

DIREITOS HUMANOS, PROCESSO PENAL E CRIMINALIDADE ORGANIZADA*

MARIO CHIAVARIO

Professor

1. Um tema entusiasmante para uma realidade inquietante — 2. Processo Penal e tutela dos direitos humanos: um empenho antigo e os desenvolvimentos recentes — 3. O crime organizado e os direitos do homem: problemas velhos e novos — 4. Organizações criminais e garantias processuais — 5. A reforma processual penal italiana de 1988, os direitos humanos e a criminalidade organizada — 6. O recrudescimento do fenômeno mafioso e as respostas da “legislação de emergência” — 7. As repercussões (consequências) sobre o plano dos princípios do “processo justo” — 8. Um regime processual por uma “dupla via” e um (estranho) esquecimento — 9. O balanceamento entre as exigências de tutela dos direitos humanos e as exigências de combate às organizações criminais à luz das Convenções Internacionais — 10. E das “Recomendações de Toledo” — 11. Essência e limites do papel dos juristas — 12. O empenho por uma justiça verdadeiramente igual para todos.

1. Foi escolhido, para esta minha conferência, um dos temas que considero mais entusiasmante para um jurista; mas também um daqueles que mais envolvem aspectos de dramática e inquietante atualidade, não somente para o estudioso do direito e do processo, mas, em geral, para toda pessoa e para toda coletividade social.

O título reúne três pontos cruciais de uma problemática de larga extensão: direitos humanos, processo penal e crime organizado. A reflexão sobre qualquer um desses temas, mas especialmente sobre a relação entre eles está, e não somente de hoje, na origem de dolorosas angústias, assim como está também na origem dos estímulos mais fecundos para a cultura jurídica e para a consciência que a humanidade consegue ter de si mesma, dos seus valores, da vida civil e social dos povos e de toda a humanidade, que é sempre chamada a se manifestar face à

relação entre direitos humanos, processo penal e crime organizado.

Já *de per si* o processo penal foi bem definido como um dos terrenos privilegiados para experimentar a autenticidade civil e democrática de um regime político: pelo modo como resultam fixadas as regras que devem servir ao Estado para determinar se um indivíduo é inocente ou culpado, e pelo modo como resultam organizadas as relações entre os vários sujeitos que operam no processo penal e as suas respectivas atividades, se podem extrair alguns entre os elementos mais preciosos para valorizar se e quando um povo, se e quando uma sociedade são coerentes com as suas afirmações de apego aos valores da civilização, da liberdade e da democracia.

Mas a importância (e ao mesmo tempo a problemática) do argumento se

* Tradução do Dr. Mauricio Zanoide de Moraes.

acentua posteriormente — eu diria — quando a própria temática do processo penal se evoca nos seus vínculos, de um lado, com a questão dos direitos humanos e, do outro, com aquela do crime organizado. E isto é ainda mais verdadeiro neste fim de milênio, atormentadíssimo e também rico de esperanças em uma nova e mais autêntica consciência comum da humanidade.

2. Certo, que não é somente de hoje que existe a teoria dos “direitos do homem”; vale dizer a aspiração de ter em torno de um núcleo de direitos fundamentalíssimos — próprios da pessoa humana enquanto tal — e, portanto, “humanos” por excelência — as mais essenciais exigências de salvaguarda e de desenvolvimento das esferas da liberdade, da dignidade, e dos valores dos quais a pessoa é a própria portadora.

Mas foi deste nosso século a vontade e a capacidade de alcançar os empenhos vinculantes dos Estados diante de um consórcio internacional com os vários acordos multinacionais — em escala “regional” ou em escala, ao menos tendencialmente, universal — de tutela “dos direitos do homem”, “dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”, dos “direitos civis e políticos” e dos “direitos econômicos, sociais e culturais”: entre eles, a Convenção europeia de 1950, a americana de 1969 e os “Pactos” de 1966, elaborados na sede das Nações Unidas e abertos à assinatura dos representantes dos Países de todo mundo.

Estes documentos — como é notório — se caracterizam também e sobretudo por terem colocado em funcionamento os mecanismos e os órgãos internacionais de controle e de sanção das violações dos direitos proclamados. Penso de modo especial na atividade da Comissão e da Corte Europeia dos direitos do homem, que, no mínimo, contribuiu para uma maior consciência direta dos direitos do homem.

