

## DIREITO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

### Uma relação ambivalente

ANABELA MIRANDA RODRIGUES\*

O tema da minha intervenção, que intitulei “Direito Penal e Direitos fundamentais - uma relação ambivalente”, interpela-nos sob a forma de diversos tópicos: democracia, criminalidade e política. Política criminal, sem dúvida; mas também política de segurança, em geral. E desvenda, ainda, as perplexidades de uma sociedade “marginal” na expressão de Jaspers, que oscila entre a confiança e o medo - o risco -, entre “defesa” e “agressão” de direitos humanos.

#### 1.

É hoje reconhecido que os Estados têm uma necessidade legítima de reforçar a sua segurança. Novos e variados riscos constituem uma ameaça, não só pela substância mas também pela forma que assumem, tendo na criminalidade organizada e no terrorismo uma expressão paradigmática e a principal responsável pelo clima de “medo” que caracteriza a actual sociedade.

Já não é de agora que, do lado dos sociólogos (J. De Maillard), se chama a atenção para que o crime é “invisível, banal, gasoso”, não é um comportamento facilmente identificável. Ele é menos “essência” e mais “relação”. Dissolve-se na estrutura ambiental, com a qual desenvolve relações simbióticas. Na sua forma acabada, o crime é hoje “global” e difunde-se em rede.

Ele é afinal expressão de um novo modelo de compreensão das sociedades contemporâneas, em que, do lado organizacional, é sobretudo a lógica

---

\* Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

dos territórios em que repousam que é posta em causa. E, perante o recuo dos Estados, as redes são a contrapartida da nova configuração espacial global.

Elas multiplicam-se num espaço reconfigurado, onde redes legais e ilegais cumprem a mesma função socializadora de base. É esta homologia de grupos, ao mesmo tempo todos diferentes no seu conteúdo e todos semelhantes na sua estrutura, que impede a marginalização do crime.

Fala-se de uma “teoria da relatividade criminológica” para compreender a criminalidade na sociedade global, caótica e entrópica, de um perspectivismo descentrado e deshierarquizado, de fluxos instantâneos, com referências na nova “mitologia” fractal.

O criminoso, ao contrário do que nas fórmulas mediatizadas pela literatura era tradicional, “não está entre nós”, ele “é um de nós”. Se preferirmos, numa formulação mais temerária: o delinquente pode considerar o mundo inteiro como um terreno de operação.

Surge aqui o que identifico como um primeiro paradoxo:

Perante um espaço que se abre e se alarga ao tamanho do mundo, nasce uma cultura de controlo estadual, fechada e monolítica, e a segurança emerge com um novo estatuto, cujo traço é a “redução ao penal”.

Com a expansão mundial da revolução neo-liberal, em que o mercado é apresentado como o meio óptimo para “enquadrar” o agir humano, não só na economia e no trabalho, mas também na saúde e no ensino, assistimos a uma reconversão significativa do Estado Social. Na relação contratual que estabelece com o indivíduo, este é responsável por si próprio, pelo seu sucesso ou insucesso no mundo do mercado; e a filosofia do Estado é a da redistribuição de bens sociais de acordo com os princípios do mercado.

Entretanto, nesta passagem do *welfare state* para o *work state*, como vem sendo chamado, o reclamar de “menos Estado” é contrabalançado, na realidade, por “mais Estado” para controlar os “perdedores” – os que não ganharam no jogo do mercado.

O livro de David Garland “The culture of control”, de 2001, é já hoje um clássico da criminologia. A sua tese central é a seguinte: a desregulação tem por efeito reduzir o Estado às suas funções de controlo. A politização da segurança surge menos como um problema e mais como uma solução. E a partir daqui é apenas um pequeno passo até à “repenalização” da segurança.

O estado, securitário e penal, é também o resultado desta reorientação do *welfare state* e da nova legitimidade do *work state*, cujo poder e competências não cessam de aumentar em matéria de polícia, repressão e segurança.

Esta “nova” cultura de controlo é ainda estimulada – volto a Garland – pelo que o autor chama de *an angry and an anxious public*.

Quando uma economia está em crise e os conflitos sociais atingem o paroxismo, a sociedade “discute o crime” e reivindica o “direito à segurança”. A sociedade de comunicação reforça a tendência dos poderes públicos para recorrerem ao instrumentarium punitivo.

