

Globalização e crime

Enviado por [Rômulo de Andrade Moreira](#)

- **I – Introdução**
- **II – Globalização**
- **III – Globalização e Direito**
- **IV – Globalização e Direito Penal**
- **Tráfico Internacional de Drogas**
- **Internet**
- **A Proteção ao Meio Ambiente⁴**
- **O Crime Organizado**
- **V - Globalização e Direito Processual Penal**

I – Introdução

Este trabalho se propõe a abordar os efeitos da globalização no âmbito do Direito Criminal, é dizer, no Direito Penal e no Direito Processual Penal.

É evidente que antes de abordar esta relação será necessário uma rápida e despretensiosa incursão a respeito do que passou a se denominar de globalização, fenômeno mundial, como a própria designação está a indicar, insusceptível de ser olvidado, inclusive pelos juristas.

Exatamente por isso, após as primeiras considerações de caráter genérico, entendemos necessário também indicar, de forma geral, o alcance da globalização no Direito.

Somente depois deste intróito é que, efetivamente, iremos atingir o escopo do trabalho, qual seja, estabelecer os elos de ligação entre a globalização e o Direito Penal, analisando, precipuamente, as questões ligadas à lavagem de dinheiro, ao crime organizado, ao tráfico internacional de drogas e aos chamados delitos da informática.

Ao final, então, alcançaremos o Direito Processual Penal, abordando como a globalização também atinge este ramo da ciência, especialmente no que diz respeito à jurisdição internacional (os Tribunais Penais Internacionais), os Tratados e as Convenções Internacionais, a Proteção Internacional dos Direitos Humanos, além do combate supranacional à criminalidade.

II – Globalização

A idéia de globalização traduz uma internacionalização das relações entre os povos, um inter relacionamento entre os Estados nacionais, de molde a identificarmos, ao lado destas micro realidades, uma só região, um só mundo, ou, como dizem muitos, uma "aldeia global".

Esta única e internacional realidade se reflete na economia, na política, nos negócios, no Direito, etc.

É evidente que as soberanias dos Estados prevalece, mas inegável também que entre eles já há um elo de ligação fortíssimo, auxiliado principalmente pela massificação dos meios de comunicação e da língua inglesa, além das facilidades dos meios de transporte.

Assim como no século XVIII e início do século XIX assistiu-se a uma revolução na indústria, na agricultura e nos transportes, a globalização representa, hoje, uma nova revolução mundial.¹

Sem dúvidas que assistimos a uma nova ordem mundial, a partir da "*descoberta de que a terra se tornou mundo, de que o globo não é mais apenas uma figura astronômica, e sim o território no*

qual todos encontram-se relacionados e atrelados, diferenciados e antagônicos – essa descoberta surpreende, encanta e atemoriza".²

As fronteiras nacionais, de certa forma e em certa medida, diluíram-se. Assistimos a uma efervescência de empresas genuinamente transnacionais e de organizações não governamentais (as ONG's) com atuação internacional, a economia internacionalizando-se, o capital e o comércio com uma mobilização extremada, as potências reunindo-se e formando grandes grupos econômicos, comerciais e políticos (MERCOSUL, ALCA, NAFTA, UNIÃO EUROPÉIA, G8, etc.)³, além de outras organizações internacionais (ONU, FMI, OIT, AIEA, etc.), tudo a indicar que "*o sistema social mundial*" está "*em movimento e se moderniza*", fazendo com que "*o mundo pareça uma espécie de aldeia global. Aos poucos, ou de repente, conforme o caso, tudo se articula em um vasto e complexo todo moderno, modernizante, modernizado. E o signo por excelência da modernização parece ser a comunicação, a proliferação e generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação, articulados em teias multimídia alcançando todo o mundo*".⁴

III – Globalização e Direito

É evidente que o Direito, visto também como um *fenômeno histórico-cultural*⁵, não poderia passar ao largo deste fenômeno mundial. Com efeito, as transformações provocadas pela globalização também atingiram o Direito, em todos os seus ramos.

Hoje, por exemplo, com a disseminação do uso da internet, já nos deparamos com a realidade dos contratos virtuais, do comércio eletrônico (a ensejar mudanças no Direito do Consumidor), com a assinatura digital⁶, com a possibilidade de proteção jurídica da propriedade intelectual nos *sites* da internet⁷, com o uso do e-mail como meio de prova e a possibilidade de sua interceptação, com o direito de resposta na internet⁸, com a utilização dos **cookies** como forma de violação do direito à informação e da privacidade do internauta⁹, com os chamados crimes da informática, etc., etc.

Aliás, a internet, indiscutivelmente um dos símbolos mais evidentes da era da globalização, já permitiu o aparecimento do Direito Informático ou o Direito da Informática, definido como "*el conjunto de normas y principios jurídicos que tienen por objetivo estudiar, reglar, definir e interpretar los distintos aspectos em que se relaciona la tecnología informática com una institución jurídica determinada en los diversos ámbitos del Derecho*".¹⁰

Este novo ramo do Direito "*se ocupa del tratamiento de las normas jurídicas vinculadas con las consecuencias jurídicas que puede traer aparejado el uso de las computadoras*".¹¹

Desta forma, a globalização força a modificação e a atualização de conceitos na seara do Direito Civil (direitos do consumidor, direito à privacidade, direitos autorais, a responsabilidade civil), do Direito Tributário (a tributação do e-commerce e a dos provedores¹²), do Direito do Trabalho, do Direito Comercial¹³, do Direito Internacional, do Direito Penal, do Direito Processual, do Direito Eleitoral¹⁴, etc.

Recentemente o Governo Federal editou a Medida Provisória nº. 2.200/2001, instituindo a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, visando a garantir exatamente a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras. No art. ¹³ estabelece-se que a todos é assegurado o direito de se comunicar com os órgãos públicos por meio eletrônico.¹⁵

IV – Globalização e Direito Penal

4.1) A Lavagem de Dinheiro:

O Direito Penal sem dúvidas foi atingido em cheio pela globalização, em vários aspectos, forçando,

inclusive, o surgimento de legislação específica. O crime e os criminosos internacionalizaram-se; novos delitos apareceram; os meios também mudaram.

Aliás, acompanhando Zaffaroni, com a globalização "*o poder punitivo asumirá formas nuevas, pues el control penal en poco tiempo cambiará totalmente su fisionomía*".¹⁶

Exemplo disto é a preocupação mundial com o chamado delito de lavagem de dinheiro, traduzida em nosso País pela Lei nº. 9.613/98.

Aliás, "*la dimensión supranacional del blanqueo de capitales se ha traducido en la adopción de determinados instrumentos internacionales, Tratados de uniformización de la legislación penal nacional expresivos de una pretensión transnacional de la Política Criminal, con la finalidad de obtener sectorialmente, como se dijo, un Derecho Penal supranacional, frente a un problema también supranacional, aunque sea por la vía indirecta de la adición de legislaciones nacionales homogéneas*".¹⁷

Em 08 de novembro de 1990, em Estrasburgo, firmou o *Convenio Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito*, pelo qual, dentre outras cláusulas, "*se deja a critério del Estado parte la tipificación de comportamientos imprudentes (art. 6.3), la extensión de la punibilidad hasta la tentativa de delito (art. 6.1 d), así como la aplicación del delito de blanqueo al autor del delito previo (art. 6.2 b)*".¹⁸

Em 10 de junho de 1991 baixou-se a Diretiva 91/308/CEE do Conselho das Comunidades Européias, sobre prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de capitais.

O nosso legislador procurou, a partir de então, acompanhar a legislação criminal de outros países, principalmente os europeus, tipificando condutas e tentando combater a chamada lavagem de dinheiro.¹⁹

Por esta lei, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, o legislador brasileiro tipificou condutas visando a combater "*la conversión de dinero ilegítimo en activos monetarios o no, con apariencia legal, o dicho de forma más simple: los mecanismos dirigidos a disfrazar como lícitos fondos derivados de una actividad ilícita*".²⁰

O seu art. 1º. estabelece que constitui crime de lavagem de capitais "*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:*

"I - *de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;*

"II - *de terrorismo;*

"III - *de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;*

"IV - *de extorsão mediante seqüestro;*

"V - *contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;*

"VI - *contra o sistema financeiro nacional;*

"VII - *praticado por organização criminosa*".

A pena prevista é de reclusão de três a dez anos e multa, incorrendo na mesma pena "*quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:*

"I - *os converte em ativos lícitos;*

"II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

"III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros". (§ 1º).

Incorre, ainda, na mesma pena quem: §

"I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

"II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei". (§ 2º).

A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa; por outro lado, será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

No julgamento de tais crimes o procedimento será o comum para os crimes punidos com reclusão, ou seja, obedecerá aos arts. 394 a 405 e 498 a 502 do Código de Processo Penal, ressalvando que estes delitos são autônomos, ou seja, independem do processo e julgamento daqueles crimes referidos anteriormente, ainda que praticados em outro país.

Dispõe expressamente a lei que o julgamento caberá à Justiça Federal sempre que praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas e quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal.

A respectiva denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente e, tal como no delito de receptação, são puníveis os fatos previstos na lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele delito, aplicando-se aqui a teoria da acessoriedade limitada, pela qual, para punir o partícipe, é suficiente que a ação praticada pelo autor principal seja típica e antijurídica, sendo indiferente a sua culpabilidade.

Regra absurda está no § 2º. do seu art. 2º., segundo o qual, *"no processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal"*. Ademais, esta norma parece confrontar-se com o § 3º. do art. 4º. Que estipula: *"Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do Código de Processo Penal"*.

Outra inconstitucionalidade encontramos no art. 3º., que impede a fiança e a liberdade provisória. Todavia, neste mesmo dispositivo há algo salutar: *"em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade"*.

No art. 4º. se prevê a possibilidade do Juiz utilizar-se das medidas assecuratórias estipuladas nos arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal, disposição absolutamente desnecessária, pois tais medidas poderão ser usadas em qualquer processo criminal, desde que obedecidas as regras estipuladas no CPP.

O § 1º., no entanto, inova ao determinar que as medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contados da data em que ficar concluída a diligência.

Já no § 2º. encontramos disposição que confronta, a nosso ver, com o princípio geral da prova, segundo o qual o ônus de provar cabe a quem alega, pois ali se lê que o Juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua

origem. Ora, o que se tem que provas não é a licitude (que se presume, tanto quanto a inocência do acusado ou indiciado), mas a ilicitude, e este ônus cabe ao Ministério Público, sendo esta inversão absolutamente estranha aos postulados do devido processo legal.

Como efeitos da sentença condenatória, independentemente daqueles previstos no Código Penal, estabelece o art. 7º.:

1) A perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de crime previsto nesta Lei, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

2) A interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º., pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

Havendo tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, o Juiz determinará a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º. da lei, praticados no estrangeiro (art. 8º.).

Ainda que não haja tratado ou convenção internacional, poderá haver a apreensão, quando o governo do país da autoridade solicitante prometer reciprocidade ao Brasil (§ 1º.). Neste caso, ou seja, não existindo tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (§ 2º.).

