

DIREITO INSTITUCIONAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO EUROPEU NO SÉCULO XXI

Fábio Medina Osório

Promotor de Justiça-RS, Mestre em Direito Público pela UFRGS, Doutorando em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madrid, Espanha (Capes), Professor na PUCRS e na Escola Superior da Magistratura-RS

INTRODUÇÃO

O Ministério Público (MP) tem evoluído rapidamente no cenário internacional. Sua velocidade só perde para a velocidade das organizações criminosas, estas plenamente contemporâneas a todos os acontecimentos, fenômenos e conquistas da civilização nas sociedades globalizadas.

O crime – em sua dimensão de fato socialmente danoso – aparece quase que simultaneamente ao surgimento de um bem social e eticamente relevante. Com o surgimento das novas tecnologias e dos novos bens jurídicos, v.g, relações entre informática e privacidade, informação, honra e moralidade pública na internet, negócios transnacionais, fraudes internacionais, lesão aos interesses financeiros de organismos transnacionais, etc, surgem, como é evidente, as novas formas da criminalidade globalizada.

Antes da internet, não havia crimes de internet, obviamente. O detalhe é que a lesão aos bens socialmente valiosos aparece praticamente junto com as novas conquistas, ao passo que a reação institucional ao delito só aparece posteriormente, com maior ou menor lentidão. O Direito anda atrás dos fatos. Mais ainda o Direito Penal, dada sua altíssima burocratização e seu intenso formalismo.

Diante do impacto do crime organizado e dos múltiplos problemas comuns às mais diversas Nações civilizadas, no que diz com a prevenção e repressão de condutas socialmente nocivas, seria imperiosa uma nova organização das Instituições de controle, as quais não poderiam ficar alheias ao processo de globalização da criminalidade. Não se pode

aceitar a globalização do crime sem uma correspondente globalização dos mecanismos de controle e repressão.

Ninguém, nenhuma Instituição, pode sobreviver isolada no mundo e no cenário internacional. Necessitamos dos conhecimentos que são utilizados pelos Ministérios Públicos mais diversos, desde a China, Estados Unidos de América, França, Alemanha, Espanha, Itália, para ficarmos com poucos exemplos, até a Argentina ou o Chile. Necessitamos partilhar e aprimorar conhecimentos, idéias, planos de ação. Necessitamos acompanhar a realidade internacional para melhor desenhar e situar nossas próprias possibilidades, rumos e estratégias.

As grandes empresas criminosas são ágeis, dispõem do instrumental bélico e informático mais avançado possível, possuem redes de contatos, estão perfeitamente inseridas na globalização. Os empresários do crime são organizados, têm estratégias comuns, realizam lucrativas parcerias em detrimento dos interesses sociais. São poderosos, têm muito dinheiro e influências. Possuem contatos importantes nos mais diversos setores sociais e institucionais.

Eis a corrupção pública como o elo de ligação entre o obscuro mundo da criminalidade e o setor público. Porém, não nos olvidemos da corrupção no setor privado, igualmente digna de atenção e preocupação, pelos negativos reflexos sociais que daí derivam.

Foi nesse contexto que, por vez primeira, realizou-se o Congresso Mundial do Ministério Público, sob a presidência do colega de São Paulo, Edilson Mougénot Bonfim, que teve a idéia e a iniciativa, com a imprescindível promoção e o suporte da Associação Paulista do Ministério Público, na presidência do colega Juarez Mustafá¹, em São Paulo, setembro de 2000.

Tive a honra de participar ativamente do evento, na qualidade de Assessor Internacional do Congresso. E, nessa condição², recebi convite de Jesus Cardenal, Procurador-Geral de Justiça do Estado espanhol, para participar, como único visitante e observador de fora da Europa,

¹ Presidente de Honra do Congresso, além de Presidente, à época, da APMP.

² Eis a composição do *staff* que organizou o evento: Presidente do Congresso, Edilson Mougénot Bonfim; Presidente de Honra, Juarez Mustafá; Comissão Organizadora: Fábio Ramazzini Bechara, Coordenador; José Carlos Cosenzo; Maria Gabriela O. Steinberg; Roberto Luiz Bodini; Carlos Henrique Mund; Luis Carlos Ormeleze; Assessor Internacional: Fábio Medina Osório; Colaboradores: Carol Lucas Vieira, Pedro Ivo G. Iokoi e Domingos Parra Neto.

do *III Encuentro Eurojusticia*, realizado em Santander, Espanha, em outubro de 2000.

Como consequência de haver estado no Encontro europeu, entendo pertinente trazer à tona um breve relato à sociedade brasileira, retratando, ainda que fragmentariamente, um panorama extremamente recente, um projeto que está em andamento na União Européia.

Penso que deveríamos, aliás, adotar o hábito de trazer ao domínio público os conhecimentos e informações adquiridos em Congressos Nacionais ou Internacionais, notadamente quando uma Instituição pública tenha participado da ida de funcionário público ao evento³.

Nessa linha de entendimento, eis algumas reflexões em torno ao novo Ministério Público que se está construindo na Europa do século XXI, sem pretensão de resumir todas as palestras proferidas no III Encontro Eurojustiça, mas sim buscando trazer à tona algumas observações críticas em torno a temas palpitantes e fundamentais, que tenham interesse e relevância mais evidentes ao contexto brasileiro.

TEMAS E PROBLEMAS ABORDADOS: A JUSTIFICATIVA DO III ENCONTRO “EUROJUSTIÇA”

Parece oportuno reproduzir, desde logo, o teor do convite que o Procurador-Geral da Espanha, Jesus CARDENAL FERNÁNDEZ, dirigiu ao autor deste trabalho, quando destaca a relevância e aduz justificativas e propósitos do III Encontro “Eurojusticia”⁴:

“En el presente año 2000 corresponde a España la organización de la tercera Conferencia Eurojustice, que reúne a los Fiscales Generales y máximos responsables de los Ministerios Públicos y Servicios de Acusación Pública de los Estados miembros de la Unión Europea. La misma pretende dar continuidad a las anteriores reuniones celebradas en Noordwijk (Holanda) en 1998 y Rouen (Francia) en 1999.

³ No caso, as despesas de hotel foram suportadas pelo Governo espanhol. E a despesa da passagem aérea foi custeada com horas-aula que fiquei devendo à Escola Superior do Ministério Público-RS, à qual agradeço pelo apoio emprestado. O período utilizado foi o relativo às férias gozadas.

⁴ Ofício repassado à Procuradoria-Geral de Justiça-RS e à Escola Superior Superior do Ministério Público-RS. Também foi dado conhecimento à presidência da Associação do Ministério Público-RS.

El Tratado de Ámsterdam ha dado un nuevo impulso a la cooperación judicial en el ámbito de la Unión Europea. La cumbre de Tampere ha supuesto un importante hito en el camino hacia la creación de un espacio común europeo de Libertad, Justicia y Seguridad.

La Fiscalía General del Estado de España, con el apoyo del Ministerio de Justicia, entiende que, en línea de continuidad en el impulso de ese espacio común europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, la III CONFERENCIA EUROJUSTICIA 2000, debe orientarse a propiciar el debate sobre las conclusiones adoptadas en aquella ciudad finlandesa y la puesta en práctica efectiva de las medidas acordadas en la misma.

Por las razones expuestas, tendrá carácter preferente, en el desarrollo de la conferencia, el análisis de las conclusiones de la cumbre de Tampere y la elaboración de propuestas precisas en torno a los siguientes temas:

- Mecanismos de coordinación de las Fiscalías y prestación de mutua ayuda en las investigaciones de carácter penal. Especial referencia a la coordinación de las Fiscalías en la lucha contra la delincuencia relativa a los intereses financieros de la Unión – relaciones con la OLAF –.
- Aspectos penales de la inmigración ilegal.
- Creación de una unidad compuesta por profesionales de justicia cedidos temporalmente por los Estados miembros. Perfil, composición, funciones, medios, potestades y ámbito de actuación de EUROJUST.
- Actividades de puesta en contacto y enlace entre autoridades competentes en materia de cooperación judicial (MAGISTRADOS DE ENLACE Y RED JUDICIAL EUROPEA). Evaluación y mejoras. Relaciones, compatibilidad y conexión con la actividad de "EUROJUST".
- Coordinación con responsables policiales y administrativos en la lucha contra la delincuencia transnacional.
- Condiciones, criterios y procedimientos para la concesión de asistencia jurídica y coordinación de la acción penal. Comparación de aspectos materiales y de procedimiento. Problemas de incompatibilidad. Especial referencia a:
 - Identificación de los obstáculos al reconocimiento mutuo de decisiones y sentencias. Medidas necesarias para su supresión gradual.

- Coordinación de procedimientos en casos conexos o cuando tengan jurisdicción distintos tribunales y transferencia de procedimientos.
- Uso de nuevas tecnologías en los procedimientos y actos de cooperación judicial internacional.
- Tratamiento de la Víctima.
- Necesidades de armonización de los Ministerios Públicos de la Unión Europea. El modelo de la propuesta del Ministerio Fiscal Europeo (*Corpus Iuris*).
- Formación común de Fiscales en el marco judicial europeo.
- Actuación en modalidades graves de delincuencia organizada.

