

**Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados**  
Centro de Documentação e Informação  
Coordenação de Biblioteca  
<http://bd.camara.gov.br>

"Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade."



**UCAM**  
**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES**

**CBEPJUR**

**CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS**

**ATAME**

**ASSESSORIA, CONSULTORIA E PLANEJAMENTO LTDA**

**VALTEIR MARCOS DE BRITO**

**SISTEMAS DE JUSTIÇA CRIMINAL: BRASIL E ALEMANHA**

**Rio de Janeiro**  
**2005**

VALTEIR MARCOS DE BRITO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CRIMINAL: BRASIL E ALEMANHA

*Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Cândido Mendes, aprovada com menção \_\_\_\_\_, como exigência para obtenção do grau de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação da professora MSc Sílvia Lúcia Soares.*

Banca Examinadora

---

---

---

Rio de Janeiro, \_\_\_\_\_

VALTEIR MARCOS DE BRITO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CRIMINAL: BRASIL E ALEMANHA

Monografia apresentada como exigência final do  
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito  
Penal e Direito Processual Penal, Turma III.

**Orientador:** MSc Sílvia Lúcia Soares.

Rio de Janeiro  
2005

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, sem permissão expressa do Autor. (Art. 184 do Código Penal Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei 8.635, de 16-03-1993).

BRITO, Valteir Marcos de.

Sistemas de Justiça Criminal: Brasil e Alemanha / Valteir Marcos de Brito.  
– Rio de Janeiro: UCAM, 2005. ix f.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Cândido Mendes.

1. Sistemas de Justiça. 2. Brasil e Alemanha. 3. Direito. I. Título

CDU

*Dedico este trabalho a meus pais, que sempre apoiaram e incentivaram meus estudos, e a meus filhos, pelo apoio e compreensão em todos momentos em que me ausentei.*

*Todo e qualquer estudo mais detalhado deixa flagrante a grande confusão que se tem estabelecido entre o verdadeiro e genuíno sentido do comportamento motivacional, que é de ordem intrínseca, e aquele que se conhece como puro condicionamento, no qual as pessoas, simplesmente, se movimentam dentro das organizações. Essa movimentação é induzida por variáveis extrínsecas, representadas por recompensas ou punições advindas do ambiente que é periférico às pessoas. (...) na realidade tem parecido mais fácil conseguir que as coisas sejam feitas no trabalho pelo movimento e pela manipulação, do que por meio da ação conjunta das pessoas realmente motivadas.*

*(BERGAMINI, Cecília, apud VERGARA, Sylvia C. 2000, p. 47)*

*“O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador flexível de aquisições digeridas. Já se vê quando vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber tudo. O saber de realidade, quanto mais real, mais desconfia, assim do que vai aprendendo, como do que elabora”.*

RUY BARBOSA



## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, por ter me dado a vida e a renovado diariamente;

A meus colegas de curso e a todos quantos contribuíram direta ou indiretamente para sua realização;

A Professora. MSc Sílvia Lúcia Soares, minha diligente orientadora, que muito me ajudou a conjurar as dificuldades encontradas sobretudo na aplicação prática da metodologia científica e a desenvolver com objetividade este trabalho. Sua competência, atenção e amizade, demonstradas no decorrer de todo período destinado a elaboração deste trabalho, foram de importância capital para sua conclusão. Ela foi a artista cujo talento permitiu transformar a pedra bruta em pedra preciosa.

Ao Prof. Dr. Reis Friede, coordenador do curso, que sempre incentivou todos a “soltarem aquele grito preso na garganta”, na tentativa de estimular no grupo a busca de motivações novas à nossa dedicação.

Aos colegas de curso, pela atenção e pelo carinho durante todas etapas desta jornada e pelo suporte oferecido durante as dificuldades encontradas.

À Câmara dos Deputados, órgão do qual sou servidor, pela oportunidade que me ofereceu de integrar a Turma C do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Direito Processual Penal.

A meu Chefe, por permitir a minha dedicação ao curso.

A todos, enfim, que colaboraram para que eu levasse a bom termo este mister.

A todas as pessoas que provam que se encontra no próprio ser humano o principal fator de motivação para o trabalho.

## SUMÁRIO

<b>Resumo</b> .....	XI
<b>CAPÍTULO I</b> .....	13
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	13
1.1 Problema.....	17
1.2 Objetivo Geral.....	18
1.2.1Objetivos Específicos.....	18
1.3 Justificativa e relevância do tema.....	18
1.4 Metodologia.....	20
1.5 Cronograma.....	23
<b>CAPÍTULO II</b> .....	24
<b>2. Organização da Justiça na Alemanha</b> .....	24
2.1 O Sistema Judiciário da República Federal Alemã.....	26
2.1.1 Organização.....	26
2.1.2 A Primeira Instância.....	32
2.1.3 O Juiz.....	32
2.1.4 O Administrador Judicial.....	34
2.2 O Tribunal Constitucional Alemão.....	35
<b>CAPÍTULO III</b> .....	39
<b>3. Estudo Comparado dos Efeitos do Controle Abstrato de Constitucionalidade: Brasil e Ale     manha</b> .....	39
3.1 Evolução Histórica.....	40
3.1.1 No Brasil.....	40
3.1.2 Na Alemanha.....	42
3.2 Os Meios de Controle Abstrato.....	43
3.3 Nulidade e Anulabilidade da Lei Inconstitucional.....	44
3.3.1 No Brasil.....	44
3.3.2 Na Alemanha.....	46
3.3.3 A Lei Inconstitucional em Kelsen.....	47

3.3.4 Nulidade e Anulabilidade em Kelsen.....	48
3.3.5 Da Eficácia Erga Omnes.....	49
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>52</b>
<b>4. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.....</b>	<b>52</b>
4.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Comparado.....	53
4.1.1 O Incidente de Constitucionalidade.....	53
4.1.2 A Verfassungsbeschwerde do Direito Alemão.....	54
<b>CAPÍTULO V.....</b>	<b>56</b>
<b>5. Direito Penal Comparado.....</b>	<b>56</b>
5.1 Direito Criminal na Alemanha.....	59
5.2 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.....	65
<b>CAPÍTULO VI.....</b>	<b>68</b>
<b>6. Sistema de Penas Alternativas.....</b>	<b>68</b>
6.1 No Brasil.....	68
6.2 Na Alemanha.....	71
<b>CAPÍTULO VII.....</b>	<b>74</b>
<b>7. A Vítima no Direito Penal.....</b>	<b>74</b>
7.1 Proteção de Vítimas e Testemunhas no Processo Penal Alemão.....	75
<b>CAPÍTULO VIII.....</b>	<b>79</b>
<b>8. A Incapacidade Penal do Menor no Direito Comparado.....</b>	<b>79</b>
8.1 Direito Penal Juvenil na Alemanha.....	82
<b>CAPÍTULO IX.....</b>	<b>86</b>
<b>9. Conclusão.....</b>	<b>86</b>
<b>10. Bibliografia.....</b>	<b>88</b>

## RESUMO

O presente trabalho objetiva examinar, em linhas gerais e sem pretensão de esgotar a matéria, o sistema de justiça na República Federal da Alemanha. Em razão disso, serão analisados os órgãos do Judiciário na Alemanha que tem a forma de governo Federativa, a sua estrutura, seus membros, modos e requisitos de composição e de acesso aos respectivos cargos públicos, competências, disposições constitucionais e infralegais, bem assim a evolução legislativa e, na medida do possível, críticas dirigidas às modificações do ordenamento jurídico mais recentes. A Alemanha tem um rigoroso programa de preparação, não apenas destinado aos juízes, mas a todos aqueles que pretendam atuar na área jurídica, a partir do término do curso de graduação em direito. Ademais ali, a diversidade de tribunais especializados, tais como o Financeiro e o Social, tem demonstrado eficiência e celeridade na proteção jurisdicional, além de outros aspectos relevantes que contribuem para a existência de uma boa estrutura da máquina judiciária.

**PALAVRAS CHAVES:** Alemanha, Direito Penal, Sistema de Justiça Criminal, Direito Comparado, Sistema de Justiça da Alemanha.

## **ABSTRACT**

The present work aims at to examine, in general lines and without pretension of draining the matter, the system of justice in the Federal Republic of Germany. In reason of that, the organs of the Judiciary will be analyzed in Germany that has government's form Federativa, your structure, your members, manners and composition requirements and of access to the respective public positions, competences, constitutional dispositions and infralegais, well like this the legislative evolution and, insofar as possible, critics driven to the modifications of the more recent juridical ordenamento. Germany has a rigorous preparation program, not just destined to the judges, but the all those that intend act in the juridical area, starting from the end of the degree course in right. Ademais there, the diversity of specialized tribunals, such as the Financier and the Social, it has been demonstrating efficiency and velocity in the protection jurisdicional, besides other important aspects that contribute to the existence of a good structure of the judiciary machine.

**KEY WORDS:** Germany, Penal Right, System of Criminal Justice, Compared Right, System of Justice of Germany.

## CAPÍTULO I

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva examinar, em linhas gerais e sem pretensão de esgotar a matéria, o sistema judiciário do Brasil e da Alemanha.

Em razão disso, serão analisados os órgãos do Judiciário nos países que têm a forma de governo federativa, a sua estrutura, seus membros, modos e requisitos de composição e de acesso aos respectivos cargos públicos, competências, disposições constitucionais e infralegais, bem assim evolução legislativa e, na medida do possível, críticas dirigidas às modificações do ordenamento jurídico mais recentes.

De acordo com a Constituição, a República Federal da Alemanha é uma república federativa democrática e social. É ainda um Estado de direito, que deve garantir a equidade e o direito constitucional e que subordina a atividade do Estado à lei e ao direito. A Alemanha é constituída de 16 Estados federados, soberanos no exercício das funções legislativas, executivas e judiciárias. O fundamento da forma democrática do Estado é o princípio da soberania do povo. A Constituição afirma que todo o poder do Estado emana do povo. A Lei Fundamental decidiu-se pela democracia direta: assim, o presidente federal e o chanceler federal são eleitos indiretamente. O sistema eleitoral para o Parlamento Federal (Bundestag) conjuga a escolha por maioria ao voto proporcional. Ao contrário de algumas constituições estaduais, a Lei Fundamental prevê formas de democracia direta, tais como a petição popular ou o plebiscito, para o caso de reestruturação do território nacional.

Em primeiro lugar, a Constituição enumera os direitos fundamentais dos cidadãos, comprometendo-se o Estado a respeitar e proteger a dignidade humana. Esta garantia é complementada pelo direito do indivíduo ao livre desenvolvimento da personalidade e pela ampla proteção contra intervenções ilícitas do Estado na vida do cidadão. Alemães e estrangeiros podem reportar-se indistintamente ao respeito a sua dignidade de ser humano e ao direito de desenvolver livremente suas potencialidades. Entre os direitos de liberdade clássicos enumerados pela Lei Fundamental, encontram-se a liberdade de religião e de consciência, o direito de asilo, a liberdade

de expressão, inclusive liberdade das artes e das ciências, a liberdade de imprensa e a garantia da propriedade. Acrescentem-se a liberdade de reunião, o direito de formar associações e coalizões, o sigilo epistolar, postal e telefônico, o direito de livre locomoção, a liberdade de escolha e exercício da profissão, a proibição do trabalho forçado, a inviolabilidade do domicílio, bem como o direito de recusa do serviço militar por motivos de consciência.

Ao lado dos direitos de liberdade, estão os direitos de igualdade. A Lei Fundamental concretiza o princípio geral de que todas as pessoas são iguais perante a lei, dispondo que ninguém pode ser prejudicado nem privilegiado por razões de sexo, ascendência, raça, língua, pátria ou procedência, credo, idéias religiosas ou políticas. Ninguém pode ser prejudicado em razão de deficiência física ou mental. A igualdade de direitos entre o homem e a mulher é determinada expressamente. Enfim, a Constituição garante a todos os alemães igual acesso a cargos públicos. No âmbito dos direitos fundamentais, o matrimônio e a família encontram-se sob a proteção especial da ordem estatal.

Um direito fundamental nunca pode ser violado em sua essência. Os direitos fundamentais são direitos de vigência imediata. Esta é uma das principais inovações da Lei Fundamental em relação às constituições anteriores. Hoje, todos os três poderes do Estado, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, estão estritamente sujeitos aos direitos fundamentais. Todo cidadão tem o direito de apresentar queixa ao Tribunal Constitucional Federal, desde que se sinta lesado em algum de seus direitos fundamentais por decisões ou ações do Estado e após ter esgotado os recursos judiciais em outras instâncias.

Ao aderir à Convenção Européia de Defesa dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, bem como ao ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Humanos da ONU, a República Federal da Alemanha tornou-se sujeita ao controle internacional dos direitos humanos. Todo indivíduo tem o direito de apresentar queixa à Corte Européia dos Direitos Humanos em caso de violação dos direitos humanos.

Na República Federal da Alemanha, o direito estendeu-se a quase todos os setores da vida, fazendo com que a legislação represente hoje a modificação e adaptação do direito vigente ao desenvolvimento da sociedade e à solução de seus problemas. A ordem jurídica é caracterizada pelo direito constitucional. Mas também o direito da União Européia e o direito internacional são respeitados. O direito federal compreende cerca de 1.900 leis e três mil decretos. As leis são deliberadas pelo Parlamento Federal. Os decretos são promulgados pelo

governo federal com base nas leis. O direito estadual ocupa-se, além da polícia e do direito municipal, com as escolas e universidades, bem como a imprensa e a radiodifusão.

Do ponto de vista histórico, o direito da República Federal da Alemanha remonta ao Direito Romano, que foi parcialmente adotado, e a numerosas outras fontes jurídicas de diferentes regiões. No século XIX, elaborou-se pela primeira vez um direito civil privado aplicável a todo o Reich Alemão. O Código Civil e o Código Comercial preservam ainda hoje o espírito liberal daquele tempo. Neles, rege o princípio da liberdade contratual.

As garantias do Estado de direito manifestam-se tanto no direito material quanto no direito processual. No direito penal, rege o princípio, elevado a categoria constitucional pela Lei Fundamental, de que um ato só pode ser punido se sua punibilidade estava estabelecida por lei antes de o ato ser praticado. Categoria constitucional possui também o princípio de que ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo ato. A liberdade da pessoa só pode ser restrita com base numa lei formal. Cabe exclusivamente ao juiz decidir sobre a admissibilidade e duração de uma detenção. Qualquer caso de restrição da liberdade sem ordem judicial deve ser submetido imediatamente a uma decisão judicial.

É certo que a polícia pode proceder a uma detenção temporária, mas não pode manter ninguém em reclusão além das 24 horas do dia seguinte ao da detenção. No tribunal, todo cidadão tem o direito de ser ouvido – é também um elemento substancial do princípio de Estado de direito consolidado na Constituição. A jurisprudência é confiada a juizes independentes, sujeitos unicamente à lei. Em princípio, eles não podem ser removidos do cargo nem transferidos a outro contra sua vontade. Tribunais de exceção estão proibidos.

Os fundamentos do Estado de direito na legislação alemã já foram estabelecidos quase completamente pelas leis judiciais do século XIX. Trata-se principalmente do Código de Organização e Divisão Judiciária, que regulamenta a estrutura, a organização e a competência dos tribunais, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. O Código Civil, que entrou em vigor em 1900, bem como o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal são uma conquista das forças liberais e democráticas dos últimos 30 anos do século XIX, que em tenazes debates parlamentares conseguiram impor-se ao governo Imperial. Os códigos de direito alemães serviram também de modelo para ordens jurídicas de outros países.

A jurisprudência na República Federal da Alemanha está dividida em cinco ramos:



Os Tribunais ordinários. Competentes em causas penais e civis (por exemplo, litígios em contratos de direito privado, como compra ou locação), de casamento e família, do setor da jurisdição voluntária (dela fazem parte, por exemplo, causas de registro de imóveis, de partilha e de tutela). Existem quatro instâncias: Tribunal de Comarca, Tribunal Regional, Tribunal do Estado e o Supremo Tribunal Federal.

Em causas criminais, qualquer um dos três primeiros tribunais pode ser tomado como instância inicial, segundo a natureza e a gravidade do caso; as causas civis dão entrada na primeira ou na segunda instância. Para o recurso e/ou a revisão estão previstas até duas instâncias superiores. O recurso cria a possibilidade de uma segunda instância do ponto de vista jurídico e objetivo. Quer dizer que, perante a instância de apelação, podem ser apresentados novos fatos. Em contrapartida, a revisão só leva a verificar se a lei material foi aplicada corretamente e se as principais disposições processuais foram observadas.

Os Tribunais Trabalhistas. Os litígios de direito privado decorrentes de contratos de trabalho de convênios coletivos, bem como os litígios decorrentes da Lei Constitucional das Empresas são de alçada dos tribunais trabalhistas, com suas três instâncias. São eles que julgam, por exemplo, a procedência de uma rescisão de contrato de trabalho.

Os Tribunais Administrativos. A legislação administrativa concede proteção jurídica contra todos os atos administrativos e outras medidas administrativas. Os tribunais administrativos são competentes em todos os processos de direito administrativo que não sejam de competência dos tribunais sociais ou das varas da Fazenda ou – excepcionalmente – dos tribunais ordinários, ou quando o litígio não tange o direito constitucional. Aqui também há três instâncias.

Os Tribunais Sociais e Tribunais de Finanças. Os tribunais sociais decidem sobre todos os litígios decorrentes da área da seguridade social, também em três instâncias. Os tribunais das finanças tem apenas duas instâncias, que se ocupam de causas relacionadas com impostos e taxas.

Fora dos cinco ramos acima expostos, encontra-se o Tribunal Constitucional Federal, que decide sobre questões relativas à Constituição. Nas querelas relativas às interpretações das constituições estaduais, a competência é dos tribunais constitucionais dos Estados Federados. Mas também nestes processos, a apelação ao Tribunal Constitucional Federal não é *per se* excluída.

## 1.1 Problema

A Alemanha é uma democracia constitucional federal, cujo sistema político foi criado com a constituição de 1949, chamada Grundgesetz (Lei Básica). Tem um sistema parlamentar em que o chefe de governo, o Bundeskanzler (Chanceler), é eleito pelo parlamento.

O parlamento, chamado Bundestag (Assembléia Federal), é eleito de quatro em quatro anos por voto popular, usando um complexo sistema que combina o voto direto com representação proporcional. Os 16 Bundesländer (Estados) estão representados federalmente no Bundesrat (Conselho Federal), que tem palavra no processo legislativo. Nos últimos tempos, tem havido alguma controvérsia sobre o fato de que o Bundestag e o Bundesrat bloquearam decisões um do outro, o que dificulta a ação efetiva do governo.

A função de chefe de Estado é do Bundespräsident (Presidente Federal), cujos poderes estão limitados apenas a funções cerimoniais e de representação do Estado.

O braço judicial inclui o Tribunal Constitucional, chamado Bundesverfassungsgericht, que pode bloquear qualquer ato de legislação ou administração se estes forem considerados inconstitucionais.

A população da Alemanha é de 84 milhões de habitantes sendo que a maior cidade, a capital Berlin, possui cerca de 3 milhões de habitantes, com uma densidade de 226 hab/km<sup>2</sup>, e está distribuída por 16 estados (Land): Baden-Wuerttemberg, Baviera, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Renânia do Norte – Vestefália, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein e Turíngia.