Nem é só nos Estados Unidos da América ou no Reino Unido. Ao *governing through crime* respondeu-se na Europa Continental com a teoria da “nova severidade”, com expressão paradigmática na Holanda, país até há bem pouco conhecido pela sua abertura, tolerância e as suas políticas, de segurança e penal, moderadas. Na última década, a taxa de encarceramento é aqui mais elevada do que nos EUA. É certo que os Estados Unidos levam um avanço substancial, mas, desde 1973, o número de presos multiplicou-se ali por 5, enquanto na Holanda se multiplicou por 7. Aliás, na Europa, juntamente com a Holanda, Portugal e o Reino Unido, encontram-se entre os países com uma taxa de encarceramento mais elevada. Por outro lado, às medidas de *War or Terrorism* daquele lado do mundo – e tomo por referência os EUA correspondem, na Europa, em contraponto, medidas “liberticidas”.

O relatório de Gus Hosein, de 2005, *Threatening the Open Society: Comparing Anti-terror Policies and Strategies in the U.S. and Europe* é bem elucidativo: ali, temos a criação do Homeland Security Department, os poderes previstos nos Patriot Act, o screening preventivo dos passageiros de aviões civis, as normas mais severas de entrada no país, o campo de prisioneiros de Guantánamo e as prisões secretas, os métodos de interrogatórios musculados acompanhados de um discurso oficial e de intelectuais a favor da “tortura legítima” e de “torture warrants”, e podíamos continuar ad nauseam; na Europa, o anti-terrorismo também justifica que se vá muito longe: por exemplo, em matéria de intercepção de comunicações, de retenção de dados, de data profiling, de data mining, ou de identificação biométrica; ou em matéria de imigração, quanto a controlo de fronteiras, a colaboração entre serviços de polícia, SIS I e SIS II, quanto a passaportes biométricos, a retenção de dados de comunicação, a acesso e intercepção de comunicações; ou, ainda, no campo da genética, quanto ao acesso ao ADN humano. Tudo a representar um “humor repressivo” e engendrar a violação de muitos direitos fundamentais ligados à identidade europeia ocidental: a interdição de privações de liberdade arbitrárias, a proibição de tortura, o direito a um processo equitativo, a liberdade de expressão, o direito à vida privada ou o direito a não ser extra-

ditado para um Estado em que o extraditando corra risco de tortura ou de lhe ser aplicada pena de morte.

## 2.

O apelo - ou melhor, o retorno - a um "delinquente-inimigo", numa lógica de "guerra ao crime", devedora de uma real *politik*, não é só a resposta às dimensões avassaladoras e ao flagelo que constitui hoje a criminalidade global, que identifiquei no crime organizado e no terrorismo. Este "retrocesso" reflecte (vem embebido de) uma cultura de segurança (típica) de uma sociedade de bem-estar e de paz social que vê exponenciar-se o risco desses valores. É a segurança que vai libertar a sociedade desse risco. Na tradicional relação dicotômica segurança-liberdade introduziu-se o risco, que vai implicar uma "reorientação" da segurança.

Com isto, estou a chamar a atenção para que o direito penal - em sentido amplo, isto é, substancial e processual - está ameaçado na sua configuração (ao nível legislativo) e aplicação (ao nível jurisprudencial) como ordenamento que se deve ser em primeira linha de liberdade, isto é, de protecção dos direitos fundamentais das pessoas perante os Estados.

Com efeito, cada vez mais se intensifica e se alarga a dimensão de prevenção inerente à repressão penal. O que aqui está subjacente é uma reconformação do princípio da subsidiariedade do direito penal, chamado a intervir, não como *ultima ratio*, mas - como já sugeri há pouco - como "o" instrumento por excelência de regulação dos conflitos sociais. O que isto significa é que o recurso ao direito penal surge justificado na base do postulado de que ele é indiscutivelmente a melhor forma de realização da "segurança" das pessoas. Pessoas que - e aqui reside o ponto de viragem que acentuarei adiante -, por força da relevância que o risco assume, se vêm "antes de mais" como vítimas potenciais do crime.

