

da atual política criminal em matéria de drogas. E não se trata de uma mera declaração de interesses sem objetivos pré-fixados. Ao contrário, encontros internacionais como os antes mencionados e coletivos nacionais como o "Grupo de Estudos de Política Criminal", que reúne em Espanha um destacado número de juizes, magistrados e professores de Direito penal, traçaram propostas concretas que marcam um novo rumo à prevenção ao abuso de drogas.

A alternativa é clara. As chamadas drogas ilícitas devem receber um tratamento normalizado, semelhante ao que se aplica a outras substâncias perigosas que circulam em nossas sociedades. A tarefa fundamental, como sucede com o álcool, o tabaco e certos medicamentos, deve centrar-se na prevenção de seu consumo abusivo. Para tanto, resulta imprescindível acabar com o fantasma da droga e empreender amplas campanhas de educação sanitária que permitam a todo cidadão conhecer os autênticos riscos dos estupefacientes sem os prejuízos que os envolvem hoje. A via penal deve ser reservada àquelas condutas que por sua gravidade e danosidade social justificam o recurso à reação punitiva, como é o caso da difusão de estupefacientes entre menores de idade ou deficientes mentais. Nada disso pode justificar, sem embargo, o debilitamento dos grandes princípios e direitos que os Estados modernos garantem a qualquer suspeito de infringir a lei.

Trata-se, em definitivo, de uma opção em favor da prevenção que, respeitando os espaços de liberdade que correspondem a todo cidadão adulto e consciente de seu atos, pretende sentar as bases para

desmantelar as grandes organizações criminais que se aproveitam hoje da clandestinidade para exercer um poder econômico e político de insuspeitável alcance. A via repressiva não faz mais do que incrementar a rentabilidade do grande negócio da droga. A despenalização, em câmbio, oferece uma alternativa que ataca desde o início os cimentos desta impressionante fonte de benefícios.

Com os males do modelo repressivo como telão de fundo e a evidência de sua total ineficácia como elemento de prova, não parece excessivo demandar aos organismos internacionais e aos responsáveis políticos internos uma atitude flexível e sem prejuízos com respeito a essas propostas alternativas que, longe de representar soluções utópicas e irrealizáveis, se fundamentam em idéias de prevenção e educação plenamente aceitáveis por esses mesmos corpos de dirigentes para combater o uso abusivo de outras substâncias não menos nocivas para a saúde.

É preciso que o debate seja levado à sociedade e que os cidadãos contem com os mesmos dados que hoje conhecem os expertos e os encarregados do controle. Para que isso seja possível, não apenas faz falta um câmbio radical na atitude de quem desde o poder vem defendendo resolutamente um modelo repressivo, mas também, e quiçá ainda em maior medida, uma renovada visão dos meios de comunicação que se esforce por reduzir os níveis de dramatização que hoje tem a maioria das informações sobre o fenômeno da droga.

Talvez assim os anos 90 se convertam em testemunhas da esperada saída a uma das grandes encruzilhadas do fim do século.

## PERSPECTIVAS DE UMA MODERNA POLÍTICA CRIMINAL\*

WILFRIED HASSEMER

1. Novo campo do Direito Penal — 2. A criminalidade Moderna — 3. Direito Penal moderno — 4. Uma avaliação pessoal.

Senhoras e Senhores, gostaria de falar-lhe hoje a respeito de uma "Política Criminal Moderna", a partir da experiência alemã, ou talvez, da experiência da Europa Ocidental. Tenho informações superficiais da experiência brasileira; recebo as informações do que acontece no Brasil através de um doutorando brasileiro, Carlos Eduardo Vasconcelos, Procurador da República. Contudo, meus conhecimentos da experiência brasileira são insuficientes. Assim, falo sobre a moderna política criminal da Europa Ocidental e espero que possam transferi-la para a realidade brasileira.

Em primeiro lugar, gostaria de dizer alguma coisa a respeito das novas experiências, da modernidade, do que seria isso. Depois direi alguma coisa a respeito de novos fenômenos na área criminal na Alemanha e na Europa Ocidental e, finalmente, procurarei caracterizar o que é o novo Direito Penal, o que há de moderno, quais são os exemplos que temos, quais são as suas estruturas. Por derradeiro, apresentarei as minhas conclusões a respeito do que está ocorrendo.

Se eu pudesse resumir em uma frase toda a minha exposição, diria: a atual política criminal é totalmente diferente do que era há vinte anos atrás. O Direito Penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade, e nós temos que refletir a respeito de algo que seja melhor, mais eficaz, que seja capaz

de solucionar esses problemas. Eu chamo a isso de "Direito de Intervenção". Este é o caminho, pelo menos, dos meus pensamentos.