Não desejo exagerar a importância destas instituições nem diminuir as difi-

culdades e os obstáculos que ainda impedem uma plena e real eficácia dos instrumentos de que dispõem. Isto seria realmente ridículo, também porque a realidade nos coloca, diariamente, diante de novos e perturbadores episódios de deturpação dos direitos humanos que, em tantas partes do mundo, acontecem. Mas não seria tão pouco justo ignorar o pouco que se faz. Assim sendo, não se podem esquecer as numerosas sentenças que, em quase quarenta anos de vigência da Convenção de Roma, já deram alguns e significativos exemplos de uma efetiva atenção aos pequenos e grandes problemas dos indivíduos, dos grupos sociais, de coletividades nacionais inteiras, e de uma acurada capacidade de incidência na realidade. Já muitas vezes os Estados europeus formam condenados a ressarcir violações dos direitos fundamentais; e em certos casos foram verdadeiramente elevados os efeitos “éticos-políticos” das resoluções adotadas por estes “juízos internacionais”. Desejaria recordar especialmente o caso do “regime dos coronéis gregos”, banidos, no início dos anos setenta, do Conselho da Europa — e talvez também por isto dirigido à uma rápida solução — logo depois de um volumoso “relatório” da Comissão Europeia dos direitos do homem que certificava numerosíssimas violações de normas da Convenção, perpetradas em terras helênicas.

Portanto, em cada um dos tratados internacionais de que se fala, um lugar não secundário cabe ao direito, ao processo e pelos direitos no processo, como direitos essenciais para qualquer pessoa que resulte atingida por uma acusação de caráter penal. E a tutela é delineada sobretudo de dois modos: de um lado, através da definição do conjunto de garantias que mais diretamente se referem ao conceito do *fair trial* (direito a uma oitiva paritária — normalmente pública — das razões das partes e direito a um juízo em tempo razoável

por obra de um juiz imparcial, independente, preconstituído por lei; presunção de inocência; direito ao defensor e direitos à defesa durante o desenvolvimento do procedimento); de outro lado, mediante a fixação de princípios (proibição de tortura, garantias à tutela da liberdade pessoal ...) que têm um campo de ação mais geral, mas que com o processo e no processo penal encontram, por sua vez, pontos de contato e também de colisão, às vezes de modo ainda mais envolvente nos “direitos processuais” em sentido estrito, aos quais acabamos de nos referir.

3. Terceiro vértice do triângulo: o crime organizado.

Também aqui, é oportuna uma memória histórica. Sem dúvida as organizações criminais sempre existiram; mas nesta nossa época colocam em evidência versões e manifestações sobretudo insidiosas e violentas, também por que, obviamente, estão em condições de desfrutar os enormes recursos oferecidos pelo desenvolvimento, também tecnológico, das sociedades contemporâneas.

Disto, vem já uma indicação. A questão da tutela dos direitos da pessoa humana não se pode exaurir totalmente em um problema de limites dos poderes do Estado.

Deve-se, ao contrário, admitir que hoje é a própria criminalidade organizada a dar corpo — especialmente em algumas das suas mais sofisticadas formas multinacionais (frequentemente chefe de vastíssimos tráficos de armas e drogas) — às mais formidáveis ameaças aos direitos mais elementares da pessoa humana a começar por aquele à vida e a segurança individual e coletiva. É, esta, uma realidade da qual não se pode prescindir nunca, também não nos devemos iludir demais sobre a eficácia de qualquer remédio, tomado sozinho: nem mesmo a necessária concentração de forças policiais e judiciária contra a criminalidade organizada poderá resolver todos os gra-

ves e complexos problemas da convivência e dar respostas definitivas ao anseio de vida tranqüila dos cidadãos honestos, justamente rebeldes à idéia que a vida e a incolumidade das pessoas devem ficar a mercê da violência, cidadãos não sempre atentos às mais verdadeiras raízes desta violência (nem sempre conscientes que com uma dose, talvez crescente, de riscos precisam habituar-se todos a coexistirem com ela).

Também a atenção àquilo que fazem ou não fazem os Estados neste campo — os Estados sozinhos e a colaboração entre eles, quero dizer — continua a permanecer essencial, aliás, sempre mais essencial. A particular virulência da criminalidade organizada do nosso tempo termina, em suma, por sublinhar, e de modo sempre mais marcado, também alguns aspectos do problema dos direitos humanos naquela que é a sua mais clássica dimensão, qual seja, na dimensão da relação indivíduo-autoridade pública.

Assim, é justamente a defesa da sociedade contra o crime organizado que sempre mais vezes é usada como justificação para a limitação de direitos e de garantias individuais, que são também fundamentais (frequentemente, e sobretudo com referência à esfera dos direitos “processuais”): com o suspeito — muitas vezes, infelizmente, fundado.... — para o qual a luta contra as organizações criminais possa tornar-se pouco mais que um pretexto para prisões autoritárias e até mesmo liberticidas. E de outra parte não se pode ignorar que as organizações delinquentes são sobretudo hábeis no desfrutar das garantias individuais (e de modo particular das garantias processuais) para suas vantagens, distorcendo-lhes conteúdos e objetivos: como veremos, um dos problemas mais impelentes para todo legislador do processo penal (e em particular para a lei italiana) é, por exemplo, hoje, aquele de não deixar que se barbarize

a garantia do contraditório processual entre as partes, tolerando, por exemplo, que o exame das testemunhas realizasse sob o peso de violências ou de ameaças às quais estas tenham sido submetidas.