Quando isto acontece, a segurança deixa de ter por referência fundamental as pessoas e a sua realização em liberdade na sociedade e passa a pré-ordenar-se ao risco e ao que para a sociedade este significa. O que traduz uma *revolutio* no sentido e legitimidade do direito penal que, em vez de ter de se justificar à luz das limitações que implica aos direitos fundamentais das pessoas - isto é, justificada porque não há um meio menos gravoso de protecção dos direitos das pessoas do que o meio penal; e porque a utilização do meio penal se mostra eficaz para a protecção desses direitos, passa a ter

uma legitimidade implícita, até ao ponto de ter de se justificar, não o recurso ao direito penal, mas a ausência de recurso ao direito penal. De “ordenamento de liberdade”, garante dos direitos fundamentais das pessoas, o direito penal converte-se num “ordenamento” de segurança”. Ou, dito de outro modo, num ordenamento, de limitação de direitos das pessoas, ampliando os poderes do Estado, designadamente o seu poder punitivo, não só na vertente repressiva como na vertente preventiva.

É esta reorientação – ou, deverei dizer “este entorse” – da intervenção penal em função do risco – que se introduziu, como já referi, na relação entre segurança e liberdade e direitos das pessoas, transformando todas as “pessoas” em potenciais “vítimas” – que alimenta a relação ambígua do direito penal com os direitos fundamentais: por um lado, a intervenção penal limita o poder estadual, protegendo e garantindo os direitos fundamentais das pessoas: o princípio da legalidade, no direito penal material, ou os direitos de defesa do arguido, no direito processual penal são exemplos do que se quer assinalar; mas, por outro lado, amplia-se a intervenção estadual, não só punitiva, mas também contaminando a intervenção de segurança em geral (intervenção de prevenção), alargando a limitação de direitos fundamentais e “pan-penalizado” esta intervenção (estadual).

A grande viragem – retorno o que referi antes – consiste em as pessoas deixarem de se assumir como “pessoas” e aceitarem ser tratadas como “vítimas potenciais”. Quando esta transformação das pessoas em vítimas potenciais ocorre – recorde-se, porque o risco mina a segurança, elas vão aceitar limitações “acrescidas” aos seus direitos fundamentais, em função de necessidades “acrescidas” de segurança. O que vale por dizer que, quando o risco se introduz entre a segurança e os direitos das pessoas, em nome da segurança estão justificadas cada vez mais e mais profundas limitações aos seus direitos.

Assiste-se, assim, ao emergir de uma ideologia político-criminal – globalizada, de resto – que prenuncia uma alteração da essência do direito penal, reorientada para a gestão de novos riscos e para o futuro, não só na “abstracção” da configuração de crimes como crimes de perigo, mas também na criação exponencial de soluções de “prevenção do perigo de sacrifícios de bens jurídicos”, face às tradicionais soluções de “repressão de quem já sacrificou bens jurídicos” (Costa Andrade). Com o que se torna precária, logo no âmbito penal, a fronteira entre o passado e o futuro. Para lembrar uma manifestação concreta do que quero dizer basta a referência, do lado repressivo, no domí-

nio do processo penal, aos meios invasivos e ocultos de investigação, cuja utilização vai em crescendo: desde as escutas telefónicas à vigilância do correio electrónico e à intromissão nas telecomunicações nas suas múltiplas formas, o tratamento informático dos dados, a devassa das conversas face a face no núcleo irreduzível da intimidade, até aos agentes encobertos ou à realização de certos exames, por exemplo, quando se faz a descodificação do genoma a partir de substâncias biológicas. A multiplicação descontrolada deste tipo de medidas acaba por pulverizar direitos densificados e protegidos contra intervenções estaduais ao longo dos tempos.

Já do lado da prevenção, as novas exigências reforçadas de segurança são bem ilustradas com um exemplo de permanente actualidade, que pode colher-se no direito alemão e na lei alemã de segurança aérea (de 11 de Janeiro de 2005 e seu § 14, nº 3), que permitiria o abate de aviões de passageiros suspeitos de serem utilizados por terroristas como “arma” contra a vida das pessoas. O Tribunal Constitucional Alemão, no seu Acórdão de 15 de Fevereiro de 2006, declarou inconstitucional o referido no § 14, considerando que uma tal medida é incompatível com o direito à vida conjugado com o princípio da dignidade da pessoa, pois o abate de aviões atinge pessoas inocentes – passageiros e tripulantes – que seguem a bordo dos aparelhos: dado que a destruição dos aviões causará inevitavelmente a morte de todos os ocupantes, a execução da sua morte pelo Estado para salvar a vida de outros que constituem o alvo do ataque em terra não pode deixar de significar um acto de instrumentalização ou coisificação contrário à dignidade da pessoa.

### 3.

Aqui chegados, impõe-se uma reflexão sobre o direito penal e a sua resposta aos novos desafios do tempo actual. A perplexidade pode exprimir-se na solução que aponta para termos de nos resignar a deixar passar os aviões utilizados como armas contra pessoas inocentes.