## 1. Novo campo do direito penal.

Começo fazendo algumas observações sobre modernidade, sobre o que pode ser denominado de novo campo do Direito, especialmente no campo do Direito Penal. A reflexão a respeito de novidades em termos de criminalidade pressupõe uma ligação entre Política Criminal e Direito Penal e isso já representa um avanço para a modernização, demonstrando que o Direito Penal não se limita à dogmática, interessando-se por suas conseqüências.

A questão a respeito do que significa a modernização da criminalidade, o que significa a modernização da Política Criminal e sua ligação com o Direito Penal, já é uma pergunta de caráter moderno, já é resultado de determinada concessão do Direito Penal. Eu vejo aqui dois problemas empíricos, quando a gente observa o novo e o normativo: 1.º é válido o que se diz a respeito do desenvolvimento da comunidade? 2.º a exati-

\* Resumo elaborado por Cezar Roberto Bitencourt, sem revisão do autor, da conferência realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, dia 17.11.93.

dão da reação do Direito Penal. Examinemos cada um desses problemas empíricos.

Primeiro problema empírico: é válido o que se diz a respeito do desenvolvimento da comunidade? Será que o que se afirma é correto? Eu quero colocar aqui um ponto de interrogação e dizer: os conceitos sobre os aspectos empíricos da criminalidade não são científicos, não são analíticos do ponto de vista das ciências sociais, são sempre políticos. Sabemos, por exemplo, de pesquisas empíricas realizadas na Alemanha, que a política adotada diante do desenvolvimento da criminalidade sempre foi uma política de "lei e ordem", ou seja, a postura adotada diante do crescimento da criminalidade foi sempre orientada por ideais políticos. E na atualidade, o debate sobre o crescimento da criminalidade continua a apresentar conteúdo essencialmente político. Os políticos jurídico-liberais dizem sempre: "Cuidado, a situação não é tão grave", enquanto que os mais conservadores dramatizam a situação. Podemos ilustrar com um exemplo prático: discute-se se há uma máfia na Alemanha. Alguns cientistas afirmam que não há, por que a máfia tem embasamentos tradicionais, culturais e nacionais totalmente diferentes dos que existem na Alemanha. Outros afirmam que pode haver, pois ela traria suas próprias estruturas, e, nesse ponto, é importante o papel da mídia na divulgação da existência e extensão do problema, que nem sempre se apresenta de forma clara diante de nossos olhos.

O segundo problema empírico: afinal, com que exatidão o Direito Penal pode responder à criminalidade moderna? Será que ele atinge essa criminalidade? Atinge o alvo a que se destina, ou não? Na República Federal da Alemanha hoje ocorre um fenômeno interessante: a população tem grande medo da criminalidade. O fenômeno que inquieta a comunidade alemã é a criminalidade orga-

nizada, a criminalidade econômica, grandes atos criminais na área da ecologia internacional, a criminalidade dos bancos internacionais, contrabando de armas e tráfico de drogas. A criminalidade organizada é o centro das preocupações da política geral.

A criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade. Se esse segmento estatal pára de funcionar é o fim de tudo. Nós conseguimos vencer a máfia russa, a máfia italiana, a máfia chinesa, mas não conseguimos vencer uma Justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada. Na verdade, a criminalidade organizada é o grande tema atual na República Federal da Alemanha, isso no debate da política interna, pois na vida real das pessoas, no dia a dia, não é a criminalidade organizada o fator mais preocupante, mas sim a criminalidade massificada. Entende-se como criminalidade massificada roubos de veículos, assaltos na rua, violência física contra estrangeiros, criminalidade juvenil com "máscara política", arrombamentos nas casas etc. Essa criminalidade de massa irrita, perturba e ameaça a população em seu cotidiano.

Discutimos em determinado nível a criminalidade organizada, que não se identifica com a criminalidade massificada do dia a dia. Como o medo da população decorre dessa criminalidade massificada, parece-nos que a discussão está mal colocada. Consta-se, pois, que o medo da criminalidade não é o espelho da criminalidade real, constituindo-se pois em um fenômeno próprio. Cito alguns exemplos: nos estados orientais que foram unificados à República Federal da Alemanha, a criminalidade é relativamente reduzida, mas o medo da

criminalidade é muito elevado em comparação com o ocidente onde a situação é inversa. Isso se deve a experiência do dia a dia de segurança e insegurança individual, à mudança de vida com um novo sistema econômico, com desemprego, com a queda do nível de solidariedade. Tudo isso é causa do medo da criminalidade, mas a criminalidade real é apenas uma dessas fontes e também isso complica o problema da política criminal moderna.