Em comparação com o Brasil, as cidades são pequenas, só São Paulo corresponde a cinco vezes Berlin.

O país está bem centralizado na Europa e faz fronteira com diversos outros: Dinamarca, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, França, Suíça, Áustria, República Tcheca e Polônia, indo no sentido anti-horário a partir do norte.

Em comparação com o Brasil, pode-se dizer que os dois países são bem localizados! A única diferença é que as distâncias são menores.

Sendo assim, surge o seguinte problema. Quais as relações existentes entre o Sistema de Justiça Criminal Brasileiro e o Sistema de Justiça Criminal Alemão?

## **1.2 Objetivo Geral**

Aprofundar o conhecimento sobre a problemática do sistema de justiça criminal do Brasil e da Alemanha e suas implicações nos cenários intitucional, jurídico e econômico, por meio de um estudo comparado da justiça Criminal Brasileira e Alemã.

### **1.2.1 Objetivos Específicos**

- a) Analisar a relação entre a justiça criminal brasileira e a justiça criminal alemã;
- b) Estabelecer um estudo comparativo entre o sistema de justiça criminal Alemão e a justiça criminal no Brasil;
- c) Analisar a relação entre os diversos tribunais existentes na Alemanha e o sistema brasileiro.

## **1.3 Justificativa e relevância do tema**

O Direito Penal surge com o homem e o acompanha através do tempo, isso porque o crime, igual sombra sinistra, nunca dele se afastou. A partir dessa assertiva, concluí-se que se o crime é algo presente no processo evolutivo do homem, o Direito Penal, como forma de punir aqueles que cometem infrações, também evoluiu juntamente com a sociedade humana.

Considerando a necessidade de assegurar direitos individuais e coletivos da pessoa humana, o Direito Penal, com o tempo, evolui das penas corporais para uma fase de garantias à

vítima, ao infrator e suas famílias, modificando as formas de aplicar e executar sanções e orientando-se pôr um espírito humanitário. Porém, deve-se ressaltar que as várias fases do Direito Penal sucederam-se no tempo, todavia, não se sucedem integralmente, ou seja, advindo uma, nem por isso a outra desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um.

Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como conseqüência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em conseqüência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessária à sua correta e justa aplicação.

A ciência penal explica a razão e o alcance das normas jurídicas. Busca a justiça igualitária, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem.

A criminalidade no Brasil, na Europa e na Alemanha estão se assemelhando sempre, porque, presentemente, as distâncias se encurtam e aumenta o número de delinqüentes.

Devido a localização geográfica da Alemanha em solo europeu, na atualidade, muitos estrangeiros refugiam-se no país, ou seja, em 1994 mais de 1 milhão de pessoas ingressaram na Alemanha, dentre elas também criminosos. Por isso, hoje, na Alemanha, 30% dos presos são estrangeiros, a maioria é do bloco europeu e da África.

No tocante a execução penal existem duas possibilidades:

1º quanto à privação da liberdade, o sujeito é preso e nada mais se faz com ele. Isso provoca problemas, pela superlotação. No Brasil esse problema também é nosso velho conhecido.

2º o desenvolvimento de processos de ressocialização e quais as chances de os presos condenados criminalmente serem ressocializados constitui um problema, porque as esperanças são pequenas ou as pesquisas dizem que a regeneração do condenado só ocorre em hipóteses excepcionalíssimas.

O presente trabalho objetiva examinar, em linhas gerais e sem pretensão de esgotar a matéria, o sistema de justiça do Brasil e da República Federal da Alemanha. Em razão disso, serão analisados os órgãos do Judiciário no Brasil e na Alemanha que tem a forma de governo Federativa, a sua estrutura, seus membros, modos e requisitos de composição e de acesso aos respectivos cargos públicos, competências, disposições constitucionais e infralegais, bem assim a evolução legislativa e, na medida do possível, críticas dirigidas às modificações do ordenamento jurídico mais recentes. A Alemanha tem um rigoroso programa de preparação, não apenas destinado aos juizes, mas a todos aqueles que pretendam atuar na área jurídica, a partir do término do curso de graduação em direito. Ademais ali, a diversidade de tribunais especializados, tais como o Financeiro e o Social, tem demonstrado eficiência e celeridade na proteção jurisdicional, além de outros aspectos relevantes que contribuem para a existência de uma boa estrutura da máquina judiciária.

#### **1.4 Metodologia**

Optou-se pelo modelo qualitativo de pesquisa diante do objetivo traçado para este trabalho.

O método qualitativo difere, em princípio, do quantitativo à medida que não emprega um instrumental estatístico como base do processo de análise de um problema. Não pretende numerar ou medir unidades ou categorias homogêneas.

Há autores que não distinguem com clareza métodos quantitativos e qualitativos, por entenderem que a pesquisa quantitativa é também, de certo modo, qualitativa.

Segundo W. Goode e P. K. Hatt (1973: 398):

a pesquisa moderna deve rejeitar como uma falsa dicotomia a separação entre estudos 'qualitativos' e 'quantitativos', ou entre ponto de vista 'estatístico' e 'não estatístico'. Além disso, não importa quão precisos sejam as medidas, o que é medido continua a ser uma quantidade.

No entanto, podemos reconhecer que a forma como se pretende analisar um problema, ou, por assim dizer, o enfoque adotado é que, de fato, exige uma metodologia qualitativa ou quantitativa.

A abordagem qualitativa de um problema, além de ser uma opção do investigador, justifica-se, sobretudo, por ser uma forma adequada para entender a natureza de um fenômeno social. Tanto assim é que existem problemas que podem ser investigados por meio de metodologia quantitativa, e há outros que exigem diferentes enfoques e, conseqüentemente, uma metodologia de conotação qualitativa.

O aspecto qualitativo de uma investigação pode estar presente até mesmo nas informações colhidas por estudos essencialmente quantitativos, não obstante perderem seu caráter qualitativo quando são transformadas em dados quantificáveis, na tentativa de se assegurar a exatidão no plano dos resultados.

O método qualitativo difere-se do método quantitativo não só por não empregar instrumentos estatísticos, mas bem assim pela forma de coleta e análise dos dados.

O método qualitativo preocupa-se em analisar e interpretar aspectos com mais profundidade, onde descreve a complexidade do comportamento humano, fornecendo, desta forma, uma análise mais detalhada sobre investigações, hábitos, atitudes, tendências de comportamento etc.

Para Eisman et al. (1998:228) “a investigação qualitativa supõe adoção de determinadas concepções filosóficas e científicas e fórmulas específicas de coleta e análise dos dados. O que origina uma nova linguagem metodológica”.

No tocante as suas características, Richardson (1999:90) afirma que a pesquisa qualitativa “pode ser caracterizada como a tentativa de uma compreensão detalhada dos significados e características situacionais apresentadas pelos entrevistados, em lugar da produção de medidas quantitativas de características ou comportamentos”.

Reputo importante ressaltar, ao finalizar este ponto, que, como é consabido, a finalidade da pesquisa científica não é apenas a de fazer um relatório ou descrição dos dados pesquisados empiricamente, mas relatar o desenvolvimento de um caráter interpretativo no que pertine aos dados obtidos.

Na elaboração da pesquisa serão utilizados os métodos dedutivo, indutivo e comparativo, nos seguintes aspectos:

- a) durante o exame dos textos doutrinários será utilizado o método dedutivo, pelo qual irá se procurar alcançar um denominador comum entre os autores;

- b) a partir do método indutivo, serão também analisados diversos artigos especializados de direito criminal chegando-se a um consenso abrangente sobre o setor com base em casos específicos;
- c) o método comparativo auxiliará no exame das relações entre o sistema empregado no Brasil e na Alemanha.

Os métodos de procedimento que serão utilizados no presente trabalho são monográfico e bibliográfico.

O método monográfico foi criado por Lê Play, “que o empregou ao estudar famílias operárias na Europa”. Este método tem por escopo o estudo de determinadas profissões, indivíduos, instituições, condições, comunidades, a fim de se obter generalizações. Tal consiste partindo-se do princípio de que qualquer caso que se estude com profundidade, pode ser considerado representativo de muitos outros ou até de todos os casos semelhantes.

A questão é que a investigação deve examinar o tema escolhido, observando todos os fatores que o influenciaram, analisando-o em todos os seus aspectos.

Importa salientar, por oportuno, que a metodologia qualitativa tradicionalmente se identifica com o estudo de caso ou método monográfico.

No que tange ao método bibliográfico, vê-se que a coleta de dados e informações advirão de leitura de textos nos quais servirão de suporte ao desenvolvimento do tema proposto no presente trabalho. A pesquisa bibliográfica será desenvolvida nas áreas de conhecimento jurídico, pelo levantamento e análise de regulamentação existente no Brasil, bem como pelo estudo da legislação Alemã.





## CAPÍTULO II

### 2. Organização da Justiça na Alemanha

A organização da justiça na República Federal da Alemanha distingue-se por uma proteção jurídica completa e por uma forte especialização, compreendendo os seguintes ramos:

A **jurisdição de direito comum** é competente para as questões penais, civis (por exemplo, os litígios relativos a contratos de direito privado de compra ou de locação, bem como aqueles referentes ao casamento, à família ou aos processos de indenização por perdas e danos) e à jurisdição voluntária (dessa última fazem parte, por exemplo, os casos referentes ao registro imobiliário, à herança e à tutela).

Divide-se em quatro níveis: o tribunal cantonal (Amtsgericht), o tribunal regional (Landegericht), o tribunal regional superior (Oberlandesgericht) e a corte federal de justiça (Bundesgerichtshof).

Nas questões penais, conforme a espécie de ação, cada um dos três primeiros tribunais mencionados pode funcionar em primeira instância. No processo civil, ou o tribunal cantonal ou o tribunal regional. As outras duas instâncias destinam-se ao julgamento da apelação e da revisão.

A **jurisdição do trabalho**, com três instâncias – o tribunal do trabalho (Arbeitsgericht), o tribunal superior do trabalho (Landesarbeitsgericht) e a corte federal do trabalho (Bundesarbeitsgericht) – é competente para os litígios de direito privado resultantes das relações de trabalho, bem como os conflitos entre as partes de um acordo tarifário relativo à organização das empresas em virtude da lei sobre a organização do trabalho nas empresas. A legalidade de um licenciamento, ou da habilitação profissional, por exemplo, será examinada ante os tribunais do trabalho.

A **jurisdição administrativa** – tribunal administrativo (Verwaltungsgericht), o tribunal administrativo superior (Oberverwaltungsgericht) – é competente para todos os processos de direito público no direito administrativo, desde que não alcancem as prerrogativas da jurisdição social ou financeira ou, a título excepcional, a jurisdição de direito comum (por

exemplo, nos casos de responsabilidade administrativa), ou quando se está na presença de um litígio de direito constitucional.

**A jurisdição social** – tribunal do contencioso social (Sozialgericht), tribunal superior do contencioso social (Landessozialgericht) e a corte federal do contencioso social (Bundessozialgericht) – compreende os diferentes domínios da seguridade social.

**A jurisdição fiscal** – tribunal de finanças (Finanzgericht) e a corte federal de finanças (Bundesfinanzhof) – trata das questões relativas aos impostos e receitas públicas.

Nos cinco novos Länder federes, conservou-se o antigo sistema jurídico por um período transitório. Os tribunais de vizinhança e os tribunais de distrito, que tratam de todas as questões atribuídas, nos antigos Länder (estado), às jurisdições dos cinco ramos de direito. Pouco a pouco, a estrutura judiciária se harmoniza e em quase todos os Länder federes, criaram-se tribunais de direito comum e de jurisdição especializada.

À margem dos cinco ramos existe ainda a corte constitucional federal, que não é apenas a corte suprema da federação, mas também um órgão constitucional, competente para decidir litígios sobre matéria constitucional.

O sistema recursal é bastante complexo e abre diversas possibilidades de verificação das decisões judiciárias. Existem duas formas de impugnação dos julgamentos:

1º a apelação, que dá lugar ao controle do ponto de vista do direito e do fato, inclusive permitindo a análise de novos elementos de fato na instância superior;

2º a revisão, destinada apenas ao controle jurídico, ou seja, se o direito foi corretamente aplicado e se foram observadas as regras processuais essenciais.

O exercício da jurisdição na República Federal da Alemanha incumbe a cerca de 20 mil juizes de carreira, dos quais três quartos integram a jurisdição de direito comum. Os juizes, em sua maioria, são vitalícios e só estão vinculados, em suas decisões, ao direito. Ao nível dos tribunais cantonais, as tarefas da jurisdição voluntária são confiadas a servidores da justiça. São funcionários dos quadros médios, dotados de uma formação especial, mas não são juizes. Em algumas jurisdições, existem juizes honorários, não profissionais.

Graças aos conhecimentos específicos e técnicos – por exemplo, no domínio da jurisdição do trabalho ou da jurisdição social – os juizes honorários contribuem para aproximar os julgamentos da vida prática. Em outras palavras, eles representam a responsabilidade direta do cidadão em face da justiça.

Os procuradores da República, em número superior a 4 mil, atuam principalmente na área criminal. A eles compete a propositura da ação penal e, antes, a direção do inquérito policial. São eles que decidem se a questão deve ser arquivada ou se devem promover a ação. Os procuradores da República não são independentes, sob o plano pessoal ou material, e, na qualidade de funcionários, devem respeitar as instruções de seus superiores.

Mais de 60 mil advogados exercem atividades como uma profissão liberal, representando as partes e prestando assessoria ou consultoria independente. Na representação judicial, os advogados participam da administração da justiça. Submetem-se a obrigações especiais a respeito das quais são controlados por tribunais de ética. Juizes de carreira, procuradores da república e advogados devem possuir habilitação para as funções de julgamento. Isso significa que devem ter completado os estudos de direito, seguidos de um estágio prático e do exame final por um órgão estatal.

## **2.1 O Sistema Judiciário da República Federal Alemã.**

### **2.1.1 Organização**

O espectro do judiciário da Alemanha, dividida no pós-guerra, merece ponderado exame, pelo menos, até o momento em que o país foi reunificado à República Democrática Alemã.

É sobretudo importante observar que, durante o período imperial, inexistia uma nítida separação entre as atividades jurisdicionais e as administrativas, tanto no Reich quanto nos estados, denominados Länder, inclusive, após a promulgação da Ordenança Processual Civil, de 30 de janeiro de 1877, e a da lei de Organização dos Tribunais, de 27 de janeiro de 1877.

O Poder Judiciário é regulado pelos arts. 92 a 104 da constituição da República Federal da Alemanha, promulgada pelo Conselho Parlamentar, em 23 de maio de 1949, com emendas até 21 de dezembro de 1983, conhecida como a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, que imprimiu maior clareza nesse assunto, no inciso IV, do art. 14, ao dispor que a

pessoa lesada nos seus direitos pelo poder público, isto é, pelo Estado, pode recorrer à autoridade judiciária ordinária, salvo disposição diversa.

A organização dos tribunais é conferida aos juizes, o Poder Judiciário, que é exercido pelo tribunal constitucional, pelos tribunais federais nela previstos e pelos tribunais dos estados (Länder) art. 92, CF.

O Tribunal Constitucional Federal, o mais elevado órgão do judiciário Alemão, sediado em Karlsruhe, Baden-Wuerttemberg, tem competência para julgar, entre outras questões, as que versam sobre a interpretação da Lei Fundamental quanto à extensão dos direitos e deveres de um órgão supremo da federação ou as de direito público entre o Bund e os Länder, ou entre diversos Länder, ou causas intestinas de um só Estado, na hipótese de não se poder recorrer à outra autoridade judiciária (art. 93, inciso I, número 4, CF).

Calham a fiveleta os comentários expendidos por Klaus Stern, no seu artigo “Derecho Del Estado de La República Federal Alemana”, p. 372/373, que, com a devida vênia, traduzo livremente, ao mencionar que uma das instituições mais sólidas de proteção da constituição é uma justiça constitucional de ampla jurisdição na federação, assim como com as diversas competências nos estados. Disso exsurge um direito constitucional com maior justiça. Com base nisso, resultam quase impossíveis às violações da constituição carentes de sanção. Apesar de não existir uma cláusula geral de justiça constitucional, à vista das amplas competências do tribunal constitucional federal, não deveria haver qualquer questão constitucional que não pudesse ser pleiteada de uma ou outra forma ante o tribunal. As sentenças do tribunal constitucional federal como defensor da constituição vinculam a todos os órgãos constitucionais, autoridades e tribunais. Com ele ficam afiançados notavelmente a vigência, a força para obrigar e a capacidade de impor-se o Estado Constitucional. Em síntese, a competência do órgão, *in casu*, circunscreve-se, principalmente, à interpretação e utilização das regras constitucionais.

O Tribunal Constitucional Federal é composto de juizes federais selecionados entre os integrantes dos tribunais superiores, com mandato de doze anos e sem direito à recondução, independentes e vitalícios, subordinados, tão –somente, à lei, e por outros membros, eleitos em iguais números pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, não podendo pertencer a nenhum desses órgãos ou ao Governo Federal. À lei federal incumbe regular a

respectiva organização e processo, para que as decisões judiciais portem força legal. Esse órgão é integrado por duas Câmaras com oito juizes cada (art. 94, CF).

Quanto aos Superiores Tribunais da Federação, no que toca à jurisdição ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e da previdência, a federação pode criar, a título de Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal de Finanças, o Tribunal Federal do Trabalho e o Tribunal Federal Social. O ministro federal de cada setor nomeia os juizes dos tribunais, juntamente à comissão de seleção de juizes, sendo a outra parte eleita pelo Parlamento Federal. O Senado conjunto dos Tribunais procede à uniformização da jurisdição (art. 95, CF).

É facultada à Federação a instituição de um Tribunal Federal para questões de proteção da propriedade industrial, além de Tribunais Federais Penais para as Forças Armadas, com atuação, apenas, durante o estado de defesa, e sobre membros das Forças Armadas encaminhados ao exterior ou membros das tripulações a bordo de navios de guerra. Nessas hipóteses, o regramento se faz mediante lei federal, sendo que tais tribunais são vinculados ao Ministério Federal da Justiça e os juizes devem ser habilitados ao exercício da magistratura. Em relação a esses tribunais, competente para o julgamento dos seus recursos é o Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo constitucional admite que a Federação crie Tribunais Federais para julgar causas disciplinares e reclamações em face de pessoas vinculadas à Federação, através de relação de trabalho de direito privado. Pode haver delegação de competência federal em matéria penal aos tribunais estaduais (art. 96, CF).

Os juizes são dotados de independência e sujeitos, exclusivamente, à lei. São nomeados de forma vitalícia e não podem ser destituídos ou suspensos de seus cargos, nem removidos ou aposentados (não existe aposentadoria por tempo de serviço, podendo o juiz ser jubilado ao alcançar sessenta e dois anos de idade), senão por decisão judicial, na forma da lei (art. 97, CF).

Pertine à lei federal regular a situação funcional dos juizes, sendo que qualquer infração por eles perpetrada, dentro ou fora da função, o Tribunal Constitucional Federal, a requerimento do Parlamento Federal, poderá determinar, por maioria de dois terços, que o magistrado seja transferido para outro cargo ou sujeito à aposentação, salvo o caso de infração premeditada, situação na qual deverá ser demitido.