Não haverá outras soluções, nos quadros do Estado de Direito? Soluções que apontem, como sempre tem de ser o caso, para um equilíbrio que continue a deixar intocada a dignidade das pessoas, não as instrumentalizando em nome da segurança?

O caminho passa por recolocar as (velhas) interrogações e reescrever os (velhos) conceitos: democracia, estado, soberania, segurança e direitos humanos.

A democracia, por natureza, porque se constrói e evolui nos limites da instabilidade máxima, implica uma enorme vulnerabilidade. Alargam-se as fronteiras da liberdade ao preço de um aumento de insegurança. O retorno ao equilíbrio dá-se quando a insegurança é intolerável. Adoptam-se, então, medidas para conter a insegurança.

A democracia existe na base deste permanente desequilíbrio, entre liberdade e segurança.

A harmonia sem conflito colocaria em causa a própria democracia.

A democracia é conflito e permanente busca de equilíbrio.

Uma sociedade que queira proteger-se totalmente contra o conflito e a insegurança deverá limitar o tal ponto de liberdade, que fica exposta à atonia social e coloca a democracia em risco.

É neste contexto que a segurança “melhor” não é a segurança “total”, que, de resto, não existe em democracia.

À segurança - a segurança re-conceptualizada e re-escrita - interessam mais a abertura e os fluxos, do que (pensá-la como) a pura protecção estadual, fechada, hierarquizada e monolítica. As novas políticas de segurança têm (devem ter) como referentes, além do mais, a desterritorialização, a interlegalidade e a interjudiciabilidade.

O carácter central do Estado nacional começa a diluir-se a partir do momento em que os fenómenos de entgrenzen- perda de fronteiras - ganham uma importância tal que não permitem aos Estados assimilá-los.

Assistimos hoje a uma série de transformações que “ameaçam” os Estados.

Eles conservam um papel, não perdem a “influência” (Anthony Giddens), mas “devem renunciar à pretensão de exclusividade”.

O aspecto mais importante da passagem da modernidade para a era da mundialização talvez seja este: o Estado nacional não é a única forma possível de Estado. Ao mesmo tempo, surgem novas maneiras de governar, mecanismos que regulam de maneira efectiva uma esfera de actividade, mesmo quando não lhes foi configurada qualquer autoridade (*governance without government*).

Quanto ao conceito de soberania, compreendido como exercício ilimitado e exclusivo do poder político, cede progressivamente, e deve por isso ser compreendido “menos como um limite definido territorialmente e mais como um dos instrumentos de uma política que se caracteriza como uma estrutura transnacional complexa (Keohane).

Neste cenário, contorna-se a “soberania” pela responsabilidade dos Estados e pela protecção universal dos Direitos Humanos.

De um lado, os novos Estados não coincidem com as antigas fronteiras, a soberania deixa de ser a medida exclusiva do papel dos Estados. Acresce-lhes a responsabilidade, cujo âmbito espacial e temporal (de influência) se alarga, torna-se global e alcança as gerações futuras.

De outro lado, as construções normativas e estaduais abrem-se à influência de uma ética dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos emergem como força aglutinadora de um “direito comum dos povos”.

Qualquer política humanista – aí incluída uma política de segurança como é a política criminal – tem as suas raízes nos Direitos Humanos.

Mas, hoje, já não está só em cima da mesa a pergunta, algo irónica, formulada do lado da Sociologia, quanto ao mais repressivo dos direitos: o direito penal ainda conhece normas indisponíveis e, como tais, subtraídas à lógica da ponderação?

Hoje, confrontamo-nos com o facto de os Direitos Humanos representarem, ao mesmo tempo, “a boa e a má consciência” da política de segurança em geral e da política criminal em especial, no “espaço” e no “tempo” reformulados, sendo simultaneamente o limite e a legitimação do poder, garantidos e ameaçados em nome da segurança. Acresce, a aumentar a perplexidade, que a segurança tem “cada vez mais a ver” com o futuro: o avião-arma de passageiros pode sobrevoar inesperadamente as nossas cidades. Ao lado da prevenção e da repressão surge, assim, naturalmente, um *tertium genus*, uma terceira tarefa da polícia, a chamada “investigação de campo avançada”, que se nutre de meios cada vez mais invasivos de direitos fundamentais. Será compreensível e aceitável que, as condições de acções preordenadas à prevenção dos riscos sejam menos exigentes, do lado da prevenção, relativamente às acções correspondentes do lado da repressão da investigação criminal?