Uma última questão a respeito da adequação da resposta do Direito Penal moderno: há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador — que sabe que a política adotada é ineficaz — faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de "reação simbólica" que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma "reação puramente simbólica", que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social.

Finalmente, há o problema normativo a respeito do qual deve-se fazer uma reflexão. Em todos os países onde discuti esse tema — na Europa Central, na Ásia Oriental e agora aqui no Brasil — a política criminal está apenas preocupada com a eficiência, com o êxito, enfim, em ter respostas para a criminalidade. Em todos os lugares pergunta-se como podemos combater a criminalidade moderna. Tudo bem, mas isso é apenas um aspecto

do problema. Não podemos esquecer que a política criminal e o Direito Penal têm um aspecto normativo, o aspecto da Justiça, o equilíbrio da proteção jurídica dos atingidos pelo processo penal. E no momento encontramos-nos exatamente nessa situação, queremos lutar, queremos ter êxito, queremos resultados. E acredito que no Brasil atualmente a situação também não é diferente, em que esquecemos a tradição normativa — exagerando um pouco — estamos pensando militarmente; estamos pensando apenas em termos de luta, de combate, de vitória, e o Direito Penal está sendo armado como um instrumento de luta, de combate à criminalidade.

Eu advirto: o Direito Penal também tem uma tradição normativa, uma tradição de proteção jurídica e não apenas tradição de eficiência e de luta. A tradição do Direito Penal está nessa tensão entre o normativo e o empírico, e, essa tensão nós temos que conservá-la.

Esse foi o meu primeiro ponto a respeito da experiência do desenvolvimento moderno e da experiência do novo.

## 2. A criminalidade moderna

A seguir vou procurar demonstrar o que eu chamo de criminalidade moderna. Em primeiro lugar, gostaria de citar alguns exemplos e depois falarei sobre a estrutura, por que a minha tese é a seguinte: em termos de criminalidade as coisas não são muito claras, são sempre mais ou menos; mas agora, pelo menos está claro que a criminalidade moderna é, em quase todos os seus aspectos, algo diferente da criminalidade clássica.

Vejamos alguns exemplos:

1.º. Criminalidade econômica — A criminalidade econômica como tal sempre existiu, no sentido de que uma pessoa causa danos aos interesses econômicos de uma outra pessoa, fraude, falta de

fidelidade econômica etc. Mas a criminalidade econômica moderna é bem diferente. Não se trata de casos individuais, não se trata de apenas uma pessoa como vítima, mas se trata de estratégias. A criminalidade econômica moderna é difusa — eu volto a especificar isso — mas repito que a criminalidade econômica moderna é diferente da criminalidade clássica; as vítimas, de regra, são pessoas jurídicas. Por exemplo: a Comunidade Européia dispõe de muitos recursos econômicos. Pois no momento estamos constatando que há criminalidade organizada no campo da economia européia que auferia ganhos imensos por declarações falsas, importação e exportação em diferentes países da Comunidade Européia, aproveitando-se da situação de transição em que essa comunidade se encontra. A Comunidade Européia começou a reagir a essa criminalidade organizada.

2.º. Descalabro das economias do antigo bloco comunista (Rússia, Polônia, Tchecoslováquia, Hungria) — O descabro dessas economias levou a que? Numa situação de transição, as condições econômicas tornaram-se muito pouco claras. Se diz que existe uma grande máfia russa e eu tenho certeza de que aqui uma boa parte dos problemas surgiu da moderna criminalidade econômica nessas regiões.

3.º. Criminalidade ecológica — A criminalidade ecológica é algo mais que o simples transportar cargas perigosas de um lugar para outro. Faz parte da criminalidade ecológica o transportar, por exemplo, detritos radioativos de um país para outro. Existe, por assim dizer, um contrabando de detritos poluidores de um país para outro, sobretudo para fora da Comunidade Européia. Eu acredito que no Brasil existem problemas semelhantes, com cargas poluidoras vindas da Europa. Isso é criminalidade ecológica moderna em grande estilo.

4.º. Criminalidade no comércio exterior — Criminalidade na área do con-

trabando de armas. Sobretudo na guerra do Golfo foi possível verificar que parte do sistema de armamentos do Iraque vinha da Europa ou dos Estados Unidos da América. Também isso é criminalidade moderna internacionalmente organizada.

