

# **DIREITO PENAL, DEFESA PENAL E CONSTITUIÇÃO**

Winfried Hassemer



## I. Direito Penal na teoria e na prática

Desde que me tornei juiz do Tribunal Constitucional – em 1996 – e desde que me tornei presidente de uma das secções daquele tribunal – em 2002 – a minha antiga e «própria» profissão de professor universitário passou, em muitos aspectos, para segundo plano. Esta profissão abrange o Direito Penal e a Filosofia do Direito. Tenho feito o possível para os manter como base dos meus interesses científicos nos últimos anos que me restam na Universidade, de certo modo como segundo emprego relativamente à função de juiz.

Mas não posso fazer muito. Como qualquer praticante sabe e qualquer teórico deve saber, o Direito Penal, com a sua teoria geral e a sua ligação tradicional, na Europa ocidental já quase clássica, à Filosofia do Direito, como é ainda cientificamente cuidado e ensinado nas Universidades alemãs, não desempenha qualquer papel na prática quotidiana da justiça penal, embora actue em fundo nas cabeças e corações dos penalistas praticantes nos quais a formação universitária não passou ao lado sem deixar vestígios.

Nesta prática está em causa, antes de mais, o processo penal, e as normas positivadas do Código de Processo Penal e da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, bem como os denominados «programas informais» do discurso quotidiano e as estratégias de acção, não escritos mas conhecidos e observados por qualquer praticante do Direito Penal, pois de outra forma teria dificuldades em orientar-se e ordenar a sua actuação. Em nenhum ramo do direito se encontram a teoria e a prática tão afastadas como no Direito Penal, em nenhum ramo do direito pode a Universidade transmitir aos alunos tão pouco do que será a sua prática futura como no nosso. Também não me ajuda ser, na minha

---

\* Comunicação proferida em Lisboa, na Universidade Lusíada em Outubro de 2004, quando do doutoramento “honoris causa”. A situação considerada reporta-se a 21-07-2004. Tradução de Nuno Casal

<sup>1</sup> Professor no Instituto de Ciências Criminais e Filosofia do Direito da Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt (Frankfurt-am-Main); Vice-Presidente do Tribunal Constitucional Federal. Presidente da Segunda Secção. Karlsruhe

Secção, responsável pela área central do Direito Penal; são poucas as situações em que chegam à minha mesa de trabalho e à nossa sala de reuniões temas da parte geral do Direito Penal – é certo, nesse caso geralmente temas explosivos objecto de grande atenção pública.

Também nas actividades professorais clássicas como dar aulas, escrever textos para publicação e participar em conferências se misturam cada vez mais a Universidade e o Tribunal Constitucional. Tive que abandonar em grande medida, com muita pena, a actividade lectiva (e a de avaliação que lhe está razoavelmente associada), e as poucas ocasiões de ocupação com a doutrina do Direito Penal e da Filosofia do Direito no âmbito da Universidade têm sido permeadas com experiências no Tribunal Constitucional – certamente, uma ligação de grande interesse prático e bem apreciada pelos estudantes, mas que testemunha o lento afastamento da minha profissão originária e a concentração das minhas ocupações. O mesmo acontece com as publicações. Encontro-me ainda nas listas de dedicatários das editoras de comentários e tratados nas áreas do Direito Penal e da Filosofia do Direito, e continuo a ser amigavelmente estimulado por muitos colegas a pronunciar-me cientificamente sobre aqueles temas. Mas tenho que recusar cada vez mais; não só porque as solicitações aumentam crescentemente, mas também porque confio cada vez menos na possibilidade de proferir observações com sentido, pois já não estou na crista da discussão científica. E intervenções em conferências? Também aqui o Direito Penal e o Tribunal Constitucional se encontram esposados, tanto mais que o Direito Penal é iluminado pelo Direito Constitucional e que tal também é desejado pelos que me convidam. Este matrimónio entre tribunal e ciência tem assim um importante papel na honraria que me foi concedida pelas universidades de Salónica e do Rio de Janeiro, e agora pela Universidade Lusíada.

Por que vos conto tudo isto? Não só porque nesta comemoração, com a qual me dão uma alegria inesquecível, tendes o direito de lançar um breve relance sobre a minha pessoa e as minhas considerações actuais sobre a teoria e a prática do meu ramo do direito. Mas também e sobretudo porque vos quero apresentar uma ideia, com ajuda da qual é possível fundamentar teoricamente e estabelecer na prática uma nova e fecunda ligação entre Direito Penal e Constituição. A meu ver, esta ligação será particularmente estreita no instituto da defesa penal, pois é aqui que soa mais alto a música do Direito Penal, tanto em Portugal como na Alemanha.

