



DECIDIR NÃO É CRIME¹ (OU FLORESTA DE ENGANOS)

Michel Foucault, em *Surveiller et Punir* (1975), descreve o modelo panóptico, de Bentham, e mostra como o mesmo serviu uma certa estrutura social, política e económica, constituindo um modelo, entre outros, em que os dominantes vigiam os dominados e os têm debaixo de olho. Estávamos, então, no século XVIII. Por seu turno, Bernard-Henry Lévy, em *American Vertigo* (2006), fala-nos do contrário, mostra como o velho modelo panóptico se inverteu. São agora os dominados que têm os dominantes debaixo de olho, que os vigiam, que lhes ditam as suas análises e lhes dão indicações, ou seja, que determinam escolhas, projectos e até desejos. Estamos, agora, no dealbar do século XXI, e BHL, a pretexto de seguir os passos de Tocqueville na década de 30 de Oitocentos, percorre os EUA.

Por mim, vejo, no nosso espaço e no nosso tempo, sinais de ambos os modelos, coexistindo – é ainda cedo para dizer se tal coexistência é pacífica. Parece-me indiscutível, contudo, que o segundo (o modelo panóptico invertido) se revela de um modo bem mais visível, muitas vezes mesmo com estrondo, desempenhado nisso, à uma, os *media* e o sistema de justiça um papel muito relevante. Dia-a-dia, ao ritmo dos jornais e dos telejornais, é servido o *pathos* da inversão do velho modelo panóptico, onde os dominantes preferencialmente debaixo de olho são os políticos e/ou os gestores.

Falemos um pouco do assunto, e sobretudo de como o sistema de justiça (deixemos, por ora, os *media* postos em sossego), amiúde, nos dias que correm, esquece as doutrinas do duplo gládio, fazendo tábua-rasa do são e velho princípio de que à Política o que é da Política, à Gestão o que é da Gestão e à Justiça (sobretudo a criminal, onde o *pathos* mais intensamente se realiza) o que é da Justiça.

Realmente, nos dias que correm, parece ser prática frequente de autoridades de investigação, e mesmo Tribunais (embora menos), imiscuírem-se, nos processos, em questões de pura gestão, pública ou privada, sem qualquer relevância criminal (ou de outros níveis de ilicitude). Parece haver, algumas vezes, uma certa dificuldade em delimitar o raio de acção do Ministério Público, das Polícias e/ou dos Tribunais nesta matéria.

Ora, o raio de acção do Ministério Público, das Polícias e dos Tribunais deve circunscrever-se à prática de ilícitos, criminais ou de outra natureza, no âmbito da gestão pública ou privada. Devendo aqueles procurar resistir à tentação de sobrepor o seu próprio juízo, que é sempre um juízo *ex post* e com base em tudo quanto o tempo posterior às decisões avaliadas ensinou, ao juízo de quem tomou a decisão de gestão com base na informação e nas perspectivas que ao tempo tinha, e no contexto e com as condicionantes existentes, procurando o melhor caminho, em seu (sempre falível e condicionado) juízo.

O Direito Criminal é de *ultima ratio*. E nele não cabem juízos de outra natureza jurídica (administrativa, obrigacional, etc.), e muito menos juízos éticos, políticos

¹ Uma parte deste escrito foi já publicada na revista "Visão".



O DIREITO CRIMINAL É DE ÚLTIMA *RATIO*. E NELE NÃO CABEM JUÍZOS DE OUTRA NATUREZA JURÍDICA (ADMINISTRATIVA, OBRIGACIONAL, ETC.), E MUITO MENOS JUÍZOS ÉTICOS, POLÍTICOS OU DE GESTÃO. E AINDA MENOS DISCORDÂNCIAS DE GESTÃO DE QUEM NÃO É GESTOR, DISCORDÂNCIAS POLÍTICAS DE QUEM NÃO É POLÍTICO, E DE QUEM AVALIA E AVERIGUA *EX POST*, DE QUEM NÃO TEM O ÔNUS DE DECIDIR, DE ARRISCAR, DE GERIR

ou de gestão. E ainda menos discordâncias de gestão de quem não é gestor, discordâncias políticas de quem não é político, e de quem avalia e averigua *ex post*, de quem não tem o ônus de decidir, de arriscar, de gerir.

E decidir, gerir, arriscar realmente, sem ficar paralisado, com receio de juízos posteriores de discordância; algumas vezes, aliás, juízos que revelam uma visão das coisas da gestão um pouco paroquial, uma visão dos assuntos da decisão, da gestão, das contas que não se afasta muito de um modelo simplista de mercearia.

É-se eleito ou nomeado para gerir e decidir. E não é ilícito gerir e decidir. (São afirmações de La Palisse, é verdade, mas não é ocioso enunciá-las e sublinhá-las.) A não ser que tal decisão e gestão sejam, dolosamente, contra os deveres do cargo, e para benefício ilegítimo do próprio ou de terceiros ou prejuízo ilegítimo destes. E casos há desses, evidentemente, nos quais o sistema de justiça tem que fazer o que lhe cumpre.

Mas isso é bem diferente do que, muitas vezes, e a coberto de tipos criminais tão abrangentes, incaracterísticos e *plásticos* como a prevaricação, a participação económica em negócio, o peculato, a administração danosa, a infidelidade e quejandos, afinal mais não é do que a expressão da discordância, a constatação *ex post* do erro, a diferente mundividência, ou pura e simplesmente a incapacidade de compreender que gerir e decidir é, afinal, arriscar, prever e prover e arrostar com o ônus daquele risco.

De facto, se se quiser (por erro ou de "caso pensado" – e sem se fazer aqui qualquer exercício de especulação sobre os motivos), muita coisa se consegue *subsumir* em previsões como: "*conduzir ou decidir contra direito um processo*" (prevaricação), "*lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais*" (participação económica em negócio), "*se apropriar*" ou "*fizer uso*" (peculato e peculato de uso), "*infringindo normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional*" (administração danosa) e "*causar a esses interesses prejuízo patrimonial importante*" (infidelidade).

E ainda mais fácil será se, por um lado, como muitas vezes acontece, se tratar conceitos tão vagos e abrangentes com evidente generosidade, sem rigor e exigência na sua densificação, e, por outro lado, como ainda mais vezes acontece, se nada se apreciar ou exigir quanto ao alegado dolo ("genérico" e "específico", pois estes crimes, sendo dolosos todos, têm muitos uma especial exigência no que toca aos elementos subjectivos do tipo-de-ilícito), bastando-se as acusações e as decisões de Juiz com a afirmação lapidar e tabelar de que "*bem sabia o arguido*" ou "*agiu com dolo*" ou "*não podia ignorar*" ou coisas do mesmo, e infeliz, jaez.

Gerir e decidir não são ciências exactas. E a Justiça, que, não sendo exacta, deve ser rigorosa e focada (e, já agora, bem e claramente fundamentada), não deveria querer que o fossem. Até porque, além do mais, não é esse o seu papel, nem para tanto tem legitimidade. ◻