El resultado que se prevé obtener es la disposición de propuestas e instrumentos que mejoren de manera efectiva la comunicación y coordinación de las actividades de las distintas Fiscalías de la Unión Europea en la parcela de la cooperación y asistencia judicial internacional en materia penal. Por ello, se hará especial hincapié en la identificación de los problemas existentes y de las soluciones posibles.

En esta medida, la Conferencia tiene por objetivo contribuir, desde la perspectiva del Ministerio Público, al proceso de construcción de un auténtico espacio común europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Es por ello que el título escogido para la misma es MINISTERIO FISCAL Y ESPACIO JUDICIAL EUROPEO”.

Penso que as justificativas apresentadas pelo máximo representante do Ministério Público espanhol são, por si sós, eloquentes e evidenciadoras da importância do evento, de seus propósitos e suas necessidades. Sucintamente, referirei os aspectos e debates que se revelaram mais interessantes do ponto de vista dos interesses brasileiros e do Ministério Público gaúcho.

MECANISMOS DE COMBATE À CRIMINALIDADE COMO INSTRUMENTOS PROTETORES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O NEOGARANTISMO EMBAADOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EUROPA

É sabido que a União Europeia vive a realidade da liberdade sem fronteiras. Sabe-se que um dos principais propósitos da União foi, de fato, a construção de um amplo e comum espaço de liberdades aos cidadãos europeus.

Mais ainda, o espaço comum de liberdades, que se desenvolve no seio da União Européia, pressupõe não apenas a supressão das fronteiras, mas também a criação e consolidação de uma moeda única, o “euro”, a ampliação das liberdades contratuais, a instituição de um Direito Comunitário, é dizer, europeu, enfim, o encaminhamento de propostas tendentes à construção de uma espécie de “neofederalismo” em plena Europa.

Obviamente, desnecessário seria referir que todo regime de liberdades apresenta ao menos duas dimensões fundamentais: (a) o aumento das liberdades para o bem e (b) o aumento das liberdades para o mal.

Por isso, em um regime democrático, o criminoso também goza de maiores liberdades, tanto quanto aumentam as liberdades dos cidadãos honestos. E não há outra possibilidade? Ora, é natural que assim seja, em alguma medida.

Se se consagram direitos fundamentais, v.g., presunção de inocência ou direito ao devido processo legal, tais direitos são outorgados indistintamente a todas as pessoas, justamente na formação do juízo de culpa ou antes dele. Se o Estado está limitado em suas ações, v.g, somente podendo entrar em domicílio de alguém mediante uma ordem judicial ou na hipótese de prisão em flagrante, resulta evidente que não há possibilidade de apriorística distinção entre pessoas honestas e desonestas, entre cidadãos de bem e cidadãos criminosos, notadamente porque se trata de direitos que atingem a todos indistintamente, presumindo-lhes a inocência. Não é possível, portanto, nem mesmo desejável, excluir os criminosos do gozo de direitos fundamentais inerentes a todas as pessoas⁵.

Enfatize-se que mesmo após o reconhecimento da plena responsabilidade criminal de um indivíduo, é necessária a proteção

⁵ Não se pode desprezar a crítica da realidade formulada pela arte cinematográfica. O cinema tem dado boas contribuições, notadamente como reflexo do que passa ou pode passar na realidade. Repare-se no filme *Enemy of the State*, EEUU, 1998 (126min), Diretor Tony Scott, quando, em certa passagem do diálogo do personagem do ator Will Smith com sua esposa, a propósito da perspectiva de perda de privacidade pelos cidadãos, como instrumento estatal de combate à criminalidade, ela refere: quem decide, a final, quem são as pessoas de bem e quem são os bandidos? Acrescentaria: e como se decide? Ora, se ninguém tivesse direito à privacidade, à inviolabilidade domiciliar, à prisão apenas nos moldes de uma fundamentada decisão judicial, certamente se reduziriam determinadas espécies de criminalidade. Imagine-se

de certos direitos fundamentais, v.g, dignidade humana e proporcionalidade no cumprimento das penas. Daí porque os direitos humanos pertencem a todos seres humanos, não apenas às pessoas de bem. Os “bandidos”, os criminosos, também se beneficiam de direitos fundamentais outorgados abstratamente a todos, até porque, é bom lembrar, para que se reconheça a responsabilidade criminal das pessoas, imperiosa a submissão da pretensão punitiva do Estado a um quadro normativo pautado por direitos fundamentais.

Sem embargo, no marco da proporcionalidade e da convivência harmônica dos direitos fundamentais, o Estado não pode ficar imobilizado e inerte diante de ações e/ou omissões criminosas. E isso porque, singelamente, a ação repressiva de um Estado, num regime democrático, deve pautar-se pela proteção de *todos* direitos fundamentais, aí incluídos, obviamente, os direitos das vítimas de crimes e os direitos difusos dos membros de uma sociedade.

Cada delito tem sua vítima. Esta pode ser determinada ou difusa. A existência de direitos lesados, no pólo passivo dos delitos, é uma consequência necessária de doutrinas garantistas. Isso porque não é possível criminalizar condutas arbitrariamente.

Mesmo quando estamos diante de um delito ambiental ou de um crime de suborno, envolvendo corrupção pública, ferem-se os direitos fundamentais a um meio ambiente sadio e a uma administração pública honesta e eficiente. Esses direitos estão plasmados, no meio social, de forma difusa.

Em geral, figuras delitivas devem ostentar uma importância tal, na sociedade, que debaixo dessas espécies normativas devem existir

que todas vias públicas fossem filmadas pelo Estado, que passaria a controlar o fluxo de veículos e pessoas, horários, tipos de movimentos, etc. Tais medidas não tornariam os espaços públicos mais “seguros”? É possível que sim, mas, por um lado, apareceriam outras formas de inseguranças, v.g, o abuso de poder do Estado, as invasões à privacidade, as chantagens. Com efeito, todos – pessoas de bem e bandidos – estariam sujeitos a uma intervenção estatal ilimitada. Concordaríamos com tal possibilidade, em nome do fortalecimento dos mecanismos protetores dos interesses sociais? A resposta não é fácil. E isso porque queremos todos gozar de privacidade, de inviolabilidade domiciliar, do direito de ir e vir, enfim, do conjunto dos direitos fundamentais que hoje se reconhecem nas Constituições democráticas, mas também queremos segurança pública. O custo do aumento das liberdades e dos direitos fundamentais é, inevitavelmente, o aumento das limitações ao poder repressor do Estado. Aumentam-se, pois, conseqüentemente, os riscos de impunidade.

bens jurídicos relacionados, direta ou indiretamente, a direitos fundamentais. Só essa relação seria capaz de explicar – mais ainda, justificar – a restrição de direitos fundamentais inerente à criminalização de comportamentos socialmente patológicos.

Restringem-se, potencialmente, direitos individuais, proibindo-se condutas mediante ameaça de sanções privativas de liberdades ou direitos. Essas restrições devem encontrar fundamento na necessidade de proteção de outros direitos fundamentais, sob pena de se configurarem como restrições carentes de racional e válida justificação em um Estado Democrático de Direito.

Daí que, a par dos direitos individuais de todo aquele que vem a ser investigado ou processado, enfim, seja dos presumivelmente inocentes ou dos possíveis culpados, também são protegidos – ou pelo menos deveriam sê-lo – os direitos das vítimas e os interesses sociais relacionados a esses direitos. Eis a necessidade de um equilíbrio entre direitos individuais e interesses sociais, entre direitos das vítimas e direitos dos criminosos, entre interesses públicos e privados, no balanceamento dos mecanismos de combate à criminalidade.

O equilíbrio de que se fala não pode ser matematicamente calculado. A preponderância dos interesses públicos sobre os privados é, em tal contexto, uma imperiosa necessidade na fase das investigações destinadas a embasar ações sancionadoras ou repressivas do Estado, no controle e combate a determinadas espécies de ilícitos atentatórios a direitos fundamentais.

Não será todo o ilícito que, automaticamente, apenas por assim sê-lo, gerará a prevalência dos interesses públicos sobre os privados. Tampouco essa prevalência tem caráter absoluto ou automático, muito menos se trata de uma prevalência desmedida ou ilimitada. Todavia, há ilícitos que, inegavelmente, por sua importância transcendental, justificam, exigem do Estado um maior rigor na restrição dos direitos fundamentais da pessoa humana sujeita à atividade investigatória e repressiva⁶.

Eis um consenso que ganha corpo nos Ministérios Públicos europeus, nos discursos oficiais dos máximos representantes do *parquet*

⁶ Parece óbvio que uma investigação de um furto simples não justificaria quebra do sigilo das comunicações telefônicas, tampouco uma prisão preventiva. Já poderia justificar, todavia, um mandado de busca e apreensão domiciliar. Há uma escala axiológica na tipificação dos delitos e, especialmente, na eleição das medidas investigatórias restritivas de direitos fundamentais.

na União Européia. E é um discurso bastante razoável, fruto da experiência daqueles que estão, hoje, se deparando com formas bastante sofisticadas da criminalidade contemporânea.

Examinemos, pois, mais de perto, alguns problemas hoje intensamente vivenciados pelos Ministérios Públicos da União Européia, problemas debatidos nos dias 25, 26 e 27 de outubro de 2000, em Santander, Espanha, no III Encontro *Eurojusticia*.