## II. Defesa Penal em crescendo

### 1. Factos

Na minha vida realizei muitas defesas penais e com isso aprendi muito – sobretudo na preparação e nos bastidores de processos penais, mas também

Frequentemente na sala de audiências. O fundamento jurídico daquela actividade encontra-se no n.º 1 do § 138 do Código de Processo Penal alemão que, ao invés do que acontece em causas civis, permite a escolha, para defensores, de «professores de Direito nas escolas superiores alemãs». Não poucos dos membros do nosso corpo fizeram uso daquela possibilidade; sempre para melhorar a sua capacidade profissional, geralmente para melhorar o seu provento; se também para melhorar as hipóteses do mandante, não abordarei agora aqui. De qualquer modo, nunca realizei uma defesa penal sem ter a meu lado um advogado com experiência forense; podia assim trazer ao processo penal o *know how* da minha profissão, de certo modo sem ser condicionado por perturbações exteriores. O resultado daquelas experiências é o seguinte, reduzido ao essencial:

Na Alemanha a defesa penal tornou-se, nas três últimas décadas, um poder. Tem seguido um caminho triunfal incomparável, tem-se profissionalizado, desenvolveu um perfil profissional próprio e claro (não só em relação à justiça penal e ao Ministério Público, mas também em relação a outros advogados que não exercem em matéria criminal) e pronuncia-se de forma cada vez mais marcada sobre questões de política criminal – face, quer a políticos e partidos, quer à opinião pública em geral.

Recordações dos meus primeiros passos como jovem professor de Direito Penal perante um tribunal colectivo<sup>2</sup>, em Frankfurt, nos anos setenta do século passado, evocam a imagem de um pequeno grupo de defensores penais, com forte consciência elitista, que se mantinham cuidadosa e enfaticamente afastados da massa daqueles que uma vez ou outra, melhor ou pior, representavam alguém perante um juízo criminal. Este grupo preocupava-se com a profissionalidade e fazia por a defender. Por outro lado, a defesa penal tinha, mesmo em casos espectaculares e seguidos atentamente pela opinião pública, algo de esquivo, mesmo suspeito; sujeitávamo-nos a ela, se não havia mais nada a fazer, e esperávamos não apanhar nós próprios algo do cheiro a criminoso.

Como tudo mudou. Hoje em dia há uma área de especialização da advocacia em Direito Penal, e muitos advogados especializados nesta área. Temos discussões amplas e teoricamente elevadas sobre o papel a desempenhar pelos defensores penais no sistema da justiça criminal, o que efectivamente fazem e o que têm legalmente que fazer. São informados especificamente por duas revistas especializadas («*Strafverteidiger*» e «*StrafverteidigerForum*»). Encontram-se em numerosos e diferenciados programas de formação profissional e dispõem de colecções de estudos só para a sua profissão. Há já vários anos que reuniões anuais de defensores penais constituem ponto de encontro para, sobretudo, jovens juristas, altamente motivados e com uma voz poderosa

---

<sup>2</sup> *Schwurgerichtskammer*, secção criminal composta por juízes profissionais e leigos (N.d.t.).



nas discussões de temas de política criminal. E também a ciência colocou os seus projectores sobre os defensores penais e começou a analisar e otimizar as suas condições de trabalho; surgiram entretanto numerosas dissertações de doutoramento e agregação<sup>3</sup> dedicadas à defesa penal. Em suma: a defesa penal converteu-se numa importante correia de transmissão do Direito Penal na teoria e na prática.

## 2. Razões

As razões deste desenvolvimento escapam ainda a uma explicação cabal. De momento posso reconhecer duas fontes, que brotam de dois pontos bem distintos. Não estou em condições de apreciar se se conjugam com o desenvolvimento português, mas creio que valeria a pena tomá-lo em consideração.

Em primeiro lugar: a defesa penal constituiu um canal das fortes críticas dirigidas à justiça penal na Alemanha de meados dos anos setenta do século passado, do ponto de vista das ciências penais e da política criminal. Foi nessa época que a «Revolução da geração de 1968» assentou o ponto de mira sobre as instituições – desde logo aquelas cuja actividade estava ligada ao exercício do poder e da violência. Assim, a justiça penal foi naturalmente posta em causa em primeira linha, e a defesa penal foi entendida como algo instituído para opor limites eficazes à violência daquela. Os professores de Direito Penal tiveram um papel matizado. Quem na altura pretendia afastar da pacata posição tradicional de «órgãos da justiça penal» os defensores penais, enquanto «representantes dos acusados» ou mesmo «contra-poder político-social», fazia-o com segundas intenções: este tipo de defensor era portador das expectativas na mudança resoluta naquela prática do Direito Penal, no sentido da sensibilidade aos estragos causados pelo Direito Penal e da limitação da intervenção penal. Não caiu bem a muitos advogados a proximidade aos acusados, mas agradou à corporação a discussão nascente sobre as suas tarefas. Desde então os direitos e limites da defesa penal têm estado em todas as bocas, das ciências sociais e do Direito Penal aos meios de comunicação, passando pela jurisprudência.