Tenhamos em conta, em suma, que o crime organizado pode rejuvenescer-se seja pela fraqueza seja por uma potência excessiva e não sã do Estado. E, reciprocamente, os direitos da pessoa podem sofrer seja por causa dos limites demasiadamente brandos, seja pelos limites demasiadamente estreitos dos poderes estatais.

Existem aspectos talvez ainda mais delicados.

Há aquele das organizações que se criam com o proclamado intuito de reagir contra outras formas de criminalidade: mas que na verdade, freqüentemente, fazem de tais proclamações um mero pretexto para a mais brutal defesa de privilégios e de sistemas de opressão econômica e social que se impele, indo até ao assassinato programado.

E há o problema — com freqüência entrelaçado com o precedente — das ligações que a criminalidade organizada pode estabelecer dentro e até no coração das próprias instituições: com a troca de favores, com as conivências, com a proteção dos delitos, com verdadeiras participações na gestão de tráfico ilícitos, até à versão extrema e mais brutal, com uma organização de partido ou de outro gênero, que se assenhora do poder com a violência.

Como italianos e como brasileiros poderíamos contar uns aos outros muitas amargas experiências, capazes de evocar, freqüentemente também nas conexões entre um e outro, os fenômenos que procurei traçar: e não penso só no passado, nas ditaduras que nós e vós tivemos; mas também nos casos veementes destes anos, destes meses e destes dias. Teríamos, seja como for, ainda uma idéia pálida e limitada dos problemas e das tragédias que as várias

formas de delinquência organizada conseguem provocar no mundo.

4. Na Itália, como em outros lugares, criminalidade organizada, hoje, pode querer dizer muitas coisas. Entre as suas manifestações mais novas e mais preocupantes, colocarei o ressurgimento de fenômenos de organizações da violência como expressão do ódio racial. São seduções que fazem suas vítimas também e especialmente no mundo juvenil: penso nos ditos “naziskin”, que evocam, já no nome-símbolo, o sinistro mesclar-se de aberrações.

Mas criminalidade organizada no meu país quer dizer, ainda hoje e sobretudo hoje, máfia e organizações afins. Organizações robustamente radicadas sobre o território mas já também com estreitas ligações e ramificações internacionais, ligada sobretudo aquele narcotráfico, que aqui na América Latina se sente com uma intensidade ainda mais assustadora. Organizações capazes de criar uma espécie de “anti-ordenamento jurídico” com próprias regras, próprios tribunais e, sobretudo, próprios executores de “sentenças”, mas também, como já dizíamos, de insinuar-se nas fibras mais íntimas das próprias instituições estatais: em uma rede de conivência e de solidariedade que se exprimem em inércias difusas quando não em trocas de apoios ativos (e suspeitos, entre os mais inflamados, chegaram também a roçar personalidades já colocadas nos vértices do aparato estatal). Organizações, enfim, que nos últimos anos puderam aproveitar também da degeneração das relações entre o mundo da política e o mundo dos negócios, com a ampliação do assim chamado “sistema da propina” (isto é, das compensações distribuídas “por baixo do pano” pelos empreendedores públicos e privados, para partidos e homens de partido para obter vantagens de todos os gêneros).

É com esta realidade que também o legislador processual penal italiano e os

operadores italianos do processo penal devem lidar. E a constatação não deixa esquecer, bem entendido, que a lei processual penal deveria ser essencialmente delimitação de fronteiras e estabelecimento de regras para os órgãos do Estado no exercício do seu mister de determinar a verdade sobre os fatos delituosos: lei, portanto, antes de tudo e acima de tudo de garantia, em primeiro lugar das liberdades e dos direitos dos indivíduos. Mas esta lei impede que as garantias às vezes corram o risco de ser abusivamente desviadas para interesses completamente diversos daqueles para os quais foram concebidas; arriscam-se, em suma, de serem usadas contra os objetivos de uma justiça efetiva nos seus objetivos e correta nos seus métodos.

Disto surge uma constante tensão entre as exigências de tutela da sociedade e dos cidadãos honestos contra o crime organizado e a tutela dos direitos fundamentais de toda pessoa enquanto tal: tensão que — pela própria complexidade dos tentáculos que a máfia do crime organizado conseguiu estender — torna sempre muito precários os equilíbrios legislativos que de tanto em tanto se acreditavam atingidos.