A BUROCRACIA DOS MECANISMOS INSTITUCIONAIS DE COMBATE À CRIMINALIDADE: EFICIÊNCIA, CRIATIVIDADE, DINAMISMO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS E NO DESENVOLVIMENTO DE INSTRUMENTOS FISCALIZATÓRIOS

Um problema comum aos Ministérios Públicos europeus diz respeito às vantagens que têm os criminosos em relação aos Estados, no que toca a criminalidade e impunidade. Note-se que as empresas criminosas se amparam na legalidade estatal, dela usam e abusam para o cometimento de delitos. Usam as liberdades públicas das Constituições e do Direito Comunitário para respaldar suas atividades criminosas e angariar impunidade.

De um lado, as vantagens dos criminosos decorrem do caráter abstrato e genérico das leis e normas constitucionais que se integram em regimes democráticos, como já alertado anteriormente, isto é, são as vantagens inerentes aos sistemas que reconhecem e protegem direitos fundamentais para todos.

Porém, de outro lado, e nesse passo seria possível repensar alguns institutos e algumas tradicionais posturas, as empresas criminosas se organizam de forma ágil, desburocratizada, dinâmica, eficiente. Ora, esses predicados se poderiam exigir também das ações públicas: agilidade, dinamismo, criatividade, rapidez, eficiência no controle e combate à criminalidade.

A Unidade Européia ensejou necessidade de buscar novas formas de relacionamento entre as Instituições fiscalizadoras, abandonando antigas posturas isolacionistas e burocratizadas.

A idéia de *Eurojust* nasce, em um ambiente dominado pela integração econômica e política dos Estados, a princípios dos anos 90, possivelmente até mesmo antes, como uma realidade capaz de

abarcam um Tribunal, uma Polícia e um Ministério Público Europeus, destinados a investigar, acusar e julgar delitos contra os interesses da União Européia, bem como cooperar com os Estados-membros no combate aos ilícitos transnacionais.

É verdade que já no Tratado de Maastricht se previu a idéia de cooperação judicial e foi de acordo com esse espírito que se deram os primeiros passos rumo à idéia de *Eurojust*. Em 02 de novembro de 1993, o Ministro de Justiça Belga lançou a idéia, que agora parece modesta aos europeus, mas que em sua época foi altamente avançada, de criação de um “Centro para a Informação, Estudo e Intercâmbio dentro do campo da cooperação judicial”, denominado CIREJUD. Essa proposta foi abortada. Porém, o mesmo Ministro belga gestionou a idéia do que seria, mais adiante, denominada como Rede Judicial Européia, estabelecida por meio de uma ação conjunta, em 29 de junho de 1998, algo bastante recente, pois. Trata-se de uma rede de pontos de contatos entre autoridades judiciárias⁷ européias. Logo, veio a proposta de Unidade de Cooperação Judicial⁸, também a de criação do “Promotor Europeu” ou Ministério Público Europeu, agregando-se às entidades já existentes, como EUROPOL⁹. Todo esse conjunto de idéias e de instituições, em andamento na União Européia, recebeu a denominação de *Eurojust*, a partir de uma reunião do Conselho Europeu Especial de Tampere, de 15 a 16 de outubro de 1999, em cujas conclusões da Presidência constou a criação de uma unidade (*EUROJUST*). Dita Unidade seria composta por Promotores nacionais, Magistrados, ou Oficiais de Polícia com competências equivalentes, procedentes de cada Estado Membro, de acordo com o respectivo sistema legal. “EUROJUST tendrá la tarea de facilitar la adecuada coordinación de las autoridades fiscales nacionales y de las investigaciones de la policia judicial en los casos de delincuencia

⁷ Essa expressão também abarca o Ministério Público, além dos Juízes.

⁸ A idéia básica consistia em que se pudessem resolver problemas concretos. Se um Promotor da Grécia se deparasse com um caso urgente relativo à delinquência organizada em Espanha, e necessitasse de informações sobre suas contas bancárias específicas, situadas no Estado espanhol, os chamados “Magistrados de conexão” despempenhariam funções de contatos, proporcionando esclarecimentos, apontando caminhos no idioma oficial local, promovendo requerimentos.

⁹ Foi concebido, originariamente, pelo 1º Ministro alemão KOHL, como espécie de FBI Europeu, convertendo-se em uma instituição de informação e análise sem competências policiais operativas.

organizada, basándose en los análisis de la Europol, así como la de cooperar estrechamente con la Red Judicial Europea, especialmente con objeto de simplificar la tramitación de los exhortos. El Consejo Europeo solicita al Consejo la aprobación del instrumento legal necesario antes de finales del año 2001”¹⁰.

Posteriormente ao famoso encontro de Tampere, houve iniciativas no sentido de elaborar documentos definindo e mapeando as atribuições de *Eurojust*, o que haveria de ser objeto de exposição autônoma, dada a amplitude do tema e dos poderes dessa unidade europeia.

Quer-se mostrar qual o panorama e o grau de colaboração que se pretende alcançar entre as Justiças dos Estados europeus. Além disso, imperioso examinar, ainda que rapidamente, outros pontos considerados úteis e relevantes ao desenvolvimento de mecanismos mais dinâmicos e eficazes de controle e combate à criminalidade.

O intenso uso dos meios informáticos é um caminho necessário, juntamente com alta preparação técnica e valorização profissional dos agentes da Justiça. Dinamismo deve opor-se à burocracia inútil ou desnecessária, à lentidão, ao desinteresse. Eficientes devem ser as ações públicas, em termos de resultados e de procedimentos. Há que se abandonar antigas idéias de incompatibilidade entre o respeito aos direitos dos imputados e eficiência das investigações e ações repressivas. A informatização, o uso da internet, a desburocratização de caminhos institucionais, constituem mecanismos necessários ao combate ágil e criativo da criminalidade.

O uso correto e eficiente das novas tecnologias não pode ficar nas mãos exclusivamente dos criminosos ou da criminalidade organizada. É impensável que as Instituições fiscalizadoras fiquem alheias ao processo de avanços tecnológicos. E isso porque, sabemos, a criminalidade contemporânea, nas áreas mais sensíveis, v.g., corrupção, fraudes e delitos econômicos, se valem das melhores e mais sofisticadas conquistas tecnológicas¹¹.

Também delitos tradicionais, v.g, roubos, homicídios, exploração da prostituição, tráfico de armas, grandes estelionatos comerciais e econômicos, delitos relacionados às isenções fiscais, delitos

¹⁰ Seguimos a palestra de Hans G. NILSSON, chefe da Divisão de Cooperação Judicial, Conselho da União Européia, *Eurojust*, Santander, 2000.

¹¹ Consulte-se o trabalho de Joachim ECKERT, *The use of new technology and acts of international co-operation*, 20.10.2000, Eurojustice 2000, Santander. O autor é membro do Ministério Público germânico. As transações financeiras internacionais, e mesmo dentro

informáticos, espionagem industrial, enfim, há uma grande quantidade de delitos que comportam o controle e a repressão através do uso de tecnologia sofisticada.

Em uma primeira etapa, sugere-se, com o uso da tecnologia, o seguinte: (a) reconhecimento do crime; (b) registro de determinadas pessoas ou empresas, automóveis, telefones celulares, computadores,

dos Estados, passam, a efeitos de controle, pelo domínio de alta tecnologia. A identificação dinâmica de pessoas, fatos, dados, requer tecnologia eficazmente manejada. Por exemplo, um caso em que quatro ou mais indivíduos, acusados de determinados delitos, inclusive associativos, negam conhecer-se. Obtendo e confrontando dados de vôos, jantares e almoços, hotéis, cartões de créditos, gastos em geral, e assim por diante, pode-se reunir uma série de elementos de convicção importantíssimos. É necessário, para tanto, agilidade tecnológica e trânsito rápido junto às instituições necessárias, v.g., instituições bancárias. Equipes interdisciplinares e inclusive internacionais de investigação, amparadas no uso de alta tecnologia, podem obter impressionantes resultados no combate à criminalidade transnacional. Poderíamos pensar que essa realidade está muito distante da nossa. Porém, não está. Isso porque o uso da tecnologia, em suas formas mais sofisticadas, não é privilégio dos europeus. Não nos esqueçamos de que a criminalidade transnacional encontra parceiros no mundo todo, notadamente em uma das mais importantes economias mundiais, como o é a brasileira. O mercado brasileiro está aberto aos investimentos e também à criminalidade transnacional. Mas não é só isso. Lembre-se de que também a criminalidade nacional se vale, crescentemente, do conhecimento e uso da informática, de sofisticados computadores e tecnologia, demandando respostas proporcionalmente eficientes e dinâmicas. Lembremos dos delitos que se cometem com uso de cartões de crédito, das fraudes em contas telefônicas, do uso abusivo e criminoso da internet, dos delitos econômicos, fiscais, de corrupção, que exigem rápidas medidas de bloqueio de bens e contas bancárias, de identificação de operações financeiras, fiscais, comerciais. Enviar um ofício ao Banco Central, ficando na dependência da boa-vontade dessa instituição, *data venia*, não constitui uma alternativa séria. Deveríamos investir, portanto, não apenas no aparelhamento das Promotorias com alta tecnologia, mas também na formação de profissionais competentes nessa área, que possam auxiliar, com confiança e eficácia, os membros do Ministério Público na área de repressão rápida aos ilícitos, notadamente ilícitos de colarinho-branco. E deveríamos contar com profissionais capazes de entrar nas instituições e manejar com rapidez e eficiência dados e informações, auxiliando-nos em nossas tarefas fiscalizadoras. Não adianta promover enorme quantidade de concursos públicos para Promotores, sem antes dotar as Instituições fiscalizadoras, cada Promotor, com uma estrutura técnica, tecnológica, de informática e pessoal, capaz de atender as demandas sociais decorrentes do avanço de formas sofisticadas de criminalidade. Mais ainda, até mesmo a criminalidade massiva, aquela do dia-a-dia, requer o uso da tecnologia. O que se dirão das investigações criminais efetuadas sob o controle do Ministério Público, com uso de alta tecnologia? Mesmo delitos como homicídios poderiam ser melhor instruídos, sem falar nos roubos e furtos de automóveis ou no controle dos processos de execução penal. Em suma, necessitamos de estruturas administrativas e funcionais cada vez mais eficientes.