Em segundo lugar, a defesa penal beneficiou da dilatação, quantitativa e qualitativa, do Direito Penal. Há mais Direito Penal do que antes, e há Direito Penal mais complexo. Os ícones do Direito Penal moderno já não são o ladrão de galinhas e o criminoso passional, mas o presidente do Conselho de Administração e os negociantes globais. O legislador e todos os nossos desejos de prevenção efectiva e controlo seguro dos riscos puseram à disposição dos defensores penais toda uma vaga de mandatos importantes, sobretudo nas áreas da

---

<sup>3</sup> Respectivamente, *Dissertation* e *Habilitationsschrift* (N.d.t.).

economia, da fiscalidade e do ambiente. Além disso, diferenciaram e complexificaram o lugar de trabalho do advogado em Direito Penal: estenderam-no à preparação de decisões arriscadas, encontrando assim lugar para muitos defensores em grêmios poderosos; exigem aos defensores penais o domínio de regulamentações não escritas complexas, caso queiram defender os seus mandantes também em processos informais fora das salas de audiências. A defesa penal tornou-se, também em extensão, uma arte exigente.

### III. Da defesa penal ao Direito Penal e à Constituição

O exercício daquela arte pode ser melhorado. A defesa penal tem aliados que ainda não tomou devidamente em conta. Estes aliados são os direitos fundamentais e direitos análogos consagrados na Constituição.

#### 1. Tradições do Direito Penal

A defesa penal está, por natureza, ligada à tradição e aos princípios do garantismo, da limitação ao Direito Penal. Isto já foi há muito compreendido e posto em obra pela doutrina jurídico-penal italiana; na Alemanha estamos ainda na retaguarda.

Simplificadamente, o negócio da defesa penal não é a aplicação da cominação penal no caso concreto, mas antes a não aplicação. Tem que desviar a intervenção penal; não lavra no terreno do combate à criminalidade, mas no da «limitação do combate à criminalidade», para usar, ligeiramente modificada, uma expressão sugestiva de Wolfgang Naucke. Isto pode ser sentido por qualquer defensor que já tenha assumido a representação da vítima de algum crime (em «acusação particular») e assim tiver mudado para o lado da prossecução penal (o que torna em paradoxo questionável o reforço da defesa penal pelo alargamento do Direito Penal que se acabou de descrever). O princípio *in dubio pro reo*, o direito à audição judicial, a proporcionalidade das medidas de segurança ou a proibição da *reformatio in pejus* – é este o tipo de instrumentos que os defensores penais trazem consigo nos bolsos; são, todos, peças da função de garantia do Direito Penal material e do Direito Processual Penal.

Estes instrumentos têm uma história honrosa em Direito Penal. Provêm da «velha Europa», da filosofia política do Iluminismo, e exerceram nestas latitudes, no início do Século XIX, uma poderosa influência sobre a legislação dos Estados – uma influência que ainda hoje mantém a sua força. Heinrich Albert Zachariae chamou-lhes impregnantemente, em 1860, «formas de protecção». A defesa em direito Penal trabalha com estas formas, que constituem uma parte importante da formação dos juristas e constituem também um

produto de exportação da ciência penal alemã; caracterizam o Direito Penal e o raciocínio que lhe é específico em relação a outras áreas do direito, e constituem um tesouro valioso que, ao longo de muitas décadas, foi sendo talhado e polido por criminalistas da doutrina e da prática. Encontram-se no Direito Penal material (como na proibição da analogia), na política criminal (como na imposição de precisão dos tipos penais) e, com particular intensidade, no Direito Processual Penal (como no direito a audiência judicial).

## 2. Instrumentos da constituição

Encontram-se ainda no Direito Constitucional Penal, portanto naquela parte da Constituição que respeita ao Direito Penal material, ao Processo Penal e ao direito do cumprimento das penas. Isto é particularmente notório quanto aos direitos fundamentais e direitos análogos, como por exemplo as que asseguram garantias jurídicas quanto à privação da liberdade, que proíbem tribunais de excepção ou a aplicação retroactiva de normas *in malem partem* (nos artigos 101.º a 104.º da GG<sup>4</sup>). Nesta garantia fundem-se sem zonas de clivagem leis penais e Constituição, como se verifica na conjugação literal do n.º 2 do artigo 103.º da GG e do começo do Código Penal alemão, no § 1 do StGB<sup>5</sup> (imposição de precisão dos tipos penais); aqui a Constituição retoma a tradição criminalista da limitação do combate à criminalidade e proclama-a de novo. Antepõe ao estado punidor barreiras na substância e no processo, prescreve-lhe regras, de certo modo prende-o a uma corrente no terreno perigoso da limitação da liberdade – como corresponde à tradição do Direito Penal do iluminismo.