De outro vórtice, a carreira dos juizes estaduais é regulada por leis estaduais especiais, facultando-se à Federação o estabelecimento de regras gerais. Os juizes estaduais são nomeados pelo Ministro da Justiça Estadual em conjunto a uma comissão seletora. O foro competente para julgamentos contra juizes é o Tribunal Constitucional Federal.

A solução das questões constitucionais dentro de um estado pode ser trasladada para o Tribunal Constitucional Federal, através de lei estadual, bem como para os Tribunais Federais Superiores, em última instância, em matérias respeitantes à incidência do direito estadual (art. 99, CF).

No que diz com o controle de normas jurídicas, se um tribunal entender que uma certa lei se apresenta inconstitucional e de sua validade depender o julgamento, será de mister a suspensão do feito para que a controvérsia venha a ser objeto de decisão do tribunal estadual adequado às discussões de matéria constitucional, em se cuidando de infringência à Constituição de determinado Estado ou à do Tribunal Constitucional Federal, se se verificar a vulneração da Constituição Federal. Igualmente, se ocorrer confronto à Lei Suprema pela legislação de âmbito estadual ou de incongruência entre lei estadual e federal. Também, se houver dúvida a respeito de que norma de Direito Internacional Público pertença ao Direito federal e seja fonte direta de direitos e deveres da parte, o tribunal requererá decisão final do Tribunal Constitucional Federal. Finalmente, se, em procedendo à interpretação da Constituição Federal, o Tribunal Constitucional de um estado dissentir do Tribunal Constitucional Federal ou do Tribunal Constitucional de outro estado, cabe dirimir a polémica ao Tribunal Constitucional Federal.

Estão constitucionalmente vedadas a instituição de tribunais de exceção e a subtração do direito ao juiz natural (art. 101, CF).

A organização judiciária alemã é bastante especializada, de tal arte que, conforme a controvérsia, será a mesma enquadrada numa das seguintes espécies de jurisdição.

Assim, a jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) protege a observância das constituições estaduais e a federal, quer quanto à constitucionalidade de determinada lei, quer quanto à de atos administrativos, através dos Tribunais Constitucionais estaduais, com juizes de carreira e honorários e do Tribunal Federal, esse integrado por juizes de carreira, a metade escolhida pelo Congresso e os demais pelo Conselho Federal, o qual, por sua vez, é um órgão com representantes dos estados, proporcionalmente às suas populações. Cada Tribunal é composto por nove juizes, em média.

A jurisdição ordinária comum, regulada pela Lei de Organização Judiciária, de 27 de janeiro de 1877, além da Lei Orgânica Federal da Magistratura e outras, compreende a cível e a penal, através de aproximadamente 550 Juízos Ordinários de primeiro grau, que estão nas sedes das comarcas e julgam demandas cíveis, consoante o valor e a natureza, bem como as penais, conforme sejam menos apenados e feitos referentes a menores; Tribunais Estaduais, em número de 93, com Câmaras Cíveis e Criminais; os vinte Superiores Tribunais Estaduais, com Senados Cíveis e Criminais, para julgamento de recursos, contando com juizes de carreira e professores com menor número de processos e vencimentos inferiores; o Supremo Tribunal Federal, com dezesseis Senados Cíveis e Criminais, que apreciam as revisões criminais dos julgados de segunda instância, com juizes de carreira.

A jurisdição administrativa, regulada pela Lei Orgânica dos Tribunais Administrativos, pode ser comum (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), ou especial – financeira e social (*Finanzgerichtsbarkeit e Sozial gerichtsbarkeit*), trabalhista (*Arbeitsgerichtsbarkeit*) e ordinária (*Ordentliche Gerichtsbarkeit*).

Os Tribunais Administrativos não são compostos por autoridades administrativas e, sim, por juizes caracterizados pela independência e vitaliciedade, porém jungidos aos tribunais com poder jurisdicional. A competência respectiva é fixada por uma regra geral, mas que delimita a jurisdição civil da administrativa.

Importante esclarecer, contudo, que os Tribunais Administrativos são considerados tribunais ordinários, assim como as lides civis e as de direito público são decididas pelos tribunais competentes nas áreas próprias e as trabalhistas pelos Tribunais Trabalhistas.

No que se refere aos tribunais de jurisdição administrativa, social e financeira, existem ordenamentos processuais específicos, fulcrados nos princípios basilares do Ordenamento Processual Civil-ZPO, o qual é adotado subsidiariamente. Daí porque se tem propugnado a uniformização das leis processuais alemãs, de forma ampla, conforme afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *in* "Jurisdição e Administração – Notas de Direito Brasileiro e Comparado", à página 22.

A jurisdição administrativa comum se destina a resolver relações jurídicas entre Estado e particular, inclusive no que tange à segurança pública, desde que não açambarcadas matérias da jurisdição especial. Para tanto, existem Tribunais Administrativos, sediados nos estados, com Câmaras de juizes de carreira e honorários de primeira instância, com recurso aos

dez Superiores Tribunais Administrativos, localizados nas capitais, que contam juizes de carreira e honorários de segundo grau, cujas revisões, por sua vez, devem ser endereçadas ao Supremo Tribunal Administrativo, em Berlim, para apreciação por juizes de carreira em Senados, os quais interpretam questões de direito emergentes entre os Senados.

Observe-se que o Tribunal Federal Administrativo é a mais alta corte da jurisdição administrativa, com o fito de revisão das decisões do Tribunal Administrativo Superior Estadual.

Na jurisdição administrativa são, também, decididas controvérsias disciplinares e funcionais, atinentes aos servidores públicos, mormente quanto à conduta de médicos, pessoal de enfermagem, laboratoristas e arquitetos, enquanto no exercício de funções públicas.

Sobreleva notar que há Tribunais Funcionais para juizes, existentes junto aos Tribunais Estaduais, para julgamento de delitos perpetrados no exercício de suas funções, com recurso às Cortes Funcionais para juizes, junto aos Superiores Tribunais Estaduais. Também, há Juízos de Tropas para os militares, com recurso ao Supremo Tribunal Administrativo, que conta com Senados especializados.

A jurisdição de finanças trata do Direito Fiscal, inclusive, ações em face de autoridades administrativas sobre questões tributárias. *In casu*, a parte interessada deverá, adrede, ter apresentado administrativamente a sua irresignação contra determinado tributo, diversamente do que ocorre no Direito brasileiro.

Os treze Tribunais de Finanças, regidos pela Lei Orgânica dos Tribunais Financeiros, reexaminam as decisões de primeira instância e se acham nos estados com cerca de cem Senados, cada um contendo cinco juizes de carreira e honorários, cabendo recurso, por sua vez, à Corte Federal de Finanças, estabelecida em Munique, que também decide, em competência originária, mandados de segurança contra atos do Ministro das Finanças e ações sobre lides aduaneiras, através de juizes de carreira.

A jurisdição social cuida de assuntos do Direito Previdenciário, ali chamado de Direito Social, que não hajam sido decididos administrativamente de maneira correta.

Há cerca de cinquenta Juízos Sociais nos estados e que contam com Câmaras de Juizes de carreira e honorários, com recurso aos Tribunais Sociais Estaduais, também em cada estado, através de Senados de Juizes da mesma forma mencionada e, de seu turno, os recursos são encaminhados ao Tribunal Social Federal, que também é competente originariamente para



conflitos entre os estados e a União ou entre um estado e outro, não tocante a questões constitucionais.

A jurisdição trabalhista se refere às demandas vinculadas ao Direito do Trabalho, o qual se pauta pelas regras basilares do Código Civil.

Os Juízos Trabalhistas de primeiro grau estão localizados nos estados, com recurso aos Tribunais Estaduais do Trabalho, que julgam por meio de Câmaras com um juiz de carreira e dois honorários, com recurso, de seu turno, para o Tribunal Federal do Trabalho, cujos Senados julgam-nos, existindo, ainda, o Grande Senado, para dissensões interpretativas entre os Senados (estes são compostos por juizes de carreira e representantes classistas).

As jurisdições trabalhistas e social são disciplinadas pela Leis dos Tribunais Trabalhistas e pela Lei dos Tribunais Sociais, com feitiço de leis orgânicas.

### **2.1.2 A Primeira Instância**

Em geral, as controvérsias relativas ao Direito Privado são solucionadas mediante determinado procedimento monitório ou através da ação judicial pertinente, perante os Juízos Ordinários de primeiro grau ou Tribunais Estaduais, que têm Câmaras de primeira instância, com competências bastante delimitadas.

As decisões tomadas em colegiado são secretas, de modo que não se tem acesso a elas para se perquirir a respeito de eventual divergência, na medida em que não é lavrado o voto vencido.

### **2.1.3 O Juiz**

De conformidade ao que está contido no trabalho *La Formation Des Juges Et Des Magistrats Du Parquet*, Projeto nº 3, consistente num resumo das respostas ao questionário para a reunião multilateral organizada pelo Conselho Europeu em conjunto com o Centro de Estudos

Judiciários de Lisboa, em virtude da cooperação jurídica do Conselho Europeu com os países da Europa Central e Oriental, entre 27 e 28 de abril de 1995, na Alemanha os juizes e os membros do *Parquet* não são recrutados mediante concurso, porém nomeados ou eleitos de diversos modos, não obstante a sua formação inicial seja feita de maneira similar.

Os candidatos devem ter curso superior em Direito e ser aprovados em exame de Direito, promovido pelo Estado.

Após o curso de bacharelado, há um primeiro exame, cuja aprovação enseja a realização da segunda fase da formação (prática), mediante estágio remunerado pelo Estado, na justiça de primeira e de segunda instância, cível e penal, no Ministério Público, na administração pública e junto a advogados, no mínimo, durante dois anos. Existem nos Juízos e Tribunais determinados juizes indicados para orientar os estagiários.

Esse período de formação preparatória, de dois anos, não está direcionado, exclusivamente, aos pretendentes ao cargo de juiz, mas, se destina a todas as carreira jurídicas. Se forem bem sucedidos no segundo exame, perante um Superior Tribunal Estadual, estarão habilitados à advocacia, bem como aptos a pleitearem a função de juiz ou de promotor ou outra na Administração Pública.

Na maioria das vezes, os juizes selecionados são aqueles que obtiveram notas de exame acima da média desejável, mas é bem considerada também eventual experiência na área jurídica.

Aprovado no segundo exame, o candidato passa por uma experiência, durante três a cinco anos, junto ao Juízo Ordinário de primeiro grau ou em uma Câmara de *Landgeriche* ou como promotor de Justiça, sem necessidade de sua concordância quanto ao lugar da designação. Mantém-se, assim, sob o crivo do presidente da Câmara. O estágio poderá durar menos de doze meses, se o candidato tiver exercido cargo anterior.

Superado o estágio e considerados habilitados, os juizes e promotores são nomeados diferentemente, ainda que em caráter vitalício e inamovível, conforme estejam destinados às funções no âmbito federal ou estadual.

Os juizes do Tribunal Constitucional Federal são eleitos pelo Conselho Federal e por um comitê eleitoral integrado por doze membros da Assembléia, por maioria de dois terços, e nomeados pelo presidente da República. Os juizes de jurisdição federal mais alta são nomeados pelo Comitê Federal de Seleção de Magistrados e pelo ministro federal competente. São

selecionados pelo Conselho incumbido a tanto, após o quê o Ministro competente faz as nomeações. Os demais juizes federais são nomeados pelo presidente da República, sob a indicação do ministro federal.

A maioria absoluta dos juizes exerce as funções nos *Länder*, é escolhida por um comitê de seleção e nomeada pelo ministro da Justiça do *Land*.

As promoções são por merecimento, apurado objetivamente, à medida que o juiz tiver trinta e cinco a quarenta anos de idade e em torno de dez anos de judicatura. É, então, convocado para exercer suas funções no Tribunal, de seis meses a um ano, participando em igualdade de condições aos demais membros do colegiado.

Uma vez aprovado, poderá ser apontado à nomeação pelo *Präsidialrat*, órgão similar ao Órgão Especial dos Tribunais no Brasil, com ratificação pela comissão eletiva de juizes, composta de juizes e membros do Poder Legislativo estadual, sob a presidência do ministro da Justiça do Estado, que, em certos estados, conta com membros oriundos do Executivo.

#### **2.1.4 O Administrador Judicial**

Em 08 de janeiro de 1957, foi instituída a figura do administrador judicial (*Rechtspfleger*), com formação jurídica de três anos em trâmites procedimentais, sendo desnecessário o bacharelado em Direito, devendo o candidato, porém, ser aprovado em um exame para a subsequente nomeação.

Mencionado cargo de administrador não tem os predicamentos da magistratura, mas é independente quanto aos atos que pratica, dentro do princípio da legalidade.

Tal personagem se revela verdadeiro prestador de auxílio ao juiz, tanto nas questões administrativas, quanto no que tange aos atos procedimentais que possam ser executados independentemente da participação judicial, não obstante o juiz deva apreciar as impugnações ofertadas em face dos atos do administrador.

Tendo em vista a relevância e eficácia do trabalho exercido pelo administrador judicial, as suas atividades têm sido dilargadas, mediante legislação específica, de modo que, hodiernamente, pode impulsionar o procedimento monitorio, antes de fixado o contencioso; estabelecer e modificar os alimentos; examinar a correção das custas processuais; tomar providências quanto aos atos cartorários, tais como citações, notificações e intimações; autorizar os benefícios da assistência judiciária, embora sujeito à decisão final do juiz; efetuar atos processuais na execução, como a alienação judicial de bens; tomar decisões quanto a questões registrais imobiliárias e praticar certos atos em ações de tutela, adoção e falência.

A quantidade de administradores judiciais equivale à de juizes de primeiro grau.

## **2.2 O Tribunal Constitucional Alemão**

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, dada a amplitude de sua competência, revelou mudanças no papel da Jurisdição das Liberdades Públicas naquela Nação, bem como no desenvolvimento dos princípios constitucionais.

O artigo 94, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental, remete para a norma infra-constitucional a regulamentação do procedimento e organização do Tribunal Constitucional Federal. Na 116ª sessão do Parlamento Federal, em 1 de fevereiro de 1951, a mencionada lei foi aprovada, tendo entrado em vigor em 16 de abril de 1951.

O Tribunal Constitucional Federal, com status de órgão constitucional, detém autonomia organizacional, orçamento próprio e a não-qualificação de seus membros como funcionários. Não há vinculação com o Ministério da Justiça, tanto administrativa quanto orçamentária. A sua composição é de dois Senados, disso resultando uma diferenciação entre o Tribunal Constitucional Federal como unidade organizacional e o Tribunal Constitucional Federal como tribunal sentenciador.

Cada Senado é composto por oito juizes, que devem ter completados 40 anos de idade, ser elegíveis para o Parlamento Federal e haver declarado, por escrito, estar dispostos a tornar-se membros do Tribunal Constitucional Federal, possuindo ainda aptidão para a judicatura, de acordo com o Estatuto da Magistratura alemã. Esses juizes não podem pertencer nem ao

Parlamento, ao Conselho ou ao Governo Federal, nem a órgãos estaduais correspondentes. A atividade judicial é incompatível com uma outra atividade profissional, exceto a de professor de direito em uma escola superior. O mandato tem a duração de doze anos, ou até o limite de idade de sessenta e oito anos. A investidura no cargo decorre de processo político, pelo sistema de eleição, através das duas corporações políticas federais: Parlamento Federal e Conselho Federal. A escolha recai, em parte, sobre juizes integrantes de tribunais federais superiores, competindo, nesse caso, ao Ministério da Justiça Federal a realização da lista de todos os juizes aptos ao cargo de juiz constitucional. Outra lista é apresentada, também pelo Ministério da Justiça, daquelas pessoas que preenchem as condições legais. A nomeação compete ao Presidente da República.

Ao Tribunal Constitucional Federal compete a solução de conflito entre órgãos estatais, de conflitos federais (entre a federação e os estados), o controle de normas (abstrato e concreto), o julgamento do recurso constitucional individual (pretensão de pessoa física ou jurídica contra ato ou omissão do poder público, tendo como questão de fundo a Constituição), do recurso constitucional comunal (dos municípios contra leis e decretos), acusação contra o Presidente da República e contra um Juiz.

O controle abstrato tem por fim exclusivo a defesa da Constituição e serve somente ao exame de normas jurídicas. É verificada a conformidade do direito federal e estadual com a Constituição, além da conformidade do direito estadual com o direito federal, de modo a ser considerado guardião da constituição e do direito federal. Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou “ainda” inconstitucional e exorta o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou à adequação dessa situação ainda constitucional. No controle concreto, a jurisdição do Tribunal Constitucional Federal decorre da iniciativa de Tribunal inferior que, ao julgar um litígio, suscita dúvidas sobre a validade de norma sobre a qual será fundamentada a decisão. Dessa maneira, o procedimento será suspenso e o órgão judicante pedirá o pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal, que, ao concentrar a competência sobre o controle constitucional, garante a uniformização de jurisprudência e, conseqüentemente, a unidade da federação. Vale lembrar que apenas a questão de direito será apreciada pelo Tribunal Constitucional Federal, cabendo a controvérsia fática ser dirimida pelo órgão judicante inferior.

As decisões do Tribunal Constitucional Federal possuem força de lei. Não que sejam equiparadas a lei (formal e material), mas apenas que têm semelhança com a lei, uma vez que vinculam todos os tribunais, setores do poder público, pessoas naturais e jurídicas, e também pelo fato de delas não ser cabível qualquer espécie de recurso.

A atividade do tribunal Constitucional Federal tem contribuído para o desenvolvimento dos princípios constitucionais, a saber: o princípio do estado de direito, o princípio do estado social, o princípio democrático e o princípio federativo.

Do princípio de estado de direito emerge o preceito da proporcionalidade, impondo a proibição de excesso do legislador como resultante da essência dos direitos fundamentais. A regra geral é de que o particular deve ficar preservado de intervenções desnecessárias e excessivas, já que uma lei não pode onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. No direito penal o preceito da proporcionalidade se expressa no preceito da adequação da pena (a pena deve corresponder a gravidade do ato e a culpa do autor). No direito processual penal, denota-se que a medida constritiva de direitos fundamentais deve ocorrer apenas quando extremamente indispensáveis a efetividade do processo (busca e apreensão, prisão provisória, execução de pena privativa de liberdade). De igual forma, no direito administrativo (limites ao exercício da profissão, desapropriação, direito à liberdade de ação, regulação de taxas, atividade das autoridades administrativas).

O preceito da certeza jurídica e da proteção à confiança são elementos constitutivos do princípio do estado de direito, nos quais se veda ao poder público (legislador) ofender o ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada, mediante a elaboração de normas retroativas. No preceito da justiça material está disposto que, no confronto entre a verdade real e a verdade formal, deve a primeira prevalecer. O princípio da legalidade é base fundamental do estado de direito, no qual todos estão vinculados a lei, inclusive o poder público. Direito a audiência judicial, ao juiz natural e a um procedimento honesto são regras, denominadas preceito da máxima proteção jurídica, as quais garantem a efetividade dos direitos fundamentais. O princípio da separação dos poderes, que garante a independência do judiciário como garantidor dos direitos fundamentais, e o princípio da isonomia, que garante a igualdade de tratamento entre o Estado e os particulares.