Na Espanha, a política de repressão a esta prática, que se desdobra sob os aspectos administrativos e penais, destacam-se a Lei nº. 19/1993, de 28 de dezembro e o Real Decreto nº. 925/1995, de 09 de junho, além do Código Penal (arts. 301 e segs.), com a modificação trazida pela Lei Orgânica de 10/1995, de 23 de novembro.

• Tráfico Internacional de Drogas:

Além dos crimes de lavagem de dinheiro, uma outra atividade delituosa vem preocupando seriamente os países: o comércio internacional de substâncias entorpecentes.

A bem da verdade, uma atividade está intimamente ligada à outra, pois é sabido que os grandes traficantes internacionais de drogas procuram na lavagem de capitais encobrir o dinheiro sujo oriundo do comércio clandestino de entorpecentes.

Com efeito, com a facilitação dos meios de comunicação e a agilização dos meios de transporte (frutos da globalização) os traficantes de drogas passaram a transpor as fronteiras das respectivas nações, espalhando o comércio clandestino por todo o mundo. Na América Latina, destaca-se a Colômbia como centro distribuidor da cocaína para todo o mundo, especialmente para os Estados Unidos, indiscutivelmente grande mercado consumidor das drogas; em alguns países asiáticos predomina a venda do ópio e até no Oriente Médio o problema é preocupante.²¹

Veja-se a estimativa do consumo de drogas no mundo na década de 90 (Fonte: Office of National Drug Control Policy - Especial das drogas do jornal Estado de São Paulo):

Cerca de 1,5 milhão de pessoas serão presas este ano nos Estados Unidos por crimes relacionados com drogas. Os Estados Unidos devem gastar este ano mais de	US\$1trilhão é a estimativa de quanto o tráfico movimentado no mundo por ano	79,5 mil hectares são utilizados no plantio de coca na Colômbia
US\$ 25 bilhões em repressão e prevenção às drogas	6 bilhões de papétes de cocaína são consumidos por ano no mundo	R\$ 700,00 é o preço do quilo da droga pura no Polígono da Maconha
	US\$ 120 bilhões é o valor estimado que o consumo de cocaína rende ao tráfico por ano	R\$ 20 mil é quanto os traficantes brasileiros lucram com cada plantação de maconha

Agora, observe-se a estatística de apreensões de heroína no mundo em 1999 (Fonte: Especial das drogas do jornal Estado de São Paulo):

A seguir, as apreensões de maconha no mundo em 1999 (Fonte: Especial das drogas do jornal Estado de São Paulo):

Atento a esta realidade, o historiador Luiz Felipe de Alencastro anota que *"já faz bastante tempo que o narcotráfico se transformou num componente geopolítico essencial do mundo contemporâneo. Agora, as estratégias de repressão confrontam-se com o enorme poder de fogo acumulado pelos capitais e pelas redes de proteção dos narcotraficantes"*.²²

Os países tentam se modernizar para que possam satisfatoriamente combater o tráfico internacional de drogas, visto que os traficantes já não se utilizam dos "velhos meios" de outrora.

Raul Cervini anota *"que el negocio de los estupefacientes en su conjunto representa anualmente sólo en los Estados Unidos 240.000 millones de dólares, o sea, una suma treinta y cinco veces superior a la deuda externa del Uruguay y más del doble de la de Brasil"*.

Observa, ainda, o jurista uruguaio que *"los barones de la droga han conseguido fragmentar los países productores e consumidores, constituyendo verdaderos enclaves políticos y militares y, en algunos casos, estableciendo 'territorios libres', como ciertas zonas de la selva colombiana o la periferia carioca. De esta manera, tanto en Colombia como en Bolivia o en algunas ciudades de Brasil, el Estado está siendo en cierto modo cuestionado, incluso en su propia esencia: la territorialidad"*.²³

A Organização das Nações Unidas coordena e orienta a política internacional de combate às drogas, através de convênios, convenções e tratados internacionais. A ONU, por exemplo, adota a Convenção Contra o Tráfico Ilícitos de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, *"donde se insta a las Partes firmantes de la misma a adoptar las medidas necesarias, incluídas las de orden legislativo y administrativo, que, de conformidad com las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sean necesarias para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una proyección internacional"*.²⁴ Ao lado da ONU surgiram organismos supranacionais preocupados com a questão. Como nos informam Merino e Markez, *"en 1989 se estableció el Comité Europeo de Lucha contra la Droga (CELAD), grupo de coordinación intergubernamental; más tarde en 1991 se estableció Europol, agencia europea frente a las drogas"*.²⁵

- **Internet:**

Indiscutivelmente a internet representa hoje o meio de comunicação típico e mais representativo da era globalizada. É difícil, por exemplo, imaginar que os homens tivessem alcançado o grau de interação que hoje possuem sem que houvesse, **pari passu**, a evolução dos meios de comunicação, principalmente no que diz respeito à rede mundial de computadores²⁶. A internet permite numa velocidade impressionante a transmissão de uma informação de um lugar para outro, diminuindo consideravelmente as distâncias.

É evidente que com o crescimento dos internautas e com as facilidades indiscutíveis trazidas pela rede, uma nova forma de criminalidade surgiria. Esta era uma realidade da qual não se poderia fugir. A internet, ao lado de representar um avanço no desenvolvimento da humanidade, indiscutivelmente, permitiu o aparecimento de uma nova criminalidade, aliás, muito mais difícil de ser combatida.

Em 15 de maio de 2000, o grupo dos sete países mais industrializados do mundo, e mais a Rússia (G-8) reuniram-se na capital francesa e depois em Okinawa, no Japão, exatamente para discutirem a respeito dos crimes cibernéticos. A iniciativa surgiu depois de dois ataques que causaram um prejuízo de bilhões de dólares nos cinco primeiros meses daquele ano. Na abertura da reunião, em Paris, *"o ministro das Relações Exteriores, Yohei Kono, não descartou a possibilidade dos*

'terroristas' eletrônicos matarem, num futuro próximo, através da tela de um computador.

"Ele fala com conhecimento de causa. Da mesma forma que o desenho animado Pokémon provocou crise de epilepsia coletiva em milhares de crianças orientais que o assistiam, pela TV, os vírus virtuais – e seus agentes – podem atentar não apenas contra a economia mundial, mas contra a vida.

"Da reunião dos sete países mais industrializados e a Rússia, saiu a convicção, formulada por especialistas internacionais, de que a criminalidade via internet é a terceira grande ameaça à potências, após as armas químicas, bacteriológicas e nucleares.

"Finalmente, o mundo parece ter acordado para a importância (vital) de melhor compreender e controlar o ciberespaço".²⁷ Assim, e sem esquecermos o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, é necessário que haja uma legislação específica e apropriada para esta "nova criminalidade", pois "no puede dejar de ponerse enfático acento en que el legislador debe sensibilizarse a la vulneración de los más diversos bienes jurídicos que diariamente aparece este tipo de conductas 'tecnificadas' siendo necesario otorgar mayores márgenes de seguridad y protección a aquellos ".²⁸ Como escreveu o mestre gaúcho Luiz Luisi se de um lado é necessária "uma ampla e responsável política de descriminalização, ou, pelo menos, de despenalização", por outro lado, "em virtude de aporia presente no direito penal contemporâneo, a exigência de neocriminalização, imposta pelo surgimento de fatos inéditos e altamente lesivos a interesses relevantes, e cuja tutela está a exigir o rigor da sanção penal. Mas tenho acentuado que esta neocriminalização há de fazer-se de forma criteriosa, quando realmente necessária, e sem atropelar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e do seu Direito Penal."²⁹

Vários países, inclusive o nosso, já procuram viabilizar meios eficazes de repressão e prevenção dos chamados delitos de informática, que cada vez mais se diversificam. É necessário que se estabeleça uma legislação pertinente e adequada, a fim de que não se macule o princípio da legalidade, verdadeiro pedra de toque do Direito Penal³⁰. Por exemplo, na Argentina " *no hay legislación sobre el tema.*

*Los juristas deben conformarse – por ahora – con las figuras existentes que, como lo hemos venido demostrando a lo largo de este capítulo, no siempre se ajustan a las características de esos delitos."*³¹ Na Espanha, ao contrário, há várias normas legais que tipificam condutas relacionadas com a informática, a ponto de se poder afirmar "que la legislación española es muy completa y precisa, ya que tipifica la gran mayoría de las conductas antijurídicas que hemos considerado como delitos informáticos o como delitos que se pueden cometer por medios informáticos".³² No Peru, em que pese não haver legislação específica, o certo é que "la doctrina y jurisprudencia de ese país ha considerado asimiladas a ciertas figuras comunes del Código Penal del Perú a este tipo de delitos".³³ No Chile, a Lei n.º. 19.223/93 tipifica uma série de delitos relacionados com a informática, como a sabotagem, a espionagem, etc. Nas Filipinas, de onde teria se originado o vírus ILOVEYOU, que causou quase US\$ 7 bilhões em danos, os deputados tentam aprovas às pressas uma lei, com penas de seis meses a três anos de prisão para os **hackers** **34**, além do pagamento de multa proporcional aos prejuízos causados.

O Conselho da Europa, que reúne 41 países do continente europeu, em fevereiro de 2000, resolveu elaborar a primeira convenção internacional sobre o crime cibernético, entendendo que "como esses são crimes internacionais por natureza, medidas de âmbito nacional precisam ser complementadas pela cooperação internacional".

Observa-se muitas vezes que se procura subsumir determinadas condutas praticadas via computador a tipos penais já existentes em nosso sistema positivo, porém em flagrante desrespeito à reserva legal.³⁵ Neste sentido, entendemos absolutamente necessária a aprovação de uma legislação específica, que tipifique perfeitamente os fatos delituosos praticados por meio da informática, sem que estejamos a concordar com a inflação legislativo/penal que hoje crassa em nosso país, por conta

do nefasto movimento da lei e da ordem³⁶. No tocante aos delitos informáticos, urge efetivamente uma legislação nova e adequada.