mediante processamento eletrônico dos dados em rede; (c) reconhecimento de uma sistemática; (d) reconhecimento de organizações de delinquentes; (e) reconhecimento de possíveis estruturas hierárquicas nas atividades criminosas; (f) reconhecimento das estruturas de movimentos; (g) reconhecimento de fluxos de capitais ou de mercadorias. Em segunda fase, pode-se promover: (1) intercâmbio de informações no âmbito internacional, sem necessidade de intervenções judiciais; (2) busca de pessoas de contatos; (3) criação de grupos móveis de atuação, com caráter internacional. Na terceira etapa: (I) acesso conjunto para todos os investigadores às informações; (II) acesso imediato aos patrimônios já reconhecidos e às medidas de embargo; (III) utilização do processamento eletrônico dos dados para garantir o embargo dos valores patrimoniais recém localizados; (IV) embargo preliminar informal de valores patrimoniais em todos os Estados-membros, garantido o posterior auxílio judicial¹².

Apontam-se exemplos de possíveis dados a serem processados em rede: (a) pessoas; (b) números de telefone; (c) carros, veículos, embarcações; (d) objetos de todo tipo, tais como casas, empresas, pontos de encontro; (e) informações mediáticas; (f) informes de investigações criminais; (g) objetos apreendidos e/ou requisitados; (h) impressões digitais; (i) organizações, atas de escutas telefônicas, imagens, gravações em vídeo; (j) contas bancárias, cartões de crédito; (k) outros dados e arquivos reputados úteis¹³.

Podemos transportar essas preocupações ao contexto brasileiro, sem dificuldades. Para tanto, necessitaremos de investimentos pesados do Estado, de um consistente e sério aparelhamento tecnológico. De outro modo, ficaremos parados no tempo, dependendo da medidas administrativas ou judiciais morosas, burocráticas, enquanto a criminalidade contemporânea se organiza com rapidez, informalidade e notável eficiência.

O que preocupa é que, no discurso de redução do Estado, v.g., implementação do estrangulamento que significa a Lei de Responsabilidade Fiscal para o Ministério Público e Judiciário brasileiros, talvez não haja suficiente disponibilidade financeira para dotar as Instituições fiscalizadoras dos instrumentos tecnológicos e

¹² Joachim ECKERT, citado.

¹³ *Ibidem*.

humanos imprescindíveis ao eficiente combate à criminalidade contemporânea. Não nos esqueçamos, nesse passo, de que grande parte dessa criminalidade, a par de possuir redes de contatos no setor público e político, é, diretamente, composta por pessoas e organizações francamente infiltradas no âmbito público. Daí que o estrangulamento das Instituições fiscalizadoras talvez tenha explicações mais complexas e misteriosas que se poderia imaginar.

Sublinhe-se que a *III Conferencia Eurojusticia*, após reconhecer e declarar a importância do Ministério Público para o funcionamento e desenvolvimento da cooperação judicial em matéria penal, proclamou, enfaticamente, que “la mejora de su organización y eficacia constituye un factor decisivo para la construcción de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y *encarece a los Estados miembros de la Unión a adoptar cuantas medidas sean precisas para perfeccionar su capacidad operativa y su dotación material*”.

O aparelhamento do Ministério Público é, pois, fator decisivo nos avanços no combate à criminalidade contemporânea, visto como estamos diante da Instituição que, a um só tempo, está encarregada do controle das investigações e da titularidade da ação penal.

Considerando os limites deste espaço analítico, abordaremos apenas duas áreas de atuação estratégica do Ministério Público, enfocando delitos relacionados às drogas ilícitas e ao campo da criminalidade tida como de “colarinho-branco”.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS: O PROBLEMA DO CONTROLE DA VENDA E CONSUMO DE DROGAS NA EUROPA E NO BRASIL

O tema da distribuição e consumo de substâncias proibidas tem sido encarado como um problema mundial de saúde pública e foi, como seria de se esperar, objeto de uma intervenção no III Encontro *Eurojusticia*. Porém, deve-se dizer, lamentavelmente, que a única intervenção formulada, e prevista, ficou centrada em preocupações puramente repressivas, salientando, superficialmente, que a liberalização ou legalização do consumo ou mesmo comercialização de drogas não seriam opções legítimas ou eficazes em termos de políticas públicas, dado que não reduziriam, nem enfraqueceriam a

criminalidade organizada, traduzindo-se, em verdade, como políticas criminais míopes¹⁴.

Desvendar as rotas do tráfico internacional, desarticular organizações criminosas, impedir a venda das substâncias proibidas, viabilizar rápidas, exemplares e eficazes punições, eis a tônica do discurso do representante do Ministério Público italiano¹⁵.

Sem embargo, em suas conclusões, a III Conferência *Eurojusticia* refere a importância de aperfeiçoar o funcionamento do Ministério Público, especialmente na luta contra o terrorismo, proteção dos interesses financeiros da União Européia, *combate à delinquência*

¹⁴ Veja-se a palestra do Procurador Nacional Antimáfia italiano, Corrado LEMBO, Il traffico internazionale di sostanze stupefacenti: strumenti e strategie di contrasto, Santander, outubro de 2000. O autor refere que a legalização ou descriminalização das drogas poderia redirecionar as atividades do crime organizado a outras esferas paralelas. Porém, não deixa de ser incrível o argumento empregado: "Ed invero, per effetto della maggiore diversificazione degli obbiettivi ed investimenti criminali, la diminuzione dei traffici di droga e dei relativi illeciti peodirri in conseguenza l'intensificazione delle attività illecite coltivate in via parallela e complementare dalle organizzazioni criminale". Além disso, salienta que a liberalização do mercado não impediria a presença dos narcotraficantes, em escala paralela e ao arrepio das regulações públicas, inclusive com uso de violência contra os comerciantes "legais", com métodos ilícitos, para obter monopólios. Aponta suas preocupações com a expansão do mercado das drogas sintéticas. Sem embargo, não se vê referência às legislações e demais realidades européias, nesse discurso. A tendência européia não parece ser similar àquela dos Estados Unidos de América. Dizer que a liberalização do mercado de consumo redirecionaria as atividades criminosas para outros campos, *data venia*, equivaleria a dizer que o combate a uma específica forma de criminalidade tornaria mais sedutoras outras formas, que ganhariam, assim, maior adesão. Quanto à interferência dos criminosos no mercado lícito, instituindo monopólios ou exercendo pressões, eliminando a concorrência do Estado, não se olvide que tal assertiva somente se aplicaria na hipótese de legalização do comércio, algo que ainda está distante da realidade na maioria dos Estados. Ainda assim, caso se optasse pela legalização do comércio, a maior garantia de que o Estado controlaria mais eficientemente esse mercado, seria sua participação no controle e distribuição das drogas com qualidade. Claro que persistiriam os riscos de corrupção e atuação paralela dos delinquentes, mas, há que se convir, se reduziriam, *a priori*, os campos monopolísticos e o lucro dos narcotraficantes, que poderiam ser mais facilmente fiscalizados pelo Estado, eis a tendência do discurso defensor dessa espécie de legalização, nos moldes holandeses. Todavia, tal perspectiva é polêmica e, por certo, comportaria muitas outras observações, dados os riscos que implica.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

associada às drogas, imigração ilegal e exploração de seres humanos¹⁶. Não se menciona, evidentemente, que políticas de legalização do comércio ou consumo de drogas seriam incompatíveis com os objetivos de um Ministério Público europeu fortalecido no combate à criminalidade organizada.

Com efeito, forçoso dizer que também a distribuição e o consumo de substâncias permitidas pode e deve ser encarada como problema de saúde pública, v.g., a questão do tabaco, notadamente da venda, publicidade e consumo de cigarros, hoje responsável por enormes impactos nas redes públicas de saúde.

Não se pode desconsiderar, portanto, o fato de que há substâncias que são proibidas e outras permitidas, de acordo com opções legislativas de cada Estado, embora tanto as lícitas como as ilícitas sejam potencialmente prejudiciais à saúde pública e à saúde individual.

