

Contraterrorismo: expansão e função da rede na justiça criminal¹

Counterterrorism: expansion and function of the Criminal Justice System

John A.E. Vervaele²

Resumo:

O presente texto apresenta breves considerações sobre a internacionalização da política criminal e suas consequências. A transformação da justiça criminal para combater as drogas, o crime organizado e o terrorismo resultou na instrumentalização do poder punitivo do Estado. Esta mudança impacta não só o ainda incipiente sistema criminal internacional, mas também a justiça criminal doméstica, provocando sua expansão, uma sensível alteração em seus paradigmas e um enfraquecimento das garantias processuais diante de uma crescente demanda de segurança. Pretende-se demonstrar com esta análise que na medida em que o sistema de segurança se fortalece há um decréscimo de garantias fundamentais do processo criminal, um alto preço a pagar para um resultado incipiente da política criminal como forma de controle dos problemas sociais.

Palavras-Chave: Justiça Criminal; Política Criminal; Direito penal Internacional e Direitos Humanos.

Abstract:

The present text presents brief considerations on the internationalization of criminal policy and its consequences. The transformation of criminal justice to combat drugs, organized crime and terrorism has resulted in the instrumentalisation of the State's punitive power. This change impacts not only the still incipient in-

¹ Tradução de Bruno da Siva Resende. Revisão técnica: Fernanda Duarte

² Professor de Direito Penal Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de Utrecht (Holanda) e Professor de Direito Penal Europeu no *College d'Europe*, Bruges (Bélgica)

ternational criminal system, but also domestic criminal justice, provoking its expansion, a sensitive change in its paradigms and a weakening of procedural guarantees in the face of a growing demand for security. It is intended to demonstrate with this analysis that as the security system strengthens, there is a decrease in the fundamental guarantees of the criminal process, a high price to pay for an incipient result of criminal policy as a way of controlling social problems.

Keywords: Criminal justice; Criminal policy; International Criminal law and Human Rights.

1. Internacionalização/globalização/integração e justiça criminal na sociedade da informação pós-industrial

A internacionalização da justiça criminal não é novidade, ainda mais onde a internacionalização é definida como um processo de cooperação gradativa entre os Estados, onde os mesmos são influenciados ou controlados por organizações internacionais. Convenções públicas de leis internacionais que determinam leis substanciais obrigatórias já existem há muito tempo, apesar de seu número e impacto terem aumentado consideravelmente. A novidade, eu diria, são duas. Em primeiro lugar, no campo da justiça criminal, organizações internacionais, como as Nações Unidas, o Conselho Europeu, a OECD e o FATF estão monitorando o processo de conformidade com obrigações internacionais, a maioria através de mecanismos de avaliação politicamente bem amarrados e detalhados. Podemos citar exemplos claros quando falamos em lavagem de dinheiro, corrupção e terrorismo. Em segundo lugar, organizações internacionais como o Conselho de Segurança das Nações Unidas ou as cortes internacionais de direitos humanos estão impondo obrigações internacionais com relação a assuntos criminais nos Estados Membros, sem qualquer fonte convencional específica e, dessa forma, evitando o processo de assinatura e ratificação. Depois do 11 de setembro, o Conselho de Segurança fez as Nações Unidas apertarem o cerco em relação a assuntos de terrorismo, independente de assinatura ou ratificação dos Estados Participantes. As cortes internacionais de direitos humanos estão se movimentando em direção a determinação de violações, puramente baseadas em leis habituais e *ius cogens* quando se trata de violações mais

graves de direitos humanos. No mais, as cortes internacionais de direitos humanos estão impondo obrigações positivas de longo alcance nos Estados para proteger os direitos humanos, incluindo deveres obrigatórios de investigar, processar e punir crimes.

A globalização da sociedade é consideravelmente mais recente do que o processo de internacionalização. Desde a década de 70, tem havido um aumento significativo na padronização e unificação de processos sociais (econômicos e culturais dentre outros), os quais se tornaram globais. A ideia de uma cidade global³ é o resultado desse processo de internacionalização. A sociedade globalizada é baseada numa mobilidade mundial gradativa de pessoas, bens, serviços e capital. A globalização da justiça criminal é única. Porém, o desenvolvimento de leis criminais internacionais e a determinação de cortes criminais internacionais, especialmente a ICC, pode ser considerada como um ótimo exemplo de como lidar com os padrões e instituições globalizadas para acusar crimes de guerra e crimes contra a humanidade e de fato, também, ilustra como lidar com a justiça e a paz em situações de justiça transicional.