5.º. Contrabando internacional de drogas — Assunto muito em voga sobre o qual não é preciso dizer muita coisa. Todos conhecem as causas e conseqüências do tráfico internacional de drogas.

Assim, esses são os exemplos mais comuns da criminalidade moderna. O exemplo mais típico da criminalidade moderna é a criminalidade organizada, aliás, internacionalmente organizada.

Depois de relacionar os exemplos mais comuns da criminalidade moderna, resta-me dizer alguma coisa a respeito da estrutura.

O que esses exemplos todos têm em comum? Relaciono as seguintes características:

a) Ausência de vítimas individuais.

Esse tipo de criminalidade não tem vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata (na criminalidade clássica poderíamos apontar, como semelhante, os delitos fiscais, onde a vítima imediata é o Estado). Toda a criminalidade moderna, de regra, não tem vítimas individuais. As vítimas são ou o Estado ou comunidades, como o caso da Comunidade Européia.

b) Pouca visibilidade dos danos causados.

Os danos causados por essa criminalidade não são sempre bem visíveis. Por exemplo, no direito ecológico alemão, o Código de Direito Ambiental diz genericamente que quem polui a água será sancionado (eu estou simplificando). Mas para isso é necessário colocar limites de poluição, é preciso saber em que momento começa o ato criminoso, pois, logicamente quem coloca um quilo de sal no rio Reno não comete um delito ambien-

tal, mas quem coloca uma tonelada sim, ou quem sabe cem toneladas, ou talvez não com sal, mas com outros gêneros mais poluentes. Então, traduzindo, a autoridade administrativa precisa definir os limites do proibido e do permitido. Assim, o que vemos com a nossa experiência é que o Código Ambiental não pode descrever o delito, como no caso do homicídio, da fraude, mas pode descrever apenas a sua moldura e o delito efetivo deve ser descrito pela Administração Pública. Nós chamamos a isso de "acessoriedade administrativa", ou seja, o delito se define por um ato do Poder Executivo. Isso é, Direito Penal moderno, ou seja, os danos não são mais visíveis, o delito perde a sua tangibilidade, adquire outra estrutura.

A criminalidade moderna transcende os direitos individuais universais, não é o corpo, a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio das pessoas como falava o Direito Penal clássico, mas, a capacidade funcional do mercado de subsídios, por exemplo, no caso das fraudes ao subsídio; a saúde pública no caso dos produtos farmacêuticos, a capacidade funcional das bolsas. Esses são os bens jurídicos da criminalidade moderna e do Direito Penal moderno. São bens jurídicos supra-individuais, são universais e são vagos, muito vagos, muito genéricos. Saúde pública, capacidade funcional do sistema de subsídios, capacidade funcional das bolsas, isso do ponto de vista de conteúdo praticamente, nada diz.

c) *Novo modus operandi*

As formas de ação da criminalidade moderna são civis, não corre sangue, só no final, talvez, haverá um pouco de agressão. De um modo geral há colarinhos brancos, caneta, papel, assinaturas de contratos e, também por isso, os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis: contratos, pagamentos, cartas, negociações, solicitações. E, finalmente, apresenta três características fundamen-

tais: internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade, divisão de trabalho e gente boa, gente com cabeça e proteção contra a investigação policial (há até advogados que participam desse sistema de proteção com alta profissionalidade).

Esses foram alguns dos exemplos e algumas das estruturas daquilo que eu chamo de criminalidade moderna.

### 3. Direito Penal moderno

Agora, na terceira parte desta exposição, gostaria de falar sobre o que é "Direito Penal moderno", ou seja, como o Direito Penal reage diante desse desenvolvimento.

O Direito Penal moderno, o Direito Penal novo é totalmente diferente em muitos aspectos do Direito Penal clássico. Na República Federal da Alemanha existe, há cerca de vinte anos, uma tendência clara: há determinadas áreas nas quais se concentram as reformas do Direito Penal. Nós não temos necessidade de reforma na Parte Geral do Direito Penal. Aí nada mudou. Não temos necessidade de reforma na execução penal, no direito processual penal. Tudo isso acabou, está morto.

A reforma moderna do Direito Penal concentra-se em dois aspectos: primeiro, no aspecto especial do Direito Penal e no Direito Penal acessório. Existe uma nova criminalização e um aguçamento das medidas. Este é o campo e esta é a tendência. Segundo, no processo penal é a mesma coisa: modifica-se intensamente a fase de investigação, a fase preliminar. A fase preliminar do inquérito foi dramaticamente aguçada. Nisso consiste a reforma penal alemã nos últimos vinte anos.