Como pensa Esther Morón Lerma, Professora de Direito Penal da Universidade de Barcelona, "*no puede aceptarse la aplicación analógica a Internet de normativa reguladora de otros medios y, por tanto, de realidades muy distintas a la encarnada por las redes telemáticas de información, propuestas que desvelan una especie de 'frenesi' panregulatorio y que adolecen de garantías, con grave cercenación de principios fundamentales como el de legalidad y el de proporcionalidad*".³⁷ Em nosso país, por exemplo, foi sancionada a Lei nº. 9.983/00, que alterou o Código Penal, acrescentando, dentre outros, os seguintes delitos:

"*Inserção de dados falsos em sistema de informações*":

"*Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados³⁸ ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:*

"*Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.*" *informações*":

"*Modificação ou alteração não autorizada de sistema de "Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:*

"*Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

"*Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.*" Como nota Antonio Lopes Monteiro, "*estamos diante de um tipo penal diretamente ligado aos chamados delitos de computador ou de informática (...), no qual o computador não é simplesmente o meio utilizado para o crime, mas "será ele o próprio objeto material"*.³⁹

do Código Penal:

A mesma lei acrescentou dispositivos, ainda, nos seguintes artigos

"*Art. 153.....*"

"*§ 1o-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:*

"*Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

"*§ 1o (parágrafo único original).....*

"*§ 2o Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.*"

A respeito deste tipo penal, Lopes Monteiro assevera que "*o computador por certo será um dos meios de acesso a essas informações sigilosas que poderão depois ser divulgadas*".⁴⁰

"*Art. 325.....*

"*§ 1o Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:*

"*I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;*

"*II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.*

"*§ 2o Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:*

"*Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.*" Tal como os anteriores, "*trata-se de forma clara de um tipo penal ligado aos chamados delitos de computador ou de informática*".⁴¹

Vê-se que esta lei visou estabelecer os delitos praticados contra a Administração Pública (inclusive a Previdência Social), inclusive aqueles cometidos através da informática.

Antes desta lei, em 1998, editou-se uma outra, a de nº. 9.609/98, que dispôs sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País.

Neste diploma legal, conceitua-se programa de computador como *"a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados."* No seu art. 12 tipifica-se a conduta de *"Violar direitos de autor de programa de computador"*, prevendo-se uma pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa. A pena aumenta-se se *"a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente."* (reclusão de um a quatro anos e multa).

Nesta mesma sanção incorre *"quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral."* De regra os crimes previstos nesta lei são de ação penal de iniciativa privada, salvo *"quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público"* e *"quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo."* Apenas para ilustrar, lembremos que muito recentemente a Polícia Federal brasileira abriu inquérito para descobrir quem foi o autor de um e-mail (em 10 de julho de 2001) destinado ao Supremo Tribunal Federal, onde se ameaçava de morte os oito ministros que haviam votado pela constitucionalidade do racionamento de energia. O autor das ameaças, que se autodenominava "Justiceiro do Apagão", prometia matar todos os ministros, e seus respectivos parentes, oferecendo, ainda, uma recompensa de R\$ 20.000,00 para quem o auxiliasse na empreitada criminosa.

Em meados do ano passado, o Juiz francês Jean-Jacques Gómez determinou que a empresa **YAHOO!** pagasse indenizações de US\$ 1.390 à União dos Estudantes Judeus e à Liga Contra o Racismo e o Anti-Semitismo, por ter promovido um leilão de objetos com símbolos nazistas na internet.⁴² Na Argentina e no Uruguai também já houve condenações civis contra sites de discriminação racial.⁴³ Aliás, a esse respeito, segundo informa Shimon Samuels, diretor de assuntos internacionais do Centro Simon Wiesenthal, o número de sites que pregam o racismo, a violência e o terrorismo subiu de mil para 2,2 mil nos últimos cinco anos (o que mostra a necessidade de um maior controle sobre eles), ressaltando a falta de legislação específica em vários países para responsabilizar judicialmente os responsáveis pela discriminação. Ainda segundo suas informações, *"alguns destes sites ensinam a fabricar bombas, a abrir fechaduras e armar uma fraude bancária."*⁴⁴

Nesta mesma época, agora no Brasil, em Fortaleza, foi descoberto um esquema de fraude pela internet que teria causado um prejuízo de cerca de R\$ 30 milhões a empresas de todo o país. O agente, que agia há oito anos, utilizava um programa de computador (por meio do qual tinha acesso a todos os dados das empresas, inclusive, o estoque) para criar uma identidade fictícia, falsificar cartões de crédito e fazer comprar de produtos pela internet.⁴⁵

Em outra oportunidade, a Polícia Federal prendeu na cidade de Sorocaba, interior paulista, um rapaz que utilizava a internet para aliciar mão-de-obra, inclusive para o exterior.⁴⁶ Estes exemplos mostram a proliferação acentuada dos denominados crimes informáticos que, segundo a denominação da Profª. Ivette Senise Ferreira é *"toda ação típica, antijurídica e culpável contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão."*⁴⁷

- **A Proteção ao Meio Ambiente**⁴⁸

A preocupação mundial com a preservação do meio ambiente também traduz, a nosso ver, mais uma faceta do fenômeno da globalização. As nações do mundo unem-se num esforço comum para evitar o colapso do meio ambiente o que acarretaria um perigoso e possivelmente irreversível declínio da qualidade de vida no planeta.

Nesta tarefa, suma importância adquirem as Organizações Não - Governamentais, que desenvolvem, **pari passu**, um trabalho tendente a também preservar o meio ambiente na terra, como, por exemplo, o **Greenpeace** e a **Conservation International (CI)**.⁴⁹

O desenvolvimento humano, o incremento das tecnologias, o aumento demográfico, dentre outros fatores levaram a uma degradação do meio ambiente, forçando um movimento mundial pela sua preservação.

A preocupação com o meio ambiente, a bem da verdade, não é de hoje, apesar de ter aumentado sensivelmente nos dias atuais. Com efeito, já no ano de 1972 foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, que resultou na Declaração de Estocolmo, que trazia 26 princípios referentes à proteção ambiental. Podemos dizer que começava ali a preocupação com o futuro ambiental do planeta. Bem antes, porém, em 1948, se realizou em França, em Fontainebleau, o Congresso Constitutivo da Nação Internacional para a Conservação da Natureza, convocado pelo governo francês junto com a UNESCO, cujo escopo principal foi "*salvaguardar o conjunto do mundo vivo e o meio ambiente natural do homem*".

Em 1992 realizou-se no Brasil a ECO-92, encontro internacional sobre meio ambiente e desenvolvimento, do qual resultou 21 princípios orientadores da proteção ambiental. Dentre estes princípios destacamos o de nº. 04, **in verbis**:

"A fim de alcançar o desenvolvimento sustentado, a proteção ao meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada de forma isolada".

É bem verdade, que no afã de defender este bem jurídico, algumas heresias jurídicas são produzidas. No Brasil, por exemplo, desde 1998 temos a Lei nº.

9.605/98, que traz em seu bojo verdadeiras aberrações jurídicas, como, por exemplo, o seu art. 32 que dispõe, **in verbis**: "*Praticar ato de abuso, maus -tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.*

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa." Indaga, então, Eduardo Reale Ferrari:

"O que será ato de abuso? Será sexual? Depende de hierarquia funcional no reino dos animais? E os maus-tratos a animal? Têm pena de três meses a um ano e multa? Como, se os maus-tratos a ser humano do Código Penal (art. 136) têm pena de dois meses a um ano ou multa? Pune-se mais severamente aquele que maltrata o animal que aquele que o faz ao ser humano!!!" A respeito do art. 49 da mesma lei, segundo o qual constitui crime "*destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia*", inclusive culposamente (parágrafo único), o Professor Ferrari adverte que "*por meio de tal parágrafo pune-se criminalmente, com sanção de um a seis meses, aqueles que culposamente destruírem a begônia ou qualquer outra planta de ornamentação do vizinho.*"⁵⁰

Luiz Luisi, por sua vez, após afirmar que dentre a legislação "*desvairadamente repressiva*" surgida em nosso país recentemente, a lei dos crimes ambientais se destaca "*por seus aspectos patológicos*", adjetiva:

"A referida Lei, além de seus imperdoáveis pecados no tipificar delitos e prever penas, representa uma violência aos princípios básicos do direito penal de um Estado Democrático de Direito. Pode-se afirmar, sem exagero, que a lei em causa agride princípios fundamentais, desconhece elementares postulados de técnica legislativa e acrescenta à nossa já por demais 'opulenta' tipologia penal numerosos crimes de bagatela, destinados a aumentar a ineficácia da nossa legislação penal. A rigor, um autêntico festival de heresias jurídicas". E arremata o professor da

Universidade Federal do Rio Grande do Sul:

*"Elaborar lei penais é tarefa que deve ser presidida pela competência e seriedade. Não pode ser obra de primários e demagogos."*⁵¹

Em junho do ano passado agentes da Polícia Florestal prenderam um agricultor em Planaltina acusado de raspar as cascas dos troncos de seis almescas, que utilizaria para fazer um chá para curar um resfriado da mulher...⁵²

Outra: em julho de 1999 dez ministros do STJ e a Procuradoria Geral da República foram envolvidos no inusitado julgamento da captura de quatro minhocas por pescadores em Minas Gerais! Exageros a parte, o certo é que não se pode esquecer de proteger o meio ambiente. O melhor seria que o fizéssemos divorciando-se do Direito Penal, até porque, como diz Hassemer "o direito penal não serve para resolver os problemas típicos da tutela ambiental", tendo nesta seara, simplesmente, um "caráter simbólico, cujo verdadeiro préstimo redundava em desobrigar os poderes públicos de perseguirem uma política de proteção do ambiente efetiva", pelo que sugere "a criação de um novo ramo de direito. Para o efeito, escolhi a designação de direito de intervenção (*Interventionsrecht*), mas poderemos designá-lo da forma que mais nos aprouver", cujas principais características seriam: o seu caráter fundamentalmente preventivo, de imputação de responsabilidades coletivas, sanções rigorosas, com impossibilidade de admitir penas de privação de liberdade, atuação global e não casuística, atuação subsidiária do Direito Penal, como, por exemplo, para dar *cobertura a determinadas medidas de proteção ambiental* e, por fim, a previsão de *soluções inovadoras, que garantam a obrigação de minimizar os danos.*"⁵³

No Brasil, por exemplo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, aplica reiteradamente multas altíssimas a transgressores do meio ambiente, tudo administrativamente, sem necessidade, sequer, de se recorrer ao Judiciário, tudo rápido e eficaz e, evidentemente, sujeito ao controle posterior de legalidade.⁵⁴ Como diz Luiz Regis Prado, "a orientação político- criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa. Não se pode olvidar jamais que se trata de matéria penal, ainda que peculiaríssima, submetida de modo inarredável, portanto, aos ditames rígidos dos princípios constitucionais penais – legalidade dos delitos e das penas, intervenção mínima e fragmentariedade, entre outros -, pilares que são do Estado de Direito democrático. A sanção penal é a **ultima ratio** do ordenamento jurídico, devendo ser utilizada tão-somente para as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico ambiente."⁵⁵

Em Portugal, através do DL n.º 230/97, foi criada a Inspeção-Geral do Ambiente – IGA, que tem como uma de suas finalidades primordiais "garantir o cumprimento das leis, regulamentos, instruções, despachos e demais normas jurídicas ou contratuais de natureza ambiental". Segundo A. Leones Dantas, Procurador da República naquele País e Inspetor-Geral do Ambiente, "este serviço inspetivo assume-se como inspeção de natureza técnica com incidência nas atividades que colidem com o ambiente; além disso comporta igualmente uma componente de natureza administrativa, virada para a defesa da legalidade administrativa no âmbito do Ministério do Ambiente". Observa, ainda, que a "entrada de Portugal na Comunidade Europeia veio trazer o ambiente para o mundo das preocupações jurídicas, já que o estado português teve de importar de uma assentada todo o direito comunitário do ambiente que progressivamente se foi tornando direito interno."⁵⁶