O princípio do estado social prescreve as regras básicas do direito de propriedade, de uma ordem social justa, da estrutura do funcionalismo público, da previdência e assistência social, do ensino superior e da garantia financeira da velhice. O princípio democrático garante a aplicação concreta da cidadania, bem como do exercício do direito fundamental à liberdade de opinião, à liberdade de informação e à liberdade de imprensa. Por último, o princípio federativo declarado pelo Tribunal Constitucional Federal ao admitir que a Alemanha tem como membros a Federação e os estados, com seqüelas na repartição de competência legal e material.

## CAPÍTULO III

### **3. Estudo Comparado dos Efeitos do Controle Abstrato de Constitucionalidade: Brasil e Alemanha.**

Pretende-se aqui abordar alguns aspectos do controle abstrato da constitucionalidade de normas. O estudo é comparativo, e nele se busca traçar semelhanças e divergências entre as formas do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil e na Alemanha.

A noção de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas nasce da teoria kelseniana, onde as normas derivam de uma norma fundamental, e a ela devem obediência simétrica. É uma visão de completude de ordenamento jurídico.

A partir daí, vem a complexidade do controle das normas inferiores em face da hierarquia. Neste sistema, existe uma série de sub-sistemas e suas problemáticas próprias, tais como os efeitos da inconstitucionalidade, os meios para obter tal declaração, etc. Nosso alvo principal é comparar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma brasileira e de uma alemã.

Primeiramente é tecido um panorama da evolução histórica do instituto, para, nos capítulos seguintes abordar-se especificamente os efeitos da declaração da eiva. O tema é bastante interessante, tendo-se em vista também algumas decisões curiosas do Supremo Tribunal Federal. Em alguns casos, tem apresentado julgados divergentes à linha que tem seguido, em relação aos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade.



### 3.1 Evolução Histórica

#### 3.1.1 No Brasil

Na Constituição de 1934 foi positivada a representação interventiva, a qual já vinha sendo cogitada desde a Constituinte de 1891. O instituto da representação interventiva atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para conhecer alegações de ofensas praticadas por Estados-membros ao sistema federativo brasileiro. Assim, antes de deflagrar a intervenção, o Supremo Tribunal tinha que apreciar a constitucionalidade da respectiva lei. No sistema constitucional brasileiro, houve implantação do controle abstrato de normas através da Emenda n.º 16, de 1965, à Constituição de 1946. A redação dada pela emenda, publicada no Diário Oficial da União em 06/12/65 e que em seguida foi incorporada no texto da Constituição Federal de 1965 no artigo 114, inciso I, alínea "I" e na Constituição de 1967 no artigo 119, inciso I, alínea "I", foi a seguinte:

"Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

l) a representação do procurador-geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;" – Agora, então, ao invés do Supremo Tribunal Federal apreciar a constitucionalidade da lei que detonava a intervenção, passou a conhecer diretamente acerca da compatibilidade entre a legislação estadual e os princípios constitucionais, também denominados de princípios sensíveis.

Para Gilmar Ferreira Mendes, "o legislador constituinte não tinha, aparentemente, plena consciência da amplitude do mecanismo institucional que estava sendo adotado." Nesta proposta legislativa, assim, o Brasil criou seu próprio sistema de controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Juntamente com o projeto de emenda constitucional, o Poder Executivo expôs os motivos pelos quais julgava conveniente adotar-se a representação de inconstitucionalidade de normas. A Justificativa escorou-se na expectativa de que, com o controle direto de constitucionalidade das leis federais ou estaduais, ficaria imediatamente criado um precedente para orientação de processos semelhantes.

Este controle trouxe imbricada a finalidade de manutenção do ordenamento legal brasileiro, com base na hierarquia das leis. Ferreira Mendes acrescenta: "Não se destina, pela sua própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica." Esta discussão, que à época apresentava-se relevante, pois ainda se debatiam diversos aspectos finalísticos e estruturais do novel instituto, hoje afigura-se apascentada. Como explicou Ferreira Mendes, a representação de inconstitucionalidade não leva em conta aspectos de interesses subjetivos, mas unicamente precisa de um "interesse genérico da manutenção da ordem jurídica".

A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 consagrou, enfim, a "Ação Direita de Inconstitucionalidade" (ADIN), através do seguinte texto:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; "

b) Em 18 de março de 1993, entrou em vigor a Emenda Constitucional n.º 13, que criou mais um mecanismo para o controle abstrato de constitucionalidade para as leis e atos normativos federais, a "Ação Declaratória de Constitucionalidade" (ADCON).

O texto do artigo 102 restou emendado na alínea "a", ficando com a seguinte redação:

"a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal."

Para Gilmar Ferreira Mendes, nas alterações dadas pela Constituição de 1988, especialmente pela atribuição de legitimidade à diversas pessoas jurídicas que não a Procuradoria-Geral da República, houve "ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal."

### 3.1.2 Na Alemanha

Na Alemanha, ouvia-se falar em controle abstrato de constitucionalidade das normas desde o final do século passado. Era uma contraposição ao sistema civilista, no qual as ações judiciais necessitariam sempre defender um direito concreto.

A base legal do controle abstrato de normas surge efetivamente com a Constituição de Weimar.

O texto é o seguinte (art. 13, II):

"Se existirem dúvidas ou controvérsias sobre a constitucionalidade de disposição do direito estadual, poderá a autoridade competente da União ou do Estado requerer, nos termos da lei, o pronunciamento de um Tribunal Superior do Reich."

O instituto foi se aperfeiçoando gradativamente através da delimitação de competências de um Tribunal de Finanças e posteriormente um Tribunal Administrativo.

Leciona Ferreira Mendes o seguinte:

"Sustentou-se, na literatura, que, além de cassar a lei com eficácia *erga omnes*, a decisão expressava também uma interpretação autêntica da lei federal. Em outros termos, o direito federal vigente não poderia tolerar disposição idêntica à censurada, nem uma disposição futura de igual teor ou de significado idêntico, ainda que integrante do ordenamento jurídico de um outro Estado."

Paulo Bonavides ensina que: "o sistema alemão de "jurisdição concentrada" nasceu da Lei Fundamental de Bonn (art. 92) ... que serve de Constituição à República Federal da Alemanha."

A atual Lei Fundamental da Alemanha, no artigo 93, "assegura a legitimidade para instaurar o controle abstrato de normas ao Governo Federal, a um Governo estadual e a um terço dos membros do Parlamento Federal, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade do direito estadual com outras disposições de direito federal."

Concluindo esta parte histórica, percebe-se que no Brasil houve uma evolução no instituto do controle abstrato de normas, que nasceu na "Representação Interventiva" passando pela "Ação Direta de Inconstitucionalidade" e mais recentemente havendo então, concomitantemente com as outras, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Na Alemanha, o

instituto evoluiu em seus procedimentos, mantendo uma denominação genérica de requerimento de controle abstrato de normas.

### **3.2 Os Meios de Controle Abstrato**

No Brasil, há quatro formas para se buscar o controle abstrato de constitucionalidade das normas. São elas:

- a) ação direta de inconstitucionalidade,
- b) ação de inconstitucionalidade por omissão,
- c) ação declaratória de constitucionalidade e
- d) a representação interventiva.

Para propor tais ações - exceto a representação interventiva, que compete exclusivamente ao Procurador-Geral da República -, a Constituição elenca as partes legitimadas:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V - o Governador de Estado;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; e
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na Alemanha "o processo de controle abstrato de normas é instaurado mediante provocação do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal."

Para ser admitida a ação direta na Alemanha deve ser comprovada "dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade do direito federal com a Lei Fundamental ou do direito estadual com a Lei Fundamental ou com o direito federal."

O Direito alemão dispõe ainda de um outro valioso instrumento de controle abstrato de constitucionalidade das leis. É a "Ação Popular de Inconstitucionalidade". Nesta espécie, é permitido ao cidadão propor a Ação. Durante a constituinte brasileira de 1988 cogitou-se a implantação desta ação, todavia, sem sucesso.

No tocante aos meios de controle abstrato, o presente trabalho cinge-se a estas considerações, tendo em vista que a proposição inicial é refletir precipuamente sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

### **3.3 Nulidade e Anulabilidade da Lei Inconstitucional**

#### **3.3.1 No Brasil**

As decisões de mérito, proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, têm recebido com freqüência, no dispositivo final, os seguintes argumentos:

"...Adotados os fundamentos deduzidos nos precedentes, o Plenário do STF julga procedente a ação, declarando, com eficácia *ex tunc*, a inconstitucionalidade dos parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 32 da C.E. do Rio Grande do Sul. 6. Decisão unânime. (STF - ADIn 182 - TP - Rel. Min. Sydney Sanches - DJU 05.12.1997)

INCONSTITUCIONALIDADE - DECLARAÇÃO - EFEITOS - A declaração de inconstitucionalidade de um certo ato normativo tem efeito *ex-tunc*, não cabendo buscar a preservação visando a interesses momentâneos e isolados.... (STF - REED 168.554 - RJ - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 09.06.1995)

Assim tem se cristalizado o dogma de que as decisões proferidas nestes tipos de ação têm efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*.

Para Gilmar Ferreira Mendes, este posicionamento do direito brasileiro, firmado pela maioria dos constitucionalistas, de que existe nulidade *ipso jure* (de pleno direito), e a retroatividade *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidades proferidas pelo STF, jamais restou bem explicado.

Nossa doutrina seguiu a linha americana, segundo a qual "o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria suspensão provisória ou parcial da Constituição."

Portanto, para o Supremo, em corrente dominante, "a lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, *nula ipso jure e ex tunc*."

Existe, entretanto, no Supremo, uma corrente minoritária (Min. Leitão de Abreu RE 79.343), que busca na doutrina de Kelsen subsídios para abandonar a consequência da nulidade nas declarações. Nesta doutrina, pelo fato de a constituição prever um procedimento para se declarar a inconstitucionalidade de uma lei, enquanto este não for ultimado, há uma presunção de validade ou legitimidade da lei, mesmo que posteriormente ela venha a ser considerada inconstitucional.

Acrescentam os defensores da anulabilidade que, se não for assim, o Judiciário estaria fazendo tabula rasa da obra do legislador.

Esta linha rema contra a maré de muitos doutrinadores citados por José Afonso da Silva : "Buzaid acha que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula, não simplesmente anulável. Rui Barbosa, calcado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, também dissera que toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeite preceitos constitucionais é, de sua essência, nula. Francisco Campos sustenta que um ato ou uma lei inconstitucional é inexistente."

Existe, entretanto, uma decisão curiosa e paradoxal à orientação seguida pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se a ementa (RE 122.202): "Recurso extraordinário - Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo STF - Alegação de direito adquirido - Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo - Subsistência do pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da Corte - Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade - Recurso extraordinário provido em parte."

Certo é que não existe expressamente no Texto Magno ou em legislação específica, que a lei declarada inconstitucional é nula de pleno direito. Mas, para Gilmar Ferreira Mendes, "tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade

assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional."

Para garantir que os servidores públicos não tenham que devolver importâncias recebidas através de lei inconstitucional, o Supremo argumentou com o princípio da irredutibilidade de salários. "Não é preciso dizer, outrossim, que os vencimentos irredutíveis são apenas aqueles licitamente percebidos", sustenta Ferreira Mendes.

O Supremo argumenta ainda que as vantagens eventualmente recebidas já teriam sido despendidas pelo servidor. Entretanto, sabe-se que, no tocante aos tributos exigidos com base em lei inconstitucional, o Estado é obrigado a repetir o indébito integralmente ao contribuinte, desde a data de início da vigência da lei. Aqui não importa se o Estado já despendeu ou não as receitas.

É assim que se encontra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que pertine aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A regra é pela nulidade, mas cabem algumas exceções.

### **3.3.2 Na Alemanha**

Na Alemanha, está havendo mudança de entendimento. A preferência recente é por acompanhar a doutrina austríaca, corolário de Kelsen, segundo a qual as normas inconstitucionais não são nulas mas "anuláveis".

Além desta preferência ter acarretado mudança no efeito da declaração de inconstitucionalidade - de *ex tunc* para *ex nunc*, "o tribunal se acha habilitado a protrair para uma data posterior a cessação da vigência, a qual não deve exceder um ano; com isso se ministra a garantia de que em importantes campos da legislação não venha a ocorrer um vácuo e que o corpo legislativo possa utilizar o prazo até a entrada em vigor da invalidação para formular uma lei que regule a matéria de forma constitucional."

A tendência alemã tem transbordado da doutrina para atingir o Judiciário. Em julgados, argumenta-se que simplesmente invalidar-se uma lei põe em risco a segurança jurídica

A jurisprudência alemã tem inclusive criado uma nova terminologia, substituindo o termo "nulidade", por "incompatibilidade".

Bonavides explica: "Muitas têm sido as fundamentações invocadas nos arrestos para introduzir essa nova direção jurisprudencial, que tem o propósito de evitar, por exemplo, a declaração de nulidade, "se ao legislador restarem algumas possibilidades de remoção da inconstitucionalidade."

Assim, para os alemães, a declaração de nulidade da lei, enquanto poderia ela ter sido adequada, se afigura "mais inconstitucional do que aquela provocada pela conservação temporária da validade da lei declarada apenas por 'incompatível' com a Constituição."

### 3.3.3 A Lei Inconstitucional em Kelsen

A obra prima do jurista alemão Hans Kelsen, "Teoria Pura do Direito", disserta com profundidade sobre a situação da lei inconstitucional e seus efeitos. Para Kelsen, não se pode dizer que uma lei inconstitucional seja uma lei inválida ou nula, pois, para ele, ela não é sequer uma lei. Escreveu: "A afirmação de que uma lei válida é 'contrária à Constituição' (anticonstitucional) é uma *contradicto inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição."

Kelsen afirma que é a própria Constituição quem estabelece as competências legislativas e administrativas. Dentro destas atribuições constitucionais está a previsão do saneamento de defeitos. Segundo Kelsen não se pode esperar que todos os atos estejam em perfeita sintonia com a Constituição.

"... a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional."



Kelsen vale-se, portanto, de um raciocínio lógico, que de princípio parece simplista - a lei inconstitucional é como se não existisse, mas enquanto não for declarada como tal, por procedimento constitucional, é válida. O doutrinador valoriza o trabalho legislativo enquanto atividade constitucional: "...tudo que o órgão legislativo edita como lei há de valer como lei no sentido da Constituição, que as normas, que são o sentido subjetivo de um ato posto pelo órgão legislativo, têm o sentido objetivo de normas jurídicas ainda que a lei - segundo o parecer de alguém - não seja conforme às normas da Constituição que regulam o processo legislativo e o conteúdo das leis." Para Kelsen, se o controle de constitucionalidade é exercido por diversos órgãos, podendo eles realizar esta averiguação em casos concretos, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos apenas entre as partes do litígio, permanecendo a lei tida por inconstitucional em plena validade para as demais.

Já no caso do controle de constitucionalidade ser realizado por um único órgão ou Tribunal, este poderá, para Kelsen, anular a lei não apenas para um caso, mas para todos os demais. Acrescenta: "Até este momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito."

Portanto, Kelsen não crê em lei nula *ipso jure*, mas ensina que - devido aos procedimentos constitucionalmente previstos para a anulabilidade - a lei tem validade enquanto o defeito não for declarado.

### **3.3.4 Nulidade e Anulabilidade em Kelsen**

Se se considerar que uma norma declarada inconstitucional é nula, esta pecha acarretará a produção de efeitos *ex tunc*, haja vista que, se nula é, não pode produzir ou ter produzido efeito algum. Já com o entendimento de que a norma é passível de anulabilidade, haverá produção de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade.

Kelsen afirma que "esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus." Ou seja, para Kelsen, a questão é sempre de anulabilidade, mas os efeitos que ela provoca podem ser vistos por diferentes ângulos.

O jurista afirma que, em regra, a anulação de uma norma produz apenas efeitos futuros (*ex nunc*), devido ao princípio da presunção de validade trazida pela norma. Todavia, para ele, existem casos nos quais a lei pode ser anulada com efeitos retroativos.

Kelsen exemplifica:

"...por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela."

Para Kelsen, uma decisão de inconstitucionalidade "não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo" A justificativa é a seguinte: o mesmo poder dado pela ordem jurídica para um órgão (legislativo) criar normas, é dado para outro declará-la inconstitucional. O Judiciário age, neste caso, com o mesmo poder do Legislativo.

Kelsen não se conforma com a "nulidade" *ipso jure*. Explica de diversas formas: mesmo que a lei fosse criada por órgão incompetente, enquanto esta incompetência fosse verificada, a lei estaria produzindo efeitos.

E conclui o jurista do século com uma comparação:

"Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade."

### 3.3.5 Da Eficácia Erga Omnes

Acerca da eficácia *erga omnes* das decisões, o posicionamento nem sempre foi remansoso. "O constituinte de 1934 introduziu a chamada suspensão de execução da lei através do Senado Federal (art. 91, IV)" As Constituições subsequentes mantiveram esta disposição, sendo na atual conteúdo do artigo 52, X:

"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; ..."

O Supremo, inicialmente, limitava-se a apenas declarar a inconstitucionalidade, mas ela só produziria efeitos a partir da atividade legislativa do Senado. Isso inclusive no controle abstrato das normas.

Somente em 1975 o Senado formulou uma consulta ao STF, da qual se pacificou o entendimento da eficácia *erga omnes*. Na resposta, o STF esclareceu que nos casos de controle abstrato de normas, pela natureza do processo, a declaração do Supremo já detém eficácia *erga omnes*. Todavia, nos casos de controle difuso de constitucionalidade, o Supremo deve avisar o Senado para que este suspenda a aplicação da lei através de resolução (iniciativa política).

Pinto Ferreira, elucida a questão:

"O instituto da suspensão da lei pelo Senado Federal nos casos de decisão definitiva do STF (CF de 1988 art. 52, X) só se configura nas hipóteses da declaração de inconstitucionalidade *incidentur tantum*. Ao contrário, no controle mediante ação direta ou *in abstracto*, o STF não faz mais nenhuma comunicação ao Senado, desde 1977, conforme Pareceres da Comissão de Regulamento (DJ, 16 de maio de 1977)."

Na Alemanha, o sistema funciona conforme a seguinte explicação de Gilmar Ferreira Mendes

"A decisão proferida no controle abstrato de normas tem eficácia *erga omnes* (§31, da Lei do Bundesverfassungsgericht)<sup>1</sup>, de modo que, após a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade com efeito *erga omnes* ou após a pronúncia da nulidade, não subsiste dúvida quanto à existência de ofensa constitucional. A lei declarada inconstitucional não dispõe portanto de eficácia vinculante, não lhe devendo submissão nem o indivíduo nem as autoridades ou os Tribunais. Qualquer ato praticado com base na lei inconstitucional é, igualmente, inconstitucional."

Assim os germânicos não dispõem do mecanismo de suspensão da lei através do Senado Federal. Como se percebe na citação acima, as decisões que entendem uma lei inconstitucional só produzem efeitos vinculantes, ou obrigatórios, no caso de a Corte Constitucional expressamente declará-la "nula". O Bundesverfassungsgericht tem esta prerrogativa: de declarar ou não se a lei é ou não nula.