É uma tensão que — eu creio — se registra numa certa medida sob todos os céus e, portanto, constitui um problema para os legisladores de todos os continentes. Agrade-me lembrar o quanto, mesmo na minha Torino, sublinhava, alguns anos atrás, Ada Pellegrini Grinover, apresentando junto ao “Código-Modelo” de procedimento penal para a América Latina, as normas sobre processo penal contidas na recente Constituição brasileira: “duas preocupações aparentemente contraditórias conduziram o espírito das reformas De um lado, aquela relativa à maior ênfase dada às garantias individuais derivadas da superação do modelo político autoritário instaurado no país a partir de 1964; de outro lado, aquela decorrente da necessidade de uma maior eficiência em

reprimir a criminalidade, organizada e violenta, cujos índices alarmantes tornam inquieta a população e exigem uma pronta resposta da parte do Estado”. E era ela mesma a exprimir firmemente, mesmo então, a convicção que “a garantia não colide com a eficiência” e que “o que se deve pesquisar, ao contrário, são técnicas que façam do processo um instrumento adequado à realidade subjacente, dirigido efetivamente às finalidades da jurisdição, que são fins jurídicos (a eficaz atuação do direito material), mas também sociais (a pacificação) e políticos (a participação e a justiça)”.

5. Sobre isto quero também recordar que no atual código de processo penal italiano (aprovado em 1988 e que entrou em vigor em 1989) foi assinalado pelo Parlamento, entre os seus escopos fundamentais, o de garantir a adequação do direito processual penal “às normas das convenções internacionais ratificadas pela Itália e relativas aos direitos da pessoa humana”.

Esta indicação de finalidade está mesmo acima das diretivas que em 1987 o Parlamento Italiano deu ao Governo com a Lei Delegada para a redação do próprio código. E queria acrescentar que o empenho neste sentido situa-se no mesmo nível — isto é, em termos absolutos — e em estreita relação com aquele voltado à atuação dos princípios constitucionais. E aqueles que, com base na delegação, tiveram o encargo da verdadeira elaboração do código têm pois, com efeito, dedicado a maior parte de seus esforços ao escopo de colocar em pé regras e mecanismos que melhor garantissem a tutela dos direitos do homem *ao* processo e *no* processo.

Por outro lado, a lei delegada de 1987 para a redação do código italiano de processo penal, em mais de um ponto, fazia explícita referência ao fenômeno da criminalidade organizada para assinalar a exigência de atenção a certos problemas particulares: assim, de modo especial, a

propósito dos termos de duração das investigações preliminares (que se admitia, poderiam ser mais longas, especialmente nos procedimentos relativos a delitos que levavam à atividade de organizações criminosas). E, na atuação das diretivas do legislador delegante, os redatores do novo código recolheram também estes sinais de atenção, extraindo disto também diversos outros, ainda que menos explícitos, para ditar mais de uma norma especificamente modelada sobre exigências de “resposta” à delinquência organizada: por exemplo, estendendo as possibilidades de prisão em flagrante por parte da polícia, quando efetivamente se investiga crimes atribuídos a organizações criminais, consentindo adiar “o incidente probatório” — ou seja, a aceitação antecipada de uma prova — no caso em que haja a suspeita de intimidações ou violências por parte de organizações criminosas e, sobretudo, configurando os primeiros (ainda que tímidos) esboços de uma coordenação entre os ofícios do Ministério Público (cada um dos quais, na Itália, é enquanto tal, livre de regras que impliquem numa dependência externa).

6. As tensões entre as exigências de tutela dos direitos do homem — entendidos, sobretudo, como exigências de tutela das pessoas acusadas de delitos — e os problemas de defesa social contra a criminalidade organizada aperfeiçoaram-se no período sucessivo à entrada em vigor do código.

Várias leis de emergência contra a criminalidade organizada foram, portanto, emanadas até mesmo depois da entrada em vigor do novo código, em parte na pauta das medidas a seu tempo adotadas (especialmente nos anos setenta) contra o terrorismo político.

É uma legislação que resumidamente costuma se indicar como “antimáfia”, pelo peso preponderante que a delinquência mafiosa tem na Itália, tendo, esta sob sua responsabilidade, entre as últimas e mais espantosas manifesta-

ções, os incidentes que levaram à eliminação de Giovanni Falcone e Paolo Borsellino (dois entre os magistrados mais empenhados nas ações investigativas contra a máfia).

E, também, como resposta direta a estes incidentes foi concebido e apresentado o texto legislativo que com maior peso incidiu sobre a disciplina do processo penal delineada pelo novo código (além do que sobre tais normas, por sua vez de primária importância, do código penal e da lei penitenciária): um decreto-lei de junho de 1992, transformado em lei, com numerosas modificações e integrações, feitas pelo Parlamento em agosto do mesmo ano.

Em grau considerável, a atividade da criminalidade mafiosa condicionou, por outro lado, também algumas sentenças da Corte Constitucional Italiana, que por sua vez contribuíram fortemente para mudar a fisionomia de certas regras do novo processo.