Integração é um fenômeno pós 2ª Guerra Mundial, no qual as políticas dos Estados Membros são combinadas em prol de formar um todo (em latim, *integer* significa inteiro ou completo). Em outras palavras, a integração regional foca nas políticas em comum a uma área comum. Esse processo de integração é regional anda de mãos dadas com a criação de grupos regionais supranacionais, produzindo leis de integração e auxiliando em assuntos de integração para adjudicação regional por uma Corte de Justiça supranacional. O processo de integração nas Comunidades Européias e desde o Tratado de Maastricht, na União Européia, é um exemplo claro disso. A integração de assuntos jurídicos, incluindo assuntos de justiça criminal, são bem raros na Europa⁴ nesse processo.

Esses processos de internacionalização, globalização e integração em nossas sociedade foram combinados nas décadas passadas com a transformação de nossas sociedades em sociedades da infomação pós-industriais. A “e-sociedade” ou sociedade online modificou completamente o comportamento social e a estrutura social. O conceito de uma única

³ SASSEN, *The global city: New York, London, Tokyo*, Princeton, updated 2nd edition, 2001.

⁴ J.A.E. VERVAELE, *Mercosur and regional integration in South America*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, 387-410.S. SASSEN, *The global city: New York, London, Tokyo*, Princeton, updated 2nd edition, 2001.

sociedade da informação não existe. Cientistas têm se buscado definições e valores do conceito e focado em padrões econômicos, técnicos, sociológicos e culturais. A sociedade pós-moderna é comumente caracterizada como uma “sociedade da informação”, por causa da grande e ampla disponibilidade e uso de Tecnologia da Informação e Comunicação (ICT – sigla original). A definição mais comum de sociedade da informação, de fato, enfatiza a inovação tecnológica. Processamento de informação, armazenamento e transmissão levaram à aplicação de tecnologia da informação e comunicação (ICT) e relacionou biotecnologia e nanotecnologia em praticamente todos os cantos da sociedade. A sociedade da informação é uma sociedade pós-industrial na qual informação e conhecimento são recursos chave e estão exercendo um papel essencial⁵.

Porém, as sociedades da informação não são somente definidas pela infraestrutura tecnológica em prática, mas sim como um fenômeno multidimensional. Qualquer sociedade da informação é uma teia complexa, mas não somente pela sua estrutura tecnológica, como também por sua estrutura econômica, padrões de relações sociais, padrões organizacionais e outras facetas da organização social. Portanto, é importante focar não somente no campo tecnológico, mas também nos atributos sociais dessa sociedade da informação, os quais incluem o impacto social da revolução da informação nas organizações sociais, tais como o sistema de justiça criminal.

Mais que isso, a era pós-moderna da tecnologia da informação transforma o conceito, o acesso e utilização da informação e do conhecimento nas organizações sociais, incluindo o sistema de justiça criminal. O relacionamento entre o conhecimento e a ordem foi essencialmente modificado. A transformação da comunicação em tecnologias produtoras de informação imediata mudou a forma de a sociedade valorizar o conhecimento. Nessa era de constantes modificações, a estrutura da autoridade tradicional está sendo minada e substituída por um método de narrativa de controle da sociedade. O surgimento de um novo paradigma tecnológico baseado no ICT resultou numa sociedade em rede⁶, na qual as estruturas e atividades sociais chave são organizadas em redes de informações processadas. Há ainda uma transformação mais profunda em instituições políticas nas sociedades em rede: o surgimento de um novo

⁵ D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society*, New York, 1976.

⁶ M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society. The Information Age: Economy, Society and Culture. Volume 1*, Malden, Second Edition, 2000.

perfil de Estado (Estado em rede) que gradativamente substitui os Estados-nação da era industrial. Nessa era de constantes modificações, a estrutura da autoridade tradicional está sendo minada e substituída por um método de narrativa de controle da sociedade (sociedade de vigilância). A transição de Estado-nação para Estado em rede é um processo organizacional e político engatilhado pela transformação do gerenciamento, representação e dominação política nas condições da sociedade em rede. Todas essas transformações requerem a difusão de uma organização interativa, multidisciplinar e integrada no setor público. A informação e o conhecimento são recursos chave da sociedade da informação, afetando a estrutura social e política da mesma e do Estado; e assim, afetando a função, estrutura e conteúdo do sistema de justiça criminal.

2. A transformação do sistema de justiça criminal

Qual o impacto desses progressos no sistema de justiça criminal doméstico? É bem claro que o sistema de justiça criminal doméstico não foi substituído por um sistema global, na cidade global. A globalização da sociedade não leva imediatamente a globalização legal ou globalização da justiça criminal e nem mesmo a globalização da autoridade política no que diz respeito a justiça criminal. O nascimento da adjudicação de leis criminais internacionais é um caso a parte e é resultado de um processo que perdura a quase um século. Ainda que em prática, esse novo sistema de justiça ainda está construindo seus próprios conceitos de leis e procedimentos criminais. Porém, esse processo de internacionalização e globalização, tanto online quanto offline, afeta substancialmente o sistema de justiça criminal. A justiça criminal doméstica se depara com mudanças na sociedade nas quais infratores cometem crimes e dependendo do crime, dos próprios infratores e, dentre outras coisas; as evidências do crime não estão sempre vinculadas com o território do Estado-nação. Como consequência do aumento da mobilização de pessoas, bens, serviços e capital, os sistemas de justiça criminal doméstica tem que proteger os novos interesses legais (*Rechsgüter*), os quais geralmente têm um forte fundo transicional (como por exemplo, proteção contra discursos de ódio e xenofobia, proteção contra pornografia infantil ou proteção contra fraudes de segurança ou contra roubo de identidade). O sistema de justiça criminal está