---

<sup>1</sup> Gilmar Ferreira Mendes em recente publicação apresenta: "Considerações sobre o papel do procurador geral da república no controle abstrato de normas sob a constituição de 1967/69: proposta de reeleitura" In: Revista Trimestral de Direito Público, 21/1998, p. 145 – 156.

Se, portanto, o Tribunal alemão não declarar a nulidade da lei, mas apenas pronunciar-se pela sua inconstitucionalidade, a lei continuará podendo ser aplicada, mas os atos com base nela podem ser impugnados a qualquer momento e por qualquer um lesado.

## CAPÍTULO IV

### 4. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

O sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido e aplicado no Brasil é um sistema misto, combinando influências européias, onde o processamento da ação se dá na Corte Suprema, que, neste momento exerce sua competência precípua, que é a da guarda da constituição, atuando como verdadeira Corte Constitucional. A competência do STF, prevista no art. 102, I, a, da Constituição Federal, demonstra expressamente a exclusividade deste Tribunal para apreciar e julgar o controle de constitucionalidade em questão.

Verifica-se também, no Brasil, a ocorrência de influências do sistema norteamericano de controle constitucional, onde nos deparamos com a figura do controle difuso de constitucionalidade. Nessa modalidade, qualquer interessado pode propor a ação de inconstitucionalidade a qualquer juízo ou tribunal, para que verifique a incongruência de ato do Poder Público, aplicada no caso concreto. Esta previsão, do controle difuso, porém, não é explícita na Carta Maior. Implicitamente se verifica essa possibilidade, pela leitura dos arts. 97 e 102, III, da CF. No primeiro dispositivo, espia-se a apreciação do Princípio da Reserva do Plenário, no segundo, o Recurso Extraordinário. Neste, presume-se que um determinado caso concreto está sob apreciação, em grau de recurso à Suprema Corte, onde já houve uma decisão anterior a respeito da aplicação da lei ou ato normativo do Poder Público. Trata-se, desta forma, de controle difuso, pois, apesar de a possível declaração de inconstitucionalidade, em grau de recurso, apreciando-a em relação à lei ou norma em discussão.

## **4.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Comparado**

O texto da Lei 9.882/99, que regulamentou as possibilidades e o procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, possui algumas características semelhantes às de alguns institutos afins do direito comparado.

Para compreendermos melhor esta topografia do direito comparado, inicialmente teceremos alguns comentários acerca do incidente de inconstitucionalidade, que pode ser entendido como a natureza jurídica dos institutos assemelhados internacionais.

### **4.1.1 O Incidente de Constitucionalidade**

O incidente de inconstitucionalidade, nas palavras de Mandelli Jr., é o meio processual que permite ser levada uma questão constitucional, como uma violação a um direito fundamental por parte do Poder Público, diretamente suscitado, pois a demora em qualquer outra instância judicial poderia ocasionar dano irreparável à vítima da violação.

Arnoldo Wald ao suscitar seu posicionamento a respeito do incidente de inconstitucionalidade, disse que o dispositivo, inspirado no direito alemão, permite que seja antecipada a decisão do STF sempre que for suscitado, em qualquer processo, o problema de constitucionalidade, com fundamentos relevantes. No caso, a Corte Suprema se limitaria a decidir a matéria constitucional, prosseguindo, em seguida, normalmente o feito na instância em que se encontrava. Trata-se, no fundo, de uma espécie de tutela antecipada de caráter constitucional, em virtude da qual ocorre, no processo, uma cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes.

A pesar de um sistema de controle de constitucionalidade complexo e completo, tentou-se inserir o incidente de inconstitucionalidade à época das Emendas Constitucionais de Revisão de 1994, não tendo, no entanto, sido aprovada nenhuma proposta neste sentido.

Apesar da edição da Lei 9.882/99, por iniciativa do Executivo federal, em 2001, surpreendentemente, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional a PEC 382/01, acrescentando um parágrafo 5º no art. 103 da CF, autorizando o STF nos casos de incidente de constitucionalidade, para a ação direta de inconstitucionalidade, suspender todos os processos para proferir decisão que verse sobre matéria constitucional, a qual terá eficácia contra todos e efeito vinculante.

Observa-se, no entanto, que mesmo com a rejeição do incidente de constitucionalidade através da Revisão Constitucional, e ainda, que a PEC 382/01 ainda não ter sido votada, a Lei 9.882/99 contempla o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade com algumas características do incidente de inconstitucionalidade, tais como, a proteção de direitos fundamentais e, por consequência, da ordem constitucional, e a presença do princípio da subsidiariedade, como possibilidade da sua utilização quando houver o exaurimento prévio da jurisdição ordinária ou inexistência de um meio eficaz para sanar a lesão.

#### **4.1.2 A Verfassungsbeschwerde do Direito Alemão**

A tradução mais aproximada para o termo em alemão seria “recurso constitucional” ou “queixa constitucional”, tendo sido instituído na Alemanha com *status* constitucional em 1951.

Através da Verfassungsbeschwerde, qualquer pessoa física ou jurídica que tenha sofrido lesões de seus direitos constitucionais fundamentais poderá recorrer ao Tribunal Constitucional para que este decida diretamente a questão. Os prazos, regra geral, são de um mês, havendo a exceção quando a lesão tenha sido causada por ato do Poder Público o qual não seja permitido o controle judicial.

Os direitos fundamentais resguardados pelo recurso constitucional alemão não são taxativos. Contudo, admite-se que sejam interpelados atos relacionados com o direito de resistência, o direito de igualdade e cidadania, direito de voto, proibição dos tribunais de exceção e o princípio do juiz natural, além dos direitos fundamentais do réu e as garantias na privação de liberdade.

Luis Afonso Heck apresenta sua opinião a respeito da Verfassungsbeschwerde:

O recurso constitucional é um remédio jurídico extraordinário para a proteção e para a realização dos direitos fundamentais que somente é admissível quando a violação de direitos fundamentais censurada não pôde ser suprimida de outra forma. O fundamento dessa restrição à admissibilidade está em que, por motivo de certeza jurídica, só excepcionalmente decisões de outros tribunais, formalmente transitadas em julgado ou não impugnáveis, ou de autoridades, podem ser postas em dúvida.

Presente também neste instrumento, o princípio da subsidiariedade, ou seja, o exaurimento de todas as possibilidades judiciais para a concessão da tutela jurisdicional pretendida pelo interessado. Paralelamente a isso, verifica-se também no recurso constitucional alemão sua função objetiva, na proteção não apenas do direito individual lesado, mas também da própria ordem jurídica constitucional.

O recurso constitucional germânico pode ser interposto com vistas a impugnar atos do Poder Público, dentre eles:

a) por parte do Poder Legislativo: leis em sentido formal, sejam federais ou estaduais, ou, ainda, pré-constitucionais ou pós-constitucionais, como, também, as normas jurídicas materiais e as omissões, sejam absolutas ou relativas;

b) por parte do Poder Executivo: os atos administrativos federais, estaduais e municipais e as omissões relacionadas a este poder; e

c) por parte do Poder Judiciário: as decisões dos Tribunais da Federação (exceto as do Tribunal Constitucional Federal) e dos Estados (incluindo os Constitucionais estaduais), bem como as omissões relacionadas a este poder.

Observa-se, com isso, que na Alemanha, quando um tribunal ordinário, ao analisar uma questão concreta incorrer em dúvida acerca da constitucionalidade de um ato do Poder Público, deve remeter o processo ao Tribunal Constitucional, suspendendo o curso da lide, para que este decida sobre a constitucionalidade do ato questionado. Este procedimento funciona como um verdadeiro incidente de constitucionalidade, ou seja, uma questão acessória que deve ser resolvida antes do processo principal, para que, somente após, possa este ser decidido.



## CAPÍTULO V

### 5. Direito Penal Comparado

O Direito Penal surge com o homem e o acompanha através do tempo, isso porque o crime, igual sombra sinistra, nunca dele se afastou. A partir dessa assertiva, concluí-se que se o crime é algo presente no processo evolutivo do homem, o Direito Penal, como forma de punir aqueles que cometem infrações, também evoluiu juntamente com a sociedade humana.

Considerando a necessidade de assegurar direitos individuais e coletivos da pessoa humana, o Direito Penal, com o tempo, evolui das penas corporais para uma fase de garantias à vítima, ao infrator e suas famílias, modificando as formas de aplicar e executar sanções e orientando-se pôr um espírito humanitário. Porém, deve-se ressaltar que as várias fases do Direito Penal sucederam-se no tempo, todavia, não se sucedem integralmente, ou seja, advindo uma, nem por isso a outra desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um.

Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessária à sua correta e justa aplicação.

A ciência penal explica a razão e o alcance das normas jurídicas. Busca a justiça igualitária, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem.

Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que impõe sanção à violação dos bens jurídicos.

Ao lado dessas sanções, dentre as quais a mais grave é a pena (que visa punir o agente, isto é, constrangê-lo a submeter-se a um mal que corresponda a gravidade ao dano que causou), o Estado fixa as outras medidas, dentre elas a medidas de segurança (que visam promover a recuperação social do criminoso ou segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irreduzível), também com o objetivo de prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos aos bens jurídicos.

A função específica do direito penal é a tutela jurídica.

Pode-se dizer que o Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Os bens jurídicos mais importantes estão elencados no art. 5º, caput da CF/88: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Toda ação humana está sujeita a dois aspectos valorativos diferentes. Pode ser apreciada em face da lesividade do resultado que provocou (desvalor do resultado) e de acordo com a reprovabilidade da ação em si mesma (desvalor da ação). Não é porque o resultado foi lesivo que a conduta deva ser acoimada de reprovável, pois existem eventos danosos derivados de caso fortuito, força maior ou manifestações absolutamente involuntárias. A reprovação depende não apenas do desvalor do evento, mas, acima de tudo, do comportamento consciente ou negligente do seu autor. O desvalor material do resultado só pode ser coibido na medida em que evidenciado o desvalor da ação.

Ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres éticos-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade.

Conheceram os germânicos o Talião e a Composição, variando esta consoante a gravidade da ofensa.

O uso da força para resolver questões criminais foi do agrado dos povos germânicos, estando presente até nos meios probatórios.

Deve-se destacar que a base do Direito para os povos germânicos era o costume, ou seja, a lei não era escrita, surgindo a partir de hábitos reiterados. Assim, a punição do crime era feita pela vingança privada, já que não existiam leis, ou pela perda da paz em que, o condenado era expulso da tutela do clã ou grupo, podendo ser morto pelo ofendido ou seus familiares, como também por qualquer outra pessoa. O uso da força sempre esteve presente no

Direito Penal Germânico, até como uso probatório (prova da água fervente, do ferro em brasa) e em duelos judiciais no qual, as pessoas ou seus representantes duelavam para decidirem os litígios. Importante ainda destacar, que o direito germânico não se preocupava com o dolo ou culpa, estando qualquer situação submissa a vingança indiscriminada do ofendido.

Sob o poder da monarquia, o Direito Germânico, ganhou um caráter estatal, que foi logo suprimido, novamente, pelos costumes com a queda da mesma. Sendo que, somente em 1495, com a paz territorial eterna de Wornis, a vingança de sangue foi finalmente abolida.

Um dos princípios básicos do sistema democrático alemão, é a regra da lei: qualquer tomada de ação pelo poder do estado tem de ser direta e especificamente determinada pela lei definida no parlamento. A Alemanha tem, na teoria, um sistema democrático constitucional altamente sofisticado com poderes para definir e aplicar a lei. O princípio referido será, no caso da lei penal, aplicado de forma bastante ponderada e após uma investigação intensiva, já que a lei penal é produtora das mais severas interferências nos direitos individuais básicos. Conseqüentemente o direito criminal na Alemanha é estabelecido não apenas para proteger determinados valores e as vítimas mas também para preservar os direitos constitucionais dos cidadãos que estão sobre investigação ou são acusados de algum delito. Deste modo na ciência do direito criminal, na teoria, na metodologia e na doutrina, o princípio da interpretação e aplicação da lei em conformidade e concordância com a constituição é um fundamento da máxima importância. Como o ato legislativo por si só não é considerado como garantia suficiente da constitucionalidade de qualquer lei, a Constituição Alemã (abrv. GG) determina no seu Art. 100 um procedimento de análise a ser efetuado pelo Tribunal Constitucional Federal (abrv. BVerfG).

É Jorge Alberto Romeiro quem informa que na Alemanha, o Código de Processo Penal atualizado em 7 de janeiro de 1975, estabeleceu o princípio da oportunidade para as infrações penais de pouca monta (*Opportunitätsgrundsatz bei Bagatellsachen*), quando a culpa do agente é considerada levíssima e nenhum interesse público existe para o seu processamento e outras infrações penais cometidas por estrangeiros quando caiba extradição (*Auslieferung*) e expulsão (*Ausweisung*).

Eduardo Araújo da Silva, relatando a experiência alemã, diz que o § 153<sup>a</sup> StPO, que é o Código de Processo Penal, trata da chamada abstenção condicional da persecução, em que se permite ao Ministério Público propor a não formalização da acusação desde que a parte se

disponha a cumprir determinadas condições, também, previstas em lei. Neste ponto cita Teresa Armenta Deo, esclarecendo que as condições previstas em lei são quatro:

- a) – reparação dos danos causados pelo fato, correspondente a 0,5% das propostas (§ 153<sup>a</sup>, I, 1, n° 1 do StPO);
- b) – prestação em dinheiro a instituições públicas, que respondem por 98% das propostas (§ 153<sup>a</sup>, I, 1, n° 2 do StPO);
- c) – prestações de outra natureza, úteis publicamente (§ 153, I, 1 n° 3 do StPO) e
- d) – cumprimento de obrigações alimentares (§ 153, I, 1, n° 4 do StPO).

### **5.1 Direito Criminal na Alemanha**

A criminalidade no Brasil, na Europa e na Alemanha estão se assemelhando sempre, porque, presentemente, as distâncias se encurtam e aumenta o número de delinquentes.

Devido a localização geográfica da Alemanha em solo europeu, na atualidade, muitos estrangeiros refugiam-se no país, ou seja, em 1994 mais de 1 milhão de pessoas ingressaram na Alemanha, dentre elas também criminosos. Por isso, hoje, na Alemanha, 30% dos presos são estrangeiros, a maioria é do bloco europeu e da África.

No tocante a execução penal existem duas possibilidades:

1º quanto à privação da liberdade, o sujeito é preso e nada mais se faz com ele. Isso provoca problemas, pela superlotação. No Brasil esse problema também é nosso velho conhecido.

2º o desenvolvimento de processos de ressocialização e quais as chances de os presos condenados criminalmente serem ressocializados constitui um problema, porque as esperanças são pequenas ou as pesquisas dizem que a regeneração do condenado só ocorre em hipóteses excepcionalíssimas.

Na Europa, a execução penal evolui em ondas. Iniciada a execução penal em Amsterdã, no século XVI, muitas reformas já se processaram nesse campo, cujos estágios podem ser esquematizados da seguinte forma:

- 1º verificação social indesejável da criminalidade;

2º necessidade de reforma social, pelo encarceramento;

3º fracasso da iniciativa, ou pelo desinteresse ou pela falta de recursos financeiros e materiais.

Em 1.970, na Alemanha, situações escandalosas reclamaram nova reforma. Sentença do Supremo Tribunal Federal Constitucional ordenou legislar-se a respeito dos direitos humanos. Por isso, Lei Federal de 1º de janeiro de 1977 deles tratou.

O art. 2º da referida lei passou a ser o mais importante deles, pois estabeleceu metas diferentes para a execução penal, ou seja, o prisioneiro deverá voltar para a vida de liberdade e nela viver sem praticar delitos. Não é uma regra tradicional, porque os temas medo e vingança social só se apresentam para o sujeito na fase da condenação e não na fase da execução.

O artigo 3º da lei de 1977 estabelece alguns princípios, quais sejam:

a) – Princípio da equalização ou das condições de vida do sujeito no cárcere, que serão idênticas aquelas que teria em vida de liberdade, ou seja, a forma de tratamento do preso mudou (são tratados de senhor e não pelo número, os pratos são de cerâmica e não de metal e, em tempo livre de não ocupação do preso nas atividades do cárcere, poderá ele usar a sua roupa);

b) – As conseqüências nocivas do encarceramento devem ser contra-arrestadas.

Por isso, deve-se minorar a contaminação da vida carcerária com a utilização de celas individuais, quando possível, ou na distribuição de presos pela espécie de delitos, ou nunca devem permanecer juntos os autores de infrações graves e leves, mulheres e homens, e assim por diante.

Ademais, quando preso, o sujeito, no cárcere, jamais poderá esquecer o trabalho que realizava quando em liberdade, daí ser estimulado a desenvolvê-lo na prisão.

c) – Princípio da integração, ou seja, o tempo transcorrido na prisão não deve ser um tempo perdido.

O sujeito deverá aproveitá-lo, com o desenvolvimento de suas atividades laborais ou profissionais, realizar cursos profissionalizantes e contatar freqüentemente a sua família.

Tendo-se em mente tais princípios, o sujeito é classificado antecipadamente ao recolhimento em determinada instituição prisional masculina ou feminina e em razão da natureza da infração penal praticada (grave ou leve). Quem foi condenado a mais de 18 meses deve ser encaminhado para a classificação por especialistas (psicólogos, assistentes sociais, etc.). A equipe

multidisciplinar decide depois, para onde destinar o condenado, a casos até para terminar um curso antes iniciado, realizar uma profissão ou submeter-se a terapia.

Os jovens condenados passam os dias nos locais de trabalho, a noite visitam a família, via de regra desconstituída preteritamente, então substituída pelo assistente social ou grupo de assistentes sociais que adotam o preso.

No campo da execução penal o instituto da terapia social é de extrema importância, pois através dele realiza-se as mais modernas terapias. Destinam-se mais as mulheres, que praticam menos crimes, mulheres que na maioria das instituições prisionais podem permanecer com os filhos até a idade escolar, geralmente auxiliadas por pedagogos e recolhidas em salas especiais.

No Estado da Baixa Saxônia, foi reforçado o cuidado com os egressos, através de apoio estatal e de associações beneficentes. Foi a Baixa Saxônia o primeiro Estado a organizar tal tipo de sistema e foi quem estabeleceu um ponto de contato com o egresso para uma ajuda inicial. Também a Baixa Saxônia criou um fundo de ressocialização para que os liberados saldem suas dívidas, geralmente este fundo é de cerca de R\$ 30.000,00 ( trinta mil reais).

Com a reunificação e com o número excessivo de estrangeiros que se refugiam na Alemanha, os problemas aumentaram, houve o crescimento de dependentes de drogas, criou-se uma sub-cultura e a clientela mudou. Há mais criminosos violentos. Instituições prisionais, como a de Frankfurt tem em seu interior presos representando 50 nacionalidades diferentes e, naturalmente, há problemas com a língua entre outros.

Reconhecem os Secretários de Justiça Alemães que não existem alternativas para a ressocialização, a chance que se dá aos condenados é a de fazê-los submeter-se ao encarceramento como exceção. A pena privativa de liberdade é a última *ratio* e, na Alemanha só 6% dos condenados a sofrem, muitos são condenados ao *sursis* e 80% são condenados ao pagamento de multa. O custo do sistema é atendido pela cobrança das multas criminais.

