

2. DOCTRINA NACIONAL

2.5

DIREITO PENAL NO MERCOSUL – UMA VISÃO HUMANÍSTICA *

MARCO AURÉLIO DE MELLO

Vivemos numa época de grande preocupação com os aspectos econômicos do cotidiano. É que, após um período de ventos favoráveis por quase todo o mundo, com países despontando em franco desenvolvimento, surgiram, nesta década, crises que não se mostraram setorializadas, mas de repercussão global. Os últimos acontecimentos revelam o definitivo entrelaçamento da economia, a ponto de não se poder mais raciocinar sobre tais questões de regiões geográficas delimitadas. Dificuldades enfrentadas neste ou naqueles país repercutem de maneiras linear, solapando o aparente equilíbrio notado em certa localidade ou mesmo em determinadas instituições de sólidas bases na comunidade internacional. O fato é que, atualmente, de uma hora para outra, economias durante muito tempo consideradas estáveis e de confiabilidade inabalada desmoronam, com consequências que extravasam o campo em que surgem os problemas, refletindo, na prática, de forma simultânea e uniforme, em outras áreas que não as estritamente econômico-financeiras.

Hoje, as nações que se limitam a cuidar somente dos próprios interesses governamentais mostram-se cada vez mais desatualizadas. O individualismo nacional, vindo à balha a toda força com o capitalismo europeu, desde o nascedouro, cede agora a idéias voltadas à coletivização dos povos, minimizando o papel das balizas territoriais. Materializa-

se, como nunca, a máxima de estarmos vivendo em uma aldeia global, de modo a merecer tratamento comum a vasta gama dos aspectos ligados à vida em sociedade. Não surpreende, portanto, a circunstância de que as transformações iniciadas há mais de uma década fazem-se cada vez mais abrangentes, ditando formas especiais de convivência, com o surgimento de implicações a extravasarem o universo limitado de uma nação, cujos interesses de modo algum se circunscrevem, hoje em dia, ao próprio povo. Se de um lado urge aos países, por menores e mais frágeis que sejam, a necessidade de procederem, com firmeza, a atos consentâneos com o predicado soberania, de outro impõe-se-lhes o enfrentamento dos obstáculos comuns, a partir de um trabalho conjunto, tomando-se a existência das linhas fronteiriças como simples meio voltado à preservação de uma organicidade cultural, ou, em última análise, à racionalização de esforços dirigidos, acima, de tudo, à realização, ao bem-estar do homem, porquanto é sabido, desde tempos imemoriais: infrutífera será qualquer iniciativa que não vise ao aprimoramento da própria vida de modo a torná-la uma fonte perene de alegria e realização. Não obstante, a tudo isso ainda se opõem visões distorcidas, conservadoras, alicerçadas, na maioria das vezes em alegadas

(*) Palestra proferida no III Congresso de Magistrado do Mercosul.

singularidades culturais ou nas diferenças resultantes do estágio de desenvolvimento de cada nação.

Nesse contexto, surge com um exacerbado tom de novidade essa palavra-chave que é a *globalização*, nela sendo depositadas as esperanças de uma vida planetária mais equilibrada, em que os homens possam estar sempre irmanados pela presença constante de valor dos mais caros, mas lamentavelmente hoje em desuso, ou seja, a solidariedade. A mercê de técnicas modernas ligadas especialmente ao mundo das informações e comunicações, fenômeno a viabilizar, de forma inédita, assaz aproveitamento do tempo, fator nunca antes tão valorizado, busca-se materializar a transnacionalização de mercados, surgindo, nesse passo, a flutuação de capitais, sempre guiada pela descoberta de espaços férteis a lucros imediatos: recursos passam a ser canalizados apenas de acordo com a oportunidade de retorno proveitoso no menor tempo possível, pouco importando, nessa visão míope, os nefastos efeitos sociais de uma retirada brusca. Infelizmente, não há, em tal área, planejamento norteado pelo fim de proporcionar, aos habitantes da localidade na qual feito o investimento, um grau maior de crescimento como seres humanos que são, predominado, na maior parte das vezes, e por que não dizer na quase totalidade, a procura do lucro fácil, a poucos preocupando as conseqüências que advierem para aqueles estranhos, em termos de domínio, à migração de capitais. Sugase, a mais não poder, o filão norteador do investimento, desprezando-se mezinhas noções ligadas à finalidade última da criação, como se o homem pudesse ser tomado como uma simples ferramenta, um verdadeiro robô que, ao cabo de um tarefa, já desgastada, tem o destino próprio das coisas inúteis. Eis os desafios do momento e que não são equacionados, ao menos com a atenção exigida, ante esse fenômeno da modernidade que é a *globa-*