Especialmente contra aquele decreto, mas, em parte, também contra estas sentenças, levantaram-se fortes protestos, sobretudo por parte dos advogados penalistas e de suas organizações, levados até a formas de luta global e radical (com abstenções generalizadas e contínuas das audiências). Contrariamente, na maior parte das crônicas dos jornais e na imprensa não especializada, notou-se a difundida tendência ao consenso nos confrontos destas iniciativas legislativas, antes reclamadas e depois apresentadas como as “respostas fortes” mais óbvias, e sem alternativas, à ofensiva das hostes mafiosas.

7. Há mais de um ano de distância do decreto citado — se bem que o panorama das posições políticas esteja muito mudado e se preveja, ainda, que deva mudar mais num futuro próximo — não parecem iminentes grandes mudanças nem sensíveis *revirements*, ainda que na Itália as flutuações da legislação são relativamente frequentes,

pelo menos superficialmente, e rapidamente se acredita que basta emanar novas leis para resolver problemas que precisam de muito mais.

Entre os juristas, de qualquer forma, a desorientação existe e não é pequena. Para limitar-nos aos aspectos que mais diretamente se relacionam com o nosso tema, impressiona, em particular, a tendência a fazer adquirir ou readquirir muitos poderes à polícia e ao Ministério Público: certas vezes, até além das previsões do Código de 1930, emanado no período fascista e de marca nitidamente autoritária.

E tendo isto em vista, pode até ter-se a impressão que se reduz a um *boomerang* aquela mesma separação de regras entre “jurisdição” e “investigação” na fase das “investigações preliminares”, que — fazendo do Ministério Público o responsável direto e único por estas investigações mas tirando dos seus resultados, em linha de máxima, o valor de provas, e conferindo ao juiz uma regra exclusiva e penetrante de garantia — representou um dos pontos de força mais característicos e mais indiscutidos da reforma de 1988.

Seguramente, no texto original, do vigente código de processo penal italiano — e, antes ainda, na lei delegada — haviam aspectos que por esta ótica deviam ser revistos, sobretudo à luz das fraquezas que haviam surgido no plano dos processos de crime organizado. Mas tem-se a impressão de que por mais de um modo tendeu-se em sentido oposto. Quanto aos resultados obtidos, não é fácil colocar em direta relação com as “contra reformas processuais” os maiores sucessos que, com a captura de muitos foragidos, ainda que de importância secundária, o Estado conseguiu nestes últimos meses na frente da luta à criminalidade organizada (junto a outras notáveis derrotas, como o multiplicar-se de atentados de origens obscuras ...). Creio que fizemos muito, e podemos ainda fazer mais,

por um lado os progressos sobre o plano da coordenação na atividade das forças de polícia e do Ministério Público, por outro lado a aprovação de medidas de efetiva proteção física e moral dos “colaboradores da justiça”, ou “pentiti” (aquelas pessoas que rompem a “omertà” revelando segredos das organizações criminais e cuja tutela real contra as agressões materiais e psicológicas deve ser comparável ao rigor com o qual serão controladas as suas afirmações para impedir as calúnias).

Ninguém pode, no entanto, negar também que alguns entre os princípios mais basilares do código de 1988 tenham pago as altas contas da reação às verdadeiras ou supostas fraquezas do tecido do código original. Em particular, tornou-se menos coerente a acentuação do princípio do contraditório como regra de base de toda dinâmica do processo. E tornou-se menos completo o reconhecimento daquele que, com igual eficácia, é chamado “direito à prova”, como o direito das partes — e, portanto, também e sobretudo da defesa do imputado — de não se ver arbitrariamente subtraídas das possibilidades de prova, e de “contra prova” em relação ao que foi trazido pela parte adversa para convencer o juiz.

Quanto à formação das provas, o código de 1988 sublinhou de várias maneiras a importância do contraditório. Antes de mais nada, admitindo a técnica do modelo processual *adversary* cujo momento chave se dá na *cross-examination*, ainda que não reduzindo o juiz a um puro e simples expectador mudo de uma lide que não exclui lances graves e inesperados (prescindindo dos poderes de direção da audiência e de vigilância do respeito das regras de aceitação e de exclusão das provas, a autoridade judiciária conservou um penetrante poder de integração probatória, para todos os casos nos quais se constata a “absoluta necessidade”, depois do esgotamento da instrução debatida pelas partes).

O sistema tinha, e por alguns aspectos ainda tem, o seu eixo no instituto que corretamente se denomina de “duplo autos”; em relação ao qual não é inoportuno lembrar que o código italiano de processo penal vigente quis suprimir a fase instrutória na sua fisionomia tradicional. Conseqüentemente, não há mais “o” autos do processo, a ser remetido enquanto tal ao juiz do debate em caso de reapreciação do caso. A passagem à fase de debates comporta, ao contrário, a formação de *dois* autos: um “para o debate” (remetido de ofício ao órgão de juízo) e o outro “do Ministério Público” (iniciado, já antes da abertura do debate, a *discovery* em benefício das outras partes, mas não remetido à apreciação do juiz). É nos autos do Ministério Público, mas não no primeiro, que normalmente se inserem nos termos dos atos realizados durante as investigações (entre as poucas exceções à regra, deve ser assinalada aquela relativa aos termos dos “incidentes probatórios”, a qual se explica justamente porque estes são “antecipações de uma jurisdicionalidade” no curso das investigações preliminares, com o juiz — ainda que diferente daquele do debate, o assim chamado “juiz para as investigações preliminares” — que supervisiona, com as mesmas modalidades estabelecidas para o debate, a aceitação das provas que não podem ser remetidas à fase de juízo).