A Alemanha ainda está a procura de alternativas ao encarceramento. A pena privativa de liberdade contamina pela presença e convívio do preso com outros condenados.

É importante o trabalho comunitário (lares para os idosos, crianças e outros desse tipo), para jovens e adultos. Mas, o Estado não pode se omitir diante dos criminosos graves. Se reincidente, o condenado submete-se a um longo período de privação de liberdade. O final do caminho é a segurança social, são perigosos e devem demorar para recuperar sua liberdade.

Na Alemanha não se comina pena alternativa aos crimes graves de homicídio, ferimentos graves, roubo e estupro.

No tocante a reincidência, a Alemanha não dispõe de dados acerca da mesma, pois há casos em que não há boletim de ocorrência, mas a infração foi praticada. Naturalmente que as informações são subjetivas e os trabalhadores sociais dizem que é mínima a reincidência. As pesquisas que existem apontam resultados plausíveis e tristes e indicam mesmo modernamente que as pessoas reincidem menos nos primeiros anos, mas, depois, os índices aumentam. Vêm as pesquisas que só nisso já haveria um sucesso ou que – como acontece nos EUA – deve-se poupar dinheiro e abandonar qualquer problema visando a evitar a reincidência.

Na Alemanha, pela ciência em geral, o processo de ressocialização deve ser aplicado em casos de delinquência pela primeira vez e aos jovens. Contudo, não há verbas suficientes para os trabalhos ressocializadores ou aqueles que não são atingidos por eles não devem sair do cárcere piores do que entraram.

A imputabilidade penal na Alemanha funciona de forma distinta do Brasil. Até os 14 anos não são imputáveis; são relativamente imputáveis dos 14 aos 18 anos; dos 18 aos 21 anos podem ser tratados pelo direito dos adultos, dependendo de seu grau de maturidade. Existem exceções: 70% dos delitos praticados por pessoas com idade entre 18 e 21 anos são tratados como jovens e as conseqüências do direito juvenil são diferentes. A pena máxima é de 10 anos. As conseqüências jurídicas também são outras, como medidas de educação (correcionais mais drásticas), não a privação de liberdade, mas executadas em fins de semana.

Na Alemanha a execução penal é gradativa (progresso de regime prisional) foi deixada de lado para alguns casos, mas, se se aproxima o tempo final da condenação, o condenado poderá sair sem ou com controle e ficará mais tempo em liberdade, voltando menos para a prisão. Os menos perigosos que tem profissão definida e têm emprego submeter-se-ão ao sistema de liberdade restrita durante o dia e voltarão ao presídio durante a noite. Se não voltarem perderão o benefício. O grau de fracasso é relativamente pequeno. Voltar o condenado em estado de embriaguez para a prisão constitui fracasso.

Não a pena de morte na Alemanha, mas existe a prisão perpétua, porém o Tribunal Constitucional Federal recomendou que, por lei, acrescente-se a possibilidade de que a prisão perpétua seja objeto de revisão, após seu cumprimento por 15 anos e pelo livramento condicional após esse período.

Cerca de 80% dos delitos na Alemanha são apenados com a pena de multa. Na Alemanha a pobres e ricos. Geralmente a multa é paga pelo rico, o pobre encontra dificuldades para pagá-la. O cálculo da multa é feito com base em diárias, se a pena cominada para a infração é de privação de liberdade até 6 (seis) meses, haverá a sua substituição pela pena patrimonial. Seis meses equivalem a 180 dias. Se duas pessoas são condenadas e uma ganha 300 euros e a outra 3.000 euros, as multas serão de  $180 \times 300$  ou  $180 \times 3.000$ .

A competência judicial na execução penal no território alemão é do juiz da execução penal, a partir do momento em que o criminoso é condenado ele submeter-se-á a jurisdição do magistrado da execução penal. O presidiário terá direito de queixa (ao diretor ou ao juiz da execução penal, as decisões do juiz da execução penal são passíveis de revisão e recurso.

Na Alemanha há a possibilidade do processo penal formal ser transformado em processo informal. O Ministério Público o transforma, por exemplo, nos casos em que o autor de um crime se desculpa ou indeniza a vítima, quando, então, suspende-se o processo. Há casos em que a suspensão acontecerá também quando, por exemplo, a família ou a escola (direito juvenil) do sujeito autor de um delito já tomou as providências antecipadamente. Também existem alternativas destinadas aos adultos, se pela primeira vez, o criminoso imputável (adulto) praticou um crime contra o meio ambiente, o juiz poderá ordenar-lhe uma doação que, quando paga a determinada instituição, acarretará a extinção do processo.

No caso de infrações de colarinho branco, existirá a caução, quando o acusado não apresente perigo de fuga ou que se submeterá ao resultado do processo.

No direito penal econômico há a possibilidade da barganha entre os envolvidos. É um processo discutível que parece descaber no estado de direito. Delitos econômicos complicados acarretam processos que se alongam até cinco anos, acumulando as varas. Quer-se abreviar o processo. O acusado e seu defensor querem evitar a pena máxima. Barganham, mas isso não é bom. Deve-se sim mudar a base legal para que a barganha legitime-se perante a comunidade.

No caso do usuário de drogas o juiz poderá encerrar o processo se o réu concordar em fazer um tratamento de desintoxicação. O processo será suspenso até o indivíduo completar a terapia em liberdade. É impossível deixar o sujeito preso para, na prisão, trata-lo, até porque a terapia significa opção de vida nova para a recuperação individual e social.



Em média o custo líquido de um preso na Alemanha é de 2.500 dólares, incluindo-se aí as despesas com pessoal, etc. A população carcerária é de 81.000 presos. Há cerca de 50.000 nos presídios, que tem 55.000 vagas. Alguns estão superlotados outros não estão. No início de 1980, a população carcerária era de 60.000 presos, daí a Alemanha utilizar as penas alternativas, principalmente para os jovens.

Quanto ao perfil social do condenado: são casos típicos de déficit educacional marcante, com valores não transferidos (ou fixados) na adolescência. Num quadro psicanalítico, o ser humano tem funções de diferentes níveis, umas ancestrais (sexuais e violência). A educação serve para criar o superego. A criança deve ser informada de valores (não furtar, por exemplo). Na maior parte dos sentenciados, a parte educativa não funcionou ou porque as famílias falharam ou porque houve a criação da criança fora da família.

Junto aos problemas de educação, a outros. Por exemplo, falta de perspectiva para o futuro, não há trabalho, não há orientação, há a influência negativa da televisão, de vídeos, que levam à diminuição de freios inibitórios. Por isso, a pobreza e a falta de habitação também conduzem o homem à delinquência.

Na Alemanha não existe a suspensão condicional da penal, mas, um terço dela não é cumprida, mas o presidiário submete-se a um programa e deve termina-lo. Há pena não poderá ser remida pelo trabalho.

Algumas instituições tem o fundo de ressocialização para os egressos. Na prática, na Baixa Saxônia, há um modelo de fiança. Se o condenado deve R\$ 30.000,00 por exemplo, a colaboradores que entram em contato com os credores, tentam um acordo e pagam menos pela dívida. Se houver acordo a Caixa Econômica de Hannover paga o percentual do acordo e o egresso, depois, irá ressarcir a Caixa dando-se especial atenção a sua situação (temporária) de desempregado. Se não pagar a Caixa, entra em vigor o Sistema de Fiança, o fiador é a Caixa, que paga a dívida. O sistema de fiança tem um fundo – que foi constituído inicialmente em 1 milhão de euros, com dinheiro proveniente dos cassinos – hoje estimado em 2 milhões de euros e que nunca foi usado.

Há ainda os locais de auxílio para os egressos. Quem, temporariamente não tiver moradia neles residirá porque se entende que o presídio tem uma porta giratória, é o melhor lugar (para voltar) quando não se tem onde morar. Na Alemanha existem testamentos destinados à construção ou manutenção de tais locais de auxílio.

A política criminal deve atuar, como ponte, entre o interesse da liberdade e o interesse da segurança. Depois da segunda guerra mundial, a Alemanha entrou na fase de considerar a liberdade como um princípio supremo. Isso foi aceito pela população, mas, agora, com o aumento da criminalidade, deve-se fazer ceder o princípio da liberdade em face do princípio da segurança. A população exige isso.

## 5.2 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

A possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito ativo no campo penal tem suscitado, ao longo de todo o século XX, inúmeros e acirrados debates. Basicamente, duas correntes antagônicas, e uma terceira via em formação, debatem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Nos países filiados ao sistema romano-germânico, que representam a esmagadora maioria, vige o princípio *societas delinquere non potest*, segundo o qual, é inadmissível a punibilidade penal dos entes coletivos, aplicando-lhes somente a punibilidade administrativa ou civil.

De outro lado, nos países anglo-saxões e naqueles que receberam suas influências, vige o princípio da *common law*, que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. É bem verdade que esta orientação começa a conquistar espaço entre os países que adotam o sistema romano-germânico, como, por exemplo, a Holanda e, mais recentemente a França e a Dinamarca. Essa tendência se fortaleceu depois da primeira guerra mundial por duas razões: o Estado passou a ser mais intervencionista, regulando a produção e distribuição de vários produtos e serviços; as empresas passaram a ser, em face do seu poderio resultante da formação de monopólios e oligopólios, as principais violadoras das normas estatais.

Uma terceira posição, hoje dominante na Alemanha e em outros países, adota posicionamento intermediário. Às pessoas jurídicas podem ser impostas sanções pela via do chamado direito penal administrativo ou contravenção à ordem. Estas se constituem em infrações de menor gravidade. Sua sanção não é uma multa penal (*Geldstrafe*), mas sim uma multa administrativa (*Geldbusse*); por essa via são punidas as infrações econômicas. Nestes casos não

se indaga sobre a culpabilidade das empresas, utiliza-se, ao revés, de uma punição com um espírito mais pragmático.

Em 1988 a legislação brasileira passou por um período de transição constitucional inovando sob muitos aspectos, dentre eles pela incorporação das normas insertas nos arts. 173, § 5º e 225, § 3º, que para alguns juristas representou a consagração da responsabilidade da empresa em nosso ordenamento jurídico, inclusive com fundamento constitucional.

Para uma grande parte da doutrina, entretanto, a qual me filio, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica encarta uma série de obstáculos. Estes repousam, essencialmente, nos textos constitucionais e legais, bem como nos princípios da culpabilidade e individualização da pena.

Pela influência do direito alemão na moderna dogmática penal, mister se faz tecer maiores comentários acerca deste ordenamento jurídico.

Na Alemanha o princípio da culpabilidade opera como imperativo constitucional, o que quer significar, que não é aceita a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

O que é possível na Alemanha, é uma responsabilização da pessoa jurídica em matéria de infração administrativa, que ocasiona a estipulação de uma sanção de caráter administrativo mediante o recolhimento de multa. “Existindo a Lei de Contravenções ou Infrações Administrativas (art. 30, 1968), que recebeu modificação pela Lei de Criminalidade Econômica (Wirkg 2., 1986), com uma responsabilidade direta com as pessoas jurídicas.”

Na Alemanha, as pessoas coletivas não podem ser objeto de sanções do tipo penal. Nem o Código Penal vigente, tampouco o direito penal Alemão como um todo conhecem penas que possam ser aplicadas às empresas. Vigora, pois, a regra *societas delinquere non potest*. As pessoas jurídicas, entretanto, podem ser atingidas pelo confisco especial dos ganhos obtidos com o delito, assim como pela perda dos *producta et instrumenta sceleris* (§§ 73 e 74, do Código Penal).

Como, para eles, as pessoas jurídicas atuam exclusivamente por intermédio de seus órgãos, às mesmas podem somente ser impostas sanções pela via do chamado direito penal administrativo ou contravenção à ordem. Estas são infrações de menor gravidade. Sua sanção não é a multa penal (Geldstrafe), mas sim uma multa administrativa (Geldbusse), aplicada para as infrações de trânsito e as econômicas.

O insigne penalista Luiz Regis Prado noticia que o art. 30, da OWIG (Gesetz über Ordnungswidrihkeiten), de 1975, prevê a imposição de multa contravencional como sanção acessória à pessoa jurídica quando o autor, dotado de certa responsabilidade, praticar uma contravenção ou um delito, sempre e quando tenha conexão com a atividade da empresa.

Ainda conforme o mencionado Professor, o art. 130, da mesma lei, prescreve:

“Quem, como proprietário ou titular de uma empresa, dolosa ou culposamente, omite-se em adotar as medidas de vigilância necessárias para evitar a realização de infrações cominadas com pena ou multa administrativa e vinculadas à atividade da empresa, será punível por contravenção, quando se praticar uma contravenção ou delito, no caso em que o exercício da vigilância devida pudesse evitar a contravenção ou delito”.

Essa disposição legal cria um dever de vigilância que dá origem a tipos de omissão pura.

Para Shecaria, a justificativa para adoção de tal sistema se firma na idéia segundo a qual não se pode aplicar uma sanção de natureza penal às empresas em face da inexistência de reprovação ético-social de uma coletividade. As multas, em tais casos, são desprovidas do significado social de reprovação e, portanto, valorativamente neutras.

Além das penas pecuniárias, os arts. 8º e 10, da lei sobre delinqüência econômica, prevêem o confisco à pessoa jurídica de seus bens, dentre outras medidas. Apreensão de bens, restituição das vantagens e encerramento das empresas também são medidas encontradas para reprovação das empresas no direito alemão.

No processo vigora o princípio da oportunidade e não o da legalidade. A acusação é exercida pela autoridade administrativa e não pelo Ministério Público. Da decisão da autoridade administrativa cabe recurso para o tribunal administrativo regional.

## CAPÍTULO VI

### 6. Sistema de Penas Alternativas

#### 6.1 No Brasil

Nos últimos trinta anos, o Brasil experimentou um grande desenvolvimento econômico e sua população dobrou, vivendo, hoje, perto de 80% nas grandes cidades. A par disso, a qualidade de vida, no tocante à segurança pública, piorou sensivelmente, com índices alarmantes de criminalidade. Ao longo desse tempo, Polícia, Judiciário, Ministério Público e o sistema de execução de penas não foram dotados de recursos materiais e de pessoal à altura da demanda pelos seus serviços. Nem tampouco a organização, sob o plano institucional, modernizou-se como os cidadãos almejam, e, conseqüência, acentuou-se cada vez mais a insatisfação da sociedade em relação à justiça, considerada como um todo.

A invocação mais costumeira e permanente é a impunidade. Reclama-se que a polícia não previne o crime e não investiga adequadamente; que os processos se eternizam no judiciário; que os criminosos não são presos, processados e condenados, o sistema não os recupera ou os ressocializa, mas, pelo contrário, torna-os mais aptos.

Sob o ponto de vista legal, o judiciário parece cada vez mais sobrecarregado. Processos e procedimentos continuam lentos, com uma possibilidade recursal extremamente generosa. O número de processos, nesse rumo, é assustador, sendo difícil antever o fim. A quantidade de leis e sua mudança incessante criam um verdadeiro caos na inteligibilidade do que é crime ou mero ato ilícito não penal.

Dentro dessa realidade, o imaginário jurídico-legal está refinando-se. Ao mesmo tempo que se criam leis, aumentando as penas, com novos tipos de crimes e regras processuais supressoras de garantias constitucionais, também, por outro lado, instituem-se instrumentos despenalizadores, com forte tendência liberalizante, uma vez que a experiência demonstrou que a imposição da pena privativa de liberdade como solução para todos os conflitos sociais não

reduziu os índices de criminalidade, como teoricamente sustentado, mas aumentou a crença popular na impunidade.

Restava por em prática a idéia de que ao direito penal é reservada uma função fragmentária, mínima e subsidiária na tarefa de tutela social. Porque lhe é conferida a proteção de alguns, apenas dos bens e interesses sociais, os reputados mais relevantes pela comunidade, deve o direito penal ser invocado a intervir somente, quando se mostrarem insuficientes, ou ineficazes, os demais ramos do ordenamento jurídico.

No segmento desta linha de pensamento, não compete ao Estado perseguir penalmente toda e qualquer infração social. Face a estrutura do ordenamento jurídico em vigor, sustentava-se que ao Estado se impunha mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, substituir, em alguns casos, o princípio da verdade real pelo da verdade consensual, bem como introduzir novas medidas alternativas à tradicional pena privativa de liberdade, destacando-se esta como último recurso posto à disposição do Estado para proteção de seus súditos.

Com a edição da lei nº 9.099/95 e a conseqüente vigência entre nós de seus modernos institutos, inúmeras são as situações novas a serem enfrentadas no cotidiano forense. Para dirimir estas questões, devemos sempre ter por norte o espírito primordial do legislador, que foi o de imprimir a celeridade, a oralidade e, até, a informalidade na condução dos feitos por ela regidos. Em resumo, temos que ser criativos, eis que este avançadíssimo estatuto convive com o Código Penal e de Processo Penal – apesar das reiteradas modificações – bastante antigos.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais é a tentativa incipiente de inserir o Estado na moderna concepção menos intervencionista. Através de normas de caráter processual e penal, a referida lei instrumentaliza a justiça para atingir esse fim. Ao mesmo tempo, oferece um sistema de controle da contumácia não punida. Por outro lado, a lei concebe uma atividade judicial mais célere e eficaz, na medida em que dispensa, nos casos de menor complexidade, a fase de inquérito policial, remetendo o delinqüente e vítima à apresentação imediata ao juiz e ao representante do Ministério Público. Já nesse momento, pode ocorrer a transação civil entre ofendido e delinqüente, significando em reparação de danos materiais ou morais. Nos casos em que a persecução do crime dependa de representação do ofendido, a transação civil importa na extinção de punibilidade. Também na apresentação inicial, pode o representante do Ministério Público propor a pena, não consistente em segregação que, aceita pelo delinqüente, é de imediato executada.

A lei remeteu aos juizados especiais todos os crimes de menor potencial lesivo, tidos como tais aqueles em que a pena máxima não fosse superior a um ano de prisão. Nesse longo rol incluíram-se as contravenções. Como medida acertadíssima de política criminal, condicionou a persecução das lesões leves, culposas ou dolosas, à representação do ofendido. A este cabe a prerrogativa de compor acordo civil, excludente de punibilidade, ou de dar autorização ao Ministério Público para a transação penal ou ajuizamento da ação.

A imediata execução da pena é boa medida profilática. Ao invés dos morosos e muitas vezes infrutíferos processos criminais, que desgastavam imensamente a imagem da justiça, a transação penal aceita pelo delinqüente ou o procedimento sumaríssimo que culmine em sua condenação, levam à imediata execução da pena. Ao invés da pena de prisão, degradante da pessoa humana e formadora de delinqüentes profissionais, deu-se ênfase às penas restritivas de direitos, de prestação de serviços à comunidade e de multa. A intenção é, notoriamente, a de evitar o meio pernicioso das prisões para os delinqüentes não habituais e menos perigosos. A prisão ficou restrita para os casos graves, em que a retirada do delinqüente do meio social é medida necessária.

O legislador, por outro lado, foi cauteloso ao criar meios inibitórios para a delinqüência. A extinção de punibilidade através da transação civil, de modo algum estimula ou premia o infrator. Este gozará do benefício legal apenas uma vez, de modo que se voltar a delinqüir sofrerá a persecução criminal.