se lançando internacionalmente num processo de internacionalização tanto do topo para a base quanto da base para o topo. Organizações internacionais e regionais estão impondo novas obrigações processuais importantes nos sistemas de justiça criminal doméstica; porém, os sistemas de justiça criminal doméstica também estão se expandindo internacionalmente para lidar com a criminalidade numa sociedade em processo de globalização. Isso significa que o sistema de justiça criminal doméstica está tanto do lado do usuário quanto do provisor nesse processo. No entanto, essa renovação não é limitada às atualizações de delitos baseadas em interesses legais novos ou renovados em proteger e nem é limitada à aumentar assistência legal mútua.

Na verdade, a base lógica clássica para o uso da justiça criminal (começando com a criminalização primária por definição de delitos) – baseada em *ultimum remedium*, condições estritas de condutas danosas que legalmente violam os interesses e conceitos protegidos e derivados da filosofia Iluminista e Kantiana – foi substituída nas últimas décadas por um conceito de política criminal globalizada, traduzida em paradigmas de políticas criminais: combate contra as drogas, combate contra o crime organizado, combate contra o terrorismo. Eu os chamo de paradigmas porque funcionam como uma estrutura de referência da percepção da realidade e, portanto, para a definição de efeitos sociais como crime, perigo, risco e insegurança. Esses paradigmas de políticas criminais vem sendo utilizados tanto em níveis internacionais quanto domésticos, para justificar as mudanças consideráveis na relação entre a sociedade e o Estado com a justiça criminal e dentro do próprio sistema de justiça criminal.

A justiça criminal moderna, enraizada pelo iluminismo, fornece subsídios para um sistema integrado, oferecendo tanto *proteção* para indivíduos (não somente suspeitos) (a dimensão do escudo), *instrumentos* para reenforçar a lei comunitária, compostos pela polícia, o Gabinete do Promotor Público e pelo judiciário (a dimensão da espada); e também fornece *cheques e saldo/trias política* (a dimensão da constituição). Como foi mencionado, os três paradigmas de combate as drogas, ao crime organizado e ao terrorismo varreram o sistema de justiça criminal como uma onda. As três dimensões do sistema de justiça criminal foram afetadas por essas três ondas. Esses paradigmas transformaram totalmente nosso sistema de justiça criminal, afetando as leis criminais gerais, leis criminais especiais, procedimentos criminais e leis criminais internacionais. Em 1999, a Associação Internacional de Lei Penal (AIDP-IAPL) apresentou uma

excelente análise dessa transformação no trabalho «*O Sistema de Justiça Criminal Contra os Desafios do Crime Organizado*»⁷.

Não há dúvidas de que mudanças profundas e de longo alcance ocorreram na última década. O novo paradigma da segurança e as políticas de contra terrorismo resultaram em transformações que vão além do campo de crimes terroristas. Uma pressão internacional por encontrar uma abordagem em comum quanto a investigação, processo e julgamento de terrorismo tem deixado o cenário intenso. Um número impressionante de Convenções regionais e internacionais foi elaborado tanto nas Nações Unidas quanto no Conselho Europeu, tratando sobre Crime Organizado e Contraterrorismo. Depois do 11 de setembro, as Nações Unidas foram pioneiros com resoluções do Conselho de Segurança e a determinação de um Comitê Contraterrorismo que supervisiona a implementação das resoluções, incluindo a essência dessas convenções⁸. A Terceira onda de reformas de contraterrorismo começou antes dos ataques terroristas do 11 de setembro e antes dos eventos em Madrid e Londres, mas certamente ganhou força após esses eventos.

Apesar de algumas mudanças importantes nesses paradigmas já terem acontecido (desde drogas, ao crime organizado e ao terrorismo), os três paradigmas transformaram os objetivos, natureza e instrumentos do sistema de justiça criminal através de uma abordagem acumulativa orientada pela segurança. Os objetivos do sistema de justiça criminal mudaram, indo da punição de infratores culpados de cometerem delitos (com objetivos gerais e específicos, incluindo reabilitação) em direção a um campo mais abrangente de controle social de riscos e perigos⁹.