Essa é a tendência genérica. Agora vou entrar em alguns pormenores, mais precisamente sobre a nova estrutura:

a) Direito Penal material, parte especial.

1.º Há um aumento da moldura penal. Alguns casos são dramáticos. Por exemplo: na área de drogas, as penas foram elevadas de dez para quinze anos; no direito comercial externo a elevação foi de um para cinco anos; no controle de armamentos a mesma coisa.

2.º Criminalização territorialmente extensa.

Se observarmos uma lei moderna, vamos constatar que houve um grande crescimento na contextualização dos crimes. O legislador procura descrever todas as hipóteses imagináveis. Eu chamo a isso de "ampliação territorial". É uma nova e moderna forma de legislação.

3.º Utilização de delitos abstratos.

O Direito Penal moderno tem abusado da utilização exagerada do "perigo abstrato", que embora fosse utilizado pelo Direito Penal clássico, sempre constituiu exceção. Para este tipo de delito não é necessário que se produza um dano, sequer é necessário que haja o perigo concreto, é suficiente que um ato proibido pelo legislador seja praticado para caracterizar o delito. Exemplo: uma regra clássica é a fraude, que necessita de um engano, de um erro da vítima, a perda de patrimônio e o conseqüente dano. A moderna forma de fraude encontramos nos subsídios, que só tem uma pré-condição: a indicação falsa junto a autoridade que o concede. Com isso já se consumou o delito, independentemente da ocorrência de dano. Claro, aqui a situação fica muito mais fácil de ser provada. No caso concreto não é necessário comprovar que houve dano, mas o acusado tem muito menos possibilidades de fazer sua defesa. Quanto menores forem as pré-condições para a sanção tanto menores serão as possibilidades de defesa.

b) Direito Penal Processual

Examinei as novas estruturas no Direito Penal material. Mas a situação se torna mais dramática no novo Direito Penal, na

área formal, no direito processual penal. A reforma do Direito Penal no campo formal consiste no aguçamento do sistema de investigação, do processo investigatório e mais nada. A reforma fez com que o processo investigatório tradicional passasse por uma revolução.

Vamos examinar esses novos métodos.

1.º Introdução de métodos técnicos audiovisuais.

Hoje há a possibilidade de uma observação policial através de aparelhos de escuta e através de câmeras filmadoras ao longo de muitas semanas, de muitos meses, contra uma determinada pessoa, o que antes não era possível nem permitido.

2.º Utilização de dados informatizados

É a investigação através de dados armazenados em sistemas informáticos. Esses sistemas fazem com que milhões de cidadãos entrem no processo investigatório — o chamado "pente fino" no Brasil — para poder encontrar três ou quatro pessoas. Exemplo: a investigação de terroristas na Alemanha utilizou dados informatizados de milhões de alemães que pagavam suas contas de luz com dinheiro — método utilizado pelos terroristas para não serem localizados — filtrando informações para localizar três ou quatro terroristas. Com esse método viola-se a privacidade dos cidadãos, manipulando-se informações, que permanecem arquivadas nos computadores da polícia.

3.º Investigadores disfarçados ou infiltrados.

Na República Federal da Alemanha utiliza-se cada vez mais investigadores disfarçados, que às vezes são integrantes da própria polícia, outras vezes são criminosos utilizados sob uma legenda. Esses investigadores disfarçados são introduzidos nos grupos criminosos para realizar suas investigações. A polícia diz que o tráfico internacional de drogas não pode ser investigado sem a utilização

desse método. Atualmente estamos discutindo se esses investigadores infiltrados podem cometer delitos, próprios dos grupos em que se infiltram. A questão é simples: sempre que um novato ingressa nesses grupos é posto à prova, ou seja, atribuem-lhe a realização de determinados crimes para comprovar sua lealdade e capacidade. Por isso, a polícia sustenta que esses investigadores infiltrados nas quadrilhas precisam ter permissão para praticar delitos próprios do grupo onde se encontram. Mas até onde iria essa permissão? Até onde iria esse limite? A polícia tem um limite, o limite do Estado de Direito, mas os grupos criminosos não têm esse limite. Esses grupos criminosos podem, por exemplo decidir pela realização de um estupro coletivo. O agente infiltrado estaria autorizado a realizá-lo? Acreditamos que nem a polícia pensaria em ousar tanto.

Por isso, afirmamos que esses métodos, juntamente com a escuta telefônica, que aumenta dia a dia (num único processo em Frankfurt foi feita a escuta de trinta e seis mil telefonemas), precisam ser repensados. É preciso refletir quando falamos em métodos modernos de investigação policial.