A própria bebida alcoólica já teve seu período de proibição, nos Estados Unidos de América, resultando frustrada a tentativa

¹⁶ No tema da exploração de seres humanos entra o problema da prostituição, situação encarada desde perspectivas morais bastante distintas. Note-se que a frequência a estabelecimentos de prostituição não é vista, normalmente, como uma postura imoral, tanto que, em realidade, esse é o mercado que mais cresce atualmente na internet e nos meios de comunicação: o mercado do sexo. As casas de prostituição tendem a uma progressiva legalização, restringindo-se o conceito de “exploração de mulheres”. Somente as hipóteses de efetiva “escravidão” seriam enquadradas na categoria de “exploração”. Sem embargo, a realidade é mais sutil. Pode-se explorar economicamente o ser humano, através do fomento à prostituição, sem que isso signifique real escravidão. O “consumo” de prostitutas, nesse sentido, não chega a ser encarado como uma postura “imoral” ou perniciosa à sociedade, ainda que se revele imprescindível ao sucesso das atividades de exploração. Se não houvesse demanda, não haveria oferta... Pode-se fazer um paralelo com o problema das drogas. Seria legítimo combater a exploração de mulheres, criminalizando a atividade dos que mantêm relações sexuais com prostitutas? Seria o caso de criminalizar toda e qualquer atividade de exploração da prostituição? Ainda pensamos que a legalização dessas atividades de prostituição permitiriam um maior e mais eficaz sistema de controles públicos. Existindo forte demanda social, haverá oferta. Inviável a proibição da prostituição, ou mesmo das atividades de exploração, quando, sabe-se, tal proibição está, *a priori*, destinada ao fracasso. Uma relação sexual envolve o exercício de liberdades individuais. Se a pessoa quer comercializar sua sexualidade, ao Estado não é lícito proibir tal conduta criminalmente. Claro que as restrições às crianças e adolescentes sempre podem aparecer, e nesse caso devem estar presentes, dado que a própria sexualidade não resulta inteiramente disponível, dada a falta de liberdade de auto-determinação sexual. Daí que se revele natural a proibição do exercício da prostituição – masculina ou feminina – para crianças e adolescentes.

proibicionista. Hoje, as bebidas alcoólicas estão amplamente admitidas, com restrições etárias, via de regra, bem como de consumo em determinados espaços públicos ou privados. Cabe aos pais, em geral, no campo educativo, controlar seus filhos. E ao Estado compete controlar o consumo de bebidas alcoólicas por crianças e adolescentes, proibindo a venda e inclusive o consumo. De qualquer modo, imperioso o registro de que não estamos diante de um problema de polícia, mas de uma questão de saúde pública, na medida em que os estragos produzidos por doenças de alcoolismo e dele derivadas causam enorme repercussão no sistema público de atendimento à população.

Os cigarros, por seu turno, vêm ganhando, paulatinamente, restrições cada vez maiores. Seu consumo é proibido em numerosos locais, até mesmo porque o fumante não agride apenas sua própria saúde, mas também a saúde dos que respiram a fumaça que é soprada de seus pulmões. O ato de fumar, desde a perspectiva de um fumante passivo, poderia ser tido como um ato verdadeiramente “agressivo” à saúde individual e mesmo coletiva, se considerado o problema dos espaços ocupados por fumantes. A figura dos “fumantes passivos” é uma realidade, sendo que pouca atenção, curiosamente, tem merecido o tema relativo às crianças e adolescentes, fumantes passivos e ativos. A tendência é o alargamento das proibições e restrições ao consumo, distribuição e publicidade de venda de tabaco. Sem embargo, em semelhante contexto, pergunta-se: alguém cogitaria da idéia de criminalizar o porte de tabaco para consumo próprio? Quantos “criminosos” teríamos em nossas sociedades? Essa não parece ser uma alternativa na pauta dos governantes, muito menos uma legítima e viável opção de política repressiva.

De qualquer sorte, no cenário em que vivemos, não deixa de soar plausível a alegação de que a criminalização do porte de drogas para consumo próprio feriria o princípio da igualdade, na medida em que há drogas – igualmente impactantes à saúde individual e pública – que são permitidas, até estimuladas, e outras que resultam proibidas criminalmente, sem critérios razoáveis a embasar uma ou outra escolha legislativa. Não se compreende a razão para diferença de tratamento, que provavelmente se baseia em fundamentos econômicos e morais. Sem embargo, argumentos econômicos e puramente morais, nesse terreno, não poderiam servir de suporte para uma política criminalizante abusiva e excessivamente discricionária, em que aos jovens se estimula o consumo até mesmo excessivo de bebida alcoólica

e de cigarros, proibindo-lhes, criminalmente, o consumo de outras substâncias, notadamente drogas cujos efeitos não resultam ser comprovadamente mais impactantes do que aquelas, se comparados níveis de consumo excessivos¹⁷.

Na União Européia, há realidades distintas. Existem Estados que adotam políticas de combate ao tráfico e ao consumo de substâncias proibidas, ao passo que muitos outros Estados optaram por políticas de descriminalização do porte para consumo próprio, persistindo o combate ao tráfico, em medidas diferenciadas. Há, além disso, políticas que legalizaram o tráfico, ou comércio, de determinadas drogas, e, mais ainda, políticas que permitem ao próprio Estado a distribuição de drogas a pessoas consideradas “viciadas”, como forma de readaptá-las ao convívio social, tratando-as, dando-lhes apoio e assistência médica, psicológica, material.

¹⁷ Consulte-se João PEDROSO, Tráfico e consumo de drogas: os limites da lei penal e da acção dos Tribunais, in Revista do Ministério Público número 71, ano 18º, julho/setembro, 1997, Lisboa, p.92, quando refere que alguns Tribunais têm considerado que “seria inconstitucional a condenação dos consumidores de estupefacientes por violadora do princípio de igualdade relativo ao consumo de outras drogas que são legais”. Ele menciona os exemplos de Tribunal do Alaska e de um Tribunal Alemão. Quer-se dizer que o problema do consumo de drogas, tão antigo quanto a humanidade, ao que consta, deveria ser enfrentado por vias educativas, econômicas e políticas diversas daquelas até agora adotadas. Seria possível fomentar políticas públicas mais eficazes, com uso de recursos de propaganda criativa e bem articulada, com o marketing anti-tabaco, anti-cannabis ou anti-cocaína, para ficarmos com três exemplos. Não podemos esquecer do fato de que a questão econômica não pode ser desprezada. Os produtores, os grandes produtores de drogas, segundo informa o autor antes mencionado, são Afeganistão, Irão, Paquistão, Birmânia, Laos e Tailândia, América Latina e do Norte de África. “A produção permite a subsistência das populações e o enriquecimento dos *senhores da guerra* que possuem capacidade econômica e às vezes até militar (caso da Birmânia ou de países da América Latina) para *furarem as fronteiras* de todos os Estados. A melhor política de combate ao tráfico e ao consumo de droga seria a reconversão das áreas produtoras e dos seus agricultores na plantação e produção de outros produtos agrícolas. No entanto, tal desiderato não está ao alcance dos Estados não produtores e a Comunidade internacional ainda não tem os meios de desenvolver a prática”. Enfim, o funcionamento do mercado das drogas, por si só, é impeditivo que qualquer Estado seja capaz de combater, pela via puramente repressiva, o comércio de substâncias proibidas, dado que, no momento, não há fronteira que resista a um mercado transnacional altamente rendoso, p.93. Agregue-se que aos jovens pode parecer um verdadeiro “desafio” o fato de que existam drogas clandestinas e proibidos. O fascínio da proibição pode gerar efeitos opostos aos desejados pelos governantes.

Na Espanha, além de não constituir crime o porte de drogas para consumo próprio¹⁸, há as chamadas “narcosalas”, locais mantidos pelo Governo¹⁹ para usuários de drogas pesadas poderem utilizar suas substâncias, com o auxílio de enfermeiros (as) e pessoas capacitadas para atendimentos de urgência. São fornecidas seringas e é examinada a qualidade da droga, percebendo-se os potenciais riscos à saúde do usuário. É prestado auxílio psicológico, se solicitado. Estimula-se a reinserção social do usuário, mantendo-o em contato com órgãos públicos. Opta-se pela política da inclusão, não da exclusão. Também na Suíça se adota semelhante política de inclusão, com o detalhe de que se fornece a droga ao usuário viciado, tratando-o como pessoa doente. E na Holanda, a política é de descriminalização e legalização do tráfico interno, com controle da qualidade e quantidade, de drogas consideradas de menor impacto à saúde individual, v.g., maconha e demais substâncias com *cannabis sativa*, como o skank ou o haxixe. Em Portugal, recentemente, aprovou-se a descriminalização do porte para consumo próprio, atendendo-se antigas reivindicações²⁰.

¹⁸ É certo que constituem, ao que consta, infrações administrativas, cuja apuração e repressão depende da discricionariedade da autoridade competente. Note-se que as chamadas “drogas pesadas” podem ser transportadas e consumidas por viciados nas narcosalas. Os policiais não abordam nem retiram, normalmente, a droga desses consumidores, salvo na hipótese de um eventual flagrante por tráfico. Há relatos, na imprensa espanhola, de que os policiais, nesses casos, se sentiriam até mesmo “constrangidos” em razão da necessidade de retirar a droga de usuários viciados, prejudicando-os.