Estamos confrontados, em pleno, com o segundo paradoxo.

Esboroa-se a identidade humana habitualmente ligada aos Direitos Humanos: é ingénua a sua invocação apenas para defesa das pessoas – de “todas” as pessoas, potenciais criminosos e potenciais vítimas – perante o Leviatão, hoje alargado no espaço e no tempo.

A um olhar mais incisivo sobre o espaço do Conselho da Europa e sobre o Tribunal que aqui se assume como garante especializado dos Direitos Humanos, revela-se-nos o paradoxo de um sistema de protecção dos Direitos Humanos que não está completamente imune às tentações securitária

no âmbito penal e repenalizadora da segurança. Perante decisões ou votos de vencido de um optimismo perigoso e a crença no “penal”, visto como “a” solução para o problema da segurança – sugerindo criminalizações, endurecimento punitivo e alargamento da investigação de prevenção, relembro aqui a chamada de atenção lapidar de juíza e professora Françoise Tulkens: “particularmente quando estão em causa obrigações positivas para os Estados”, é preciso “contenção” na criminalização e repressão”, salientando que a intervenção penal deve continuar, quer na teoria quer na prática, um remédio último, uma intervenção subsidiária.

Na mesma linha, também, importa sinalizar que, a justiça penal internacional contém uma incitação indirecta de criminalização no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e na consagração do princípio da complementaridade, que é acompanhada do reforço da perspectiva repressiva: legalidade enfraquecida, princípio da não retroactividade flexibilizado pela referência ao direito internacional e não à lei, extensão da competência no espaço – competência universal – e no tempo – imprescritibilidade. Nem nos esqueçamos que, quando se trata de crimes contra a Humanidade, a perseguição penal e a punição veêm-se legitimadas em nome das vítimas e dos seus direitos primeiro, só depois da Humanidade.

Tinha razão Saramago quando se referia ao nosso Tempo como o Tempo das perguntas – sobram-nos as perguntas e não temos respostas...

Na era do risco, como pode uma política de segurança salvarguardar-se de perder “o rosto” humano, o rosto do “ser pessoa”?

Uma tentativa de resposta talvez possa encontrar-se na assunção da diferença (Figueiredo Dias), sem resto, entre criminalidade grave ou muito grave e nova criminalidade, nesta englobando a criminalidade que “emerge como desafio aos fundamentos” da nossa civilização (Costa Andrade) e onde entrará o crime organizado e, seguramente, o terrorismo.

A diferença – que existe entre um homicida ou um ladrão e aquele que utiliza um avião de passageiros como avião-arma tem de ter consequências. Que, em meu entender, passam por encontrar um “novo” ponto de equilíbrio entre os valores em jogo: a vida daqueles que está irremediavelmente perdida (os passageiros do avião e os terroristas) e a vida daqueles que está potencialmente em perigo e que ainda é possível salvar (Figueiredo Dias).

Esta é, sem dúvida, uma nova linha de fronteira da dignidade humana, mas em que esta permanece intocada. Os passageiros do avião-arma serão “sacrificados”, mas não serão “instrumentalizados” em nome da segurança.

Termino como comecei: é hoje reconhecido que os Estados têm uma necessidade legítima de reforçar a segurança, dado a multiplicidade de ameaças que enfrentam. A verdade é que – acrescento agora “qualquer Estado” se confronta hoje com uma criminalidade organizada e pode ser atingido pelo terrorismo, não se devendo distinguir entre Estados que combatem este tipo de crime e Estados que lutam pela defesa dos Direitos Humanos: quaisquer medidas de luta contra esta criminalidade devem ser compatíveis com as exigências de democracia, do Estado de Direito e dos Direitos Humanos.

A vivência do tempo actual reflecte uma “precariedade existencial de raiz”, na expressão de João Barrento. Tende-se cada vez mais a ignorar o passado, vive-se um futuro incerto ou inexistente, sob permanentes ameaças, que talvez possamos expressar no verso de Rilke “vivemos sobre vagas e não temos asilo no tempo”. Resta-nos, irredutível e última, a fronteira de dignidade humana e em definitivo, a fronteira do indisponível e do imponderável, pela qual, como diria o filósofo pré-socrático, devemos bater-nos como pelas muralhas da nossa cidade.

Rio de Janeiro / Setembro / 2012