Baseadas nesses paradigmas, as leis criminais gerais e especiais se ampliaram em busca de incluir atos preparatórios e a incriminação de organizações criminosas e terroristas (ou suas variáveis conspiratórias). Como resultado, a comissão de conduta

⁷Ver os relatórios de THOMAS WEIGEND, CHRISTOPHER BLAKESLEY, JEAN PRADEL AND CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT in *International Review of Penal Law*, 1996, 527-638.

⁸ Ver < www.un.org/sc/ctc/countryreports/reportA.shtml for the comprehensive national reports >.

⁹ No original: "In continental theories of criminal law, a basic distinction is made between the effects of punishment on the man being punished – individual prevention or special prevention – and the effects of punishment upon the members of society in general – general prevention. The characteristics of special prevention are termed «deterrence», «reformation» and «incapacitation». General prevention, on the other hand, may be described as the restraining influences emanating from the criminal law and the legal machinery. See: J. ANDENAES, *General Preventive Effects of Punishment*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 114, 1965-66, 949-983".

criminal por um suspeito não é mais o ponto limite para o direito de punir (*ius puniendi*) do Estado. A ameaça de crime terroristas ou organizados através de sabotagem nas organizações (com limites muito mal definidos) é suficiente para criminalização. A criminalização da apologia ao terrorismo ou outras apologias (como a xenofobia) demonstram uma tendência similar. Tais crimes são sobre a criminalização da mente (permeando a questão de liberdade de expressão) de uma pessoa, ao invés da criminalização do ato criminal baseado em sua conduta. Ao redefinir os objetivos da justiça criminal, sua própria natureza foi convertida. Quanto maior o risco ou perigo, os quais são baseados em arquétipos sociais e certamente não em fatos impíricos; menor o limite para uso de *ius puniendi*, o que significa dizer que as leis criminais se transformam em leis de segurança. Leis de segurança não são tão baseadas em definições legais de suspeitos e condutas criminais ligados a danos significativos a interesses legais, mas sim baseadas em pré-definições de um inimigo¹⁰ que é associado com riscos, perigos e insegurança. Essa abordagem de segurança nas leis criminais levaram a uma expansão significativa das leis criminais (tanto gerais quanto especiais) além dos limites definidos pelo Enlightenment. Isso deixa em dúvida se a harmonização ou a criminalização obrigatória de delitos sob leis européias regionais e internacionais não deveriam ser combinadas com o ajuste das obrigações gerais das leis criminais. Dessa forma, o impacto exato dessa harmonização e criminalização imediata poderia ser mensurado e, além disso, poderia evitar que o processo de internacionalização e regionalização do topo pra baixo acabem enfraquecendo punições e inflações penais. Se as comunidades internacional e européia estão agindo como legisladores, quais os conceitos de *nulla poena sine culpa* e de responsabilidade criminal elas utilizam?

A transformação do sistema de justiça criminal, especialmente na era do contraterrorismo (terceira onda), teve consequências ainda maiores, especialmente no campo de procedimentos criminais¹¹, afetando:

- o tipo de jogadores/autoridades;

¹⁰ G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, III, 2004, 88-95.

¹¹ Para uma versão mais elaborada, conferir J.A.E. VERVAELE, *Special procedural measures and respect of human rights, general report for the International Association of Criminal Law (AIDP)*, *Utrecht Law Review*, 2009, 66-109.

- suas técnicas e habilidades de investigação (incluindo digital) – a dimensão da espada;
- o respeito às garantias e direitos constitucionais e de direitos humanos – a dimensão do escudo;
- a arquitetura (cheques e saldos, trias política) – a dimensão da constituição.

3. *Redefinição dos participantes (Autoridades)*

Em primeiro lugar, tradicionalmente a investigação criminal vem sido supervisionada por autoridades judiciais e medidas coercivas são autorizadas e/ou executadas por membros do judiciário (juízes investigadores ou juízes de pré-julgamento ou juízes de julgamento). Em muitos países, pode-se ver uma mudança na fase de pré-julgamento desde a investigação judicial a investigação policial e do Ministério Público. Podemos falar abertamente de uma reestruturação das responsabilidades dos grupos que protegem a lei. Os magistrados estão cada vez menos envolvidos nessa fase de pré-julgamento; se voltando para o poder executivo ou semi-executivo do Estado.

Em segundo lugar, não há somente uma mudança dentre esses participantes clássicos, novas entidades como agências de aplicação administrativa também desempenham um papel cada vez maior na luta contra crimes. A comunidade de inteligência está ganhando território no sistema de justiça criminal, tanto como unidades de polícia especializada que lidam com a inteligência policial, quanto como agências de segurança. Essas entidades são responsáveis por serem os precursors da polícia e das investigações conduzidas pela inteligência, e em alguns países, obtiveram competência coercitiva e/ou judicial. Mais que isso, agências policiais clássicas se converteram em agências de inteligência e mudaram sua cultura e modo de agir. Por ultimo, muitos países aumentaram o uso de provedores de serviços privados (telecom, operadores de negócios, provedores de serviços financeiros) e profissionais com informação privilegiada (como advogados e jornalistas) como guardiões e coletores de informações aplicadas. Os privilégios concedidos a jornalistas e advogados portanto, não podem mais ser considerados como portos seguros.

