o facto [...]. Aqui reside, por isso, uma discricionariedade de juízo, cuja maior ou menor exigência de verificação de indícios suficientes conduz a destinos processuais opostos. Ou seja, a legalidade (obrigatoriedade) não é, neste sentido, um princípio de verificação automática ou de validade absoluta: torna-se ‘maleável’ na formação de juízos (entendimentos) e, porventura, na qualificação jurídica (em todo caso, de subsunção dos fatos à lei). Este aspecto integra-se também naquilo que se designa por discricionariedade ‘real’ ou ‘natural’, que ocorre mesmo num quadro de legalidade integral”.

na fase de instrução. Nesse sentido, ressalta Delmas-Marty (2002:452), como modelo paradigmático do reconhecimento formal do princípio da legalidade estrita, o processo penal italiano, que tem como corolário a previsão expressa da regra da obrigatoriedade da ação penal, elevando-a a norma constitucional (art. 112 da Constituição italiana). Portanto, depreende-se do estudo daquele sistema que, na prática dos atos processuais, verificam-se várias manifestações do exercício discricionário dos órgãos de persecução oficial que, na ausência de critérios prefixados, não passam por nenhum controle⁷. Nesse diapasão, o processualista italiano Guarnieri (1984:39) afirma ser, na prática, inaplicável o princípio da obrigatoriedade da ação penal e, sobre a atuação do Ministério Público, ressalta que “[...] *la verità è che tra i comportamenti reprimibili il P.M. sceglie – o meglio, no può non scegliere – quelli da sottoporre al giudice; e lo fa necessariamente con un’ autonomia di valutazione che nessun giudice, anche il più spericolato, saprebbe eguagliare*” [grifos nossos].

Por outro lado, é preciso ressaltar que os problemas evidenciados no âmbito da Administração da Justiça criminal extrapolam os limites que concernem ao plano processual, e que se refere fundamentalmente à ineficiência dos procedimentos. A crise, conforme anteriormente chamamos a atenção, alcança também o âmbito da produção de direito material, refletindo-se especialmente na adoção de uma técnica legislativa defeituosa, que gera um indesejável nível de abstração e de indeterminação semântica das normas penais substantivas⁸. Por conseguinte, quanto maior é a abstração dos tipos penais, maior será o espaço de atuação discricionária dos operadores jurídicos, fundamentalmente no que concerne ao momento da interpretação das normas e, como consequência, mais difícil será o controle dos atos processuais e, em última instância, das decisões judiciais.

⁷ Adverte a autora que “[...] *el ejercicio mismo de la acción penal está determinado por una serie de actos de los que no puede erradicarse su carácter discrecional*. Ahora bien, la sobrecarga de asuntos penales, agravada por la obligación legal de perseguir la infracción, ha llevado a la utilización de estos espacios discrecionales que, de hecho, condicionan la persecución penal efectuando una criba previa de asuntos. Baste pensar, para ver el ámbito potencialmente dejado a ‘la inercia’ del Ministerio Fiscal, en la utilización del tiempo desde que la Policía (órgano dependiente del Poder Ejecutivo) le comunica la comisión de la infracción, o en las opciones que tiene en materia de diligencias de investigación [...], o en los posibles cálculos sobre los plazos de prescripción. Así pues, la aplicación del principio conduce *de hecho* a un ejercicio prioritario de las persecuciones penales obligatorias. Y ello, con el riesgo de una ruptura definitiva del principio de igualdad ante la ley, debido al carácter discrecional de las opciones efectuadas en el plano local” [grifos nossos].

⁸ O professor italiano Carlo Enrico Paliero abordou esse aspecto em colóquio realizado no 8º Seminário Internacional, que teve lugar em São Paulo (Brasil) no último dia 9 de outubro de 2002, quando teceu uma crítica severa ao casuísmo, indeterminação e abstração dos tipos penais, e sustentou a tese da reserva de código, embasada na filosofia do direito penal mínimo. Pela propriedade de suas colocações, destacamos o trecho de sua intervenção em que analisa as razões que estão por trás do fenômeno de hiperinflação de leis penais: “L’orientamento attuale ai flussi emotivi dei consociati o di lobbies, anche per demagogiche finalità elettorali, spinge il legislatore ad esaudire i desideri di criminalizzazione, al di là di parametri di effettiva meritevolezza di pena di talune condotte e ciò comporta l’estrema difficoltà di una precisa formulazione legislativa: esemplari nel senso di un modestissimo livello tecnico, como vedremo, appaiono per molti versi le disposizioni recentemente introdotte in materia di discriminazione razziale, di violenza sessuale, di usura, di riservatezza e di pedofilia. Sembra quasi esservi un bisogno di vaghezza, se non di ambigüita. E ciò può anche servire allo scopo di trasferire sulla magistratura la grave responsabilità della gestione politico-criminale dei fenomeni, anziché favorire il corretto adempimento della istituzionale funzione di soluzione, secondo parametri formalizzati e precostituiti, dei singoli conflitti socialmente rilevanti. L’argomento giustificativo tradizionale è quello della giustizia per il caso singolo, ma questa è raggiungibile anche con norme tassative”.

Outro aspecto de fundamental importância consiste na previsão de procedimentos complexos para a persecução de crimes de pouca gravidade, ou melhor, de pouca lesividade social, denominados “delito de bagatela”⁹. Como consequência, se desencadeia um processo de burocratização da prestação jurisdicional, que gera, por sua vez, excesso de litigiosidade, fatores que, somados, tornam o processo demasiado lento e pouco eficiente. Desde esse enfoque, Armenta Deu (1991:24) relaciona as principais consequências do fenômeno de massificação da criminalidade de bagatela, destacando, entre outras, a sobrecarga na Administração da Justiça, a falta de proporcionalidade em relação à pena, a desvalorização do Direito Penal e, por último, a ausência de proteção do bem jurídico, que se banaliza ao ser incluído entre os considerados de pequena gravidade. Outrossim, é do conhecimento de todos que o mau funcionamento da Justiça, sobretudo a criminal, representa um incentivo ao descumprimento das condenações, gerando assim mais impunidade.

Por conseguinte, o custo social que representa ativar a máquina judiciária, particularmente no que concerne à solução de delitos de pouca gravidade, pode ser muito superior a seus benefícios. Ao contrário, o que se observa é que o recrudescimento da política de repressão sem tréguas – a começar pela menor infração – reforçada pelo discurso apelativo que se justifica na premência do combate à impunidade, além de não dar uma resposta satisfatória no tocante ao controle da pequena criminalidade, não consegue tampouco utilizar os meios materiais e humanos de que se dispõe a serviço do controle da criminalidade grave, a qual demanda muito mais recursos que os investidos na resolução dos denominados crimes de bagatela.

Partindo das premissas anteriormente traçadas, adquire relevância a questão que se formula e que assume um viés polêmico, em boa parte como decorrência da complexidade que representa a execução das propostas de reforma do sistema de justiça penal, em relação às implementadas no âmbito do processo civil. O argumento mais utilizado pelos que resistem às inovações propostas é o de que a justiça penal afeta, de forma direta, direitos indisponíveis e, por essa razão, justifica-se o interesse público na sua satisfatória proteção, e fundamenta-se o dever de persecução criminal que deriva da titularidade do *ius puniendi* pelo Estado. Ao contrário do que ocorre na jurisdição civil, que atua predominantemente na esfera dos direitos patrimoniais, o grau de autonomia das partes para transigir na jurisdição penal é muito menor, em relação ao que se lhes confere para disporem de direitos no âmbito da jurisdição civil, considerando-se a natureza dos bens jurídicos em questão.

A esse argumento se contrapõe a tendência que atualmente se depreende do estudo comparado dos sistemas de justiça penal e que se orienta a favor do movimento de privatização do Direito Penal. Tal tendência se manifesta por meio da adoção de institutos inspirados na noção de negociação, que encontra sua origem no direito anglo-saxão¹⁰. Dessa forma, a polêmica gira em torno do questionamento sobre em que medida convém

⁹ Armenta Deu (1991:23) formula a seguinte definição de “delito de bagatela”: “[...] hechos contemplados en las leyes penales, cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia”.