Esses modernos métodos de investigação policial revolucionaram o nosso direito processual penal. Houve uma mudança radical. Esses métodos de investigação são todos secretos. O investigado não pode saber de nada, por que se souber a investigação será ineficaz. No direito processual penal tradicional as investigações eram feitas abertamente, prisão preventiva, busca domiciliar, etc., tudo era feito às claras. Só excepcionalmente, quando circunstâncias especiais o justificassem, era permitido realizar alguma investigação secreta. Agora o processo de investigação se transforma de aberta em secreta, com determinadas conseqüências: a pessoa atingida não pode se defender por que não sabe que está sendo investigada, não pode se justi-

ficar por que não sabe de nada. Em direito processual vige o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-acusar. Mas esse princípio deixou de funcionar. Logo, se alguém é objeto de uma investigação, de uma observação policial, a longo prazo, se for objeto de escuta telefônica, se for objeto de pessoas infiltradas — desconhecendo essas circunstâncias — não pode defender-se, estará acusando a si próprio.

4.º Invasão da privacidade de terceiros.

Todos esses modernos processos de investigação atingem terceiros não participantes que na concepção do Código de Processo tradicional deveria constituir exceção. Pois é a suspeita contra alguém que legitima a investigação contra dito suspeito. Claro, todos os métodos que mencionamos dirigem-se também contra o suspeito, mas em grande parte atinge pessoas não participantes do ato delituoso. Na escuta telefônica, por exemplo, pessoas que não estão sendo investigadas acabam sendo observadas e milhares de dados que são coletados acabam ficando no computador da polícia. Não são esquecidos, não são apagados, são arquivados e isso constitui uma invasão da privacidade dos cidadãos não suspeitos. Essa privacidade tem que ser respeitada e está fora do direito de intervenção estatal.

O processo penal está se antecipando cada vez mais. Sempre foi necessário a existência de uma suspeita, pelo menos, para se poder investigar. Agora já se permite o início de uma investigação mesmo antes de existir qualquer suspeita. Na lei de comércio exterior, na lei de controle de comércio de armamento, a polícia pode começar a investigar para poder estabelecer uma suspeita, ou seja, pode iniciar a investigação antes mesmo de ter uma suspeita.

5.º Privatização da segurança.

Atualmente na Alemanha já há mais empresas privadas de segurança do que

policiais do Estado. A consequência — deve ocorrer o mesmo no Brasil — é que a segurança existirá para os ricos, e também é uma “espécie” de “policia” que não está sob o controle do Estado ou, pelo menos, não tem um controle estatal eficiente.

#### 6.º A transação no direito criminal.

No campo do Direito Penal moderno, em quase todos os casos da criminalidade moderna, temos a chamada “negociação no Direito Penal”. Grandes processos penais econômicos; na área de drogas, na área ambiental, entre outras, não são decididos através de uma sentença. Um exemplo: hoje em dia estou defendendo um grande processo penal econômico, que já está completando cinco anos. Não houve ainda nenhuma acusação formalizada, mas já existe do lado da Procuradoria um sinal que talvez antes da acusação se possa fazer um acordo, ou seja, não haverá audiência pública, os fatos não serão esclarecidos. Não se trata de culpa ou inocência, mas haverá uma negociação, secreta naturalmente; negocia-se quanto se pode dar e quanto se pode ceder. Eu acho isso um escândalo em processo penal! E acredito que isso provém do fato de o direito material ter recebido demasiados encargos da nova criminalidade, encargos que não pode suportar.

#### 4. Uma avaliação pessoal

Relatei muitas coisas concretas, citei muitos exemplos, agora gostaria de emitir alguns juízos pessoais.

A longo prazo, pode-se afirmar, o Direito Penal não pode renunciar a determinados princípios que estão, por assim dizer, atravessados nessa modernidade, que são rejeitados a título de “modernização”. Existem determinados princípios no Direito Penal aos quais uma política criminal moderna não pode renunciar. Fundamentarei essa minha tese a seguir.

#### 1.º Déficits de execução.

Este moderno Direito Penal não está funcionando satisfatoriamente. Os campos obscuros nesse Direito Penal são muito amplos. Por exemplo, o comércio internacional de detritos, o tráfico internacional de drogas, a criminalidade econômica, apresentam campos obscuros, isto é, não esclarecidos. Não são apenas muitos, mas são também seletivos. No campo ambiental, no tráfico de drogas, por exemplo, nunca se apanha os chefões, apenas os chamados “peixes pequenos”, e isso é injusto do ponto de vista jurídico. Assim, a maior parte dos processos penais não são concluídos, geralmente acabam na base do acordo, muito raramente chega-se a uma sentença. Geralmente temos uma negociação ou acordo e o processo é arquivado.