4. *Redefinição das competências e técnicas dos participantes (a espada)*

Em primeiro lugar, o paradigma do comércio de drogas, crime organizado e terrorismo na maioria dos países não é utilizado somente para redefinir instrumentos investigativos e coercitivos, mas também para introduzir novas técnicas investigativas, como implantação de escutas, infiltração e investigação; as quais só podem ser aplicadas para investigação de crimes complexos. O resultado é uma série de medidas coercitivas com dupla utilidade (para delitos graves e menos graves) e uma série de medidas coercitivas com uso único para determinados crimes mais graves.

Em segundo lugar, em muitos países, as medidas clássicas de como lidar com evidências de segurança e o confisco de instrumentos perigosos ou produtos em relação ao crime se tornaram um campo autônomo de medidas de segurança acerca de bens e pessoas (apreensão e confisco, ordens de detenção e segurança). Com relação a isso, investigações no fluxo financeiro do comércio de drogas, crime organizado (financiamentos, lavagem de dinheiro) e terrorismo (financiamento) foram convertidas de uma investigação clássica para juntar evidência a uma investigação financeira fiscal, lidando com apreensões extensivas e confisco dos rendimentos provenientes de crime (recuperação de bens); e/ou, sendo convertida em um monitoramento e investigação financeira autônoma no financiamento de um crime grave.

Em terceiro lugar, os mecanismos ou limites mínimos que levam ao uso de medidas coercitivas para o combate de crimes graves estão mudando. A investigação criminal não mais se inicia com uma suspeita sensata de que um crime ou um delito foram cometidos ou houve tentativa de cometê-los, ou com suspeita sensata de que um ato preparatório para cometer um crime grave foram cometidas ou houve tentativa de cometê-lo. Técnicas investigativas e medidas de coerção também são utilizadas de maneira proativa ou tentando se antecipar para investigar, *anti-delictum*, a existência e comportamento de indivíduos e organizações perigosas com o objetivo de prevenir crimes graves. Essa investigação criminal proativa inclui uma situação na qual ainda não há suspeita sensata de que um crime foi cometido, está para ser cometido ou de que houveram atos preparatórios específicos, nos quais, evidentemente, não podem haver suspeitos em termos legais. O objetivo de investigações proativas é revelar os aspectos organizacionais com o objetivo de prevenir a preparação ou comissão de um crime

grave e de habilitar o início de uma investigação criminal contra a organização e/ou seus membros. Esse uso de medidas coercitivas para prevenir crimes pode ser percebido nas agências de inteligência, autoridades policiais ou judiciais. Dessa forma, eles pertencem a comunidade de inteligência, mesmo se geralmente foram autoridades pertencentes à comunidade policial. Nesse meio tempo, talvez eles consigam coletar informações e utilizar certos métodos coercitivos de procedimento criminal com o objetivo de prevenir a cometimento ou elaboração do crime. Nesse campo de justiça criminal onde não há suspeitos, percebemos uma nova combinação de coações proativas ou antecipativas ou investigações coercitivas (*Vorbeugende Verbrechensbekämpfung*, *Vorfeldaufklärung* e *Vorermittlung*). A conversão de uma punição reativa de um crime a uma punição proativa de um crime tem consequências diversas. A distinção entre investigação policial e judicial está sob pressão. Uma coação proativa coercitiva se torna importante para crimes graves. A comunidade de inteligência se torna o papel principal no campo policial. As leis criminais preventivas não são sobre suspeitos e suspeitas, mas sim sobre agregar informações (informações e investigações criminais de inteligência) e procedimentos de exclusão contra indivíduos perigosos. O sistema de justiça criminal é gradativamente utilizado como instrument regulatório do presente e do future e não para punir comportamentos passados, e o processo criminal está se tornando um procedimento no qual a investigação pré-julgamento não tem como objetivo encontrar a verdade sobre o crime cometido, mas sim sobre construir e desconstruir ameaças sociais.