Deu-se, assim, um grande passo no direito penal brasileiro. Menos intervencionista, posto que exclui da atividade penal a perseguição de crimes de menor potencial lesivo solvíveis na esfera da transação civil, tornou-se rápido e eficaz. As instruções processuais mais demoradas, ficaram destinadas aos casos em que se exige maior apreciação de provas. Reabilita-se, também, a imagem da justiça. Outrora vista como extremamente morosa e pouco eficaz, mostra, agora, um dinamismo salutar, sem que se esqueçam das garantias constitucionais e processuais dos cidadãos. Mais resta ainda muito a caminhar. Figuras anacrônicas, desconformes com a realidade que se apresenta, como a do adultério e da sedução, merecem a atenção do legislador penal. Há ainda muita timidez no terreno da descriminalização. Timidez que desaparece quando se entra na seara da criminalização. Há, por certo, um longo caminho a trilhar, mas a certeza de que o legislador resolveu iniciá-lo já é bastante acalentadora.

## 6.2 Na Alemanha

Na Alemanha, enquanto nação que conseguiu, por um período, reduzir as taxas de criminalidade com a adoção de medidas substitutivas à privação da liberdade tem seu início centrado na década de 80, terminando em 1990. Isso porque o início dos anos 90 com a queda do muro de Berlim e a unificação da Alemanha marca o aumento das taxas de criminalidade, até então estabilizadas por uma década.

Entre os fatores determinantes dessa mudança de cenário, encontra-se o aumento da taxa de delinqüência entre a população jovem, os quais, até então, eram comunistas, e agora encontram-se submetidos a valores consumista e assim, vislumbram nos crimes contra o patrimônio, uma alternativa viável a ausência de renda e a necessidade de satisfação do ímpeto capitalista.

Dessa forma, antes da unificação, a Alemanha empreendeu um substancial processo de substituição da privação da liberdade através da colocação da possibilidade de sanções, tais como, a suspensão condicional e serviços comunitários, modalidades essas que foram institucionalizadas na década de 70. Assim, entre 1982 e 1990 as taxas de criminalidade juvenil reduziram em 50%, enquanto que a população adulta apresentou uma variação negativa da ordem de 15%.

Nesse sentido, os estudos realizados, na Alemanha, ao longo da década de 80, demonstraram que o envio de jovens a prisão, ainda que por curtos períodos de tempo, aumentavam substancialmente as chances dele reincidir, algo que não ocorria quando o mesmo delito era punido com uma sanção substitutiva da privação da liberdade.

Constatou-se, ainda, que a ausência de trabalho durante a privação da liberdade e a dificuldade de encontrar uma ocupação formal no período pós-cárcere eram os principais determinantes do retorno ao crime. Assim, as sanções substitutivas adotadas na Alemanha procuraram reverter exatamente esses fatores negativos, imputando ao criminoso trabalho e formação suficiente para conseguir uma colocação no mercado formal de trabalho.

A necessidade das sanções alternativas procurarem ocupar o criminoso com um ofício ou uma contratação formal foram confirmadas por uma pesquisa acerca do perfil criminal do ofensor. Os dados revelaram que 40% deles eram jovens, com baixa escolaridade,



desempregados no momento do crime e o delito mais comum era o atentado ao patrimônio (roubos e furtos). Nesse sentido, o Estado alemão passa impor, a esses delinquentes, a pena de prestação de serviços comunitários com vistas a atacar as causas do crime.

A pena de prestação de serviços comunitários deveria permitir ao condenado auferir renda suficiente para o ressarcimento da vítima e ainda profissionalização adequada a sua inserção no mercado formal de trabalho, o qual se prolongaria no período pós condenação. Dessa forma, foram instituídas agências responsáveis pela alocação do ofensor conforme sua capacidade intelectual e, ainda, seu encaminhamento a cursos profissionalizantes, os quais se constituiriam enquanto parte da punição.

É interessante notar que os estudos apontaram para o fato do treinamento específico para o desenvolvimento do trabalho comunitário constituir-se enquanto variável importante para que o condenado viesse a alcançar uma vida normal. Isso porque a condenação impunha a obrigação de freqüência a escola e a busca constante de um posto no mercado de trabalho formal, diverso do serviço gratuito.

No que se refere a postura adotada pelo judiciário à aplicação de medidas substitutivas a privação da liberdade, essas são prioritariamente concedidas a jovens infratores. Os juizes acreditam que a prestação de serviços a comunidade é a punição mais eficaz aos delinquentes dessa idade, na medida em que imputa, a esses infratores, a necessidade e importância do trabalho como meio de alcançar não apenas os propósitos do capitalismo, mas também os da cidadania e da liberdade que norteia a social-democracia.

Entretanto, alguns juizes alemães acreditam que a privação da liberdade é mais efetiva para os adultos criminosos. Isso porque o cárcere é meio mais propedêutico a efetivar o propósito de prevenção geral da pena, principalmente, dentre os mais jovens. Nesse caso, a determinação da pena substitutiva estará intimamente relacionada as circunstâncias do crime e ao clamor público que ele suscita, em detrimento da personalidade do agente.

A variável inadimplência na prestação de serviços a comunidade deve ser entendida como a omissão do sentenciado em realizar o determinado na sanção penal transitada em julgado. No que refere-se a sua magnitude, a taxa é extremamente baixa em todas as faixas etárias, na medida em que existem trabalhadores sociais especialmente encarregados de acompanhar os punidos com essa modalidade de sanção, adaptando-os às tarefas e às entidades

cadastradas, além de remeter relatórios acerca da evolução do comportamento do ofensor ao longo do cumprimento da pena.

No que se refere a reincidência dos condenados à sanção de prestação de serviços a comunidade, o índice encontra-se em torno de 23,9% o qual é muito próximo dos estimados para o Brasil. Entretanto, na Alemanha, observa-se uma queda vertiginosa no número de crimes contra o patrimônio, os quais são punidos com a substituição do cárcere, algo que não ocorre no Brasil.

Os locais onde a pena de prestação de serviços a comunidade deve ser adimplida não encontram-se previamente elencadas em lei, cabendo aos trabalhadores sociais realizarem o contato de acordo com a natureza do delito e a personalidade do agente. Assim, baseados nesses relatórios, os juizes buscam determinar uma entidade apta a colaborar com o poder judiciário, no sentido de fiscalização e controle constante, quase panóptico, do condenado. Dessa forma, os locais preferencialmente escolhidos são: agências comunitárias, organizações policiais, escolas, entidades religiosas e o próprio judiciário.

Nesse sentido, a eficiência do sistema de justiça criminal germânico no que se refere a determinação, modalidade de cumprimento e fiscalização da pena de prestação de serviços a comunidade reflete em uma queda da taxa de crimes de menor potencial ofensivo, bem como redução do encarceramento de modo geral. Isso porque o judiciário procura sensibilizar a sociedade, imputando-a a responsabilidade pela punição e recuperação do criminoso, além de desenvolver um trabalho específico com criminólogos, os quais orientam todo o processo de execução da pena, a partir de relatórios sobre o perfil do sentenciado e impactos da sanção substituta sobre a personalidade do mesmo.

Portanto, ao determinar uma sanção substitutiva a privação da liberdade, o juiz visa não apenas a prevenção geral e especial, mas também a retribuição tal como ocorre no direito brasileiro. O magistrado pretende alcançar uma melhor ordem pública reduzindo os efeitos maléficos do crime e do encarceramento sob a sociedade e o criminoso, além de levar os desempregados a uma ocupação formal no mercado de trabalho, indispensável a eficiência da economia capitalista, objetivos esses que deveriam constituir-se primórdios não apenas da política penal alemã, mas mundial.

## CAPÍTULO VII

### 7. A Vítima no Direito Penal

No atual sistema de justiça criminal que o Brasil adota, a vítima foi esquecida; seu âmbito de expectativas é muito escasso, a reparação dos danos não é prioridade, senão a imposição do castigo. Busca-se, unicamente, a aplicação da pena para os acusados.

A situação vem sendo abrandada pela entrada em vigor da Lei do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95), que no âmbito da criminalidade pequena e média, introduziu no Brasil o modelo consensual de justiça criminal. A prioridade agora não é o castigo do infrator, senão e sobretudo a indenização dos danos e prejuízos causados pelo delito em favor da vítima.

O direito penal brasileiro inovou a partir de 1984 com a instituição do “arrependimento posterior”, beneficiando acusado e vítima, como medida de política criminal.

Urge uma reflexão imediata do aparelho estatal quanto ao tratamento prestado à vítima nas Delegacias de Polícia, Secretarias Criminais, Poder Judiciário e Ministério Público. Vítima não é testemunha. As vítimas não devem continuar a serem tratadas como objetos de direito, e sim, sujeitos de direito.

O art. 245 do ADCT, da Constituição Federal vigente prevê a lei que disporá sobre a assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, mas ainda não foi regulamentado. Quando acontecer, se possível, bom senso seria a inclusão das vítimas de crimes culposos.

A sociedade civil deve buscar participar de forma imediata no problema das vítimas. O Estado deve fomentar, através de subsídios, a criação de ONGs que dêem assistências às vítimas criminais.

Vários Estados, dentre eles Estados Unidos, Nova Zelândia, Inglaterra e Portugal, possuem organizações que prestam grande assistência às vítimas, inclusive em nível jurídico, psicológico e social.

A sociedade para atingir o valor básico de “dignidade da pessoa humana”, também deve zelar pelos direitos das vítimas promovendo a criação de entidades, tais como as associações

de proteção às vítimas existentes nos Estados Unidos, subsidiando-as com fundos provenientes das multas aplicadas no sistema de justiça criminal brasileira. Sem a proteção da vítima não há cidadania.

### **7.1 Proteção de Vítimas e Testemunhas no Processo Penal Alemão**

No processo penal alemão a temática da proteção de vítimas e testemunhas é o resultado de novas discussões no campo da política social. Tradicionalmente o Estado enquanto instância garantidora da segurança e ordem pública estava legitimado na persecução do interesse de punição do autor por parte da sociedade, no âmbito da prevenção geral ou especial.

A democratização da concepção e ação “autoritárias”<sup>2</sup> do Estado, efetuada a partir da nova Constituição Alemã, o “Grundgesetz” de 23 de maio de 1949, colocou em meio à discussões sobre a espécie, a extensão e sobretudo à qualidade da atuação do Estado na sociedade alemã moderna (caráter do Estado como instituição prestadora de serviços).

Abrange também o dever assistencial no âmbito do processo penal, e conseqüentemente faz com que a atenção da política jurídica passasse a focar a vítima – e a testemunha – do delito e da ação penal, pois a vitimização em um delito é uma das piores experiências que o cidadão pode sofrer. As conseqüências psíquicas e financeiras são graves.

Depois dessas mais recentes discussões e descobertas no campo da política social, a paz jurídica, tradicionalmente produzida na pretensão punitiva da sociedade diante do autor, teve de ser estendida para uma democracia moderna também e especialmente à vítima (testemunha) de um delito e assegurar-lhe compensações.

A testemunha é um meio de prova que pode e em certos casos deve fornecer informações em uma ação penal não-dirigida contra ela. Se ela não for simultaneamente afetada pelo delito, será uma pessoa em ampla escala neutra no processo judicial. Esse caso é relativamente simples.

---

<sup>2</sup> O adjetivo “autoritárias” é a tradução imperfeita do adjetivo alemão “obligkeitch”, que por sua vez remete ao termo “Obrigkeitch”, cuja riqueza de associações na tradição alemã é incompletamente apreendida em termos como “autoridade” ou “poderes constituídos”.

Incomparavelmente mais complexa é a definição da vítima. A vítima é testemunha, e como tal ela precisa informar sobre a sua percepção dos fatos por ocasião do cometimento do delito. Mas ela é além disso uma pessoa prejudicada, ferida: no delito pode ter sofrido ferimentos tanto físicos quanto psíquicos e/ou danos materiais (vitimização primária), assim como pode ter sofrido danos indiretamente advindos das medidas de persecução penal e das reações da sociedade (vitimização secundária).

Desde 1943 a vítima de um delito tinha a possibilidade de apresentar pretensões no âmbito do direito civil, por meio de um processo de responsabilidade civil unido a um processo penal (Adhäsionsverfahren). Além disso, as reparações de perdas e danos estiveram e estão disponíveis para a vítima no âmbito do direito civil desde a entrada em vigor do Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) no início do século XX. Mas a vinculação com a ação penal objetiva simplificar e agilizar o reconhecimento judicial dessas indenizações por danos e perdas ou de reparação (Wiedergutmachung).

Chama a atenção que esse instituto jurídico não desempenhou nenhum papel maior. Como consequência das transformações ocorridas na conscientização da sociedade acerca da responsabilidade na persecução penal, os direitos das vítimas que são dignos de tutela foram modificados desde os anos 80.

Em dezembro de 1986 entrou em vigor a Lei de Proteção das Vítimas. Ela atribui à vítima de um delito na fase de instrução do processo penal e no curso da própria ação penal a posição de parte autônoma no procedimento. Por intermédio de um advogado, a vítima tem o direito ao exame dos autos, pode apresentar requerimentos processuais, etc. Uma reparação de danos sofridos ainda não está prevista nessa lei.

Em 1992, com a promulgação da Lei de Combate ao Crime Organizado, entraram em vigor prescrições jurídicas destinadas à proteção de testemunhas de delitos. Assim a identidade da testemunha pode ser protegida isentando-a de prestar informações referentes à sua pessoa ou à sua residência e ao seu domicílio na audiência principal, quando se deve temer que tais informações ameçam a sua vida, a sua incolumidade física ou a sua liberdade.

A Lei de Combate à Criminalidade de 1994 introduziu pela primeira vez no direito penal (sobre delitos cometidos por adultos) prescrições referentes à compensação de danos, que se fundamentam em idéias modernas acerca da compensação entre autor e vítima e da reparação de danos por parte do autor. E posteriormente a sociedade alemã deu outro passo decisivo em

1998, quando o Parlamento Federal promulgou a Lei da Garantia das Pretensões Juscivilistas das Vítimas de Delitos.

Essa lei entrou em vigor em 8 de maio de 1998. Autores de delitos tinham extraído, em grau crescente, vantagens comerciais por meio da imprensa sensacionalista, auferindo assim receitas consideráveis sem que a vítima ou as vítimas tivessem obtido assim uma indenização. A sociedade percebeu como imoral e injusta essa situação na qual o autor ainda extrai vantagens financeiras do seu delito, ao passo que a vítima permanece sem indenização. Por isso a referida lei prevê que a vítima tenha um direito legal à penhora dos créditos do autor resultantes de contratos de publicação.

No final do ano de 1998, os suportes fáticos da reparação de danos e perdas foram completados por meio de prescrições abrangentes de proteção em benefício das testemunhas de delitos (Lei de Proteção das Testemunhas de 1 de dezembro de 1998). Na audiência principal, as testemunhas especialmente necessitadas de proteção, assim sobretudo aquelas com menos de 16 anos, que foram feridas no delito, mas também pessoas doentes, de saúde frágil, devem ser protegidas do confronto direto com o autor (e.g., vítimas menores de delitos sexuais). Por isso o tribunal tem agora a possibilidade de interrogar testemunhas que se encontram “em outro lugar” (isto é, não na sala do tribunal). Nesse procedimento todas as partes do processo, inclusive o tribunal, permanecem na sala de audiências e a testemunha é interrogada através de uma linha de áudio/vídeo especialmente instalada. Essa modalidade permite uma interrogação muito mais intensa, direta e flexível do que a já antes existente possibilidade da leitura de atas como meios de prova no processo judicial.

Interrogatórios também já podem ser gravados em fita de vídeo durante a fase de instrução do processo, podendo a fita ser utilizada na posterior audiência principal. Os direitos do réu permanecem assegurados, pois tanto ele quanto, se for o caso, o seu defensor têm direitos de co-participação nesses interrogatórios. Tal procedimento permite poupar especialmente as crianças, enquanto vítimas, de múltiplos interrogatórios com conseqüências danosas para os interrogados. A lei enfatiza expressamente que a utilização dessas gravações de áudio/vídeo é exclusivamente admissível para fins de persecução penal e somente à medida que ela se faz necessária para estabelecer a verdade dos fatos. Objetiva-se assim prevenir o abuso na utilização de fitas de vídeo.

A lei institui adicionalmente a possibilidade de que testemunhas vítimas com menos de 16 anos e em determinados casos também outras testemunhas possam receber um assistente advocatício para a realização do interrogatório (depoimento testemunhal), às expensas do erário público. Além disso, é possível colocar à disposição das vítimas de delitos especialmente graves – mediante requerimento e igualmente às expensas do erário público um advogado da vítima (Opferanwalt) durante todo o período de tramitação da ação penal.

As discussões de política jurídica continuam, com a finalidade de reformar o direito penal tradicionalmente referido ao autor de tal forma que todas as partes tenham assegurado um processo justo, especialmente as vítimas de delitos.

## CAPÍTULO VIII

### 8. A Incapacidade Penal do Menor no Direito Comparado

A determinação do limite de idade a respeito da incapacidade penal do menor, que ao legislador cumpre estabelecer por um imperativo do ordenamento sócio-jurídico e exigência da vida prática, não é tarefa de fácil solução, porquanto plena de arestas conflitivas resultantes dos diferentes aspectos que envolve: biológicos, psicológicos, sociais, políticos, filosóficos e até climatológicos.

Daniel Hugo D'Antonio,<sup>3</sup> renomado menorista argentino, ao analisar o alcance do sistema de normas dirigido a regular a capacidade penal do menor aponta uma contradição essencial. Se de um lado, verifica-se uma intenção legislativa acentuada por diversas disposições, consistente em excluir total e definitivamente o menor do âmbito do Direito Penal e conceder-lhe um tratamento específico e diferenciado, por outro, depreende-se da análise da regulamentação legal do Direito Positivo, a manutenção de instituições vinculadas ao âmbito do Direito Penal.

De qualquer sorte, conforme assinala Rafael Sajón<sup>4</sup>:

En general, existe consenso en que los menores deben recibir un tratamiento separado, pero se discute la determinación de la edad en que debe aplicarse la legislación y los principios del Derecho penal común. Las soluciones legislativas oscilan entre los 14 y los 21 años como limite de edad de la imputabilidad penal, lo que significa su exclusión de la órbita del Derecho Penal.

Sem dúvida, é difícil encontrar-se uma solução universalmente válida para o problema, verificando-se que a idade flutua nos diversos Códigos, desde aqueles que estabelecem a responsabilidade ainda que atenuada a partir dos 12 ou 14 anos, até os que somente a exigem desde os 20 anos de idade.

---

<sup>3</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo. *El Menor ante el delito*. Buenos Ayres: Astrea, 1992, p. 102.

<sup>4</sup> SAJÓN, Rafael. *Derecho de Menores*. Bueno Ayres: Abeledo Perrot, 1995, p. 122.