Nos Estados Unidos há vários textos legais atinentes ao assunto, a saber, exemplificando: **Clean air act, clean water act, safe drinking water act, lacey act**, dentre outras.⁵⁷

É indiscutível que o nosso país, devido à fartura de seus recursos naturais, é o centro da preocupação mundial no que se refere ao meio ambiente⁵⁸, assumindo, conseqüentemente, um papel fundamental entre a comunidade internacional, até porque detêm um terço da floresta tropical do mundo e oito por cento da água doce⁵⁹. "O Brasil é o país mais rico do mundo em

*biodiversidade. Vocês são o número 1 e por isso estamos de olho na conservação por aqui. As oportunidades são grandes. A Floresta Amazônica é o maior trecho de floresta tropical do mundo. O Pantanal é a maior área alagada do planeta".*⁶⁰ Por outro lado, os países têm consciência que as soluções para a questão não pode ser conseguida isoladamente, mas de forma solidária e conjunta. Esta realidade globalizada tem gerado, então, uma série de acordos internacionais na área da proteção ambiental, podendo ser citados, por exemplo, a Convenção sobre Comercialização de Espécies Ameaçadas de Extinção, a Convenção da Biodiversidade, o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, a Convenção da Basiléia, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar - CONVEMAR, esta última assinada em Montego Bay, na Jamaica, em 10 de dezembro de 1982, entrando em vigor internacionalmente no dia 16 de novembro de 1994, sendo subscrito por mais de cem países. No Brasil, a CONVEMAR passou a fazer parte do Direito positivo a partir do Decreto 1.530/95 e estabelece, dentre outras várias disposições, "*uma ordem jurídica para os mares e oceanos que facilite as comunicações internacionais e promova os usos pacíficos dos mares e oceanos, a utilização equitativa e eficiente de seus recursos, a conservação dos recursos vivos e o estudo, a proteção e a preservação do meio marinho.*" Esta convenção criou o Tribunal Internacional do Direito do Mar, que tem sede em Hamburgo, na Alemanha, para dirimir controvérsias internacionais surgidas em decorrência da matéria.

- **O Crime Organizado**

Até como uma decorrência do tráfico internacional de drogas e da lavagem de capitais⁶¹, mas não somente por causa deles, o crime organizado vem desde algum tempo se desenvolvendo assustadoramente em todo o mundo.

Hoje, apenas para citar alguns exemplos, temos os grandes cartéis das drogas, inclusive na América Latina, as máfias italiana, japonesa e russa, os traficantes de armas, o terrorismo, etc, etc., tudo facilitado pela globalização e pelos seus respectivos instrumentos de atuação.

A grande dificuldade, inclusive doutrinária, é estabelecer exatamente o conceito de crime organizado, até para que possamos utilizar adequadamente os meios repressivos postos à disposição da Polícia e da Justiça criminal no combate a este tipo de atividade e, ao mesmo tempo, impedir que se aplique tais meios operacionais (evidentemente mais drásticos e gravosos) em casos que não são especificamente de "crime organizado".

Apesar de ser uma tarefa relativamente difícil, arriscamo-nos, no entanto, a conceituar crime organizado como uma estrutura criminosa formada por um número razoável de integrantes, ordenados de forma estável e duradoura, tendo como finalidade precípua a prática de um determinado ilícito penal, continuamente, utilizando-se quase sempre do mesmo modus operandi, além de violência e da alta tecnologia, inclusive bélica.

Após advertir que o conceito de criminalidade organizada possui *contornos muito imprecisos e cheios de relativismos*, Montalvo estabelece algumas condições fundamentais para que bem se caracterize a existência de uma organização criminal, a saber: "*la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones*"; "*actuación a distintos niveles jerárquicos*"; "*aplicación de tecnología y logística*"; "*fungibilidad o intercambialidad de los miembros*"; "*sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder*"; "*movilidad internacional*" e "*aparición de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios*".⁶²

Exatamente por causa desta *mobilidade internacional* da qual se refere o jurista espanhol e que indiscutivelmente caracteriza o crime organizado, é que, como dizia o Juiz italiano Falcone, "*la correcta política-criminal frente a la delincuencia organizada es la destrucción del poder económico de estas organizaciones a través de la cooperación internacional efectiva y eficaz*".⁶³

No Brasil temos a Lei nº. 9.034/95 (recentemente alterada pela Lei nº. 10.217/01), que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Esta lei procurou definir e regular os meios de prova e os procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Por ela, permite-se, em qualquer fase da persecução criminal, ou seja, tanto no Inquérito Policial, quanto na instrução criminal, em Juízo, e sem prejuízo dos meios de prova já previstos na legislação processual brasileira, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

1) A ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. Permite-se, por exemplo, que não se prenda os agentes desde logo, ainda que em estado de flagrância, quando há possibilidade de que o diferimento da medida possa ensejar uma situação ainda melhor do ponto de vista repressivo. Exemplo: a Polícia monitora um porto à espera da chegada de um grande carregamento de cocaína, quando, em determinado momento, atraca um pequeno bote com dois dos integrantes da organização criminosa (já conhecidos) portando um saco plástico transparente contendo um pó branco, a indicar ser cocaína. Pois bem: os agentes policiais, ao invés de efetuarem a prisão em flagrante, pois há um crime visto, procrastinam o ato, esperando que a "grande carga" seja desembarcada em um navio que se sabe virá dentro em breve. É o chamado flagrante diferido, hoje permitido pela Lei 9.034/95.

2) O acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Nesta hipótese, ocorrendo a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. Ainda neste caso, para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. Permite a lei que o juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão **ad hoc**. O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos caso de divulgação. Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

Temos aqui uma perigosa e desaconselhável investigação criminal levada a cabo diretamente pelo Juiz. Não é possível tal disposição em um sistema jurídico acusatório, pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo⁶⁴

caracterizado, como genialmente diz o jurista italiano Ferrajoli, por "*una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad*", ou seja, este método "*confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga*".⁶⁵

Ao comentar este artigo, Luiz Flávio Gomes, pedindo a devida vênia, afirma que o legislador "*acabou criando uma monstruosidade, qual seja, a figura do juiz inquisidor, nascido na era do Império Romano, mas com protagonismo acentuado na Idade Média, isto é, época da Inquisição. (...) Não é da tradição do Direito brasileiro e, aliás, também segundo nosso ponto de vista, viola flagrantemente a atual Ordem Constitucional*".⁶⁶

É evidente que o dispositivo é teratológico, pois não se pode admitir que uma mesma pessoa (o Juiz), ainda que unido pelos deuses, possa avaliar como *"necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valere a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar na mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que 'o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor'"*.⁶⁷

Parece-nos claro que há efetivamente uma mácula séria aos postulados do sistema acusatório, precipuamente à imprescindível imparcialidade⁶⁸ que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, o que não se coaduna com a feitura peçoal e direta de diligências investigatórias. Neste sistema, estão divididas claramente as três funções básicas, quais sejam: o Ministério Público acusa (ou investiga), o advogado defende e o Juiz apenas julga, em conformidade com as provas produzidas pelas partes. *"Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales"*, como bem acentua Alberto Binder.⁶⁹

3) A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. Esta medida é novidade em nosso sistema jurídico, que apenas conhecia a interceptação e a escuta telefônicas, disciplinadas pela Lei nº. 9.296/96. Para Luiz Flávio, entende-se *"por interceptação ambiental a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Não se trata, como se percebe, de uma conversa telefônica. Não é o caso. É uma conversa não telefônica, ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência etc. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental."*⁷⁰

4) A infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial, caso em que a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.

Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.⁷¹

Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.⁷²

Os condenados por crime decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

V - Globalização e Direito Processual Penal

- A Proteção Internacional dos Direitos Humanos

- Os Tribunais Penais Internacionais

- Os Tratados e Convenções Internacionais

- O Combate Supranacional à Criminalidade

- A Internet e a Teoria Geral da Prova (o e-mail como meio de prova e a possibilidade de sua interceptação).

1. Leo Huberman nota que nesta época (século XVIII) "o crescimento da população, as revoluções nos transportes, agricultura e indústria agiam e reagem mutuamente. Eram forças abrindo um novo mundo". (História da Riqueza do Homem, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 18ª. edição, 1982).
2. Ianni, Otávio, Teorias da Globalização, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 8ª. edição, 2000, p. 13.
3. "O papel da União Européia é fundamental porque é, ao mesmo tempo, o mais desenvolvido e o mais complexamente estruturado dos principais blocos comerciais. A evolução das capacidades da União Européia de ação comum coordenada por seus Estados membros determinará, em grande medida, se a governabilidade da economia mundial é forte ou minimalista". (Hirst, Paul e Thompson, Grahame, Globalização em Questão, Petrópolis: Editora Vozes, 2ª. edição, 1998, p. 235).
4. Ianni, Octavio, ob. cit., p. 119.
5. O Direito visto sob um aspecto fático, ou seja, "em sua efetividade social e histórica", como ensina Miguel Reale (Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 1991, 19ª. ed., p. 65).
6. "No Brasil, os Projetos de Lei 1.483 e 1.589 pretendem regulamentar a fatura eletrônica, o comércio eletrônico, a validade do documento eletrônico e a assinatura digital.. Tratam -se, pois, dos primeiros movimentos legislativos significativos de construção de uma base sólida para desenvolvimento da indústria nacional de e-commerce". (Barretto, Petrus, "A Regulamentação do Comércio Eletrônico", Revista Pró Consumidor, Dezembro 2000, p. 51). A respeito do tema, conferir também o artigo de Renato M. S. Opice Blum, "Compras Internacionais Realizadas pela Internet", Revista Pró Consumidor, Janeiro 2001, p. 51 e o de Ângela Bittencourt Brasil, "Assinatura Digital não é Assinatura Formal", Revista Panorama da Justiça, p. 18).
7. "As questões que vêm preocupando os operadores do Direito são as seguintes: pode o computador criar, por si, obra intelectual, e, em caso afirmativo, de quem será o direito sobre a forma dela resultante? E mais: como ficam as questões relativas à marca registrada e ao domínio, em site de reprodução de textos jurídicos na internet?". (Maurício Lopes de Oliveira, "Marca Registrada e Nome de Domínio", Revista Consulex, Ano IV, nº. 41, Maio 2000, p. 61. Sobre o assunto, ver também o artigo de Douglas Yamashita, "Sites na Internet e a Proteção Jurídica de sua Propriedade Intelectual", Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª. Quinzena de 2000, nº. 18/2000, Caderno 03, p. 391).
8. "A internet oferece apenas uma evolução do modo de transmissão de notícias, logo, a adequação de leis e princípios como a do direito de resposta é fundamental para o bom andamento das relações jurídicas, principalmente aquelas relativas à rede mundial de computadores no caso de veiculação de informações jornalísticas". (Coimbra, Márcio Chalegre, "O Direito de Resposta na Internet", Revista Consulex, Ano IV, nº. 47, Novembro 2000, p. 65).
9. "Os cookies - arquivos de texto enviados pelos sites que gravam informações do usuário - estão entre os assuntos mais discutidos atualmente no mundo todo. Isso se explica porque a maior parte dos sites os utilizam sem que o internauta saiba disso, centrando a questão na violação do direito à informação e da privacidade do usuário". (Nunes, Eunice, " Cookies, O Fim da Privacidade", Revista Pró Consumidor, Dezembro 2000, p. 19).
10. Beltramone, Guillermo e Zabale, Ezequiel, in El Derecho en la Era Digital, Rosario/Argentina: Editorial Juris, 2000, p. 6.
11. Delpech, Horacio Fernández, "Protección Jurídica del Software, Buenos Aires: Abeledo -Perrot, 2000, p. 13.