Era regra, mesmo não privada de exceções, que só os testemunhos obtidos no contraditório entre o Ministério Público e a defesa diante de um juiz imparcial pudessem ter valor de plena prova, enquanto as disposições recolhidas pelo Ministério Público durante as suas investigações podiam servir só para contestar os depoimentos contrários, dados pela mesma testemunha, em debate e conseqüentemente para tolher credibilidade a estas últimas. Rígida demais, a regra originária que, combi-

nando-se com as regras de juízo ditadas para os casos de prova legalmente faltante ou insuficiente, levava — também em casos de testemunhas claramente subornadas — à absolvições notadamente iníquas (em mais de um processo os relatórios da polícia ou do Ministério Público tinham assim servido para fazer cair em contradição certas testemunhas, notadamente subornadas, em debate; mas não podendo servir positivamente como provas, não obstante a convicção em tal sentido do juiz, tinham constrangido este último à absolver o imputado em nome da presunção da inocência).

Mas seguramente, inclinado em sentido oposto é o sistema atual: não só atribuiu-se valor de plena prova aos depoimentos recolhidos pelo Ministério Público ou pela polícia judiciária quando aqueles sucessivos resultem de violência ou ameaça, mas em geral, qualquer declaração feita ao representante da acusação — mesmo que seja contestada durante o debate porque diferente do quanto ele mesmo no debate narra, vale como prova, se concorrem outros elementos a corroborá-la.

Outro exemplo, este relativo à limitação do “direito à prova”. Contrariamente, ao que ocorria sob a vigência do texto original do código de 1988 as partes não tem mais o direito de convocar, para ouvi-las em contraditório, as pessoas que tenham dado declarações verbais contra si em outros processos. Ou ainda, diante de um mesmo juiz, no mesmo procedimento através do mecanismo do “incidente probatório”: nestes casos, “o exame é admitido somente se o juiz o crê absolutamente necessário”.

E é verdade que nos primeiros anos de aplicação do novo código se verificara abusos notáveis, com graves danos para a economia dos processos e também para a incolumidade de certas testemunhas, quando em toda uma série de procedimentos as defesas dos acusados de máfia conseguiam convocar

sempre as mesmas pessoas — “colaboradores da justiça” ou, como se diz correntemente na Itália, “arrepentidos” — para ouvir repetir que a associação chamada “Cosa Nostra” é uma associação mafiosa... mas a discricionariedade concedida ao juiz é, agora, realmente notável e preocupante. Na prática, a nova oitiva depende completamente do juiz: e às favas com o “direito à prova”.

8. A aplicação das normas que acabei de mencionar — e de muitas outras entre aquelas disposições que muitos chama de “a contra reforma de 1992” — foi realmente limitada ao âmbito dos delitos de criminalidade organizada. Se configura assim uma espécie de “dupla via”: com uma disciplina para os processos “normais” e uma outra para operar nos processos contra o crime organizado.

Por certos aspectos a solução não é irracional, em relação, justamente, às grandes capacidades intimidativas e inquietantes das organizações delinquentes; mas, em todo o caso, não ficam eliminados todos os problemas: porque também nos processos para os piores delitos — aliás, sob dados perfis, especialmente nesses processos — certos *standarts* mínimos de *fair trial*, deveriam sempre ser respeitados, se não quisermos que o *prejuízo* possa muito facilmente substituir um correto *juízo*: e também porque o apoio a praxes pouco escrupulosas nos confrontos das garantias das pessoas pode facilmente determinar um efeito de *transfert*, com consequências também nos processos “comuns”.

Muitos juristas italianos ficaram chocados com a esta tendência a configurar uma “dupla via” de regime processual não seja acompanhado um explícito chamamento às normas das convenções internacionais que, dentro de certos limites e em dadas condições, consentem de derogar ao regime “normal” de tutela dos direitos da pessoa humana.