Tudo isso são déficits de execução. Quando sai uma sentença ela tem que estar no limite inferior, sempre no limite inferior da pena. Por que? Porque o juiz sabe que foi pego apenas um entre milhares e, de certa forma, não pode aplicar todo o peso da lei nesse pobre coitado.

#### 2.º Individualização da pena.

A individualização da pena é um dos princípios fundamentais do Direito Penal. Na medida em que temos a pena privativa de liberdade necessitamos do princípio da individualização da pena, para aplicar a pena justa a quem violou a ordem jurídica. Porém, no caso do chamado Direito Penal moderno, a individualização da pena não funciona. Na criminalidade moderna eles não agem individualmente, mas sempre em grupo — a divisão de trabalho. Normalmente há uma diretoria que toma decisões por maioria: ou seja, oito entre dez, nem sempre há unanimidade. Normalmente a decisão criminosa não é de uma pessoa, como no caso do assassinato, do estupro, do furto, etc. Assim, a individualização da pena está atravessada no caminho do moderno Direito Penal.

#### 3.º *In dubio pro reo*.

Isso não funciona com a criminalidade moderna. Se esperarmos até não temos dúvida, o problema da criminalidade internacional se tornará insolúvel. Necessitamos de uma intervenção oportuna, de sabermos oportunamente o que aconteceu, no momento certo. Necessitamos poder intervir nesses campos. Pensem no caso dos armamentos de guerra, pensem no comércio e contrabando de material radioativo. Precisamos poder intervir, mesmo tendo dúvidas.

A minha tese é de que o princípio tradicional *in dubio pro reo* atravessa-se no caminho da criminalidade moderna.

#### 4.º Juízo de certeza.

Mas na criminalidade moderna, temos respostas flexíveis. De acordo com a mudança de situação haverá flexibilidade nas nossas respostas. No campo das drogas, por exemplo, a cada dia se inventa novas drogas, drogas sintéticas. Até o legislador intervir leva uns três anos, pelo menos na Alemanha, acredito que no Brasil também. A certeza exige que haja uma legislação clara. Isso hoje em dia não funciona. O Direito Penal, nesse sentido, não pode se modernizar sem abrir mão de alguns princípios.

Mas o que dá para fazer nessa situação? A minha recomendação tem dois aspectos.

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal.

Estes bens e direitos devem ser definidos da forma mais precisa possível. Acho também que o Direito Penal, no fim de contas, estará disponível para os delitos mais graves, mas não para esse novo campo da moderna criminalidade.

Acho que é necessário refletir, e agora externo a vocês algumas idéias que ainda não estão totalmente maduras e que talvez possam ser objeto de debates. Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de “Direito de Intervenção”. Esse nome pode ser mudado, mas por enquanto vamos chamá-lo assim mesmo.

Esse novo campo do direito estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente. Exporei algumas idéias a respeito.

Para começar necessitamos de instrumentos eficientes contra as pessoas jurídicas, distintos do Direito Penal clássico que está totalmente voltado para o indivíduo, para a pessoa física. E o problema moderno são os grupos, as instituições, são ramos inteiros de organizações sociais. São também grupos dentro do Estado. É necessário que nos concentremos nesse campo do Direito Penal, na criação e divisão de hierarquias, na criação de sistemas de proteção. E é exatamente isso que o Direito Penal que temos não pode fazê-lo. Arrebentaremos com o Direito Penal. Nós já começamos isso na Alemanha Federal e no final teremos um instrumento ineficiente. Este campo do Direito tem que ser efetivamente orientado pelo perigo, pela periclitado e não pelo dano. A “criminalidade moderna” não é um caso de danos, é um caso de riscos. Normalmente nem se chega a produzir um dano, ou o dano ocorre quando é tarde demais. Assim, esse campo do direito precisa poder reagir ao perigo, ao risco, precisa ser sensível diante da mínima mudança que pode se desenvolver e transformar-se em grandes problemas.