12. Veja a respeito a obra de Marco Aurélio Greco, "Internet e Direito", São Paulo: Dialética, 2000, onde são abordados temas como a tributação do comércio eletrônico, a tributação do serviço de provimento de acesso à internet, o ICMS e o estabelecimento virtual. Recentemente, a 1ª. Turma do STJ decidiu que os provedores que comercializam o acesso à internet devem recolher o ICMS, pois ao oferecerem endereço na internet para seus usuários ou, até mesmo, disponibilizar sites para o acesso, os provedores estão prestando serviços de comunicação, ficando isentos apenas aqueles provedores de acesso gratuito (Recurso Especial nº. 323358 - Paraná, Relator Min. José Delgado).

13. Idem.

14. Um determinado candidato à Prefeitura Municipal de São Paulo, nas eleições de 2000, foi multado pela Justiça Eleitoral paulista, mais exatamente pelo Juiz da 1ª. Zona Eleitoral da Capital (Dr. José Percival Albano Nogueira Júnior), por manter site na internet para divulgação de sua plataforma de governo e para responder a perguntas formuladas por internautas. A multa foi estipulada em R\$ 21.000,00 (20 mil UFIRs), entendendo o Magistrado que o candidato fez propaganda eleitoral antecipada, pois o site continha "ostensiva manifestação tendente a influenciar e captar a vontade do eleitor".

15. A Ordem dos Advogados do Brasil reagiu duramente a este ato normativo emitindo a seguinte nota: "A Ordem dos Advogados do Brasil vem a público manifestar o seu repúdio à nova Medida Provisória nº 2.200, de 29/06/2001, que trata da segurança no comércio eletrônico no País. A MP, editada às vésperas do recesso dos Poderes Legislativo e Judiciário, desprezou os debates que vêm sendo realizados há mais de um ano no Congresso Nacional sobre três projetos a esse respeito, um dos quais oferecido pela OAB-SP. Ao estabelecer exigência de certificações para validade dos documentos eletrônicos públicos e privados, a MP não apenas burocratiza e onera o comércio eletrônico, como distancia o Brasil das legislações promulgadas em todo o mundo. Pior: ao outorgar poderes a um Comitê Gestor, nomeado internamente pelo Executivo e assessorado por órgão ligado ao serviço de segurança nacional, o governo subtrai a participação direta da sociedade civil na definição de normas jurídicas inerentes ao conteúdo, procedimentos e responsabilidades daquelas certificações. Tudo isso é motivo de extrema preocupação no que tange à preservação do sigilo de comunicação eletrônica e da privacidade dos cidadãos, num momento em que grampos telefônicos têm se proliferado país a fora, afrontando, inclusive, o livre exercício da advocacia. Brasília, 03 de julho de 2001 // Rubens Approbato Machado // Presidente nacional da OAB".

16. "La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal", in Direito Criminal, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 38.

17. Montalvo, José Antonio Choclán, La Organización Criminal, Madrid: Dykinson, 2000, p. 14.

18. Montalvo, José Antonio Choclán, La Organización Criminal, Madrid: Dykinson, 2000, p. 15.

19. A expressão tem origem nos EUA quando, na década de 20, a máfia possuía inúmeras lavanderias que serviam, na verdade, para ocultar o capital provindo de suas atividades ilícitas.

20. Lei de Lavagem de Capitais, Cervini, Raúl, Oliveira, William Terra e Gomes, Luiz Flávio, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 29. Nesta mesma obra, o jurista uruguaio explica que para facilitar o movimento destes fundos ilícitos, os delinquentes os fazem ingressar no sistema financeiro para poderem mais facilmente transferi- los dentro ou fora do país com segurança e velocidade, distanciando- os da sua procedência criminosa.

21. Mohammad Ebrahim Shams Nateri observa que "uno de los problemas más preocupantes que actualmente afectan a Irán es el relacionado con los narcóticos: un problema que abarca tanto el tráfico ilegal transnacional como el uso ilegal de estas sustancias por los jóvenes", in Política Criminal de Irán en Materia de Narcóticos, Drogas e Sustancias Psicotrópicas, Revista Penal nº. 07, La Ley: Salamanca/Espanha, 2001, p. 90. Neste mesmo trabalho, Nateri informa que "en 1999 se aprobó una normativa que obliga a los bancos a realizar el control de facturas enviadas desde países extranjeros con el objetivo de prevenir la existencia de dinero negro y el blanqueo de capitales " (p.

94).

22.23. Ob. cit., págs. 25 e 27.

24. Montalvo, José Antonio Choclán, *La Organización Criminal*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 14.

25. Merino, Cristina e Markez, Iñaki, "Opiáceos y Reducción del Daño: Revisión Jurídica", Dykinson: Madri, 2000, p. 83).

26. Segundo Sandra Gouvêa, "a origem deste grande canal de comunicação se deu na década de 60, durante a Guerra Fria. O governo americano desenvolveu o projeto ARPANET (Advanced Research Projects Agency) para interligar computadores militares e industriais". Conferir sua obra "O Direito na Era Digital", Rio de Janeiro: MAUAD, 1997, p. 36.

27. *Jornal A Tarde*: Editorial, 22/05/2000, Bahia.

28. Riquert, Marcelo Alfredo, *Informática y Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 142.

29. "Criminalização do Verde", in *Revista Consulex*, nº. 19, julho/1998.

30. O princípio da legalidade vem insculpido na Constituição Federal, no seu art. 5º., XXXIX: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal": é a parêmia *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta*, que representa "uno de los principios básicos del Derecho penal moderno que surge de la Revolución francesa y de los movimientos codificadores", segundo Manuel Jaén Vallejo, in *Los Principios Superiores del Derecho Penal*, Madrid: Dykinson, 1999, p. 09. Este princípio, que também vem expresso na Parte Geral do nosso Código Penal, em seu art. 1º., visa a garantir que a conduta humana apenas seja considerada uma infração penal se lei anterior assim a definir; por outro lado, ainda que haja o tipo penal, necessário se faz que o comportamento do agente se amolde perfeitamente à lei material, sob pena de se considerar atípica a conduta (ao menos do ponto de vista penal); este princípio ainda garante a irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica e a clareza na formulação dos tipos penais (taxatividade). Luiz Luisi, após tecer longo comentário a respeito do princípio da legalidade ou da reserva legal, revela que "ao reiterar na Constituição de 1988 o postulado da Reserva Legal, o constituinte brasileiro não somente manteve um princípio já secularmente incorporado ao direito pátrio, mas se aliou às Constituições e aos Códigos Penais "O Inferno do Tráfico", Ponto de Vista, *Revista Veja*, 21/03/2001, p. 22. da quase totalidade das Nações, já que o mencionado princípio é uma essencial garantia de liberdade e de objetiva Justiça." (cfr. "Os Princípios Constitucionais Penais", Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18). Razão assiste ao mestre gaúcho. Tal postulado, por exemplo, está presente na Constituição espanhola em dois dispositivos: art. 9º.-3 ("La Constitución garantiza el principio de legalidad") e 25º.- 1: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento." O Código Penal italiano o proclama em seu art. 1º.: "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite". O alemão não difere em seu § 1º. (na tradução espanhola): "Un hecho podrá ser castigado sólo cuando se encuentre tipificado previamente a su comisión". Tampouco o suíço ("Nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé por la loi." - art. 1º.), o lusitano ("Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática") e, até..., o cubano: "Solo pueden sancionarse los actos expresamente previstos como delitos en la Ley, com anterioridad a su comisión." - art. 2º. Vê-se, pois, a importância e a essencialidade deste princípio do Direito Penal. Adotando-o, como o faz a quase maioria dos países modernos, garante-se que ninguém seja punido sem lei anterior que defina claramente o respectivo fato como uma infração penal. Mas, como se disse acima, o princípio da legalidade também traduz algo mais: a necessidade da perfeita adequação entre a conduta humana e o tipo legal. É que, como diz Luisi, ele também se desdobra no postulado da "determinação taxativa", segundo o qual "as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas." (ob. cit. p. 18). Assim, em Direito

Penal, é indispensável que o comportamento se adequa perfeitamente ao tipo legal, ou seja, que ele seja típico, que haja tipicidade. Como explica Zaffaroni, "el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio". (cfr. Tratado de Derecho Penal, Vol. III, Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 172).

Tipicidade, assim, "é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal", sendo, outrossim, "uma decorrência natural do princípio da reserva legal", como afirma Cezar Roberto Bitencourt (Manual de Direito Penal, Parte Geral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 234). Desta forma, se o fato não guarda estreita correspondência com a norma jurídico- penal, evidentemente falta tipicidade e, por conseguinte, crime a punir.

31. Beltramone, Guillermo e Zabale, Ezequiel, El Derecho en la Era Digital, Rosario: Editorial Juris, 1997, p. 54.

32. Delpech, Horacio Fernández, Protección Jurídica del Software, Buenos Aires: Abeledo -Perrot, 2000, p. 78.

33. Idem, p. 96.

34. "O hacker é uma pessoa que desfruta da exploração dos detalhes mais íntimos de determinado programa de sistema, sabendo utilizá-lo ao máximo, ao contrário do usuário comum que opta por aprender o mínimo comum." Daoun, Alexandre Jean e Blum, Renato M. S. Opice, "Cybercrimes", in Direito & Internet, São Paulo: Edipro, 2000, p. 122.

35. No Uruguai, por exemplo, onde não há uma legislação penal específica a respeito do tema, "la jurisprudencia ha sido muy reacia en asimilar a las figuras clásicas del hurto, daño, etc., a los delitos de este tipo cometidos por medios informáticos". (idem, p. 120).

36. Conforme nos ensina Luiz Luisi, "a vulgarização do direito penal, resultante do abuso da criminalização, já foi detectada entre nós por Maurício de Nassau. E foi denunciada de forma veemente pelos mais eminentes penalistas do século XIX, e do nosso tempo. Basta lembrar que Carrara definiu esse processo como 'monorréia penal'. E mais recentemente F. Carnelutti sustentou que a inflação penal tem sido mais daninha que a própria inflação monetária, por ter desmoralizado a função de prevenção geral da pena." ("Criminalização do Verde", in Revista Consulex, nº. 19, julho/1998).