Em particular se observou que algumas das inovações introduzidas não

pareciam “*prima facie*” compatíveis com normas como a do art. 6.3.d da Convenção Européia (que garante ao acusado o direito de obter a convocação das testemunhas de acusação além da igualdade de tratamento entre as testemunhas a favor e contra), lembrou-se o art. 15 da mesma convenção, para o qual, “em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação”, um Estado “pode tomar medidas em derrogação às obrigações previstas pela convenção nos estreitos limites que a situação exige, com a condição de que tais medidas não estejam em contraste com as outras obrigações derivadas do direito internacional”, e com o ônus de “manter informado” o Secretário Geral do Conselho da Europa “sobre as medidas tomadas e sobre os motivos que as inspiraram”, além do que sobre a revogação das mesmas medidas, logo que, tal revogação seja disposta.

Certamente terá havido razões que induziram o Governo e o Parlamento italianos preferiram ignorar esta válvula de escape; mas estas razões não vieram a tona, também por que se notava quanto estas razões eram fracas. Se pode pensar que sobretudo fosse desagradável admitir claramente a presença de uma espécie de “Estado de Emergência”, mesmo que limitado a zonas do território nacional nas quais as organizações mafiosas e similares estão mais radicadas. Esta admissão teria de fato comportado grandes problemas constitucionais e políticos, mesmo por que faltam regras claras sobre a gestão de situações do gênero no plano interno, e por que é sempre mais precária a situação sobre a qual se regem, no meu País, os equilíbrios governamentais e parlamentares, numa fase que rumo, com pouquíssima clareza, à passagem da Primeira República a uma forma de governo marcada por características em parte diferentes, a começar pelas regras sobre a formação da representação parlamentar.

9. O discurso, em todo caso, será aqui retomado em algumas de suas implicações mais gerais, que vão além dos problemas de um país em particular.

O art. 15 da Convenção Européia nos faz de fato constatar que mesmo nos textos internacionais há previsões de flexibilidade das normas de tutela dos direitos fundamentais. De resto, não é só: a princípio, em linhas gerais análogas, se inspiram por exemplo o art. 4.º do Pacto da ONU sobre os direitos civis e políticos e o art. 27 da Convenção Americana sobre os direitos humanos. E não há dúvida de que a presença de fortes organizações criminosas possa dar corpo e concretude àquelas situações de “perigo público” às quais fazem referência os textos internacionais.

Estas derrogações não são por sua vez sem regras e sem limites.

Há a obrigação de colocar a comunidade internacional e as várias instituições “regionais” das quais o Estado faz parte, em condições de seguir atentamente a coisa. Há a necessidade de respeitar um princípio de proporção entre os escopos de defesa social e os sacrifícios que sejam impostos aos direitos e às liberdades.

E existem precisas especificações destes direitos “mais fundamentais”, que não podem ser derogados ou suspensos nem mesmo em caso de emergência. Entre estes está o caso, por exemplo, da proibição de tortura e da proibição das leis penais retroativas: ambos sobretudo relevantes na dinâmica da justiça penal diante das mais fortes tentações de usar a pena e o processo com escopos perversos.

10. A exigência e a vontade de levar em conta os vários aspectos de uma complexa e dramática problemática transparece também em alguns dos mais recentes documentos de reflexão que a comunidade internacional dos juristas elaborou sobre o assunto.

Fui testemunha, e de algum modo ator, — junto a vários juristas sul-

americanos, em particular a João Marcelo de Araújo — do trabalho dos participantes no Colóquio de Toledo de abril de 1992, preparatório ao Congresso da Association Internationale de Droit Pénal que se dará no Rio de Janeiro em setembro do próximo ano. O tema do colóquio era a proteção dos direitos do homem em relação aos movimentos de reforma do processo penal: e sobre a oportunidade de referir-se também aos problemas da criminalidade organizada, houve naquela sede um vivaz debate.

No final emergiram duas indicações, ambas na minha opinião muito significativas; e fruto do diálogo, posso dizê-lo que instaurou-se especialmente entre aqueles que, como quem vos fala, partiam da exigência de sublinhar em particular modo que a sacro-santa, intransigente defesa dos direitos humanos não deve ser deformada por possíveis instrumentalizações da parte das organizações criminosas e aqueles que, como a maior parte dos delegados da América Latina, destacavam o perigo que em nome da “emergência” e da luta contra a criminalidade organizada, se alimentassem os piores regurgitamentos de violência do Estado ou de qualquer forma reacionária e os sempre recorrentes perigos de retornos autoritários ou mesmo ditatoriais.

As duas tendências não eram de fato contrastantes entre si e um franco confronto fez entender que a ênfase de uma ou de outra exigência vinha sobretudo das mais recentes experiências vividas em contextos diversos. Mas todos compartilhavam plenamente ambos os objetivos.