¹⁰ J. L. Gómez Colomer (2001:208) observa que “[...] hay en la actualidad, desde hace unos 30 años más bien, una clara tendencia a fijarnos en el modelo de enjuiciamiento criminal anglosajón, que es el que se está imponiendo si contemplamos las grandes reformas europeas (Alemania la primera en 1975, después Italia y Portugal, ambos países en 1988; y España a punto de empezar)”.

manter, de forma tão marcada, a dicotomia entre direito público e privado, uma vez que o apego a determinadas regras, como, v.g., a da obrigatoriedade da ação penal – ainda que tenha cumprido papel reconhecidamente fundamental na conquista e na consolidação de direitos –, pode dar causa à ausência de legitimidade do sistema para atingir os fins que pretende lograr. Desde essa perspectiva Delmas-Marty (2000:666) põe em evidência a tendência a difundir-se a distinção entre público e privado¹¹, que se caracteriza fundamentalmente pela coexistência das ações que requerem a iniciativa exclusiva da vítima ou, ainda, as que pressupõem o seu consentimento para que sejam instauradas, juntamente com as de iniciativa do Ministério Público; pela substituição da pena privativa de liberdade por sanções de natureza civil, consubstanciadas na condenação em pagamento de multa e/ou reparação dos danos causados à vítima, ou ainda pela reconsideração do papel reservado à vítima no processo penal, que decorre da adoção de mecanismos que privilegiam sua reinserção no processo, como parte diretamente interessada na solução do conflito.

Por conseguinte, as reformas propostas no âmbito do sistema de justiça criminal não devem ser analisadas apenas sob o ponto de vista da complexidade e dos custos que decorrem de sua implementação. É preciso considerar especialmente os fins sociais que se pretende alcançar e que são a razão de existência do processo¹². Em última instância, o desafio das políticas criminais contemporâneas é encontrar uma fórmula de equilíbrio entre a necessidade de mais eficiência e a efetiva proteção dos direitos fundamentais, mediante o respeito às garantias processuais que vêm expressas nos textos constitucionais e pactos internacionais.

2 As políticas criminais – evolução e estado atual

Todo sistema judicial criminal deve orientar-se pelos fins que deseja alcançar¹³, e o primeiro passo consiste em traçar as premissas que devem servir como parâmetro à política criminal que se deseja implementar em determinado ordenamento jurídico¹⁴.

¹¹ A autora aclara, por outro lado, que o mencionado movimento remonta a uma tradição histórica anterior ao nascimento do Estado moderno. Vide DELMAS-MARTY (2000:667). Na mesma linha é a lição da professora Armenta Deu, que, em vários trabalhos de sua autoria, ressalta que originariamente imperava o princípio acusatório puro, isto é, o exercício da ação penal constituía um direito subjetivo atribuído ao particular, dependendo a persecução penal de sua iniciativa. Vide ARMENTA DEU (1995:27 e 1996:314).

¹² Sobre o papel destinado ao processo penal moderno, lecionam Gimeno Sendra, Moreno Catena e Domínguez Valentín (1999:43): “Frente a las tesis monistas, que circunscriben la función del proceso penal a la actuación del ius puniendi del Estado, cabe afirmar que en el proceso penal contemporáneo no se puede reconducir a la unidad la multiplicidad de funciones que asume el proceso penal, pues, junto a dicha clásica función de actuación del ‘derecho de penar’ del Estado, en los sistemas democráticos contemporáneos han aparecido y se yuxtaponen otras, como lo son la protección del derecho a la libertad, la del derecho a la tutela de la víctima y la de reinserción del propio imputado”.

¹³ Adverte o analista econômico do Direito Santos Pastor (1993:213-222) que a falta de objetivos precisos é uma das causas da ineficiência do sistema de Administração da Justiça.

¹⁴ Adotamos o conceito de política criminal formulado por Díez-Picazo (2000:27): “La política criminal, por su parte, consiste en la adopción de una estrategia global en materia de prevención, investigación, persecución y represión de la criminalidad. Debe fijar ciertos objetivos, para cuya consecución se aprestan determinados medios. Así, al igual que cualquier otra política pública, la política criminal implica opciones; y éstas no corresponden tan sólo al momento legislativo, sino inevitablemente también al de aplicación de la ley”.

Significa dizer que a primeira meta a ser atingida pelo Direito Penal deve ser identificar as condutas que merecem ser criminalizadas. Em um segundo momento, já no âmbito de definição da pena, cumpre determinar qual é o seu sentido e a sua finalidade. Partindo dessas premissas, verifica-se que, quanto mais repressiva é a política criminal adotada – que se reflete na criação de novos delitos e agravamento de penas –, maior será o campo de ingerência do poder público na esfera privada e, em consequência, maior será a litigiosidade.

Desde esse enfoque, o modelo de Justiça emergente – segundo a classificação do português Figueiredo Dias – vincula-se ao designado Estado pós-social ou pós-moderno. Este parte da idéia de ineficácia do sistema jurídico-sancionador e se apóia nos novos movimentos criminológicos, especialmente nas perspectivas crítica, radical, interacionista ou do *labeling approach*, que postulam a intervenção mínima do Estado na esfera de liberdade individual. A reação penal estaria, dessa forma, reservada às situações de violação de bens jurídicos claramente individualizáveis e em um grau de intolerabilidade que justificasse, socialmente, a necessidade de punição.

Voltando ao primeiro problema formulado – sobre o conceito de delito –, a teoria moderna do Direito Penal evoluiu desde as concepções éticas – fundamentadas na doutrina cristã do direito natural¹⁵ –, passando pela adoção de concepções de corte liberal e racionalista – que privilegiam a proteção da liberdade e da segurança do indivíduo –, e alcançando-se atualmente os novos movimentos de criminalização, que se fundamentam no denominado Direito Penal do risco. Este abarca, por um lado, as novas condutas lesivas, sobretudo no âmbito dos direitos e interesses difusos (v.g., os crimes fiscais, contra o patrimônio público e contra o meio ambiente) e, por outro, as que afetam bens jurídicos individuais, como, p.ex., as que configuram a violência intrafamiliar, a prática de racismo, de tortura, entre outros. Outrossim, ressaltamos que a cada concepção de delito corresponde uma finalidade distinta da pena. Dessa forma, ao longo desse processo evolutivo é possível identificar três escolas¹⁶ iurisfilosóficas – retributiva e preventivas especial e geral – que se destacam por sua contribuição na busca de uma teoria que melhor justifique os fins do Direito Penal.

Seguindo a linha evolutiva das teorias sobre o Direito Penal e sobre a pena, verifica-se que as concepções éticas do delito vinculam-se à noção da pena como castigo ou retribuição, ou seja, a pena é vista como um fim em si mesma, e, por outro lado, conduzem à elaboração de tipos que protegem a “moral” ou determinados “valores”, v.g., o § 117 do StPO alemão, em vigor até 1969, que definia como delito a homossexualidade entre adultos. Já as concepções racionalistas – surgidas durante o período do Iluminismo e propagadas por iusfilósofos do século XVIII e início do século XIX, da magnitude de Beccaria e

¹⁵ C. Roxin (1997: 63), ao abordar esse tema, argumenta que “Esta opinión no se puede compartir, porque la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica”.

¹⁶ Adotamos a classificação de Roxin (1997:81-103).

Bentham – limitavam a resposta penal à proteção da dignidade humana¹⁷. Atualmente predominam as noções de lesividade social da conduta e de proteção do bem jurídico, privilegiando-se, assim, as concepções preventivas da pena. Sob esse ponto de vista, a tarefa do Direito Penal se limita à proteção subsidiária de bens jurídicos¹⁸. Isto é, a resposta penal tem como pressuposto a demonstração de sua necessidade, esgotadas todas as possibilidades de resolução do conflito por outros meios, previstos especialmente pela implementação de políticas sociais. Outrossim, o legislador e os operadores jurídicos devem, ao estabelecer e aplicar a pena, ter como parâmetros político-criminais a finalidade de prevenção geral e especial, sendo, por último, a culpabilidade de importância fundamental como critério para se estabelecerem os limites da intervenção do Estado na esfera de liberdade individual.