Em quarto lugar, a espada da justiça criminal mudou substancialmente através do uso de investigações digitais (buscas criminais online, monitoramento do fluxo de dados, processamento de dados) e o uso de tecnologias avançadas em investigações judiciais (monitoramento digital, aparelhos de detecção etc.). As investigações digitais substituem meras suspeitas. A expansão da investigação judicial em uma invesrigação proativa e a sobreposição gradativa entre a comunidade policial e a comunidade de inteligência foi incrementada pelos desenvolvimentos tecnológicos nos dispositivos investigativos: a espada da tecnologia com visão de longo alcance e arestas afiadas. Graças às novas tecnologias, os métodos de monitoramento de comunicação, o monitoramento físico de pessoas e seus movimentos e atividades e o monitoramento transicional (em seus serviços) mudaram de forma dramática. A tecnologia mudou

completamente não somente o comportamento dos cidadãos, como também, através do uso de escutas, monitoramento por video e dispositivos de visualização, mineração de dados, buscas remotas digitais, cavalos de Tróia e outros; também modificando o ambiente de coação e coação proativa.

5. *Redefinindo as garantias e a dimensão dos direitos humanos e consitutionais (o Escudo)*

Em muitos países, o legislador considera algumas garantias de procedimento como percalços para a eficiência na prevenção, investigação e processo de crimes graves. Em primeiro lugar, o uso de instrumentos já existentes como procura e captura e detenção policial são direcionados a outros parâmetros para crimes graves do que para delitos menos graves. Mais que isso, uma autorização judicial (na forma de uma autorização legal) é enfraquecida ou abolida por alguns métodos coercitivos (medidas coercitivas sem mandado). O papel da defesa e do juiz como garantias de procedimento é diminuído. Isso significa dizer que, na prática, a polícia e os promotores tem mais autonomia e são sujeitos a uma supervisao reduzida pelo judiciário em seu trabalho investigativo. Poderíamos falar de uma dupla expansão nos métodos coercitivos existentes: uma expansão geral dos poderes da polícia e dos promotores com garantias maleáveis; tendência a qual é ainda mais forte na investigação de crimes graves por conta do interesse na segurança. De modo geral, poderíamos dizer que a seriedade dos crimes sob os paradigmas mencionados anteriormente é usada para justificar levantar a espada e abaixar o escudo. Em muitos países, em casos de crimes graves, a relação entre a intrusividade dos métodos e controle judicial mudou: quanto maior o interesse na segurança, menor o controle judicial e as garantias de procedimento.

Em segundo lugar, ao reduzir os limiares (suspeita sensata ou indicativos simples a mais sérios, carga reversa de prova, presunção legal de culpa) para desencadear a investigação criminal e para impor medidas coercitivas; o ato de presumir a inocência é minado e substituído pelos objetivos da segurança. Os escudos que protegem o cidadão contra o *ius puniendi* do Estado ficam no fundo do palco da justiça criminal. Isso tem, obviamente, consequências diretas em habeas corpus, habeas data, direitos justos de julgamento, redefinição de regras de evidência, processos públicos, etcetera.

Em terceiro lugar, em muitos países também há a necessidade de assegurar o funcionamento do sistema de justiça criminal e seus participantes. A proteção de testemunhas também foi convertida em proteção de testemunhas anônimas, incluindo aquelas envolvidas em infiltrações pelas autoridades policiais e pelas agências de inteligência. O sistema de justiça criminal está gradativamente protegendo seus agentes contra defesa por procedimentos *ex parte*, formas de reunir evidências e uso de evidências ocultas em pré-julgamentos e em julgamento.

Em quarto lugar, muitos países vem alterando seus mandatos por influência da inteligência e seu poder. Suas competências investigativas agora incluem poderes coercitivos, em paralelo aos vistos no Código de procedimento Criminal, e seu objetivo também inclui a prevenção de crimes graves, que constituem uma ameaça para segurança nacional. Em alguns países, é necessária uma autorização para o uso desses poderes por um promotor público ou pelo setor financeiro do governo. De fato, a comunidade da inteligência está utilizando poderes judiciais coercitivos sem autoridade judicial e sem as garantias de algum mandado judicial e/ou supervisão judicial. Podemos notar uma sobreposição de competências entre as agências de inteligência e as autoridades policiais agindo como a comunidade da inteligência nas investigações preliminares proativas ou de caráter antecipativo.

Em último lugar, vemos um aumento no uso da inteligência no sistema de justiça criminal. Desde que seja usada como veículo para levar informação, compartilhar dados ou como informação inicial na abertura de uma investigação judicial; não afeta o sistema de justiça criminal. Porém, quando a inteligência é utilizada como informação de partida, estabelecimento de causa provável para o uso de medidas coercitivas ou como evidência em procedimentos criminais, ela não afeta as regras base de um julgamento justo e equilíbrio de forças, pois no máximo a inteligência só pode ser utilizada como escudo e segredos *in camera* e procedimentos *ex parte*. Esse é o caso inclusive com a justiça criminal internacional.