37. Internet y Derecho Penal: Hacking y Otras Conductas Ilícitas en la Red, Navarra: Editorial Aranzadi, 1999, p. 21.

38. "Sistemas informatizados, grosso modo, dizem respeito à informática, técnica eletrônica desenvolvida com o uso de bits, computadores e microcomputadores ou rede deles, scanner, software, hardware, equipamentos sofisticados em permanente evolução científica". (Martinez, Wladimir Novaes, Os Crimes Previdenciários no Código Penal, São Paulo: LTr, 2001, p. 55).

39. Crimes contra a Previdência Social, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48.

40. Ob. cit., p. 63.

41. Idem, p. 75.

42. <http://www.estadao.com.br>, 22/05/2000.

43. Jornal A Tarde, 11/04/2000.

44. Jornal A Tarde, 11/04/2000.

45. Jornal A Tarde, 25/05/2000.

46. <http://www.estadao.com.br>, 28/06/2000.

47. "Os Crimes da Informática", in Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel, São Paulo: RT, 1992, p. 139.

48. Entenda-se o meio ambiente não em sua forma restrita, ou seja, aquela "que lo incorpora al concepto de ambiente natural, o sea, al constituido por el aire, el agua, el suelo, la flora y la fauna", concepção que "se ha quedado em el tiempo ". "Entonces, el medio ambiente debe ser entendido en forma amplia, esto es, abarcando todo aquello que rodea al hombre, lo que lo puede influir y lo que puede ser influenciado por él." (Libster, Mauricio Héctor, Delitos Ecológicos, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p. 6. 43 Tais Organizações são instituições criadas exatamente para suprir as deficiências do setor público (Primeiro Setor), deficiências estas que não puderam ser abarcadas conveniente e efetivamente pelo mercado (Segundo Setor). Nascem, portanto, da vontade de pessoas em imiscuirem-se em determinadas atividades que antes eram exclusivas do Estado e que passaram a não mais depender de ações governamentais. São as conhecidas ONG's ("Non-Governmental Organizations - NGO), surgidas a partir das Nações Unidas, onde pela primeira vez foi o termo utilizado para definir organizações que atuavam supra e internacionalmente em atividades, projetos e programas na área de política de desenvolvimento, "com o objetivo de contribuir para a erradicação das condições de vida desiguais e injustas no mundo, mas sobretudo nos países do Sul. Essas organizações concentram -se em áreas especiais de trabalho que são, sobretudo, dirigidas a pessoas e grupos dentre os mais necessitados e marginalizados".

(Andréa Koury Menescal, História e Gênese das Organizações Não- Governamentais, Estação Liberdade, São Paulo, 1996, p. 23). São basicamente uma iniciativa do setor privado, porém com a peculiaridade de não perseguir primordialmente lucros, como ocorre com o mercado. Têm ao mesmo tempo um caráter público (do ponto de vista teleológico) e privado (estruturalmente considerados). Este aparente paradoxo se justifica com a comprovação histórica do equívoco em simplificar as relações sociais e econômicas tão- somente entre o público e o privado, entre o Estado e o mercado. Elas se destacam nitidamente das ações governamentais, a partir do reconhecimento de que certas atividades, antes em mãos do Estado, podem ser realizadas pela iniciativa da sociedade civil organizada, inclusive com melhor resultado, além de dar ênfase ao conceito de cidadania. Estas organizações, apesar de poderem obter lucros ou outros dividendos econômicos, de regra, não os distribuem entre seus diretores ou coordenadores. O lucro advindo de suas atividades é revertido para a consecução de suas finalidades, bem como pagamento de suas despesas, inclusive com os seus empregados (não voluntários). Observa-se, a propósito, que nos Estados Unidos o salário dos executivos das principais organizações não- governamentais chega a passar de meio milhão de dólares por ano; comentando esta informação, o professor da Fundação Getúlio Vargas, Mário Aquino Alves diz que "no Brasil ainda estamos longe disso, mas o terceiro setor está se desenvolvendo em um ritmo muito acelerado." (Revista Veja, n.º 41/outubro/99, p. 137). O certo é que atividades como a proteção ao meio ambiente (Greenpeace), aos menores de rua (Projeto Axé, Fundação Abrinq), de testemunhas de crimes (PROVITA), a filantropia (Lions Club), a ciência e tecnologia (SBPC), a manutenção de ambulatórios, a educação, etc., etc., podem atualmente ser muito bem realizadas por estes grupos, afastando pouco a pouco a ação governamental. Nesse sentido, os seus defensores afirmam que "não há serviço público que não possa, em alguma medida, ser trabalhado pelas iniciativas particulares. (...) Internalizar essa idéia e universalizá-la tem, evidentemente, implicações profundas para a cultura cívica do país, que se desdobra em novos modos de conduzir as políticas públicas." (cfr. Rubem César Fernandes, in 3º. Setor - Desenvolvimento Social Sustentado, Editora Paz e Terra S/A, Rio de Janeiro, 1997, p. 29, grifo nosso).

50. A Nova Lei Ambiental e suas Aberrações Jurídico-Penais, Revista Literária de Direito, julho/agosto de 1998, p. 29.

51. "Criminalização do Verde", in Revista Consulex, n.º. 19, julho/1998.

52. <http://www.estadao.com.br>, 22/06/2000.

53. Hassemer, Winfried, "A Preservação do Ambiente através do Direito Penal", in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º. 22. A esse respeito conferir Jesus-Maria Silva Sanchez, "Política Criminal Moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el

nuevo Código penal español", in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 23.

54. Exemplos: em dezembro de 1999 determinado madeireiro paraense foi multado em R\$ 20 milhões por ter sido flagrado extraindo ilegalmente 40 mil árvores dentro da reserva dos índios tembés, em Ipixuna, no leste daquele Estado (Jornal A Tarde, 20/12/1999); antes, no mês de outubro do mesmo ano, uma madeireira foi multada em R\$ 700 mil pela extração ilegal de 1.300 metros cúbicos de mogno e de outras espécies nobres de madeira dentro da reserva indígena caiapó Baú, em Altamira, sudoeste do Pará (www.estadao.com.br, 03/10/21999).

55. Crimes Contra o Ambiente, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 17.

56. "A Inspeção -Geral do Ambiente", Tribuna da Magistratura, julho/agosto de 1999.

57. Pagliuca, José Carlos Gobbi, "Crimes Patrimoniais e Ambientais nos EUA: Ligeiros Apontamentos", Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, nº. 94 (setembro/2000).

58. A Juíza norte- americana Catherine Tinker, atuante na Vara Ambiental de Nova Iorque, mestre e doutora em Direito Ambiental Internacional pela New York University, vê o Brasil "como um líder na comunidade internacional no campo do Direito Ambiental". (Revista Consulex, nº. 46, outubro/2000).

59. Lembram- se do boato que circulou na internet, segundo o qual professores norte- americanos estariam mostrando a seus alunos um mapa onde o Brasil aparece dividido ao meio, e a Amazônia e o Pantanal seriam áreas de proteção internacional? Esta história foi oficialmente desmentida, inclusive pelo embaixador brasileiro na Organização dos Estados Americanos.

60 Palavras do químico americano Gordon Moore, Revista Istoé/1659 - 18/07/2001.

61 Kellens ("L'evolution de la théorie du crime organisé"), citado por Montalvo, José Antonio Choclán, in La Organización Criminal, Madrid: Dykinson, 2000, p. 12, adverte para a estreita vinculação da criminalidade organizada com a lavagem de dinheiro.

62. Montalvo, José Antonio Choclán, La Organización Criminal, Madrid: Dykinson, 2000, p. 09.

63. Apud, Montalvo, ob. cit., p. 13.

64. Parece-nos interessante transcrever um depoimento de Leonardo Boff, ao descrever os percalços que passou até ser condenado pelo Vaticano, sem direito de defesa e sob a égide de um típico sistema inquisitivo. Após ser moral e psicologicamente arrasado pelo secretário do Santo Ofício (hoje Congregação para a Doutrina da Fé), cardeal Jerome Hamer, em prantos, disse-lhe: "Olha, padre, acho que o senhor é pior que um ateu, porque um ateu pelo menos crê no ser humano, o senhor não crê no ser humano. O senhor é cínico, o senhor ri das lágrimas de uma pessoa. Então não quero mais falar com o senhor, porque eu falo com cristãos, não com ateus." Por uma ironia do destino, depois de condenado pelo inquisidor, Boff o telefonou quando o cardeal estava à beira da morte, fulminado por um câncer. Ao ouvi-lo, a autoridade eclesiástica desabafou, chorando: "Ninguém me telefona... foi preciso você me telefonar! Me sinto isolado (...) Boff, vamos ficar amigos, conheço umas pizzarias aqui perto do Vaticano..." (in Revista Caros Amigos - As Grandes Entrevistas, dezembro/2000).

65. Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 604.

66. Crime Organizado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. edição, 1997, p. 133 67. Lopes Jr., Aury, Investigação Preliminar no Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

68. Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, "en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión." (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

69. Iniciación al Proceso Penal Acusatório, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43.

70. Interceptação Telefônica, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

71. À época, e a respeito deste assunto, escrevemos o seguinte texto: "A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA DELAÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO" : No ano de 1990, mais precisamente no dia 26 de julho, publicava-se no Diário Oficial da União, o texto completo de uma nova lei, vinda como uma resposta aos anseios populares de diminuição da violência urbana que, já naquela época, beirava a insuportabilidade (tal como hoje, nada obstante os cinco anos de sua vigência).

Sancionada pelo Presidente da República, tentava em seus 13 artigos (dois destes vetados) conter a pressão popular sobre os governantes, através da exasperação das penas de determinados crimes, impossibilitando-se, também, a concessão de benefícios aos sentenciados, tais como, a anistia, a graça e o indulto, além de proibir o gozo de direitos subjetivos individuais (mesmo estando presentes os requisitos específicos para a sua fruição), como a fiança e a liberdade provisória, tudo a atender "ao contagiante clima psicológico de pavor criado pelos meios de comunicação social e aos interesses imediatos de extratos sociais privilegiados", como acentuou Alberto Silva Franco, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 5a. edição, 1995, p. 2074).

Como não poderia deixar de ser, inúmeras vezes, quase em uníssono, levantaram-se contra a sua edição, taxando-a de inoportuna, atécnica e inconstitucional. Estamos a falar da Lei n. 8.072/90 que dispõe " sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5o., XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências", cujos defeitos não iremos aqui abordar, pois não é este o nosso escopo no momento.

Trataremos, tão-somente, de um instituto por ela criado: a delação como causa obrigatória de diminuição da pena em favor de autor, co-autor ou partícipe nos crimes de extorsão mediante sequestro e quadrilha ou bando (este último quando a *societas sceleris* tiver sido formada com o intuito de praticar os crimes considerados hediondos e outros a eles assemelhados), fato que, aliás, não deixa de ser outro gravíssimo defeito, como explicitaremos adiante. Mas, não é só.