Nas “Recomendações de Toledo” — que, bem entendido deverão ser discutidas e espera-se, aperfeiçoadas, no Congresso do Rio, lemos, portanto, antes de tudo, como preâmbulo, que “nem mesmo a luta contra o terrorismo e contra o crime organizado poderá restringir os direitos fundamentais, senão

na medida do estritamente necessário” (com um particular destaque da intangibilidade, em princípio, dos “direitos humanos” reconhecidos como tais nos textos internacionais de tutela); e lemos pois no ponto 13 da resolução que “a concessão dos privilégios a testemunhas ou a agentes secretos não será admitida senão excepcionalmente e somente nos casos de criminalidade gravíssima e de criminalidade organizada”, precisando-se, por outro lado, que “se a identidade destes agentes não for revelada na audiência, uma condenação somente baseada nas suas indicações não deveria ser possível”. Contrariamente, acrescentou-se que “será necessário assegurar a proteção de cada testemunha ameaçada por organizações criminais.

11. Em suma, aquela que emerge destes documentos não é a lógica o “guerra é guerra”, mas não é também aquela da resignação diante de uma criminalidade organizada, sempre mais rica, sempre mais prepotente, sempre mais ameaçadora. E é com esta convicção que gostaria de dirigir-me à conclusão; não sem exprimir uma outra, de convicções que gostaria que fossem ouvidas como sobretudo radicadas no meu ânimo.

Estou de fato persuadido de que, mais uma vez com referência a estes problemas capitais, a contribuição do direito e do processo seja essencial, mas não exclusiva nem mesmo primária.

É essencial, porque aqui se combate também e sobretudo uma batalha contra a ilegalidade e em defesa de uma mais alta legalidade. E o fato que entre tantos alvos da criminalidade organizada haja freqüentemente estados — e penso sobretudo no meu País — e magistrados demonstra que são estas organizações as primeiras a saber que uma justiça penal eficiente e confiável é um dos maiores obstáculos aos seus objetivos.

Mas esta contribuição não é exclusiva e nem mesmo primária, porque freqüen-

temente, para não dizer quase sempre, a criminalidade organizada, nas suas raízes e nas suas alucinantes redes de consensos e de chantagens e de reações, prospera sobretudo em situações de desigualdade freqüentemente vergonhosas, sobre a corrupção, especialmente a de alto nível, nas carências das políticas sociais. Todo o resto vem depois. Como penso que vocês saibam, infelizmente, melhor que eu.

12. Também por esta razão, precisa atentar-se para não dar motivos a confusões.

Muito diferentes entre eles (penso) restam problemas como aqueles da luta contra a máfia e contra os importantes narcotraficantes e problemas ligados à realidade como aquela dos vossos “meninos de rua”, que, como sabemos, com freqüência são explorados por uma ativíssima criminalidade organizada de adultos e que indubitavelmente provocam, por sua vez, um compreensível pânico no meio da população.

Especialmente a este propósito, é, para mim, sobretudo difícil e penoso pronunciar algumas palavras que correm o risco de estar fora do lugar: e não só porque, sendo eu estrangeiro, me escapam muitos aspectos concretos, talvez os mais importantes, da situação. Para este segundo tipo de problemas continuo a acreditar que a contribuição mais autêntica e mais consistente que o Direito e o processo podem dar não é aquela da repressão cega e intransigente e das condenações sumárias, e muito menos aquela da justificação das reações de uma sediosa “justiça privada”, que não raramente escondem injustiças piores daquelas que diz combater.

Há sempre muito — como eu já procurei dizer — e em todos os lugares uma exigência de uma atenta medida das garantias para evitar que essas sejam deformadas e instrumentalizadas nas mãos dos prepotentes. Igualmente, permanece necessário, o empenho indis-

pensável e corajoso para um uso correto de todo o recurso, sobretudo no plano da colaboração internacional, para contrapor uma organização efetiva da justiça à uma organização iníqua das internacionais do crime.

Mas, entre as contribuições que um jurista pode oferecer, gostaria de assinalar uma, que me parece, na sua especificidade, capaz de dar sustentação a uma esperança dos humildes que não seja meramente demagógica e que, portanto, possa ser, definitivamente, o mais potente antídoto à prepotência dos criminosos: é a reivindicação intransigente de uma justiça realmente igual para todos, e, portanto, atenta, antes de tudo, a não acentuar, nem mesmo no âmbito do processo, as diferenças às vezes já espantosas em prejuízo dos mais fracos, dos mais desafortunados,

por razões econômicas e sociais. Daí, o grande valor das redes de assistência legal para os mais necessitados, para os deserdados, para as vítimas da violência e da prepotência privada e pública.

Também e sobretudo neste sentido, a batalha pelos direitos da defesa no processo penal é uma batalha que merece ser combatida: para que toda pessoa possa gozar de uma defesa efetiva e real, para que uma garantia fundamental como aquela da assistência defensiva não permaneça, na realidade, um privilégio para poucos.

Relembramos os muitos mártires que a causa dos direitos humanos — e sobretudo dos direitos dos humildes, da gente pobre — conheceu no mundo e aqui em particular, nesta vossa belíssima, apaixonada e apaixonante, generosa e hospitaleira, mas sanguinolenta, América Latina.