Fica implícito que todas essas transformações afetam a posição do advogado de defesa no processo criminal. Esse privilégio legal está sob questionamento. Em alguns países, enquanto o advogado de defesa lida com evidências ocultas em casos de crime organizado, ele não tem acesso total ao seus arquivos (divulgação limitada) ou somente

os advogados de escritórios de segurança especial podem agir em nome do suspeito. O papel do advogado de defesa, suas responsabilidades e deveres são redefinidos.

6. *Consequências na arquitetura geral (cheques e saldos, trias política, campo constitucional).*

As reformas resultam numa expansão clara do Estado punitivo¹², desfavorecendo então o Estado de Direito. O foco na segurança pública e na investigação preventiva coercitiva está claramente minando o sistema de justiça criminal e o equilíbrio entre a espada e o escudo. Fomas preventivas e administrativas de justiça punitiva estão expandindo. O resultado também é uma grande pressão a favor do executivo no equilíbrio entre os três poderes da trias política. Na maioria dos países europeus, as transformações resultaram numa distinção dentro do sistema de justiça criminal comum, entre um regime processual criminal para ofensas graves e um para ofensas «menores» ou em legislação especial, substituindo partes importantes do sistema de justiça criminal comum. Na verdade, os procedimentos criminais não são mais organizados a par com a parte em comum das leis criminais, mas sim a par com o uso duplo de parte específica das leis criminais. As características extraordinárias para crime organizado e terrorismo mudaram pela excessão nos procedimentos principais e comuns para crimes graves, razão pela qual podemos falar da normalização da excessão.

7. *Padrões constitucionais e de direitos humanos: atingindo o equilíbrio entre justiça e segurança?*

Os três paradigmas da política criminal, baseados numa abordagem de segurança, não somente resultaram num neo-punitivismo, como também em mudanças no sistema de justiça criminal que minam nos conceitos básicos do *ius puniendi* sob a lei,

Apesar de as reformas na justiça criminal terem separado o sistema de justiça criminal de alguns de seus próprios valores fundamentais, ao mesmo tempo, na última década, podemos ver um processo gradativo de constitucionalização de assuntos de justiça criminal em vários países, tanto nas leis (incluindo normas constitucionais acerca

¹² N.A. FROST, *The Punitive State: Crime, Punishment and Imprisonment across the United States*, New York, 2006.

das regras de leis e julgamento justo) quanto na prática (pela jurisprudência das supremas cortes e das cortes supranacionais de direitos humanos). Procedimentos criminais especiais acerca de crime organizado e contraterrorismo são lidados pela Suprema Corte, Corte Consistucional e pelas Cortes de direitos humanos.

Não estou convencido de que esse processo é um resultado intrínseco da reforma na justiça criminal propriamente dita. Em muitos países, as reformas foram introduzidas a favor dos processos adversários, baseadas em princípios acusatórios tais quais imediatismo, igualdade de forças, julgamento justo, um judiciário imparcial e independente. Porém, ao mesmo tempo, reformas paralelas foram introduzidas para reduzir o alcance e aplicação desses princípios enquanto há investigação, processamento e adjudicação de ofensas graves.

Apesar dos padrões constitucionais e de direitos humanos terem se tornado uma estrutura obrigatória para lidar com o efeito desses paradigmas criminais nas leis, o panorama é no momento, uma colcha de retalhos. A Corte Européia de Direitos Humanos deu uma margem grande de reconhecimento aos Estados Membros quando se fala de justiça criminal e terrorismo; certamente em relação a assuntos como julgamento justo, direito de defesa, proteção da privacidade e Liberdade de expressão. Foi necessário uma postura mais ousada quando se trata de tortura e tratamentos desumanos. Porém, o Conselho Europeu de Justiça impôs altos padrões de direitos humanos no campo de colocar terroristas e organizações terroristas na lista negra. Ainda assim, esse campo claramente não é representativo do campo clássico de garantias processuais em assuntos criminais (um campo no qual o legislador EU tem grande dificuldade em definir padrões em comum que não violam o denominador mínimo da jurisprudência do ECHR). Também ao nível das Cortes Constitucionais e Supremas, vemos um aumento de casos sobre aspectos fundamentais dos conceitos básicos de justiça criminal. Porém, da forma como estão, não podemos dizer que essas Cortes estão produzindo padrões em comum. Somente ilustrando com dois exemplos: a jurisprudência dessas Cortes em técnicas investigativas especiais e o uso de evidências ocultas é bem divergente, já que é sua jurisprudência em técnicas investigativas digitais ou em retenção de dados para provedores de serviços.