Em apertada síntese, é possível afirmar que atualmente se alcançou um consenso entre a comunidade jurídica europeia sobre a finalidade da pena. Dessa forma, é pacífico o entendimento de que, sob o marco de um Estado democrático de Direito, deve-se procurar lograr fins exclusivamente preventivos, excluindo-se, portanto, os supostos de caráter retributivo que anteriormente eram concebidos como objetivos igualmente legítimos. Com efeito, as constituições dos Estados ocidentais, bem como os pactos e as declarações internacionais de direitos humanos, estabelecem expressamente a finalidade preventiva especial, consubstanciada na noção de ressocialização do autor do delito. Mencionamos, como exemplo, o artigo 25.2 da Constituição espanhola, que estabelece como finalidade da pena a reeducação e a reinserção social do autor. Nesse diapasão, a ressocialização adquiriu *status* constitucional no âmbito do ordenamento jurídico alemão, conforme se desprende da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional daquele país¹⁹. Nesse sentido ressalta Roxin (1997:87) que

¹⁷ Beccaria (1982:28) já afirmava que o fim das penas é proteger a ordem social evitando a realização de infrações. O que fundamenta o direito de castigar do soberano é a necessidade de prevenir delitos. Figueiredo Dias e M. C. Andrade (1992:8) sintetizam o pensamento de Beccaria, afirmando que ele “procurou fundamentar a legitimidade do direito de punir, bem como definir os critérios da sua utilidade, a partir do postulado do contrato social (sc., da tutela de interesses de terceiros) e inúteis todas as que não sejam adequadas a obviar às suas violações futuras, em particular as que se revelam ineficazes do ponto de vista da prevenção geral”. Concluem esses autores ressaltando a atualidade dos ideais de Beccaria que “persistem ainda como arquétipo do moderno ordenamento jurídico-penal”.

¹⁸ Esclarece Roxin (1997:65-67) que “esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición del exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico [...]” y que “el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante”.

¹⁹ Conforme se extrai da leitura do art. 40 do Código Penal português de 1995 e do art. 18^o-2 da Constituição lusitana, Portugal se inclui entre os países que adotam um programa de política criminal fundamentado na concepção mista da pena, consistente na observância das finalidades preventivas especial e geral, desde que observado o limite insuperável da culpabilidade.

“[...] la jurisprudencia más reciente también ha otorgado más amplitud que antes a la idea de resocialización. Así dice el BverfG (E 35, 202, 235 s. = sentencia Lebach): ‘Como portador de derechos fundamentales resultantes de la dignidad humana y que garantizan su protección, el delincuente condenado debe tener la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena. Desde la perspectiva del autor este interés por la resocialización surge de su derecho fundamental del art. 2, ap. 1, en relación con el art. 1 GG. Desde la sociedad, el principio del Estado social reclama provisiones y acciones sociales estatales’”.

Por conseguinte, a (re)ssocialização é concebida atualmente no cenário europeu como um direito fundamental²⁰, cumprindo ao Estado o dever de promover os meios que a tornem efetiva e não apenas uma norma programática, ainda que suponha a comprovação da necessidade no caso concreto, bem como a voluntariedade a sujeitar-se aos programas de ressocialização, por parte das pessoas a quem eles se destinam.

Por outro lado, os fins preventivos gerais devem coexistir à finalidade preventiva especial²¹. Partindo dessa premissa, adotamos a fórmula encontrada por Roxin (1997:95), que na busca de uma definição conciliatória entre as teorias preventivas concebeu-a como uma “teoria unificadora preventiva dialética”, pois consiste na síntese das teorias clássicas, ainda que, a princípio, tenham como escopo objetivos antagônicos. Portanto, para os partidários da escola “dialética” a pena se justifica tanto pela sua finalidade de (re)ssocialização – no âmbito individual –, como de prevenção geral, na medida em que pretende também controlar o recrudescimento da criminalidade. Nesse sentido adverte Roxin (2000:33):

“El Derecho penal tiene, por tanto, una tarea social frente al delincuente y eso significa, frente a una tendencia actualmente muy influyente en Alemania, que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general”.

Não obstante, não se pode olvidar que nas hipóteses em que se verifique um conflito entre os fins preventivos especial e geral – como ocorre, p. ex., nos casos em que se aplica uma pena desproporcionada no que diz respeito à finalidade de (re)ssocialização, ainda que seja fixada dentro dos limites estabelecidos em abstrato pelo estatuto penal – o

²⁰ C. Roxin (1997:96) tenta responder às críticas que provêm dos incrédulos em relação à possibilidade de (re)ssocialização, argumentando que “Lo propio rige para las dificultades que resultan de la observación de que programas de (re)socialización bien pensados se han mostrado hasta ahora como fracasados. Tales reveses se deben en parte a la desatención a los puntos de vista que se acaban de exponer y, en parte también, a que el Derecho penal socializador se encuentra todavía en los comienzos de su realización. Los esfuerzos realizados hasta ahora en la República Federal han producido múltiples resultados alentadores. Pero los inevitables extravíos tampoco pueden conducir a un ‘fiasco de la teoría de la pena’, porque la función preventivogeneral de la pena puede fundamentar por sí sola la pena si fuera necesario y no se ve menoscabada por los fracasos preventivos especiales que se pueden producir aquí y allá”.

²¹ Esse é o posicionamento de J. Figueiredo Dias (1999:129): “Desta concepção básica resulta como consequência que não se justifica, nem é conveniente, nem eficaz, assimilar à pena ou só finalidades de prevenção geral, ou só de prevenção especial. Umas e outras devem coexistir e combinar-se da melhor forma e até o limite possível, porque umas e outras se encontram no propósito comum de prevenir a prática de crimes futuros”.

critério a ser adotado para dirimi-lo deverá ser o da ponderação, desde que se garanta a aplicação do mínimo de pena necessário a preservar a confiança no sistema por parte da coletividade²² e ²³.

Portanto, a medida da pena não supõe por si mesma o alcance das finalidades que se pretende lograr, sendo uma pena eventualmente considerada leve tão ou mais eficaz no sentido da prevenção geral que uma pena dura. Essa afirmação é reforçada pela análise estatística comparativa realizada por H. Kury (2001:309), que conclui que, entre modelos tradicionais de resposta penal – fundamentados na aplicação da pena privativa de liberdade – e modelos modernos, em que se aplicam medidas alternativas à pena de prisão, “la reacción más leve no es peor que la más dura, pero sí más humana y barata”. Outrossim, considerando-se os estudos sobre os efeitos prejudiciais das penas de longa duração²⁴ – sobretudo ante a presença de delitos de pequena e média gravidade, bem como em relação a réus primários – a recíproca não é verdadeira, isto é, verifica-se que a aplicação de uma pena mais grave, nessas condições, produzem um efeito contrário à pretendida (re)socialização²⁵. Além disso, ressalta H. Kury (2001:307) que a privação da liberdade acarreta também efeitos secundários contraproducentes que afetam, além do réu, o seu núcleo familiar. Isso se reflete em um aumento das taxas de criminalidade indireta, ante o ingresso de seus familiares na carreira delitiva. A tais efeitos se soma a desestabilização do núcleo familiar, gerando, ao fim e ao cabo, uma cultura de exclusão social.

À parte o processo evolutivo das concepções sobre os fins do Direito Penal, que se manifestou fundamentalmente no campo teórico, fazemos constância de que nas últimas décadas observa-se um movimento de recrudescimento das teses que se justificam na necessidade de prevenção geral assecurativa. Esse fenômeno surge como reflexo da desconfiança em relação à possibilidade de reabilitação e (re)integração do delinquent. Conforme observa R. Bergalli (2003:59), essa descrença deriva, na verdade, da derrocada do modelo europeu do *Welfare State*, como consequência da adoção, nas últimas décadas,

²² Figueiredo Dias (1999:131) faz alusão a uma medida ótima de tutela dos bens jurídicos, que atenda à finalidade preventiva geral. Desta forma se garante que a tutela dos bens jurídicos seja efetiva e eficiente, ainda que a pena seja fixada abaixo do limite mínimo previamente estabelecido, desde que repercuta no meio social.

²³ Nesse sentido, aclara Roxin (1997:98) que “La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal”.