¹⁹ Diga-se que foi o Governo do Partido Popular, considerado de “centro-direita”, de José MARIA AZNAR, que instituiu as narcosalas em Madrid, no ano de 1999. A política liberal vem pela mão de um governo dito “direitista”, o que reforça a tese de que os partidos políticos que governam os Estados europeus tendem a migrar ao centro. Note-se que o Partido Socialista espanhol, agora presidido por José ZAPATERO, um jovem socialista, tem muitas idéias que se aproximam ao centro. Todos falam em liberalização de serviços públicos, privatizações. As diferenças são de matizes, na ênfase maior ou menor a determinadas políticas públicas, na questão da transparência, etc.

²⁰ Veja-se João PEDROSO, citado, pp.85-96. Ele dá notícia do Relatório ao Parlamento Europeu, de 1992, sobre o proliferação, nos países da Comunidade, do crime organizado ligado ao tráfico de drogas. Esse Relatório concluiu que “a toxicod dependência e o mau uso de drogas deveriam primeiramente ser tratados como uma matéria do âmbito da saúde e dos assuntos sociais, e não como uma questão do domínio da polícia e da justiça; e também que a posse de drogas ilícitas

De acordo com João PEDROSO, no tema relativo à criminalização do porte para consumo próprio e comércio de drogas, os efeitos perversos da teoria proibicionista dominante são os seguintes²¹:

“1º) A criação dum monopólio criminoso de distribuição de estupefacientes, dado que a proibição é aliada objectiva do tráfico e do mercado ilícito, que não pára de crescer;

2º.) A proibição do consumo e a falta dum mercado legal obriga os consumidores a praticarem outros crimes para financiar as suas necessidades;

3º.) O número de arguidos seleccionados pelo sistema penal é diminuto comparado com as várias centenas de milhares de pessoas no mundo que consomem, por puro prazer, cannabis ou marijuana, que podem vir a ser estigmatizadas como delinquentes;

4º.) Um efeito perverso sobre o funcionamento da justiça e da polícia, com a limitação dos direitos individuais e crescimento de uma indústria de repressão, em resultado da proibição, que equipa as polícias e os paramilitares na luta contra a droga;

em pequenas quantidades para uso pessoal não deveria ser considerada um delito penal. Além disso, deveria ser garantido e organizado o fornecimento aos toxicómanos de drogas não adulteradas e de dosagem determinada, por forma a permitir a redução de mortes e a contaminação pelo vírus da sida, assim como a redução da criminalidade relacionada com essa questão”, p.94. Segundo o autor, não estamos diante de um problema moral. Segundo o fundamento moral abraçado pelos que defendem a criminalização do porte para consumo pessoal, “consumir drogas é um pecado ou um mal que corrompe a sociedade e um vector de doenças inquietantes”. Sustentam, ainda, os proibicionistas, os fundamentos “sanitário” e da “escalada”. Profbe-se para proteger a saúde pública. E mais, liberalizar o consumo de drogas leves, como a *cannabis*, seria abrir “o caminho para o crescimento do consumo das drogas duras. Fumar cannabis seria o caminho para o consumo de heroína”, p.91. Respondem os anti-proibicionistas ou abolicionistas não apenas com o argumento da liberdade individual e o direito, inalienável, em sociedades plurais, “de cada um caminhar para o inferno à sua própria maneira”, o que significaria a possibilidade de autonomia moral. Respondem também com o argumento de que a proibição da cannabis, para evitar o consumo de heroína ou da toxicod dependência, seria o mesmo que proibir cerveja para evitar os perigos do alcoolismo ou do absinto. “Em terceiro, a passagem do consumo de cannabis para o consumo das drogas duras só existe porque o consumidor de drogas leves, para as adquirir, se integra e contacta facilmente com o mercado ilícito, onde se vendem as outras drogas. Invocam, nesse sentido, os estudos efectuados sobretudo na Holanda, em que se demonstra que a liberalização do consumo não provocou o aumento de consumidores nem é causalidade adequada ao consumo de outras drogas”, p.91.

²¹ Ibidem, pp.91/92.

5º.) A falta de controlo do mercado leva a que a qualidade dos produtos se deteriore, quer no fabrico (o crack), quer na distribuição (adulteração), daí resultando acidentes mortais e doenças graves;

6º.) A exclusão e marginalização dos toxicodependentes conduz a práticas de saúde desastrosas, como o uso reiterado e o empréstimo de seringas, o que contribui para a propagação de doenças como a hepatite ou a sida”.

E prossegue o autor:

“Existem muitos outros efeitos perversos dos quais salientarei, ainda a perda de emprego, a discriminação social dos consumidores com melhor estatuto social, que têm, em regra, mais facilidades em não serem detectados ou em se defender no sistema, ou ainda, uma discriminação económica entre as drogas lícitas e as ilícitas”.

“No entanto, existem proibições bem sucedidas, em alguns períodos (a cocaína na Europa dos anos 30), porque eram proibições parciais. As proibições totais têm estado historicamente destinadas ao fracasso. Basta lembrar a lei seca nos EUA. A proibição é totalmente ineficaz face a drogas que são distribuídas ilicitamente, já que aumenta os lucros dos traficantes e a sua inacessibilidade. Segundo Francis Caballero o excesso de proibição mata a proibição”.

“Os abolicionistas confiam na liberdade individual para controlar o abuso das drogas, razão pela qual defendem a despenalização da *cannabis* e das drogas similares. No entanto, a tese da legalização deixa muitas questões em aberto, nomeadamente a de aumentar a dificuldade de combate ao tráfico, de fazer deslocar o mercado de drogas leves para as duras e de tornar difícil a definição do regime de comercialização legal das diversas drogas”.

De qualquer sorte, ao Ministério Público compete um papel de intérprete das leis vigentes e de titular de políticas criminais, podendo dimensionar as consequências de determinadas posturas repressivas. Não se pode olvidar dos delitos ligados ao narcotráfico, muito menos dos nefastos efeitos dessas atividades ilícitas em termos de corrupção pública e de proliferação da criminalidade violenta.

No Brasil, está proibido não apenas o tráfico, mas também o porte de determinadas substâncias para consumo próprio.

Relativamente à proibição criminal do porte para uso pessoal, pensamos que se trata de norma legal inconstitucional, em realidade derogada pela Constituição Federal de 1988, não só por violar a

igualdade no tratamento de consumidores de drogas, umas lícitas, outras ilícitas, mas fundamentalmente porque não há agressão a bens jurídicos externos à saúde do próprio consumidor, violentando-se, assim, com a proibição, o princípio da alteridade no Direito Penal²². A punição se insere na linha de atingir condutas auto-lesivas, fundamentalmente, o que feriria o direito constitucional à privacidade e ao desenvolvimento de um estilo próprio de ser e de vida, estilo que pode implicar condutas auto-destrutivas.

A saúde pública não é violada com a conduta de quem porta drogas para uso pessoal, na medida em que a finalidade comportamental não é a agressão à saúde pública, mas sim à saúde individual. Punir alguém por consumo de drogas, ou porte para consumo, com justificativa na proteção à saúde pública, *data venia*, equivale a presumir que todo consumidor é um potencial traficante, o que, além de irreal, é francamente ofensivo ao princípio da presunção de inocência. O bem jurídico em jogo – saúde pública – está apenas simbolicamente protegido, constituindo uma falácia do ponto de vista técnico-jurídico. O ser humano consumidor vira um instrumento para redução e punição do tráfico, o que seria, na visão kantiana, imoral, pois o ser humano não pode ser usado como meio para atingir fins que lhe sejam alheios. Ademais, tal utilização imoral e indevida do ser humano consumidor é, sobretudo, ineficaz, inútil, desde perspectivas históricas e sociológicas²³.

²² Curiosa é a importância do preconceito nesse debate. Juristas liberais, que defendem o princípio da alteridade no Direito Penal, não raro sustentam a viabilidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal. O argumento de defesa da saúde pública, embora imprestável e inadequado, costuma ser invocado, lamentavelmente, sem qualquer exame crítico e fundamentado, racional e razoável. Se alguém quer prejudicar-se abusando de drogas lícitas ou ilícitas, que mal fará à saúde pública? E, fundamentalmente, qual a diferença, em termos de danos à saúde pública, entre o consumo de drogas lícitas e ilícitas, quando se sabe dos nefastos efeitos do alcoolismo e do tabagismo?

²³ Não mereceria maiores comentários o argumento de que a proibição do consumo é decorrência lógica da proibição do tráfico, na medida em que sem demanda, oferta não haveria. Ora, não se está a dizer que não devam existir políticas inibitórias do consumo, mas apenas que tais políticas não deveriam passar pelo Direito Penal, e sim por vias consensuais, educativas, de saúde pública. Seria possível reduzir, com maior eficiência, os níveis de consumo, a partir de políticas liberais de controle e orientação. A repressão empurra o tema à clandestinidade, não permitindo operacionalização de mecanismos eficazes de controle. O combate ao tráfico, por seu turno, pode ser efetuado de múltiplas formas, inclusive simultâneas. E seria

Pune-se o consumidor pelo suposto mau exemplo de sua conduta, o que produziria abalo à ordem e moral públicas vigentes. Porém, aí entramos no terreno puramente moral, o que seria inaceitável. Um juízo de desvalor moral, hoje abertamente controvertido e polêmico, fundamentaria uma reprovação penal. Nem mesmo se trata de perigo abstrato, mas sim de presunção abstrata de periculosidade pelo mau exemplo... Não se pode punir um adulto por puro suposto mau exemplo a outros adultos. As pessoas têm liberdade para decidir seus destinos, e se devem, ou não, adotar comportamentos nocivos às suas próprias saúdes. É uma questão de consciência e de decisão individual.