8. Conclusão

Estamos vivendo num momento em que muitas reformas no sistema de justiça criminal são resultado de uma instrumentalização e mediação política de crimes e pelo medo de crimes. Essas reformas estão sendo justificadas como paradigmas de padrões criminais para combater as drogas, o crime organizado e o terrorismo. O resultado é que o *ius puniendi* do Estado (sendo uma das interferências mais repressivas à Liberdade a favor do Estado), está sendo instrumentalizado e colocado a serviço do perigo e gerenciamento de riscos. Quando a prevenção do perigo se torna o mecanismo inductor para o uso de técnicas altamente intrusivas e punição criminal, o sistema de justiça criminal está arriscando se desvirtuar para um sistema de segurança. Esses avanços resultam numa expansão substancial do sistema de justiça criminal, através de leis substanciais e processuais, e assim, interferindo na liberdade dos cidadãos. A expansão do sistema criminal de justiça anda de mãos dadas com o declínio de seus princípios básicos (*nullum crimen sine iniuria, nulla poena sine culpa, ultimum remedium*, julgamento justo, etcetera). Ao mesmo tempo, a repressão criminal se torna uma formula «passe-partout» para solucionar problemas da sociedade. As expectativas acerca da capacidade da justiça criminal em solucionar problemas estão no entanto, em forte contraste com a real performance. A expansão da justiça criminal é muito real em termos de controle social, mas muito simbólica em termos de sua capacidade em solucionar problemas da sociedade.

Os paradigmas de padrões criminais (drogas, crime organizado e terrorismo) são utilizados como justificativas políticas a um nível doméstico, Europeu e Internacional. Certamente não podemos concluir que os setores Europeu ou internacional tenham unilateralmente causado essas mudanças. Os 03 poderes estão interagindo fortemente dentro do mesmo paradigm. Ainda assim, é de grande valia observar os setores internacional e europeu. Em primeira instância, poderíamos achar que a justiça criminal internacional, ao lidar com crimes de Guerra e crimes contra a humanidade, é um exemplo claro da vitória da justiça contra a insegurança, já que é a expressão da comunidade internacional para lidar com as violações de direitos humanos mais graves num nível global. A justiça criminal global como uma reação contra a impunidade é

obviamente, um ideal nobre. Em segunda instância, porém, vemos que a justiça criminal internacional está tendo dificuldades com alguns de seus problemas (medietização, discricção política do promotor, função simbólica, etcetera). O sistema de justiça criminal internacional em prática também deve lidar com os problemas e mudanças nas responsabilidades em comum com o sistema de justiça criminal doméstico. Para ilustrar, faço referência a definição de empresa criminal conjunta, uma forma de ação criminal organizada e os problemas com a regra *nullum crimen sine lege* na justiça criminal internacional, ou o uso de evidências ocultas e divulgação limitada na justiça criminal internacional. O setor Europeu é completamente diferente, já que o modelo de integração de justiça criminal é limitado a determinar regras e talvez no futuro, a instrumentos investigativos supranacionais, mas a adjudicação criminal continua a ser a maior competência dos Estados Membros. Ainda assim, a própria União Européia tem tido dificuldades com seus planos de atingir um equilíbrio entre segurança e Liberdade através de políticas criminais. A Corte de Justiça da União Européia tem um bom currículo quando se fala de padrões constitucionais e proteção de direitos humanos na União Européia, mas a legislação das leis criminais da União Européia está ficando em ultimo nos denominadores mais baixos. Uma ação legislativa recente para harmonizar as garantias processuais na estrutura dos instrumentos de reconhecimento mútuo (tais como a autorização legal para prisão e a autorização Europeia de evidências), lidando com o direito a um advogado, direito a tradução, uma carta de direitos, etcetera; foram acompanhados com grande relutância em acordar sobre padrões equivalentes em comum por parte de vários Estados Membros. Enquanto isso, a Corte Européia de Justiça teve que elaborar direitos humanos para uma área integrada, tais como a aplicação do princípio transnacional do *ne bis in idem*¹³ ou a proteção do direito a privacidade¹⁴. As oportunidades e ameaças da integração Europeia em assuntos criminais deveriam ser ressaltadas. O novo Tratado de Lisboa oferece as ferramentas políticas e

¹³J.A.E. VERVAELE, *Schengen and Charter related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, in *Common Market Law Review*, 52, 2015, 1339-1360; J.A.E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?* In S. GLESS and J.A.E. VERVAELE (eds), *special on transnational criminal justice*, in *Utrecht Law Review*, 2013, 211-229.

¹⁴Case C-392/12, *Digital Rights Ireland*, ECJ Judgment of 16.05.2014 and Case C-362/14, *Schrems (Safe Harbour)*, ECJ Judgment of 06.10.2015.

legais necessárias para atingir o equilíbrio entre Liberdade e segurança, entre a aplicação efetiva da lei e garantias processuais.

No entanto, para um bom resultado, será necessário que os Estados Membro estejam dispostos a integrar seus sistemas de justiça mais ainda. Isso inclui a determinação de padrões equivalentes e guiar sua administração, também no campo do contraterrorismo.

Recebido em: 16 de julho de 2017.

Aceito em: 29 de julho de 2017.