²⁴ H. Kury (2001:293) traça um paralelo entre as taxas de criminalidade e a política criminal adotada nos Estados Unidos, Finlândia e Alemanha, e, ao confrontar os dados estatísticos, sustenta que “[...] la eficacia de las sanciones (duras), en particular de la pena privativa de libertad, es muy limitada en un país con respecto a una reducción de la tasa de criminalidad, si es que se produce. A lo sumo, el efecto mínimo está evidentemente en una muy desfavorable relación en cuanto a los costes materiales e inmateriales producidos, prescindiendo totalmente de planteamientos éticos. Tales sanciones, como precisamente la pena privativa de libertad o acaso la pena de muerte, tienen evidentemente también importantes efectos negativos adicionales, que eventualmente podrían anular los efectos positivos existentes [...]”.

²⁵ Cid Moliné e Elena Larrauri (2001:37) afirmam que “La relevancia de estas distinciones para las futuras investigaciones criminológicas es el intento de precisar qué variable es más influyente en aras de prevenir delitos, esto es, la severidad, la certeza o la celeridad. También en este terreno las investigaciones distan de ser concluyentes, pero parece existir un cierto consenso de que la certeza de la pena es más relevante que su severidad” [grifos nossos].

de políticas econômicas neoliberais, que privilegiam a livre-concorrência em detrimento do investimento de parcela do orçamento público em políticas sociais que, em última instância, reverteriam em prol de políticas criminais. Argumenta o autor que a adoção de políticas públicas, tomando como base os ideais que emanam da concepção do Estado de bem-estar, permitiu conceber fins sociais à prisão, por meio da adoção de estratégias orientadas à recuperação e ressocialização de condenados à pena privativa de liberdade.

Por outro lado, advertem Cid Moliné e Elena Larrauri (2001:44-56) que as políticas públicas que se fundamentam na necessidade de prevenção geral assecurativa derivam das teorias da eleição racional e das atividades rotineiras, surgidas nos EUA na década de 80, e se caracterizam pela ênfase nos fatores que, em tese, geram oportunidades à prática delitiva, distanciando-se das correntes criminológicas que enfocam como objeto de estudo as causas que motivam a delinquência. Como consequência, observa-se atualmente, sobretudo no discurso político, o incentivo à promoção de estratégias denominadas de “prevenção situacional”, consistentes na adoção de técnicas que diminuem o número de oportunidades para a prática delitiva – influenciando, assim, no espaço físico que rodeia a pessoa e na qual desenvolve suas atividades –, mediante a opção por medidas que aumentem a vigilância e a proteção dos bens jurídicos (como, v.g., estabelecer medidas de controle de acesso aos lugares públicos e privados; impor toques de recolher; restringir o uso de armas; aumentar a vigilância, seja por meio da ampliação do aparato policial, seja por meio da segurança privada) e, outrossim, incrementando os métodos de incapacitação, como o encarceramento e a restrição de direitos. Dessa forma, as teorias de prevenção geral assecurativa visam fundamentalmente à proteção da coletividade em detrimento da proteção individual²⁶ e deram origem ao renascimento da finalidade de incapacitação da prisão²⁷. Alertam Cid Moliné e Elena Larrauri (2001:56) que o recrudescimento da população carcerária nos EUA nas últimas décadas é, sem dúvida, consequência da adoção de políticas que se justificam nos fins preventivos gerais assecurativos. Nesse contexto, se observa a formulação de políticas criminais cada vez mais repressivas e menos garantistas, que privilegiam a proteção da segurança à liberdade²⁸. O sociólogo francês Loïc Wacquant (2002:08), em artigo recentemente publicado no jornal *Le Monde Diplomatique*, aborda magistralmente o incremento das políticas criminais repressivas na Europa e ressalta que as autoridades públicas defendem um modelo que se fundamenta na legitimação simbólica da segurança e que, em última instância, apenas fortalece a cultura de exclusão social que,

²⁶ Vide ROXIN, C. (2000:17-36).

²⁷ As medidas de incapacitação refletem-se, p.ex., nas hipóteses elencadas por S. Jacob (1989:148), como a retirada da habilitação para condução de veículo automotor ou o confisco do veículo.

²⁸ Para ilustrar essa tendência, mencionamos o projeto de lei, encabeçado pelo Executivo francês, que confere amplos poderes à polícia, fundamentalmente no que se refere à aplicação de medidas cautelares, sem que passem pelo controle judicial, ou, ainda, o recém-aprovado anteprojeto de reforma da legislação penal penitenciária espanhola, que eleva de 30 a 40 anos a duração máxima da pena privativa de liberdade e endurece as condições de acesso aos benefícios penitenciários aos condenados por delitos de terrorismo, além de criar novos pressupostos, fundamentados, p.ex., na reincidência, para autorizar a prisão preventiva. Vide: El Gobierno francés quiere amplios poderes para la policía en detrimento de los jueces, *El País*, 27 set. 2002, p. 3; El aumento de las penas por terrorismo, *El País*, 12 jan. 2003, p. 13; e MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Hacia un derecho penal del enemigo?, *El País*, 15 jan. 2003, p. 26.

com o recrudescimento do movimento migratório, também se tornou realidade nos países europeus.

Por conseguinte, a questão que se formula é qual o grau de eficácia das políticas fundadas sob a filosofia do *law and order*²⁹. O professor italiano M. Pavarini (2002:159) nega a eficácia dessas políticas e, para isso, argumenta que

“As políticas de ‘lei e ordem’ e ‘tolerância zero’ se inscrevem portanto no interior de um horizonte míope de reprodução de velhas receitas para novos problemas. Na ausência de uma cultura adequada para uma sociedade a elevado risco criminal se acaba por responder aos difusos riscos criminais com o instrumento da penalidade difusa. Mas o atalho repressivo imediato se mostra ilusório: porquanto se possam elevar as taxas de carcerização e penalidade essas se mostrarão sempre inadequadas e insuficientes àquelas da criminalidade de massa, como pudemos perceber na análise crítica das estratégias da incapacitação seletiva”.

Em última análise, o que se trata é de responder às seguintes perguntas: O incremento da criminalização de condutas e o agravamento de penas dão uma resposta satisfatória à demanda social de maior segurança e de diminuição das taxas de criminalidade? E, por outro lado, qual é o custo social dessas políticas?

Os estudos mais avançados na análise dos problemas formulados respondem negativamente a essas perguntas, pondo em xeque a efetividade das políticas repressivas, fundamentalmente no que concerne à pequena e média criminalidade. Outrossim, questionam o alto custo social que pressupõe sua efetiva implementação. Dessa forma, a essas políticas se contrapõe a tendência que se manifesta mediante iniciativas de promoção de estratégias preventivas em detrimento das repressivas, expressa por meio do forte apelo à noção de cidadania, de participação ou de comunidade. A professora Delmas-Marty (2000:662) cita como exemplo os contratos de segurança concluídos entre o Ministério da Justiça e as Administrações municipais na Bélgica e, “en Francia, la red de instancias locales de prevención de la delincuencia, así como la acción de la Delegación interministerial en la ciudad, que ha contribuido a la investigación de modos alternativos de solución de litigios en los barrios”.

Por outro lado, observa-se uma forte tendência à adoção de programas descriminalizadores, despenalizadores e fundamentalmente de *diversão*³⁰, como reflexo da contribuição da criminologia moderna, que se fundamenta basicamente na teoria do etiquetamento, também denominada do *labeling approach*, que teve origem nos EUA na década de 60. Essa escola da criminologia trouxe uma concepção verdadeiramente

²⁹ Adotada pela primeira vez nos Estados Unidos e que se fundamenta na “política llamada ‘tolerancia zero’, que se empeña en perseguir sin tregua la más mínima infracción en la vía pública”. Vide LOÏC WACQUANT (2000:09). R. Bergalli (2003:76) adverte que esse é o discurso político que predomina atualmente na Europa, sintetizando a denominada cultura da emergência e a adoção de campanhas de *law and order*, e para ilustrar o autor cita as políticas criminais adotadas ultimamente em Milão, Paris, Madri e Barcelona, como resposta à onda de criminalidade urbana.

³⁰ Terminologia adotada por Figueiredo Dias (1992:391; 402) para definir as estratégias alternativas ao sistema penal tradicional, adotadas no tocante à pequena criminalidade.

revolucionária, mudando seu objeto de pesquisa – que anteriormente se concentrava no estudo da pessoa do delinqüente e das causas que geram a delinqüência – trasladando-o para a análise do processo de criminalização. Isto é, essas teorias comprovam que o próprio sistema penal é responsável pelo processo de definição do delito, por meio da criação de estereótipos sobre a pessoa do delinqüente. Como consequência, o aparato processual produz, em última instância, a estigmatização do réu, que deriva da reação social negativa. A partir daí, forma-se a identidade do delinqüente que, uma vez constituída e desencadeado um movimento de círculo vicioso, favorece o cometimento de futuros crimes³¹.