Ainda mais recentemente, em 03 de maio deste ano, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, sancionou a Lei n. 9.034/95, dispondo "sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas." Tal como o anterior, este instrumento normativo, criado para definir e regular "meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando ", também considera causa compulsória de diminuição da pena a delação de um dos participantes na organização criminosa.

Aliás, na Lei de Crimes Hediondos, o legislador foi mais explícito e utilizou o verbo denunciar como sinônimo da delação, enquanto que nesta segunda norma, preferiu a expressão colaboração espontânea, como que para escamotear a vergonhosa presença da traição premiada em um diploma legal.

Por fim, em 19 de julho deste ano, foi sancionada a Lei n. 9080/95, prevendo, igualmente, a delação como prêmio ao co-autor ou partícipe de crime cometido contra o sistema financeiro nacional ou contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, quando cometidos em quadrilha ou co-autoria. Agora fala-se em confissão espontânea, o que resulta o mesmo.

Apenas para ilustrar, diga-se que alguns doutrinadores costumam distinguir a delação como aberta ou fechada, aduzindo que naquela primeira o delator aparece e se identifica, inclusive favorecendo-se de alguma forma com o seu gesto, seja na redução da pena, seja no recebimento de recompensa pecuniária; nesta, ao contrário, o delator se assombra no manto do anonimato, "propiciando auxílio desinteressado e sem qualquer perigo ", como assevera Paulo Lúcio Nogueira (Crimes Hediondos, LEUD, 4a. ed., p. 126).

Afora questões de natureza prática, como, por exemplo, a inutilidade, no Brasil, desse instituto, por conta, principalmente, do fato de que o nosso Estado não tem condições de garantir a integridade

física do delator criminis, nem a de sua família, o que serviria como elemento desencorajador (note-se que, conforme informou o ilustrado Damásio E. de Jesus, quando do III Encontro Estadual do Ministério Público do Estado da Bahia, em Comandatuba, no período de 31 de agosto de 1995 a 03 de setembro do mesmo ano, até aquela data, apenas um caso de delação premiada tinha sido por ele visto, quando de um julgamento do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo), aspectos outros, estes de natureza ético- moral, informam a profunda e irremediável infelicidade cometida mais uma vez pelo legislador brasileiro, muito demagógico e pouco cuidadoso quando se trata dos aspectos jurídicos de seus respectivos projetos de lei, como sói acontecer.

Para nós, é tremendamente perigoso que o Direito Positivo de um país permita, e mais do que isso, incentive os indivíduos que nele vivem à prática da traição como meio de obter-se um prêmio ou um favor jurídico.

Se considerarmos que a norma jurídica de um Estado de Direito é o último refúgio do seu povo, no sentido de que as proposições enunciativas nela contidas representam um parâmetro de organização ou conduta das pessoas (a depender de qual norma nos referimos, se, respectivamente, de segundo ou primeiro grau, no dizer de Bobbio), definindo os limites de suas atuações, é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a delação premiada, em flagrante incitamento à transgressão de preceitos morais intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo.

Que não se corra o perigo, já advertido e vislumbrado pelo poeta Dante Alighieri, lembrado por Miguel Reale, quando filosofa que o "Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a." (in Lições Preliminares de Direito, Saraiva, 19a. ed. 1991, p. 60).

Diante dessa sombria constatação, como se pode exigir do governado um comportamento cotidiano decente, se a própria lei estabelecida pelos governantes, permite e galardoia um procedimento indecoroso? Como fica o homem de pouca ou nenhuma cultura, ou mesmo aquele desprovido de maiores princípios, diante dessa permissividade imoral ditada pela própria lei, esta mesma lei que, objetiva e obrigatoriamente, tem de ser respeitada e cumprida, sob pena de sanção? Estamos ou não estamos diante de um paradoxo? É certo que em outras legislações, inclusive de países desenvolvidos economicamente (embora possuidores de uma sociedade em desencanto, como, por exemplo, a italiana), a figura da delatio já existe há algum tempo (lá, diga-se de passagem, assegura-se inquestionavelmente a vida do denunciante), como ocorre nos Estados Unidos (bargain) e na Itália (patteggiamento), entre outros países. São exemplos, contudo, que não deveriam ser seguidos, pois desprovidos de qualquer caráter moral ou ético, como já acentuamos.

Tão- somente para se argumentar, pode-se dizer que o bem jurídico visado pela delação (a segurança pública), justificará a sua utilização, ou, em outras palavras, o fim legitimaria o meio. Ocorre que tal princípio é de todo amoralista, aliás, próprio do sistema político defendido pelo escritor e estadista florentino Niccolò Machiavelli (1469- 1527), sistema este dito de um realismo satânico, na definição de Frederico II em seu Antimaquiavel, tornando-se sinônimo, inclusive, de procedimento astucioso, velhaco, traiçoeiro, etc., etc...

O próprio Rui Barbosa já afirmava não se dever combater um exagero (no caso a violência desenfreada) com um absurdo (a delação premiada). Entendemos que o aparelho policial do Estado deve se revestir de toda uma estrutura e autonomia, a fim de poder realizar seu trabalho a contento, sem necessitar de expedientes escusos na elucidação dos delitos. O aparato policial tem a obrigação de, por si próprio, valer-se de meios legítimos para a consecução satisfatória de seus fins, não sendo necessário, portanto, que uma lei ordinária use do prêmio ao delator (crownwitness), como expediente facilitador da averiguação policial e da efetividade da punição.

Ademais, no próprio Código Penal já existe a figura da atenuante genérica do art. 65, III, b, onde a pena será sempre atenuada quando o agente tiver "procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do

juízo, reparado o dano ", que poderia muito apropriadamente compensar (por assim dizer) uma atitude do criminoso no auxílio à autoridade investigante ou judiciária.

Além da atenuante referida, há o instituto do arrependimento eficaz que, igualmente, beneficia o agente quando este impede, voluntariamente, que o resultado da execução do delito se produza, fazendo-o responder, apenas, pelos atos já praticados (art. 15).

Pode-se, ainda, referir-se ao preceito do art. 16, arrependimento posterior, bem verdade que este limitado àqueles crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, mas, da mesma forma, compensador de uma atitude favorável por parte do delinquent e, reduzindo-lhe a pena.

Vê-se, destarte, que o ordenamento jurídico existente e consubstanciado no Código Penal já permitia beneficiar o réu em determinadas circunstâncias, quando demonstrasse " menor endurecimento no querer criminoso, certa sensibilidade moral, um sentimento de humanidade e de justiça que o levam, passado o ímpeto do crime, a procurar detê-lo em seu processo agressivo ao bem jurídico, impedindo-lhe as consequências", como já acentuou o mestre Aníbal Bruno (Direito Penal, 4a. ed. t. III, p. 140, 1984). Não necessitava, portanto, o legislador, em lei extravagante, vir a prever a delação premiada, como causa de diminuição da pena. Também por isso foi inoportuna a delação demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para proteger seus cidadãos. A lei, como já foi dito, deve sempre e sempre indicar condutas sérias, moralmente relevantes e aceitáveis, jamais ser arcabouço de estímulo a perfídias, deslealdades, aleivosias, ainda que para calar a multidão temerosa e indefesa (aliás, por culpa do próprio Estado) ou setores economicamente privilegiados da sociedade (no caso da repressão à extorsão mediante sequestro).

Em nome da segurança pública, falida devido à inoperância social do Poder e não por falta de leis repressivas, edita-se um sem número de novos comandos legislativos sem o necessário cuidado com o que se vai prescrever.

Incita-se, então, à traição, este mal que já matou os conjurados delatados pelo crápula Silvério dos Reis; que levou Jesus à cruz por conta da fraqueza de Judas e deu novo alento aos invasores holandeses graças à ajuda infame de Calabar.

Esses traidores históricos, e tantos outros poderiam ser citados, são símbolos do que há de pior na espécie humana; serão sempre lembrados como figuras desprezíveis. Advirta-se, que não estamos a fazer comparações, pois, sequer são, neste caso cabíveis. Apenas tencionamos mostrar a nossa indignação com a utilização da ordem jurídica como instrumento incentivador da traição, ainda que se traia um sequestrador, um latrocida ou um estuprador.

Não podemos nos valer de meios esconsos, em nome de quem quer que seja ou de qualquer bem, sob pena, inclusive, de sucumbirmos à promiscuidade da ordem jurídica corrompida, pelo que procuramos, sucintamente, neste trabalho, condenar a delatio premiada introduzida em nosso Direito Positivo.

72. Sobre esta absurda exigência, assim já nos posicionamos, ao comentar o art. 594 do Código de Processo Penal, que possui semelhante disposição: "O ARTIGO 594 DO CPP - UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO": pela regra imposta no art. 594 do Código de Processo Penal, "o réu não poderá apelar sem recolher -se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto." Assim, em relação ao condenado que não seja primário e não tenha bons antecedentes, dois ônus a ele se impõem por força de lei: a prisão automática decorrente da sentença condenatória (salvo se se livrar solto ou prestar fiança, sendo esta cabível) e a impossibilidade de recorrer se não for recolhido à prisão.

Na verdade, se nos limitarmos a interpretar literalmente este artigo chegaremos forçosamente à conclusão que ele afronta a Constituição (e, portanto, é inválido) em pelo menos duas oportunidades: 1ª.) quando o texto constitucional garante a presunção de inocência (Tucci,

respaldado pelas lições de Guglielmo Sabatini, prefere a expressão não-consideração prévia de culpabilidade, pois "l'imputato è sempre e solo imputato ai fini dello svolgimento del processo. Quindi non va considerato nè come innocente, nè come colpevole." (in Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 401. Outros autores falam em princípio da não-culpabilidade e, como Dotti, em princípio da incensurabilidade) e 2ª.) quando assegura a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

Ora, se o art. 5º., LVII, da Constituição proclama que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", é de todo inadmissível que alguém seja preso antes de definitivamente julgado, salvo a hipótese desta prisão provisória se revestir de caráter cautelar, independentemente de primariedade e de bons antecedentes. Soa, portanto, estranho alguém ser presumivelmente considerado não culpado (pois, ainda não foi condenado definitivamente) e, ao mesmo tempo, ser obrigado a se recolher à prisão, mesmo não representando a sua liberdade nenhum risco seja para a sociedade, seja para o processo, seja para a aplicação da lei penal. Mais estranho se nos afigura ao atentarmos que aquela presunção foi declarada constitucionalmente.

Desta forma, esta prisão provisória, anterior a uma decisão transitada em julgado, só se revestirá de legitimidade caso seja devidamente fundamentada (art. 5º., LXI, CF/88) e reste demonstrada a sua necessidade, o *periculum libertatis*, expressão preferida pelos italianos, ao invés do *periculum in mora* (cfr. Delmanto Junior, Roberto, in *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 67).