É um campo do direito que tem que se organizar preventivamente. Nosso Direito Penal sempre se orientou pela repressão, sempre se orientou pelo passado e, por bons motivos teima em continuar assim. Mas hoje necessitamos é da prevenção, por que a repressão vem tarde demais. Pense-se em uma intervenção precoce, oportuna, no campo da corrupção. Se se tiver um funcionalismo corrupto, acabou, pois essas coisas precisam ser combatidas antes de se instalarem. Os bens ou direitos, nesse campo, tem que ser bens universais, o que resume tudo o que falamos até agora. É importante que se aja no início, no nascedouro, por isso chamamos "Direitos de Intervenção". Nesse aspecto os direitos coletivos são muito mais importantes que os direitos individuais. É importante que os direitos da coletividade, do funcionalismo, da justiça, da bolsa, dos subsídios, do mercado de capitais estejam no centro dessa área do direito e esse "direito de intervenção" pode ser orientado pelo mercado, algo que no Direito Penal não cabe. É um mundo diferente, o Direito Penal nunca pode orientar-se pelo mercado, como por exemplo: no campo do direito ambiental, da poluição ambiental em grande estilo, pode-se trabalhar com permissões de poluição até determinado limite. O Japão propôs e o debate alemão assumiu o risco, negociando permissões de poluição como ações na bolsa, para tonar isso transparente, para não dar uma resposta repressiva tarde demais, quando a poluição já aconteceu, mas uma resposta suave e precoce, porém, efetiva.

No campo das drogas defendo a destituição dos mercados negros mediante a descriminalização. Na Alemanha é uma tese audaciosa, acredito que também no Brasil. Os problemas neste campo são muitos e da mais variada natureza, como por exemplo, o problema dos dependentes de drogas, da sua saúde, o cotidiano dos dependentes, o problema dos altos

lucros (e, por isso, os altos investimentos dos grupos organizados no tráfico internacional de drogas), o problema da AIDS, da execução penal, da utilização de seringas contaminadas, todos decorrentes da criminalização. Sustento que o problema da droga não deve ser solucionado pelo Direito Penal, mas através da política sanitária e da política de mercado, ou seja, "secar o mercado", tornar o mercado desinteressante e, afora isso, criar instrumentos de política de saúde pública.

Sob o ponto de vista do mercado, devemos refletir a respeito de impostos como reguladores de comportamento. O Direito Penal nos impede — segundo a minha tese — no campo da proteção ambiental, por exemplo, de aplicar instrumentos sensatos na proteção do meio ambiente. Por quê? Nós ficamos muito tranquilos com o nosso direito penal ambiental e deduzimos: "temos o instrumento mais severo da sociedade nesse campo, que mais devemos fazer?" Mas o Direito Penal de nada serve por que há déficit de execução. Esse fenômeno pode ser constatado na Alemanha, onde o Direito Penal nos impede de criar instrumentos de proteção ambiental que seriam eficientes, mas que seriam caros. O Direito Penal é barato política e economicamente. Na Alemanha — acredito que também no Brasil — poder-se-ia adotar medidas mais eficientes com a utilização de taxas e impostos, na área do meio ambiente. Acredito que isso seria eficiente.

Uma última idéia, com a qual terminarei esta exposição. O fato de o Direito Penal fundamentar-se na culpa impede que se crie instrumentos eficientes para combater a moderna criminalidade. A Alemanha enfrenta atualmente um grande problema — ocorrido também na França — a contaminação do sangue para transfusões. Determinadas instituições econômicas e até estatais comercializaram sangue contaminados com

AIDS. Isto é um bom exemplo de criminalidade moderna. Acredito que no final essas pessoas, devidamente comprovado, responderão por homicídio. Mas antes disso, sob o ponto de vista do Direito Penal, nada pode ser feito. Necessitamos, antes disso, agir preventivamente, estabelecer controles e obrigações com sanções para eventuais descumprimentos. Necessitamos de um fundo financeiro para eventuais vítimas. Essas medidas são inadmissíveis em termos de Direito Penal, o que só será possível através de uma forma de direito como a que eu imagino e com a utilização de tecnologias que se desenvolvem na Alemanha, como por exemplo, os fundos e tecnologias que se desenvolvem na indústria química.

Com isso, concluo minha exposição. Uma frase a mais: temos grandes problemas de uma sociedade moderna de risco, problemas que foram esboçados em muitos de seus aspectos. Não quero que fechemos os olhos diante desses problemas, ao contrário, desejo que sejam observados minuciosamente. Se tentarmos solucionar esses problemas não teremos êxito e o máximo que conseguiremos será destruir o Direito Penal ao eliminarmos seus princípios fundamentais. Retirando as garantias do Direito Penal eliminaremos a sua potência protetora jurídica e teremos instrumentos que não servirão para nada, porque estarão mal localizados e por isso sugiro que se reflita sobre outras reações de direito.