Nesse contexto, reclama-se uma política criminal que se fundamente na idéia do Direito Penal mínimo – sobretudo no âmbito da pequena e média delinqüência – e que promova o fortalecimento de estratégias de *diversão*. Estas partem da crítica às denominadas instituições totais³² (o cárcere, os hospitais psiquiátricos, entre outras) e têm como consequência a adoção de formas alternativas ao sistema penal, que pretendem fundamentalmente evitar o processo de estigmatização, gerado a partir da instauração da ação penal³³. Sob esse ponto de vista, verifica-se no âmbito das reformas a implementação – de forma sistemática ou gradual – de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflito, como podem ser as medidas alternativas à prisão (p.ex., a reparação do dano causado à vítima)³⁴. Por conseguinte, a reparação do dano é atualmente considerada como uma “terceira via” do Direito Penal. Em última análise, e como bem sintetizou a criminóloga catalana Elena Larrauri (1991:213), “[...] la cuestión no estriba en buscar castigos alternativos sino alternativas al castigo, o dicho de otro modo, se trata de encontrar medios alternativos de resolver los conflictos sociales – de los cuales el delito es uno de ellos”.

3 O fortalecimento do princípio acusatório e o repasso da investigação ao Ministério Público

Ao traçarmos a linha evolutiva do processo penal, verificamos que os ordenamentos jurídicos implantados nas sociedades ocidentais refletem modelos historicamente reconhecidos como inquisitorial ou acusatório. No primeiro – de cunho fortemente intervencionista – as funções de investigação, acusação e julgamento concentravam-se em

³¹ Sobre a teoria do etiquetamento, vide: FIGUEIREDO DIAS, J. e ANDRADE, M. C. (1992:342-361); MOLINÉ, J. C. e PIJOAN, E. L. (2001:199-223); e LARRAURI, E. (1991:25-35;129-140).

³² Figueiredo Dias e Costa Andrade (1992:351) reportam-se à definição de “instituições totais” formulada por E. Goffman, que em seu livro *Asylums* (1961) as conceitua como “lugares de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos em igual situação, isolados da sociedade por um período apreciável de tempo, compartilham na sua reclusão uma rotina diária, administrada formalmente”.

³³ Cid Moliné e Elena Larrauri (2001:221) sustentam que “También por lo que se refiere a sus propuestas de política criminal pensamos que esta teoría permite avanzar en las demandas de descriminalización y descarceración como respuestas alternativas a la criminalización de los problemas sociales. Si partimos de que el Derecho penal, y en especial la pena de prisión, es la respuesta más severa que puede dar un Estado a los problemas existentes en la sociedad, no hay duda de que la perspectiva del etiquetamiento contribuyó a sensibilizar acerca de los efectos negativos de estas respuestas y en esta medida favoreció la búsqueda de alternativas a la pena de prisión”.

³⁴ H. Kury (2001:293) adverte que a concepção que privilegia a resposta penal “ha estado tradicionalmente más influida por la idea de la pena y venganza que por la reflexión de cómo podría ayudarse mejor a la víctima a largo plazo, para compensar los daños psíquicos o materiales producidos”.

uma única pessoa – o juiz. Além dessa característica, ressaltamos como aspectos essenciais ao modelo inquisitivo o caráter secreto do juízo e a concepção do réu como objeto do processo. Assim, a partir de uma visão inquisitiva, verifica-se a supervalorização da confissão, sendo todos os meios válidos para se alcançar esse fim, inclusive a prática de tortura.

Por conseguinte, o processo penal inquisitivo tinha como único escopo atender aos interesses do Estado. Sob essa perspectiva os direitos fundamentais eram relegados a um segundo plano, dando-se ênfase à atuação enérgica do Estado, na busca de uma resposta efetiva no tocante ao combate da criminalidade.

O modelo acusatório, por sua parte e seguindo a linha de desenvolvimento e consolidação das democracias modernas, define-se por seu aspecto fortemente garantista, ou seja, mais consentâneo à filosofia de proteção dos direitos fundamentais³⁵. Dessa forma, o modelo acusatório caracteriza-se fundamentalmente pela observância de dois aspectos³⁶: a) a separação das funções de acusação e julgamento entre sujeitos distintos, como condição indispensável à garantia da imparcialidade do juiz; e b) a delimitação precisa da acusação (identificando-se claramente o acusado, bem como os fatos delitivos que lhe são imputados), para que o acusado conheça previamente por qual crime responde e se lhe permita definir sua linha de defesa. Portanto, a adoção do modelo acusatório implica trasladar o réu da posição de objeto do processo – a qual lhe reservava o modelo inquisitivo – para a de sujeito, conferindo-lhe uma gama de direitos (contraditório, presunção de inocência, ampla defesa, entre outros) que anteriormente não lhe ocorreria reivindicar³⁷.

Nesse contexto, sob a perspectiva de proteção de direitos, é consenso entre os processualistas europeus que o princípio acusatório melhor atende às metas que se pretende lograr, sob o marco do Estado democrático de Direito, particularmente no concernente ao direito ao *due process of law*. Afirma Hassemer (1995:91) que “La superación del procedimiento inquisitivo en el actual proceso penal constituye una piedra angular en el desarrollo hacia el estado de derecho”. Dessa forma, a imparcialidade do juiz converte-se na principal exigência a ser cumprida pelos sistemas de Justiça, e – como corolário do direito a um processo com todas as garantias – reclama-se a implementação no âmbito dos sistemas processuais do princípio acusatório³⁸.

³⁵ Afirma L. Ferrajoli (1998:563): “La selección de los elementos teóricamente esenciales en los dos modelos está, además, inevitablemente condicionada por juicios de valor, a causa del nexo que sin duda cabe establecer entre sistema acusatorio y modelo garantista, y, por otra parte, entre sistema inquisitivo, modelo autoritario y eficacia represiva”. Compartilha desse posicionamento J. L. Gómez Colomer (2001:210): “Este principio es una garantía esencial del proceso penal, elevado a rango de derecho fundamental, por ejemplo, en España, al entenderse implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías consagrado constitucionalmente. Dentro de esta máxima genérica se encuentra la exigencia de la imparcialidad del Juez, lo que supone la separación entre las funciones de instruir, acusar y juzgar”.

³⁶ Em C. Guarnieri (1984:126) se encontra uma boa síntese dos principais aspectos dos modelos inquisitivo e acusatório.

³⁷ O processualista B. J. J. Maier (1991:04) argumenta que “Las reformas, sin embargo, suavizan el rigor de la inquisición; elevan al imputado, al menos en el periodo principal del procedimiento, el juicio público, de objeto de la investigación estatal a la categoría de sujeto de un procedimiento judicial, con derechos en él, y así modifican su papel, reconociéndose garantías frente al Estado persecutor, inherentes a su condición de ser humano”.

³⁸ Nesse mesmo sentido afirma Gómez Colomer (2001:209): “Creo que en la actualidad no hay duda alguna en afirmar que el principio acusatorio es el que mejor garantiza que haya, si se me permite emplear terminología

Feitas essas considerações, e enfatizada a benevolência do princípio acusatório no que concerne à proteção dos direitos fundamentais, ressaltamos a tendência que se observa nas reformas processuais que, de forma incontestável – como consequência da adoção daquele princípio –, caminham em direção ao fortalecimento das funções do Ministério Público tanto na fase investigatória como na fase de sumário³⁹. Deriva dessa tendência a adoção de mecanismos processuais que lhe conferem poderes, inclusive, de disposição do processo, segundo critérios discricionários⁴⁰, que se fundamentam no princípio da oportunidade, especialmente no que se refere aos crimes considerados de pequena e média potencialidade ofensiva.

Sobre esse aspecto, fazemos constância das ponderações de Delmas-Marty (2000:423), que chama a atenção para o fato de que historicamente a figura do Ministério Público tem sua origem na tradição inquisitiva do processo penal, justificando-se na necessidade de intervenção estatal no tocante à repressão de condutas delitivas. Outrossim, ressalta a autora que, a partir desse enfoque – que deriva do modelo napoleônico, adotado originariamente em França – a instituição é concebida como o órgão do Estado responsável pela persecução penal e que, por essa razão, se submete à autoridade hierárquica do poder Executivo⁴¹.