De qualquer sorte, a questão do exemplo poderia ser equacionada com proibições dirigidas a vedar consumo de drogas em vias ou espaços públicos, notadamente quando tais locais pudessem ser frequentados por crianças e adolescentes. Não se pode admitir o uso indiscriminado de drogas, inclusive na presença de crianças e adolescentes. Nesses casos, concordo com a tese da criminalização, dado o bem jurídico presente na norma repressiva. Proteger-se-ia a moralidade pública indispensável ao desenvolvimento de pessoas ainda sujeitas a regimes jurídicos indisponíveis e protetores. Não se pode equiparar a liberdade de um adulto a de um adolescente ou a de uma criança.

Nos termos atuais, a criminalização do porte de drogas para uso próprio, além de produzir injustiças e desigualdades, é instrumento propulsor de corrupção policial²⁴, deixando imenso campo aberto a que os jovens ou adultos das classes média e alta negociem o “arquivamento” informal de seus ilícitos, cabendo aos “pobres”, em geral, o ônus de suportarem investigações e processos, acentuando-se sua marginalização.

Finalmente, ainda traçando o paralelo da questão das drogas no Brasil com o problema europeu, há que se ter muito cuidado com a

possível, sim, combater o tráfico pela via criminal, sem combater o consumo por essa mesma via. De igual modo, pode-se combater a exploração da prostituição sem a criminalização da conduta de quem mantenha relações sexuais com prostitutas... Estamos diante de situações distintas: porte para consumo e porte para traficância. Não é recomendável agrupá-las debaixo do Direito Punitivo.

²⁴ Justamente porque se trata de um ilícito cuja imoralidade resulta questionável, o porte de drogas para uso próprio costuma propiciar espécie de “alívio” à consciência de corruptos e corruptores, afrouxando-se a regra penal sob o manto da hipocrisia. Normas injustas e/ou arbitrárias, francamente inconstitucionais, tendem a ser descumpridas e desprezadas mais facilmente.

perspectiva de pura e simples legalização das drogas, em nosso país. Uma coisa é a descriminalização, outra, bem diversa, seria a legalização do comércio. Passos distintos em termos de políticas públicas. Seria possível equacionar políticas repressivas ao tráfico com políticas liberalizadoras do consumo, inclusive porque os eventuais consumidores poderiam testemunhar contra traficantes, sob pena de falso testemunho. Atualmente, o consumidor não pode ser obrigado a depor contra o traficante, dado que ninguém é obrigado a incriminar-se, a declarar contra seus próprios interesses. Pensamos que uma política de descriminalização do consumo (em espaços privados ou autorizados para tanto) ou do porte para consumo próprio pode ser efetuada juntamente com a manutenção da proibição do tráfico²⁵.

De qualquer sorte, ao Ministério Público, nessa seara, competiria atuar à luz do princípio da unidade institucional. Resultaria curioso que cada membro do Ministério Público pudesse, ao amparo de liberdade funcional, decidir se processa ou arquiva investigações criminais em torno a problemas de consumo de drogas. O ideal seria que a Instituição assumisse o ônus de interpretar a lei em conformidade com a Constituição, declarando, em cada unidade da Federação, sua visão a respeito do tema, orientando as atividades policiais. O melhor seria que houvesse uma ação direta de inconstitucionalidade contra a norma incriminadora do porte de drogas para consumo próprio, deixando-se ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de julgar o assunto. O Ministério Público não poderia fraudar comandos legais e constitucionais, ainda que os reputasse ilegítimos ou equivocados, para fazer valer seus argumentos e teses jurídicas, sob pena de se instaurar o caos normativo²⁶.

²⁵ Nesse passo, fomenta-se a desconfiança nas relações traficante/consumidor, produzindo o aparente paradoxo da proibição do tráfico e permissão do consumo. A proibição de ambos os deixa igualmente na clandestinidade, fomentando cumplicidades. Ora, repito, são condutas totalmente distintas. Pode-se proibir a venda de determinado produto, sem que se criminalize seu consumo. As intenções e o desvalor de cada conduta são radicalmente distintos, sendo diferentes os bens jurídicos tutelados.

²⁶ Compatibilizar os princípios da unidade e da independência funcional, eis o desafio do Ministério Público. Em Portugal, um agente ministerial pode recusar-se a cumprir um comando hierárquico, sob o fundamento de que tal ordem violenta sua consciência jurídica. Deve fundamentar exaustivamente seu posicionamento, submetendo-o a instâncias formais de controle. Possuímos o mecanismo da “suspeição”, que, todavia, parece estar impregnado da idéia de falta de imparcialidade

Quanto ao tráfico de substâncias proibidas, há várias medidas que podem e devem ser adotadas. Exemplificativamente, as descobertas e controle das rotas, o trabalho conjunto com as polícias, governos e juízes, as investigações e punições dos grandes empresários da droga, o desmantelamento das organizações criminosas, o sistemático combate aos ilícitos relacionados às drogas, são concretas e viáveis alternativas, que dependem de atuações institucionais coordenadas, organizadas e harmônicas.

Um tratamento diferenciado para os pequenos e médios traficantes é necessário, porque integra a estratégia do tráfico internacional lotar presídios com pessoas miseráveis que fazem o papel de transportadores humanos da droga, carregando-a, inclusive, no interior de seus corpos, com riscos pessoais. E também os traficantes nacionais adotam tais estratégias, utilizando crianças e adolescentes para o transporte da droga, sem falar no uso de consumidores-viciados como traficantes. Essas pessoas, que são usadas como instrumentos, devem contar com tratamentos diferenciados, o que não significa tratamento condescendente ou incompatível com a gravidade dos fatos. O traficante que carrega consigo pequenas quantidades de droga também merece ser punido, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade, diferenciando-se, já no plano abstrato dos tipos, distintas categorias de ilícitos. Duas espécies de traficantes, portanto, que merecem tratamento diferenciado: os pequenos e os médios. Outra categoria é

do agente que se considera suspeito. Cabe dizer que a independência funcional não poderia frustrar completamente o ideal de busca de igualdade na aplicação das leis. Tampouco a independência dos Juízes é absoluta. Porém, a independência de um agente ministerial há de ser exercida em harmonia com o princípio da unidade de atuação do Ministério Público, reduzindo-se a insegurança jurídica dos cidadãos, que não deveriam ficar expostos a correntes hermenêuticas tão díspares e múltiplas quantos poderiam ser as subjetivas visões das autoridades encarregadas do desencadeamento de processos. Tudo isso remete, claro, ao problema da definição de quem, e como se define a unidade de critérios. Não parece razoável que se deixe exclusivamente à vontade política do Procurador-Geral de Justiça ou da República a possibilidade de ditar os rumos da atuação ministerial unitária. Há que se desenvolver mecanismos democráticos internos que permitam amplos debates e razoáveis soluções hermenêuticas em termos de política institucional. Órgão colegiado deveria ser encarregado de ditar critérios uniformes, em certos casos, para interpretação das leis. Necessária cautela no sentido de que uma suposta preservação da unidade não liquide com os contornos básicos da autonomia e independência funcionais. Eis a busca do equilíbrio, sempre tão complicada.

a dos traficantes instrumentalizados, igualmente merecedores de atenção especial. O legislador deveria atentar a essa realidade. Em sua omissão, compete aos Juízes aquilatar, na fixação das penas, as distintas medidas de responsabilidade penal²⁷.

Inviável olvidar do fato de que talvez fosse mais interessante contar com mecanismos legais que permitissem uma negociação de informações e testemunhos com os traficantes menores e instrumentalizados, alcançando-se figuras mais importantes e golpeando fortemente as organizações criminosas. Não nos esqueçamos de que esses traficantes são facilmente substituíveis por outros, sendo que sua prisão não produz maior impacto na rede de comercialização ilegal de drogas. Ao contrário, colaboram para congestionar a Justiça, atrair a atenção do Estado e lotar presídios. Realmente, seria importante desenvolvermos mecanismos de *plea bargain*, que não deixam de ser uma espécie de “corrupção”²⁸ que pode atingir o crime organizado, é dizer, um criminoso que se “corrompe” por propostas do Estado e entrega informações valiosas, traindo os interesses ilícitos que lhe foram confiados pela organização delitiva.

Em todo caso, ressalte-se que nenhuma política repressiva pode ser bem sucedida se desacompanhada de políticas preventivas.

CORRUPÇÃO, LAVAGEM DE DINHEIRO, CRIME ORGANIZADO, DELITOS ECONÔMICOS

Eis os delitos mais preocupantes, hoje, no contexto europeu: corrupção pública e privada, lavagem de dinheiro, crime organizado, delitos econômicos.