Mas os outros direitos fundamentais (artigos 1 a 19 da GG) não integrarão também esta ligação entre Constituição e tradição jurídico-penal? Concluir-se-á, o mais tardar à segunda vista, que esta pergunta só pode ser retórica: claro que sim! Os direitos fundamentais e as garantias análogas contidas em outras partes da constituição integram, de modo igualmente evidente, as formas de protecção, pelo menos na sua função clássica de direitos de defesa contra o estado. Numa apreciação imparcial não está sequer em questão que os direitos fundamentais erguem limites protectores contra intervenções punitivas do estado.

---

<sup>4</sup> *Grundgesetz*, Constituição da República Federal da Alemanha (N.d.t.).

<sup>5</sup> *Strfgesetzbuch*, Código Penal da República Federal da Alemanha (N.d.t.).



### 3. Direito Penal e Constituição

É certo que uma perspectiva que considere a verdadeira relação existente na Alemanha entre Direito Penal e Direito Constitucional, também no âmbito da defesa penal, não revela aquela ligação tão facilmente como aparenta ser em termos materiais. A relação real entre Direito Penal e Constituição, entre nós, não se caracteriza por proximidade e intercâmbio, mas antes por distância e teimosia.

Nas ciências criminais alemãs só em anos recentes encontramos um número razoável de estudos que recorrem sistematicamente ao Direito Constitucional e procuram fazê-lo frutificar na resolução de problemas penais (é certo que também prevalece a distância na relação dos constitucionalistas com o Direito Penal; esta tem as suas causas próprias, mas tal não interessa neste contexto). Esta distância é compreensível face à rica tradição do Direito Penal, que tem disponíveis muitos estímulos, questões e respostas, e não deixa transparecer facilmente sensações de lacunas argumentativas. Parece não haver necessidade de recurso a outros ramos do direito, como o Direito Constitucional. A distância por parte do Direito Penal esclarece-se presumivelmente pela história da doutrina jurídico-penal alemã no pós-guerra. Inicialmente contestada pelo seu papel no período nazi e depois por uma crítica do Direito Penal intensa e fundamental, ocupou-se intensivamente consigo própria e o seu rumo no âmbito, primeiro das ciências do espírito, depois das ciências sociais.

No quadro da defesa penal há ainda mais razões de espanto. Aqui, como se demonstrou, é aparente a relação entre os direitos fundamentais e os direitos análogos, desde logo porque a defesa penal recebe a sua missão, de certo modo, da natureza. Acresce, pragmaticamente, que o instituto da queixa constitucional (§§ 90 e segs. da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional) converteu a garantia dos direitos fundamentais, da provisoriedade dos intercâmbios científicos entre Constituição, Direito do Estado e ciências criminais, para a seriedade e concretização das decisões judiciais. Através da estatuição de direitos fundamentais na Constituição e do seu armamento com uma via de recurso judicial eficaz as tradições do Direito Penal ganham contornos e prática. A defesa penal precisa ainda mais dos direitos fundamentais do que as ciências penais.

Mas também aqui dominam distância e teimosia. Assim, por exemplo, em textos de defensores penais, apesar de terem aumentado poderosamente nas duas últimas décadas, continuam a não ser abordados a Constituição e o Direito Constitucional. Assim, a arte de apresentar uma queixa constitucional correcta leva uma vida tão pobre à sombra da arte de fundamentação de um recurso de revista, que defensores penais que se consideram peritos no direito de recursos em matéria penal se interrogam em público, crítica e magoadamente, sobre a razão por que precisamente as suas queixas constitucionais

falham; eles, que são defensores penais tão eminentes, não se orientam em Direito Processual Constitucional.

Há aqui ainda muito a fazer; os juristas penais – os professores e os praticantes – têm ainda pela frente, em grande medida, a descoberta da Constituição e do Direito Constitucional. Tal permite esperar que ainda encontremos juntos no futuro novas vias para abordar e resolver de novo modo os velhos problemas do Direito Penal. E explica também por que razão perante vós ainda agora abri a alma tão palavrosamente sobre a relação precária entre ciências penais e Tribunal Constitucional Federal.