Dessa forma, conclui-se que a inserção, na origem do Estado moderno, de um órgão oficial de acusação, precisamente do Ministério Público e no âmbito dos sistemas continentais, representa uma mitigação do princípio acusatório, na sua forma pura, uma vez que a instituição, em seus primórdios, relacionava-se com “los sistemas que derivan de una concepción inquisitiva que descansan en la asunción inicial del ejercicio de la acción penal por el Estado, que se manifiesta en la existencia y la permanencia de una institución dependiente y subordinada a la autoridad funcional del Poder Ejecutivo”⁴².

anglosajona, un juicio limpio, lo que implica a su vez una investigación limpia, o, como mejor se entiende en la Europa continental, un juicio imparcial para el acusado, lo que implica a su vez también una investigación imparcial u objetiva”.

³⁹ Enfatizamos que a Recomendação (2000)19, aprovada pelo Comitê de Ministros do Conselho europeu, em reunião celebrada em 6 de outubro de 2000, consolida essa tendência, ao estabelecer as regras e os princípios comuns com respeito ao desenho de Ministério Público europeu do novo milênio, bem como as diretrizes que devem fundamentar sua atuação. Nesse sentido, estabelece no seu art. 1º, sobre a natureza e as funções reservadas à instituição, que: “Public prosecutors’ are public authorities who, on behalf of society and in the public interest, ensure the application of the law where the breach of the law carries a criminal sanction, taking into account both the rights of individual and the necessary effectiveness of the criminal justice system”.

⁴⁰ Observa C. Adérito Teixeira (2000:33) que “Discricionariedade não significa arbítrio. Trata-se de uma discricionariedade de acordo com a finalidade de realização da justiça. Tem sempre uma conformação normativa, um reduto legalmente inultrapassável, logo, tende sempre para uma ‘discricionariedade vinculada’”.

⁴¹ Sobre o princípio acusatório, ressalta J. L. Gómez Colomer (2001:210) que “su configuración es muy distinta en los países anglosajones y en los seguidores del sistema francés de enjuiciamiento criminal, porque en Inglaterra o en Estados Unidos el principio acusatorio siempre se ha entendido en su sentido más puro posible, mientras que en la Europa continental ha coexistido con el principio inquisitivo, dando lugar a sistemas de enjuiciamiento mixtos (el llamado proceso acusatorio formal)”.

⁴² Vide DELMAS-MARTY (2000:416). Por outro lado, enfatiza a autora que nos países de *common law*, de tradição acusatória, observa-se que a transferência do exercício da ação penal a um órgão oficial do Estado veio acompanhada de uma maior autonomia com respeito aos agentes públicos no exercício de suas funções. Esse fenômeno deriva, a seu modo de ver, da cultura liberal – não intervencionista – que fundamenta a concepção de Estado naquele país.

Entretanto, esclarece Delmas-Marty (2000:424) que, progressivamente – sob o marco de desenvolvimento das democracias contemporâneas –, consolidou-se a idéia de conferir garantias de carreira à instituição, visando fundamentalmente limitar a intervenção arbitrária do Poder Executivo e garantir o efetivo cumprimento das novas metas que devem ser logradas pelo Ministério Público, particularmente – como órgão público encarregado da defesa da sociedade – as que se referem à proteção do interesse público e social. Por essa razão, se denomina o modelo que encomenda o exercício da ação penal ao Ministério Público de “acusatório formal”, que tem como corolário o fortalecimento do princípio da oficialidade da ação penal. Sobre esse aspecto, precisamos que o modelo “acusatório formal” não se confunde com a classificação clássica que serve para designar o procedimento misto ou acusatório formal. Este, ainda que encontremos seus resquícios nos sistemas processuais ocidentais, era adotado no *ancien regimen* e se caracterizava pela junção de uma fase pré-processual inquisitiva e de uma fase de sumário marcadamente acusatória.

Superada a precisão conceitual dos institutos objeto de análise, concluímos que, com efeito, a previsão de um órgão oficial, por si só, não diferencia os modelos inquisitivo e acusatório. Isto é, a diferenciação se dá precisamente na identificação das funções a ele reservadas em ambos os sistemas⁴³. A partir desse enfoque é que se reclama o fortalecimento do papel do Ministério Público, sobretudo na fase de investigação, como meio capaz de garantir a efetiva aplicação do princípio acusatório^{44 e 45}. Isto é, o fortalecimento das funções

⁴³ Daí parte a crítica aos sistemas processuais que prevêm a figura do Juiz de instrução – como, p.ex., França e Espanha – e que lhe conferem a direção da investigação, confundindo em uma única pessoa as funções de levantamento de indícios à propositura da ação penal e de órgão de garantia dos direitos fundamentais, diante de eventuais abusos ou violações durante a fase pré-processual. Por conseguinte, não se justifica a previsão do juízo de instrução, sob o marco do constitucionalismo contemporâneo. Ao contrário, sua manutenção implica uma flagrante violação do princípio acusatório, pois, em última instância, representa uma injustificável inversão dos papéis reservados ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Conforme observa o processualista espanhol Flores Prada (1999:492), verifica-se uma contradição insanável no modelo em que “el Juez investiga para el Fiscal, mientras el Fiscal inspecciona la legalidad de las actuaciones sumariales del Juez”.

⁴⁴ Nesse sentido se orientam as reformas processuais implementadas nas últimas décadas no continente europeu, que concebem, de forma bastante clara, a Polícia Judiciária como verdadeira *longa manus* do Ministério Público, no tocante à investigação. A Recomendação (2000)19, anteriormente mencionada, comprova essa orientação, conforme se depreende dos arts. 21 e seguintes, que estabelecem que o Ministério Público deverá velar pela legalidade das investigações realizadas pela Polícia Judiciária e que, em última instância, aquele é o órgão com atribuição para decidir sobre a conveniência do prosseguimento da investigação, sendo, da mesma forma, o órgão encarregado de monitorar e velar pela efetiva proteção dos direitos humanos no âmbito da atuação policial.

⁴⁵ Por outro lado, decorre do fortalecimento do princípio acusatório a preocupação que se manifesta no âmbito das reformas em criar mecanismos que ampliem as margens de participação do imputado na fase pré-processual. Desse modo, as reformas apontam em direção ao fortalecimento do contraditório nessa fase, como exigência derivada do direito à igualdade de armas, que integra, em linhas gerais, o direito ao devido processo legal. Com efeito, pretende-se trasladar ao imputado desde a posição de objeto à de sujeito de direitos também na fase de investigação, isto é, o objetivo último das reformas consiste em criar novos paradigmas no que se refere ao processo penal, que devem se inspirar nos valores democráticos que orientam o constitucionalismo contemporâneo.

reservadas ao Ministério Público, sobretudo na fase de investigação, é visto como elemento de fundamental importância no tocante à efetiva garantia da independência judicial^{46 e 47}.

Nesse contexto, verifica-se que o movimento de reforma das leis processuais na Europa põe ênfase na implementação dos princípios acusatório e de oficialidade, encomendando-se a ação penal – na maioria dos casos em regime exclusivo – ao Ministério Público, excepcionados alguns países, entre eles Espanha e Inglaterra, que concedem legitimidade concorrente aos seus cidadãos para o exercício da ação penal⁴⁸. Dessa forma estabelecem a lei processual alemã, em seus §§ 158 a 177 StPO⁴⁹, o art. 53 do Código de Processo Penal português, de 1987 – que atribui ao promotor as funções de “dirigir o inquérito” e “deduzir a acusação e sustentá-la efetivamente na instrução e no julgamento” – e os arts. 326 e 327 do Código de Processo Penal italiano, de 1988, que atribuem ao Ministério Público a direção da *indagine preliminare*. A Espanha, por sua parte, segue essa tendência, ainda que de forma muito tímida, conforme se observa pela leitura da íntegra do *Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*⁵⁰, embora a lei que introduziu o procedimento abreviado na Espanha, de 1988, já se inclinasse ao fortalecimento do papel do Ministério Público, e, mais recentemente, a lei que regulamenta o Tribunal do Júri e disciplina o procedimento referente aos atos infracionais cometidos por crianças ou adolescentes, que revoluciona o modelo tradicional, orientando-se no sentido de conferir amplos poderes ao Ministério Público.