Reporto-me, desde logo, ao trabalho do Promotor-chefe da Promotoria Nacional Anti-corrupção da Espanha, Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO, como retrato fragmentário da realidade europeia, de

²⁷ O legislador brasileiro não efetuou uma distinção detalhada e proporcional entre os diversos tipos de tráfico e de traficantes, deixando apenas o *quantum* da pena como critério diferenciador, critério não raro insatisfatório e gerador de injustiças que se refletem nas Varas de Execuções Criminais, angustiado os colegas que labutam nessa seara.

²⁸ Somente se poderia falar impropriamente em corrupção, nesse terreno, à luz dos valores que orientam as relações de confiança entre os criminosos.

importantes necessidades, problemas e perspectivas de combate a essas espécies de ilícitos²⁹.

Em síntese, pode-se dizer que há grande preocupação com a tipificação genérica e uniforme desses ilícitos, bem assim com o desenvolvimento de mecanismos céleres e eficientes de controle. Propõe-se uma tipificação fundada em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, capaz de abarcar toda a criatividade delitiva.

O crescente consenso em torno a conceitos-chave, v.g., funcionários públicos, serviços públicos, condutas corruptas, é uma necessidade inerente às pretensões de evolução dos mecanismos de controle e combate aos ilícitos do colarinho-branco.

Estamos desenvolvendo a tese do dever de probidade administrativa como conceito que abarcaria os pilares da boa e honesta gestão da coisa pública, com exame de uma teoria geral de deveres públicos à luz dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol, na perspectiva do Direito Comparado. Claro que os problemas de corrupção e má gestão da *res publica* constituem o núcleo da tese, pelo que deixarei de aprofundar, neste momento, pontos de vista pessoais em torno a esses temas, neste espaço³⁰.

De qualquer modo, algumas considerações gerais se impõem, ao menos para delimitar, ainda que superficialmente, o vasto território das preocupações mais atuais dos colegas de Ministério Público na Europa.

Existem práticas que deturpam a liberdade de mercado, ocasionando danos a interesses difusos da sociedade. Surge o chamado Direito Penal da Empresa, intimamente relacionado com o Direito Comercial e o Direito Administrativo, protegendo o funcionamento do mercado de valores. O Ministério Público está atuando nessa área.

Problemas de concorrências desleais podem afetar tanto os interesses dos empresários em conflitos, como os interesses coletivos, sociais e difusos de consumidores. Temos, assim, os chamados delitos econômicos, compostos por comportamentos de grande complexidade,

²⁹ Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO, *La delincuencia económica. blanqueo de capitales*, Santander, 2000.

³⁰ O projeto de tese está registrado no *Departamento de Derecho Administrativo* da Universidade Complutense de Madrid, tendo por orientador o prof. Catedrático emérito Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA.

transnacionais ou não, envolvendo enormes somas de dinheiro ou valores. Sociedades fantasmas, lavagem de dinheiro, operações de engenharia financeira, fraudes altamente sofisticadas, redes de corrupção pública e privada, são problemas atuais que preocupam as autoridades dos Ministérios Públicos europeus e, vale sinalar, também brasileiros.

De qualquer modo, estão na pauta das autoridades fiscalizadoras européias temas relacionados à responsabilidade penal e administrativa das pessoas jurídicas, dos sócios de empresas, de advogados que prestam assessoria jurídica e amparo às organizações criminosas, de funcionários de instituições bancárias que apóiam lavagem de dinheiro, de agentes públicos corruptos e de agentes privados corruptores.

Uma das estratégias das empresas criminosas consiste em buscar a redução do risco das “sanções penais”, avaliando perspectivas de responsabilização e optando por reduzir ao máximo os riscos dos processos sancionadores. Países com altos níveis de corrupção e impunidade são, evidentemente, atrativos para a delinquência organizada. Assim sendo, vem à tona a importância da construção de tipos penais uniformes, capazes de tutelar eficazmente problemas relacionados à criminalidade contemporânea, bem como a transcendental relevância de normas processuais aptas ao combate à impunidade em termos neoguantistas.

Especial referência merece o problema da lavagem de dinheiro, sobretudo porque este processo é frequente e indispensável à criminalidade minimamente organizada. Em geral, o processo de branqueamento de dinheiro percorre três etapas: a) primeira, afastar os valores procedentes de delito de toda vinculação direta com a atividade delitativa; b) segundo, apagar pistas que permitam o rastreamento do dinheiro; c) terceiro, colocar o dinheiro à disposição da delinquência, ocultada sua origem geográfica e a atividade que lhe dera causa. A rapidez da movimentação de capitais é indispensável ao êxito desse processo. Nesse contexto, o dinheiro eletrônico aparece como nota fundamental, permitindo operações instantâneas. Há complexos e modernos mecanismos que permitem a essas operações uma eficiente fuga dos controles e regulações públicas. Nada desprezível será, nesse cenário, o “direito fundamental” ao sigilo bancário e fiscal, fortíssimo óbice às investigações criminais ou administrativas, verdadeiro suporte às práticas ilícitas. Também constituem obstáculos ao combate à delinquência organizada os

paraísos fiscais, o anonimato nas transações, as dificuldades técnicas de controle inerentes à natureza das operações. De tudo isso decorre a chamada “legitimação” de capitais, alcançada com a notória cumplicidade do mercado e de certas instituições fiscalizadoras ligadas aos Estados.

Um aspecto muito importante, no combate ao branqueamento de capitais, diz respeito à necessidade de aproximação dos Direitos Penal, Administrativo e Processual. De nada adianta um Direito Material teoricamente severo, rigoroso, se o Direito Processual é insuficiente, excessivamente garantista, formalista, propenso às nulidades e às habilidades defensivas puramente formais e nulificadoras. Leis abstratas muito rigorosas podem conviver com altos graus de impunidade, em certos ambientes, simplesmente pelo incumprimento das leis processuais, ou pela dificuldade na apuração dos ilícitos.

Uma das conclusões do Encontro Europeu de Tampere, Finlândia, ocorrido em 1999, foi no sentido de que a gama de atividades delitivas que constituem delitos principais, em matéria de lavagem de dinheiro, deveria ser uniforme e suficientemente ampla em todos os Estados-membros da União, visto como a tipificação penal do branqueamento de dinheiro de origem delitiva deveria ser a mais geral possível.

Essas preocupações atormentam, como é evidente, não apenas os Estados integrantes da União Européia, mas fundamentalmente a universalidade dos Estados Democráticos de Direito, inclusive Brasil. Quando se fala em “delinquência organizada”, imaginam-se delitos distantes da realidade do dia-a-dia de um Promotor de Justiça, dadas suas atribuições estaduais. Nada mais equivocado. Em todos os Estados da Federação brasileira, há delinquência organizada, em maior ou menor medida. Máfias de fiscais, grupos de funcionários públicos e empresas privadas atuando sob o manto da corrupção, policiais civis e militares que, organizados, acobertam as atividades ilícitas de seus colegas, grupos que se revezam na vitória de licitações, fraudes fiscais orquestradas e/ou amparadas e respaldadas ilicitamente por escritórios de advocacia, atuações de narcotraficantes, redes de delinquência cibernética e atentatória aos interesses de consumidores. Há uma variada gama de ilícitos, sobretudo na relação setores público/privado, que podem merecer a qualificação de produtos de delinquência organizada, exigindo respostas igualmente severas e organizadas do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância dos Encontros *Eurojusticia* é inegável. Se está a construir o espaço judicial europeu, a partir de intensa participação dos Ministérios Públicos europeus.

Nós, brasileiros, como cidadãos do mundo, temos o dever, e o interesse, de acompanhar de perto esse processo de construção do Ministério Público europeu, aprendendo e reunindo informações que nos sejam úteis na perspectiva do Mercosul. Porém, não apenas para tomar como referências ou parâmetros em termos de políticas regionais ou de blocos de Estados, v.g., construção de fórmulas para o Mercosul, os debates europeus podem inspirar, em realidade, soluções a problemas nacionais. Lidamos com muitos problemas parecidos, dada a globalização³¹.

Imperioso consignar que há um crescente consenso, inclusive na Europa, em torno à necessidade de um Ministério Público independente. A melhor alternativa, no modelo europeu de Ministério Público, é a independência funcional diante dos demais Poderes de Estado. E isso porque, é sabido, tais Poderes são também fiscalizados pelo *parquet*, de forma mais ou menos intensa.

Também há um consenso em torno à necessidade de fortalecimento material do Ministério Público, dotando-lhe de estruturas complexas e atualizadas capazes de suportar a demanda de trabalho decorrente do avanço da delinquência. Melhores condições materiais e pessoais, eis uma reivindicação unânime dos Ministérios Públicos. A quem interessa a existência de uma Instituição fiscalizadora fraca e desaparelhada? Essas reflexões se prestam, sem dúvida, a um exame da realidade brasileira. Qual o caminho que pretendemos percorrer?

³¹ Outros temas foram abordados no Encontro *Eurojusticia*, v.g., terrorismo, proteção às vítimas, e outros tópicos, que não foram, todavia, analisados neste trabalho, por limitações de espaço e porque poderão ser objeto de trabalhos específicos, oportunamente.