No mesmo passo, há a segunda questão: se a Constituição também assegura aos acusados em geral a ampla defesa com os recursos a ela inerentes, parece-nos também claro que uma lei infraconstitucional não poderia condicionar este direito de recorrer àquele que não tem bons antecedentes e não é primário, ao recolhimento à prisão. Observa-se que esta regra legal está complementada no artigo seguinte, segundo o qual "se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação." (art. 595, CPP).

Da mesma forma, agora igualmente soa estranho para nós não se permitir ao acusado o acesso ao duplo grau de jurisdição, quando não seja primário e não tenha bons antecedentes.

Não esqueçamos que a "adoção do duplo grau de jurisdição deixa de ser uma escolha eminentemente técnica e jurídica e passa a ser, num primeiro instante, uma opção política do legislador." (Moraes, Maurício Zanoide de, *Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29).

Apesar do texto constitucional não conter expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição (como ocorre com a presunção de inocência), é indiscutível o seu caráter de norma materialmente constitucional, mormente porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê em seu art. 8º., 2, h, que todo acusado de delito tem "direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior", e tendo - se em vista o estatuído no § 2º., do art. 5º., da CF/88, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." Ratificamos, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque que no seu art. 14, 5, estatui que "toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei".

É bem verdade que a doutrina se debate a respeito da posição hierárquica que ocupam as normas advindas de tratado internacional. Parte dela entende que caso a norma internacional trate de garantia individual, terá ela **status** constitucional, até por força do referido § 2º. Fábio Comparato, por exemplo, informa que "*a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. (...) Seja como for, vai-se*

afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico" (Apud Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91): é o chamado princípio da *prevalência da norma mais favorável* ("*Este princípio, perseguido pelo direito internacional geral, e vigorosamente defendido por setores da doutrina brasileira, parece não haver ganho, até o presente, expressiva concreção na jurisprudência brasileira, devendo ser lembrada a questão do depositário infiel*": Bahia, Saulo José Casali, Tratados Internacionais no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116). O STF, reiteradamente, combate- o.

Ada, Dinamarco e Araújo Cintra, após admitirem a indiscutível natureza política do princípio do duplo grau de jurisdição ("*nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles*") e que ele "*não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República*", lembram, no entanto, que a atual Constituição "*incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, II; art. 105, II; art. 108, II), prevendo expressamente, sob a denominação de tribunais, órgãos judiciais de segundo grau (v.g., art. 93, III)*": in Teoria Geral do Processo, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 15ª. ed., p. 74.

Resta- nos, então, já que **legem habemus**, interpretar este dispositivo legal (infraconstitucional e fruto de uma lei de 1973) à luz da Constituição Federal, a fim de que possamos entendê-lo ainda como válido, fazendo, porém, uma leitura efetivamente garantidora.

Ora, se temos a garantia constitucional da presunção de inocência, é evidente que não pode ser efeito de uma sentença condenatória recorrível, pura e simplesmente, um decreto prisional, sem que se perquiria quanto à necessidade do encarceramento.

Como sabemos, entre nós, cabível será a prisão preventiva sempre que se tratar de garantir a ordem pública, a ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. São estes os requisitos da prisão preventiva e que configuram exatamente o **periculum libertatis**. Estes requisitos, portanto, representam a necessidade da prisão preventiva, que não é outra coisa senão uma medida de natureza flagrantemente cautelar, pois visa a resguardar, em última análise, a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (há, ainda, os pressupostos desta prisão, que não nos interessam no presente estudo).

Se assim o é, fácil é interpretar este artigo 594 da seguinte forma e nos seguintes termos: a prisão será uma decorrência de uma sentença condenatória recorrível sempre que, **in casu**, fosse cabível a prisão preventiva contra o réu, independentemente de sua condição pessoal de primário e de ter bons antecedentes; ou seja, o que definirá se o acusado aguardará preso ou em liberdade o julgamento final do processo é a comprovação da presença de um daqueles requisitos acima referidos.

Conclui-se que a necessidade é o fator determinante para alguém aguardar preso o julgamento final do seu processo, já que a Constituição garante que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*." Por outro lado, como a ampla defesa (e no seu bojo a garantia do duplo grau de jurisdição) também está absolutamente tutelada pela Carta Magna, o artigo ora analisado não pode ser interpretado literalmente, porém, mais uma vez, em conformidade com aquele Diploma, lendo- o da seguinte forma: não se pode condicionar a admissibilidade da apelação ao recolhimento do réu à prisão, mesmo que ele não seja primário e não tenha bons antecedentes. Aqui, vamos, inclusive, mais além: mesmo que a prisão seja necessária (e se revista, portanto, da cautelaridade típica da prisão provisória), ainda assim, admitir-se-á o recurso, mesmo que não tenha sido preso o acusado, ou que, após ser preso, venha a fugir.

Observa- se que, agora, mesmo sendo cabível o encarceramento provisório (por ser, repita- se, necessário), o não recolhimento do acusado não pode ser obstáculo à interposição de eventual

recurso da defesa, e se recurso houver, a fuga posterior não lhe obstará o regular andamento (não pode ser considerado deserto).

Não concordamos, outrossim, que a exigência da prisão para recorrer seja uma "*regra procedimental condicionante do processamento da apelação*", como pensa Mirabete (Processo Penal, São Paulo: Atlas, 10ª. ed., 2000, p. 649), pois, como contrapõe Luiz Flávio Gomes, "*se não ofende a presunção de inocência ou a ampla defesa, indiscutivelmente ofende o princípio da necessidade de fundamentação da prisão, inscrito no art. 5º, LXI.*" (Direito de Apelar em Liberdade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., p. 32).

Vê-se que não optamos pela interpretação literal do art. 594, o que seria desastroso, tendo em vista as garantias constitucionais acima vistas. Por outro lado, utilizamo-nos do critério da interpretação conforme a Constituição, procurando adequar o texto legal com o Texto Maior e evitando negar vigência ao dispositivo, mas, antes, admitindo- o válido a partir de uma interpretação garantidora e em consonância com a Constituição.

Afinal de contas, como já escreveu Cappelletti, "*a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.*" (**apud** José Frederico Marques, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79).

Devemos atentar que o presente artigo foi inserido em nosso código processual penal pela Lei nº. 5.941/73, época em que vigiam em nosso País a Constituição anterior a 1988 (que não trazia o princípio da presunção de inocência) e um regime não democrático.

Naquele contexto histórico, portanto, fácil era entender que uma lei ordinária viesse a dificultar o direito ao recurso e a prever a prisão automática decorrente de sentença condenatória recorrível. Bastava a sentença condenatória e a prisão impunha-se automaticamente, por força de lei, presumindo- se a culpabilidade ou a periculosidade do réu (ocorre que "*nenhuma presunção emanada do legislador infraconstitucional pode prevalecer sobre a presunção constitucional*", como diz Luiz Flávio Gomes, *ob. cit.*, p. 26).

Ocorre que desde 1988 temos outra Constituição, com outros princípios, muitos dos quais expressamente previstos (o que não impede a existência de princípios constitucionais implícitos, como, **v.g.**, o da proporcionalidade). A lei anterior, então, tem que ser interpretada segundo este critério, ou seja, em conformidade com a nova ordem constitucional (sob pena de ser considerada não recepcionada e, logo, inválida), evidentemente sem ultrapassar o seu sentido literal, apenas conformando- a com a Constituição.

Como dissemos, no tempo em que foi inserida em nosso sistema jurídico, a lei traduzia, em verdade, o momento histórico em que vivia o País, cabendo, por isso mesmo, atentarmos, agora, para o elemento histórico-teleológico (concepção subjetivista da interpretação, ou teoria da vontade), segundo o qual a lei obedece ao tempo em que foi intencionalmente (finalisticamente) concebida, devendo ser interpretada preferencialmente em conformidade com aquela realidade.

Devemos, então, buscar abrigo neste elemento histórico, acomodando a lei às "*novas circunstâncias não previstas pelo legislador*", especialmente aos "*princípios elevados a nível constitucional*" ("*Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da 'dignidade da pessoa humana' (...), a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, com as suas concretizações (...) da Lei Fundamental*": Larenz, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª. ed., 1997, p. 479).

Só poderíamos interpretar este artigo literalmente se este modo interpretativo fosse possível à luz da CF/88. Por outro lado, não entendemos ser o caso de, simplesmente, reconhecer inválida a norma insculpida naquele artigo de lei. A nós nos parece ser possível interpretá- la em conformidade com o texto constitucional, sem que se o declare inválido e sem "*ultrapassar os limites que resultam do sentido literal e do contexto significativo da lei*" (**idem**, p. 481).

Se verdade é que "por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara", também é certo que "uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar; que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das idéias dos seus autores." (grifo nosso): teoria objetivista ou teoria da interpretação imanente à lei (72 **idem, ibidem**, p. 446).

Portanto, não se pode ler o artigo 594 e inferir, hoje, o que se traduz gramaticalmente desta leitura. A interpretação literal efetivamente deve ser o início do trabalho, mas não o completa satisfatoriamente ("Toda a interpretação de um texto há -de iniciar-se com o sentido literal", **idem**, p. 450).

Em reforço à tese ora esboçada, ilustra-se dizendo que o projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal, expressamente, revoga os arts. 594 e 595 do atual CPP. Na respectiva exposição de motivos, justifica-se a revogação afirmando que teve "como objetivo definir que toda prisão antes do trânsito em julgado final somente pode ter o carácter cautelar. A execução 'antecipada' não se coaduna com os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito." São os novos tempos...

Vê-se que "las leyes son e deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas." (grifo nosso): Fiore, Pascuale, De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes, Madri: Reus, 1927, p. 579 (tradução do italiano para o espanhol de Enrique Aguilera de Paz).

Ademais, atentando-se, outrossim, para o sistema jurídico e fazendo uma interpretação sistemática do dispositivo ("Consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto", segundo nos ensina Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1961, 7ª. ed., p. 164), assinalamos que, posteriormente a ele, surgiu no cenário jurídico brasileiro a Lei nº. 8.072/90 (Crimes Hediondos), dispondo que "em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade." (art. 2º., § 2º., com grifo nosso).

Atenta-se, com Maximiliano, que o "Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio." (**idem**, p. 165).

Para finalizar, recorreremos, mais uma vez, a Larenz:

"Mediante a interpretação 'faz -se falar' o sentido disposto no texto, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. A esse propósito, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja. Evidentemente que nós sabemos que o intérprete nunca se comporta aí de modo puramente passivo." (Ob. cit., p. 441).

Rômulo de Andrade Moreira

romuloamoreira@aroba.uol.com.br

Rômulo de Andrade Moreira

Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado da Bahia.

Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador-UNIFACS na graduação e na pós-graduação (Cursos de Especialização em Direito Público e em Processo).]

*Pós -graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha e pela UNIFACS
(Especialização em Processo, coordenado pelo Professor Calmon de Passos).*

*Membro da Association Internationale de Droit Penal e do Instituto Brasileiro de Direito
Processual.*

*Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento do Ministério
Público Democrático.*