⁴⁶ Sintetizam essa orientação as colocações da professora Armenta Deu (1995:29), quando afirma que “La Ilustración, la Revolución Francesa y la doctrina de la separación de poderes obligan a garantizar ineludiblemente la independencia judicial y sobre todo su carencia absoluta de facultades legislativas directas o indirectas. Para coordinar ambas exigencias – asegurar la persecución y separar las funciones acusadoras y juzgadoras – resulta esencial la creación de un nuevo órgano: el ministerio fiscal. Al mismo se encomienda la repetida persecución ya sea de forma exclusiva (sistema continental francés, italiano y alemán, entre otros) ya sea compartida (sistema continental español)”.

⁴⁷ Seguindo essa linha, sustenta o brasileiro Aury Lopes Jr. (2000:35) que “Siempre que el juez tiene funciones acusatorias o la acusación tiene funciones jurisdiccionales, y se entremezclan acusación y juicio, se compromete sin duda la imparcialidad del segundo y a la vez, a menudo, la publicidad y la oralidad del proceso. La carencia de estas garantías, por contaminación, debilita todas las demás, y en particular las garantías procesales de la presunción de inocencia del imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la prueba y del contradictorio con la defensa”.

⁴⁸ Sobre esse aspecto, chamamos a atenção para o fato de que, embora a Espanha tenha adotado como paradigma para a adoção da ação penal popular o modelo inglês, os fundamentos para sua adoção se diferenciam, uma vez que na Espanha o instituto assume um caráter de democratização da Justiça, decorrente da desconfiança nos órgãos públicos encarregados da persecução penal. Na Inglaterra, ao contrário, a ação penal popular sempre existiu e se fundamenta na noção liberal, que confere ao cidadão o direito ao exercício da ação penal, sem que se dê a intervenção do Estado, embora, tradicionalmente, essa função tenha sido deixada a cargo da Polícia.

⁴⁹ Vide a tradução ao espanhol da lei processual alemã, de autoria de J. L. Gómez Colomer (1985:337-346).

⁵⁰ Moral García (2002:20) tece uma crítica à timidez do pacto, afirmando que “El tan exhibido ‘Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia’ proporciona otra ocasión para volcar nuevamente algunas reflexiones sobre el papel del Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento y algunos apuntes sobre las líneas de eventuales reformas de su Estatuto Orgánico. Aunque lo cierto es que las menciones que se contienen en el Pacto al Fiscal pecan o de ambiguas – indefinición sobre la asunción de la instrucción en el proceso penal –, o de vacuas – proclamaciones genéricas que no dicen nada específico –, o de alcance muy corto – cuando se buscan concreciones sólo se encuentran o el recuerdo del principio de dependencia jerárquica o un programa centrado casi exclusivamente en el establecimiento de una temporalidad en los cargos jerárquicos”.

4 A obrigatoriedade da ação penal e o princípio da oportunidade

O primeiro problema que se formula no âmbito das reformas consiste na implementação de políticas criminais que introduzem e incentivam a adoção de formas alternativas à solução de conflitos. A maior dificuldade, sem dúvida, consiste em conciliar a aplicação desses mecanismos, que se fundamentam por critérios de oportunidade, e a regra da obrigatoriedade da ação penal, que orienta grande parte dos sistemas processuais contemporâneos. Isto é, a previsão pelos sistemas continentais de estratégias de negociação ou acordo exige a flexibilização da regra da obrigatoriedade no que se refere ao exercício da ação penal, que se comprova, pela prática dos atos processuais, ser inaplicável a todos os casos. Por conseguinte, a incorporação pelos sistemas penais – ainda que de forma mitigada – de mecanismos que, na sua essência, permitam uma determinada margem de discricionariedade implica o reconhecimento do princípio da oportunidade.

Ressaltamos, desde já, que o princípio da legalidade – que tem como corolário a regra da obrigatoriedade da ação penal – representa uma conquista histórica, consubstanciada na fórmula do Estado de Direito. Em relação ao exercício do *ius puniendi*, visa fundamentalmente controlar a ação dos órgãos encarregados da persecução ante os eventuais abusos no exercício das funções públicas, com o intuito de garantir a efetiva observância da lei. Contrapondo-se a essa regra, o princípio da oportunidade é concebido como um meio que permite a flexibilização da regra da obrigatoriedade da ação penal⁵¹, mediante a incorporação ao sistema processual de institutos (arquivamento, suspensão, conformidade, entre outros) que conferem maiores poderes de disponibilidade da ação penal ao órgão oficial de persecução, justificados em razões de política criminal, que se fundamentam, v.g., nas noções de “escassa lesividade social” ou “interesse público”⁵².

⁵¹ A professora T. Armenta Deu (1991:65) ressalta que ninguém formulou um conceito do que venha ser o princípio da oportunidade, que se deduz, *a contrario sensu*, do princípio da legalidade e da correlativa obrigação de exercício da ação penal, considerando-o, assim, uma exceção a este: “Así, por citar a algunos de los más relevantes autores, tan distanciados temporalmente como von Hippel y Roxin, desarrollan un concepto similar. Afirma el primero, que p. de oportunidad es aquél en atención al cual el Fiscal debe ejercitar la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en unos determinados supuestos regulados legalmente. En el mismo sentido, sostiene Roxin, que el p. de oportunidad es la contraposición teórica del p. de legalidad, mediante la que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo – archivando el proceso – cuando, con gran probabilidad, ha cometido un delito”.

⁵² O processualista espanhol Flores Prada (1999:342) é favorável a sua adoção e argumenta, reportando-se às colocações de Vives com relação ao ordenamento jurídico espanhol, que “El debate planteado trata, básicamente, de lograr determinar el alcance del principio de legalidad contenido en el artículo 25 de la Constitución en relación con el también llamado principio de legalidad que rige la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito del proceso penal. Para Vives, el Estado social habría dotado a la formulación del principio de legalidad penal de un sentido limitador en el ejercicio del *ius puniendi* más que de un sentido obligacional de castigar, en consonancia con una concepción del principio de seguridad jurídica entendido como seguridad de los bienes jurídicos. La proyección de la mencionada concepción sobre el principio de necesidad en el ejercicio de la acción penal determina la posibilidad de introducir la oportunidad ‘como un principio que concreta exigencias de justicia – no meramente tácticas –, a las que, desde la perspectiva material, también da respuestas, encaminadas en la misma dirección, la ley penal sustantiva...’”.

Nesse contexto, assinalam-se como modelos paradigmáticos da adoção do princípio da oportunidade os sistemas processuais inglês e francês, embora se incluam entre países de cultura jurídica distintas – Inglaterra se insere na tradição do *common law* e França na tradição jurídica do *civil law*. Na França sua aplicação se depreende do art. 40 do CPP, que estabelece que o promotor francês “aprecia o trato a dar” às infrações de que tem conhecimento. Já na Inglaterra, conforme observa Díez-Picazo (2000:14), a regra é a discricionariedade absoluta, uma vez que “[...] no hay norma alguna que imponga el ejercicio de la acción penal. Ello sería, por lo demás, harto problemático, dada la ausencia de un Ministerio Fiscal en sentido propio”.

Outrossim, nos sistemas em que se manteve a regra da obrigatoriedade, observa-se uma crescente tendência à criação de exceções. Citamos, como exemplo, o modelo italiano, que incorporou a seu sistema, nos últimos anos, novos procedimentos, com o objetivo de abreviar ou elidir a ação penal, sob a presença de determinados pressupostos fundados em critérios de oportunidade. Nesse sentido, apontam claramente as reformas implementadas no ordenamento jurídico português, nos anos 80/90, e a jurisprudência que as sucedeu.

Na Alemanha, coexistem os dois princípios, tendo o princípio da oportunidade mais de 70 anos de vigência, traduzindo-se nos §§ 153 e 154 StPO, que se aplicam nas hipóteses em que se configuram delitos de pequena gravidade. Sobre esse aspecto, ressaltam os portugueses Figueiredo Dias e Costa Andrade (1992:494) que os §§ 153 e seguintes do StPO constituem um claro afloramento da idéia de *diversão*, que, no âmbito da pequena criminalidade, objetiva evitar os “estigmas das reacções institucionais”.