Assim, para somente citar alguns exemplos, mencionamos os códigos penais de alguns países:

Hungria, Romênia e Ex-União Soviética	12 anos
Alemanha, Grã-Bretanha, Itália	14 anos
Egito, Honduras, Guatemala, Índia, Iraque, Paquistão, Paraguai, El Salvador e Síria	15 anos
Argentina, Bélgica, Birmânia, Ceilão, Cuba, Chile, Filipinas, Espanha, Hong-Kong, Israel, Marrocos, Nicarágua, Portugal e Cingapura	16 anos
Austrália <sup>5</sup> , Bolívia, Costa Rica, Grécia, Malásia, Nigéria e Nova Zelândia	17 anos
Áustria, Austrália Meridional e Ocidental, Brasil, Canadá <sup>6</sup> , Colômbia, Dinamarca, Equador, Finlândia, França, Holanda, Honduras, Irã, Marrocos, México, Noruega, Luxemburgo, Panamá, Peru, República Dominicana, Suíça, Tailândia, Turquia, Tunísia, Uruguai e Venezuela	18 anos
Japão	20 anos
Ilhas Salomão e Suécia	21 anos

Na Alemanha, apesar dos reclamos gerais, o Direito Criminal de Menores somente foi introduzido em 16 de fevereiro de 1923, com a Lei sobre Tribunais de Menores (Jugendgerichtsgesetz – JGG).

A Lei Judicial Juvenil - JJG, de 1953, em vigor, estabeleceu a inimputabilidade absoluta até os 14 anos, atribuindo, todavia, responsabilidade penal aos menores entre 14 e 18 anos se no momento do fato era suficientemente maduro, conforme seu desenvolvimento moral e mental, para compreender o injusto do fato e atuar segundo essa compreensão (art. 43). Verificada a suficiente maturidade psíquica, o menor, portanto, imputável, será qualificado de responsável. Tais discrepâncias terminológicas são justificadas por Maurach<sup>7</sup> dizendo que:

Ante la falta de madurez ético-intelectual propia de la etapa del crecimiento natural y fisiológico de los menores, debe evitarse la expresión "inimputabilidad", la cual se refiere a perturbaciones de índole patológica.

Diz, ainda, o renomado penalista germânico que existe uma razão da maior importância, pois, no Direito Penal geral, da apreciação da imputabilidade se segue a punibilidade do autor, enquanto no Direito de Menores a responsabilidade não gera esta consequência.

<sup>5</sup> Queensland, Tasmânia e Victória. Nos Estados de Nova Gales do Sul, Austrália Meridional e Austrália Ocidental, e territórios, a responsabilidade penal é fixada em 16 anos.

<sup>6</sup> Quebec, Manitoba e Saskatchewan. Nas outras províncias é fixada em 16 anos.

<sup>7</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. *Apud* D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Op. Cit.*, p. 99.

Para Luiz Otávio de Oliveira Amaral<sup>8</sup>, o original no sistema alemão é a apuração da responsabilidade totalmente livre da questão do discernimento, que é substituída pela avaliação da maturidade intelectual, moral e volitiva, daí podendo-se concluir da responsabilidade ou não do menor.

Entende, todavia, que este critério oferece as mesmas dificuldades do sistema de discernimento.

Assim, para que o menor seja declarado imputável, é preciso – como no direito antigo – que ele, ao tempo da infração, compreenda que pratica uma ação proibida (*maturidade intelectual*). Além disso, é preciso que ele próprio, com base nas noções de valor que fez suas, assim o considere (*maturidade moral*). Há que se notar, neste critério, a diferença entre capacidade intelectual e moral do menor; assim, ele pode entender o sentido da norma, mas não aceitá-la com a seriedade das exigências morais. Por outro lado, é indispensável que o menor tenha capacidade suficiente para resistir à prática da infração (*maturidade volitiva*), sobretudo nos casos de crimes contra o patrimônio e a propriedade.<sup>9</sup>

Por conseguinte, a lei alemã, de 1953, que coincide com a italiana, estabelece a inimputabilidade absoluta até os 14 anos, mas para os menores entre 14 e 18 anos, agrega uma causal de imaturidade, pendente de verificação individual, que consiste na suficiente maturidade psíquica e moral para compreender e atuar.

Como vimos no estudo dos diferentes critérios, o sistema alemão, que, na verdade, acolheu a antiga teoria do discernimento, depois de mais de quarenta anos de experiência nesse particular, oferece dificuldades consideráveis na aplicação do diagnóstico psíquico, conforme aponta Hilde Kaufmann:<sup>10</sup>

por eso la administración de justicia penal juvenil es insegura respecto de la selección de consecuencias jurídicas orientadas por el pensamiento educativo.

Impende registrar que a JJG (lei judicial juvenil), de 1953, representou um significativo avanço no chamado Direito Penal de Menores, uma vez que veio expurgar da legislação alemã os aspectos punitivos-intimidativos, introduzidos pela Lei do Reich sobre

<sup>8</sup> AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. A Atual problemática do Menor. In: *Ver. Inf. Legisl.*, Brasília – 16, n. 61 jan/mar. 1979, p. 119.

<sup>9</sup> GERSÃO, Eliana. Tratamento Criminal dos Jovens Delinquentes. *Apud.* Oliveira Amaral, Luiz Otávio. *Op. Cit.*, p. 119.

<sup>10</sup> KAUFMANN, Hilde. Delinquentes Juveniles. Diagnóstico y Juzgamiento. *Apud* GONZÁLES DEL SOLAR, José H. *Op. Cit.*, p. 215.

Tribunais de Menores (Reichjugendgerichtsgesetz), como, por exemplo, pena de morte, prisão perpétua, etc.

A prisão preventiva é bastante restringida. O Ministério Público pode deixar de propor a acusação, podendo o tribunal, por outro lado, recusar a acusação formulada, determinando o arquivamento do processo, sempre que houver outra forma para recuperar o menor, sem medidas repressivas. Ressurge a suspensão da pena e a extensão, em alguns casos, desta norma especial aos jovens adultos. Adotam-se medidas educativas, como imposição de normas de conduta,<sup>11</sup> assistência educativa e pedagógica; medidas de correção, como repreensão, imposição de deveres especiais e detenção juvenil; pena juvenil – detenção de duração determinada ou indeterminada, conforme o caso.

Finalmente, importa mencionar que a substituição da chamada vigilância protetora pela assistência educativa, introduzida pela Jugendwohlfahrtsgesetz, de 11 de agosto de 1961, vem produzindo excelentes resultados e provando que a prevenção social é a solução mais recomendável à questão da criminalidade juvenil.<sup>12</sup>

### **8.1 Direito Penal Juvenil na Alemanha**

Em comparação a outros países, foi com grande atraso que a Alemanha introduziu o direito criminal de menores. Tal só ocorreu mesmo, apesar dos clamores generalizados, aos 16 de fevereiro de 1923, com a Lei sobre Tribunais de Menores (Jugendgerichtsgesetz – JGG). Os menores de 14 a 18 anos (podendo a regra estender-se aos menores de 21 anos) são sujeitos a órgãos especializados. Em havendo co-participação de maiores (18 anos), os processos são separados, para que o menor compareça perante a justiça especial. O órgão do Ministério Público deve ser também especializado.

A prisão preventiva é bastante restringida, o inquérito social é sempre seguido de exame médico do acusado.

---

<sup>11</sup> Para HOLZSCHUH, Juiz de Menores de Adarmstadt, as normas de conduta são de alto valor educativo, sendo a medida mais importante da JGG e assim adequada para resolver de 80% a 90% dos casos de delinquência juvenil. V. OLIVEIRA, Luiz Otávio Amaral. Op. Cit., p. 120.

O Ministério Público pode deixar de propor a acusação, bem assim o tribunal pode recusar a acusação, arquivando-se o processo, sempre que houver outra forma melhor para recuperar o menor, sem medidas repressivas.

Original é a apuração da responsabilidade, sempre totalmente livre da questão do discernimento, que é substituída pela avaliação da maturidade intelectual, moral e volitiva. Daí pode-se concluir da imputabilidade ou não do menor. Apesar de original, parece-nos este critério contar com as mesmas dificuldades do sistema do discernimento.

Assim, para que o menor seja declarado imputável, é preciso – como no direito antigo – que ele, ao tempo da infração, compreenda que praticou uma ação proibida (maturidade intelectual). Além disso, é preciso que ele próprio, com base nas noções de valor que fez suas, assim o considere (maturidade moral). Há que se notar, neste critério, a diferença entre capacidade intelectual e moral do menor; assim ele pode entender o sentido da norma, mas não aceita-la com a seriedade das exigências morais. Por outro lado, é indispensável que o menor tenha capacidade suficiente para resistir à prática da infração (maturidade volitiva), sobretudo nos casos de crimes contra a honestidade e a propriedade.

É inegável que, durante a vigência do nacional socialismo, o caráter educativo do direito criminal do menor sofreu retrocessos; o punitivo-intimidativo superava a função de correção moral. Assim, uma nova orientação foi introduzida, nesta época, na Alemanha, através da Lei do Reich sobre Tribunais de Menores (Reichsjugendgerichtsgesetz – RJGG), de 16 de novembro de 1943. Esta lei revogou a Jugendgerichtsgesetz – JGG (Tribunais de Menores) de 1923, determinando pena aos menores, antes absolutamente inaplicáveis (por exemplo, morte, prisão perpétua, etc.). Volta-se mais para o evento crime que para a pessoa do delinqüente na aplicação da pena, chegando a cominar sanções para maiores de 16 anos, antes apenas atribuíveis aos adultos.

A evolução do direito criminal de menores continuou com a Jugendgerichtsgesetz – JGG de 1953; esta lei veio expurgar da legislação criminal atinente aos menores os malefícios do período nazista. Ressurge a suspeição da pena e a extensão, em alguns casos, desta norma especial aos jovens adultos (18 a 21 anos).

É esta lei que vigora ainda na Alemanha. Tal legislação, voltando-se mais para a personalidade do acusado do que para seu crime, estipulou reações criminais autônomas, assim

---

<sup>12</sup> V. AMARAL, Luiz Otávio Oliveira. Op. Cit., p. 120.

distintas: medidas educativas – imposição de normas de conduta, assistência educativa e pedagógicas, medidas de correção – repreensão, imposição de deveres especiais e detenção juvenil – detenção de duração determinada ou indeterminada, conforme o caso.

Nota-se que esta legislação menorista é mais dirigida ao agente que ao ato praticado, as medidas não tem por fim tão-somente censurar, mas sim corrigir ou reeducar. É, enfim, prevenção especial o que se busca através da correção do jovem delinqüente, para que ele não venha a ser um adulto criminoso.

Com referência à imposição de normas de conduta, a lei não é taxativa ao enumera-las, deixando o juiz utilizar a imaginação e a capacidade pedagógica para descobrir a norma mais adequada a cada menor. Cremos que o valor pedagógico destas normas de conduta se assenta precisamente na grande possibilidade de individualização que oferecem. É certo que há limites nesta liberdade dada ao juiz, primeiro, limitações constitucionais e, depois, a natureza e o fim da medida. O tratamento médico pode ser complemento desta leve medida, mas para isso é mister a autorização dos educadores legítimos e do representante legal do menor e, se ele tem mais de 16 anos, o seu consentimento é imprescindível. Estas normas devem ser claras e de fácil controle para serem eficazes. Em face do insucesso, por culpa do menor e se tiver sido alertado, pode ser-lhe aplicada a detenção juvenil.

As normas de conduta, para Holzschuh, Juiz de menores de Adarmstadt, são de alto valor educativo, sendo a medida mais importante da Jugendgerichtsgesetz – JGG; e assim, adequada para resolver de 80% a 90% dos casos de delinqüência juvenil. Segundo este juiz, as normas de conduta destinam-se a mostrar o caminho certo ao menor, que se tornou delinqüente por fraquezas ou por certas deficiências de educação.

É de se destacar a solução trazida pela Jugendwohlfahrtsgesetz, de 18 de agosto de 1961, que, ao substituir a vigilância protetora pela assistência educativa, deu um passo largo em direção ao fim da pecha da irrecuperabilidade, lançada a certos menores, que só chegaram a tal extremo por abandono total (material, afetivo e até judicial), a não ser que se tome tal irrecuperabilidade como carma, o que não nos parece científico. Esta medida vem provando, em plagas distantes, que a prevenção social é a solução mais recomendável à questão da delinqüência juvenil.

Outra medida de realce doutrinário é a detenção de curta duração para o jovem, porém com rigor extremado. Com efeito, tenta-se compensar a duração mínima por dureza

máxima. É uma detenção que atinge apenas as horas livres do menor (por exemplo, aos sábados e domingos), cumprida em absoluto isolamento celular, sem qualquer conforto, além do estritamente necessário. Tais detenções não ultrapassam três dias (sem que haja a sujeição ao regime comum de maior duração). Tal reação criminal distingue-se da pena de prisão comum, acentuadamente pelo seu caráter de prevenção especial (ressocialização). Isto não significa que não possua também a função retributiva, que ao nosso entender é importante, na medida em que leva o delinqüente a assumir responsabilidades por seus atos. Assim já se expressou a culta Professora Armida Bergamini Miotto, “o preso é sujeito de direitos e deveres e responsabilidade”, é a culpabilidade normativa (consciência de ilícito cometido) conforme a lição da precitada professora.

Os jovens adultos (18 a 21 anos) comparecem perante a justiça de menores como os delinqüentes de 14 a 18 anos.

## CAPÍTULO IX

### 9. Conclusão

O controle de constitucionalidade das leis é tema de relevância, que necessita desenvolvimento. A bibliografia brasileira especializada é parca, limitando-se principalmente às boas obras de direito constitucional.

Percebeu-se no decorrer do texto, que na Alemanha, a jurisprudência relativa ao controle de constitucionalidade de normas tem preferido anular as leis inconstitucionais, ao passo que no Brasil, as decisões declaram a nulidade da lei eivada, produzindo efeitos *ex tunc*. Os alemães têm dado preferência a Kelsen, enquanto os brasileiros à doutrina norte-americana.

Certamente que o direito não pode ser algo mecânico. Necessita de maleabilidade para atender a justiça de casos concretos. Nossa Corte Constitucional exerce importante papel jurídico e político, e, para que goze de respeitabilidade cada vez maior por parte dos seus jurisdicionados, precisa oferecer efetiva segurança jurídica.

Neste passo, apresenta-se sempre atual a "Teoria Pura do Direito", de Hans Kelsen, como importante manancial de ensinamentos que podem oxigenar as decisões de nosso Supremo Tribunal, trazendo, quem sabe, mudanças em seu comportamento.

A concretização de um direito penal ajustado segundo seu tempo e sociedade, passa, antes de tudo, pela definição da atividade estatal. Ao longo de uma trajetória histórica, dá-se a constante evolução do jogo político. O Estado vai assumindo novos papéis impostos pelas exigências sociais. As modernas sociedades, assimilam as diferenças sem prejuízos. Tornam-se cada vez mais complacentes em relação a condutas antes vistas como prejudiciais. Isso dá o contorno e as dimensões do crime.

O direito penal deve estar intimamente conexionado com outras ciências humanas. A criminologia, em especial, traduz as dimensões da fenomenologia do crime, revelando as áreas de consenso e de maior conflitade. Nesse passo, é ela importante auxiliar do direito penal. Informa as novas exigências sociais, detecta seus valores mais pungentes, mais significativos, bem como aqueles que já não figuram no rol de prioridades.

Com o acesso constante a esses dados, pode-se determinar a política criminal mais adequada a um determinado tempo. Política criminal inclinada para os valores mais representativos da comunidade, que dita, antes de tudo, a retirada da intervenção penal das áreas relativas a moral. A política criminal deve encontrar outros meios mais eficazes e menos gravosos para corrigir os desvios prejudiciais à comunidade. Assim, quando a sanção não se apresentar, na ordem de subsidiariedade, como medida idônea e adequada, a descriminalização deverá impor-se.

A importância do direito penal revela-se pelo seu papel de ser o último remédio da comunidade politicamente organizada. Está ele destinado a combater não as condutas comezinhas e de pouca gravidade, mas sim aquelas consideradas intoleráveis pela sociedade. Os atos mais danosos, que realmente causem prejuízos a valores representativos.

É ingênuo pensar que uma sociedade como a nossa, marcada por tamanhas diferenças sociais, por desemprego e pela miséria, consiga viver em paz, pois é o estado de guerra que, hoje, cada cidadão enfrenta e que só poderá ser resolvido quando tomarmos consciência de que é injusto e irresponsável tão somente esperar soluções. É preciso, urgentemente o esforço de todos para a mudança.



## 10. Bibliografia

ALEMANHA, Ministério Federal das Relações Exteriores. *Perfil da Alemanha*. Embaixada da Alemanha, Brasília, 2003.

ANDERSON, David. C. *Sensible Justice. Alternatives to prison*. New York. The New Press.

BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro, ed. Revan, 1997, p. 41, 42.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva. 1995. Vol 4, tomo III.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas – Análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98*. Saraiva, São Paulo, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federal do Brasil de 1988*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo penitenciário de 1995*. Brasília: Imprensa Nacional, 1997.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo penitenciário de 2002*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 14 nov. 2002.

CALHAU, Lélío Braga. *Direito Penal, Vítima e Cidadania*. Revista Teia Jurídica, (s.d.) [Online]. Disponível: <http://teiajuridica.com.Br> [14.04.99].

CAMPANHOLE, Adriano & CAMPANHOLE, Hilton. *Constituições do Brasil*. 8. Ed., São Paulo: Atlas, 1985.

CONSTITUIÇÃO *do Brasil e constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 1987. 3v. v. 1 e 2

CRIMINAL JUSTICE. *Advancement of the Fourth Generation of Sanctions in Western Europe* (From Resource Material Series No. 36, P 21-36, 1989 -- See NCJ-135660) NCJ Number: 135662 publication Date: 1989

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para os Sistemas de Penas*. 2ª ed, São Paulo, RT, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Problema da Vítima*, publ. Em RT 648, ed. São Paulo.

FERNANDES, Antônio Scarafance. *O Papel da Vítima no Processo Penal*. São Paulo, Malheiros, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas alternativas a prisão*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luís Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/95*. São Paulo: RT, 2000.

HASSEMER, Winfried. *La Ciência Jurídico Penal em La República Federal Alemana*, Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, fasc. I, enero-abril MCMXCIII.

\_\_\_\_\_. *História das Idéias Penais na Alemanha do Pós Guerra*, trad. De Carlos Eduardo Vasconcelos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 6, abril-junho de 1994, pp. 36-71.

HERKENHOFF, João Baptista. *Crime- tratamento sem prisão*. Petrópolis: Ed. Vozes Ltda. 1987

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LUIZ OTAVIO, de Oliveira Amaral. *Direito e Segurança Pública, a Juridicidade Operacional da Polícia (O Manual do Policial)*: Editora Consulex, Brasília, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Considerações sobre o papel do procurador-geral da república no controle abstrato de normas sob a constituição de 1967/69: proposta de reeleitura" In: Revista Trimestral de Direito Público 21/1998, São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. *A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos - considerações sobre a decisão do STF proferida no RE 122.202*. In: Revista Trimestral de Direito Público 12/1995. São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Jurisdição e Administração – Notas de Direito Brasileiro e Comparado*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 30, nº 119. p. 217-233, jul/set. 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

STERN, Klaus. *Derecho Del Estado de La República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. *Notas sobre a Justiça na Alemanha*. Porto Alegre, 1982. (Coleção AJURIS, 18).

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro. Ed. Revan, 1991.