Diante desse panorama, fazemos constância do intenso debate que gira em torno da inserção do princípio da oportunidade nos sistemas em que tradicionalmente vige o princípio da legalidade estrita – e do qual deriva a regra da obrigatoriedade no exercício da ação penal. As críticas ao princípio da oportunidade se resumem, fundamentalmente, ao argumento de que sua adoção implica, em última instância, a geração de insegurança jurídica, uma vez que deixa em mãos dos órgãos formais de controle a tarefa de *input* no sistema criminal. Em outras palavras, deixam particularmente nas mãos do Ministério Público o poder de definição dos casos que serão submetidos à apreciação do Judiciário, violando, em consequência, uma série de direitos, como o de igualdade de armas, presunção de inocência, além de infringir o princípio de separação de poderes, por intermédio da atribuição ao promotor de justiça de poderes jurisdicionais.

Além desses argumentos, ressaltamos que uma das maiores críticas em relação à aplicação do princípio da oportunidade gira em torno da indeterminação na definição dos pressupostos de sua aplicação. Nesse ponto os críticos mencionam especificamente a noção de “reprovabilidade escassa” e “falta de interesse público na persecução”, que constam, p.ex., como pré-requisitos, no ordenamento alemão, à aplicação do § 153 StPO, nas hipóteses de arquivamento, suspensão do processo ou, ainda, substituição de pena. O ponto mais atacado relaciona-se à ampla margem de discricionariedade que se concede ao promotor de justiça, quando da aplicação desses mecanismos.

Ante essas críticas⁵³, reage a corrente partidária à adoção mitigada do princípio da oportunidade, argumentando, primeiramente, que sua aplicação se restringe ao âmbito da criminalidade de massa. Sob esse enfoque, ressalta Zaffaroni (2000:24) que sua adoção sob nenhuma hipótese poderá – pautando-se em critérios unicamente economicistas – redundar na restrição de garantias processuais ou supressão de instâncias recursais. Outrossim, enfatizamos que, uma vez delimitadas as hipóteses e os pressupostos que devem estar presentes na sua aplicação, os benefícios sociais que advêm de seu reconhecimento são muito superiores aos resultados atualmente alcançados com a manutenção da regra da obrigatoriedade da ação penal, que conduz, na prática, a um baixíssimo nível de eficácia do sistema que, ante a rigidez, se encontra obstaculizado.

Cumprido ressaltar que, segundo seus defensores, os benefícios sociais não se restringem à economia processual que a aplicação desses mecanismos supõe, senão também que sua aplicação atende fundamentalmente à observância dos fins que as políticas criminais contemporâneas devem alcançar, consistentes na prevenção geral e especial. Portanto, mais que uma garantia ao bom funcionamento do sistema, a regra inflexível e intransigente da obrigatoriedade da ação penal representa, sobretudo, uma trava ao cumprimento dos fins perseguidos pelos sistemas judiciais penais e conduz, em última instância, à violação do direito à tutela judicial efetiva. Na esteira desse posicionamento, o promotor português, C. Adérito Teixeira (2000:24) argumenta que

“[...] já não se pode afirmar, atualmente, que, sob o signo da legalidade, a cada crime corresponda, invariavelmente, um processo penal [...]. De tal modo que o postulado da oportunidade emerge como uma crítica da razão prática (judicial) no império da legalidade. Decanta-se na ‘oportunidade real’ que prolifera na vigência da legalidade oficial, na transmutação para níveis diferentes e em nome de conjunturas específicas da seletividade penal, no caráter utilitário de intervenção social que o direito penal não deixa de assumir num quadro de legalidade, transfigurando até este princípio de ‘marco’ em ‘mito’ do sistema. Importa, pois, ‘clarificar’ e atender, no discurso político-criminal, à ‘razão pragmática’ de que falava W. Hassemer [...]”.

Portanto, é possível afirmar, tomando como base os vários estudos realizados sobre esse tema, que as soluções alternativas atendem melhor à finalidade de (re)socialização, além de satisfazer o princípio vitimológico, sobretudo, por intermédio da promoção efetiva da reparação da vítima e do fortalecimento de sua atuação no processo.

Nesse contexto e convencidos da relevância dos argumentos favoráveis à adoção mitigada do princípio da oportunidade, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, durante reunião celebrada em 17 de setembro de 1987, aprovou a Recomendação n. R(87)18. Esta sugere, como solução para a pouca eficácia do procedimento penal, a definição de prioridades na gestão da política criminal, mediante a aplicação do princípio da oportunidade.

⁵³ Vide FERRAJOLI, L. (2001:744-752) e SCHÜNEMANN, B. (2002:288).

Além disso, enfatizamos que a adoção desses mecanismos tem como escopo atender – por meio do juízo de ponderação – aos objetivos destacados pela Rec. n. R(87)18, sem que disso decorra a restrição, por um lado, do princípio constitucional de igualdade – concebida na sua acepção material – e, por outro, da exigência de individualização da pena. Soma-se a essa exigência a necessidade de definição de objetivos claros e a rigorosa delimitação dos seus pressupostos de aplicação, bem como a criação de mecanismos processuais que viabilizem o seu efetivo controle, seja por meio da previsão do duplo exame das decisões que determinam o arquivamento do inquérito ou a suspensão do procedimento, pela previsão de recurso de iniciativa da vítima, como também mediante a intervenção, nas hipóteses de restrição de direitos, do denominado juiz de garantias. A combinação dessas vias seguramente coaduna-se melhor com o elenco de princípios adotados pelas democracias contemporâneas.

Bibliografia

- ARMENTA DEU, T. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: J.M.Bosch, 1995.
- _____. Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no). *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, p. 313-335, 1996.
- _____. El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas. *Revista del Poder Judicial*, n. 41-42, 2ª/3ª época, p. 53-86, 1996 (I).
- _____. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.
- ADÉRITO TEIXEIRA, C. *Princípio da oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000.
- BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Trad. castellana de J. A. de las Casas. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982.
- BERGALLI, R. *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- DELMAS-MARTY, M. El proceso penal en Europa: perspectivas. *Revista del Poder Judicial*, n. 37, 2ª época, p. 79-91, marzo 1995.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.
- _____. Garantías. *Jueces para la Democracia*, n. 38, julio 2000.
- FIGUEIREDO DIAS, J. de; COSTA ANDRADE, M. da. *Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- FLORES PRADA, I. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985.
- _____. La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. *Revista del Poder Judicial*, n. 64, p. 205-245, 2001(IV).

_____. La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado. In: GÓMEZ COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.). *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Castellón de la Plana-ES: Universitat Jaume I, 1997.

HASSEMER, W. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. Rapidez y reforma del proceso penal. *Jueces para la Democracia*, n. 44, julio 2002.

KURY, H. Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿Qué efecto preventivo tienen las penas? In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001. p. 284-318.

LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1991.

LOPES JR., Aury C. L. El fundamento de la existencia del proceso penal: la instrumentalidad garantista. *Revista de Derecho Procesal*, n. 01, Madrid, 2000.

MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. *Ciencias Penales – Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 3, n. 4, Costa Rica, junio 1991.

MOLINÉ, J. C.; PIJOAN, E. L. *Teorías criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch, 2001.

MORAL GARCÍA, A. Del. Ministerio Fiscal y reforma de la justicia. *Jueces para la Democracia*, n. 43, marzo 2002.

PASTOR PRIETO, S. *¡Ah de la justicia! Política judicial y económica*. Madrid: Civitas, 1993.

PAVARINI, M. Processos de recaracterização e “novas” teorias justificativas da pena. In: ZOMER, A. P. (Org.). *Ensaio criminológicos*. Trad. portuguesa de L. P. Stefanini. São Paulo: IBCCrim, 2002. p. 127-167.

ROXIN, C. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. portuguesa de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25. ed. alemana. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Derecho penal – Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito – Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. 1. (Reimpr. 2000.)

_____. *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal*. Barcelona: PPU, 1992.

SENDRA, Vicente Gimeno; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Colex, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

WACQUANT, L. Mentiras sobre la violencia en Estados Unidos y Europa. *Le Monde Diplomatique*, edición española, n. 79, mayo 2002.