lização. Potencializam-se os enfoques voltados ao êxito econômico-empresarial, olvidando-se a verdadeira extensão dos problemas atuais, como se as únicas questões estivessem limitadas à área financeira. Ao contrário, são elas multidimensionais, alcançando as searas do social, da cultura, da política e, acima de tudo, a jurídica, no que não se coaduna com as características próprias de um Estado Democrático de Direito o trato de qualquer matéria com o esquecimento, a colocação em plano secundário, da dignidade do homem, com a qual são incompatíveis a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais. Absolutamente tudo há de fazer-se a fim de que não venham a se confirmar as palavras de Zaffaroni, para quem a globalização não passa de um instrumento de dominação, própria da revolução "tecnológica", para a sobrevivência e fortalecimento dos mais poderosos em detrimento dos mais débeis. Há pouco mesmo, tivemos ocasião de perceber a ênfase emprestada a interesses claramente balizados sob o ângulo subjetivo: em vista à América Latina, o Presidente Bill Clinton pleiteou, com ardor, a adesão das Américas ao Alca, a um mercado de livre comércio. O pano de fundo fez-se de imediato conhecido e outro não foi senão o afastamento das barreiras de proteção aos interesses latinos, impostas, por absoluta necessidade de sobrevivência, pelos assim chamados países em desenvolvimento. É inescusável que tais restrições são condenáveis; entretantes, há de se indagar sobre a equação existente, as peculiaridades reinantes e a preservação de quadro que não torne o país aderente um coadjuvante de categoria inferior, e o mais grave, em prejuízo de seu próprio povo, no que condenado de vez a um precipício, sem retorno efetivo que proporcione melhores condições de vida. Deve-se ter cuidado maior na caminhada que se inicia. Creio-a inafastável e por isso mesmo merecedora de atenção ímpar por aque-

les comprometidos com interesses maiores, com o conforto espiritual e material dos seus semelhantes. As críticas à forma ora predominante devem ser consideradas com seriedade, não se deixando contaminar os formadores de opinião, os responsáveis pela preservação da ordem jurídica e social — acadêmicos, advogados, membros do Ministério Público e magistrados, alfim, os cidadãos em geral — com o clima de euforia que permeia os dias de hoje. Atentem todos para as conseqüências um tanto sombrias apontadas por Zaffaroni, tomando-as não como algo definitivo, inexorável, mas como um alerta, uma advertência aos açodados, àqueles cuja visão está impregnada por falsa modernidade:

“a — o domínio através de medidas e imposições econômicas (pagamentos de dívidas externas consideráveis);

b — redução da violência bélica entre as potências líderes e o fomento de conflitos entre algumas das subalternas;

c — a privação de poder dos estados nacionais (perda do primado das políticas nacionais);

d — a concentração do poder planetário em corporações transnacionais;

e — a produção de desemprego estrutural;

f — o deslocamento de população marginalizada da periferia ao centro e entre as próprias periferias;

g — a produção de sérios riscos de catástrofe ecológica (a exportação da produção suja para as zonas dependentes apenas atrasa seus efeitos), de revoltas sociais violentas (porque exclui do sistema produtivo amplos setores, sem perspectiva de incorporação) ou de crises financeiras (por efeito de uma acumulação, que, em boa parte, se assenta na especulação e no encarecimento de coisas e serviços)”.

Indagarão os senhores, a esta altura, o que tem tudo isso a ver com este Encon-

tro, destinado que foi à reflexão da Ciência do Direito no âmbito do Mercosul. Digo-lhes que em muito se relacionam. O intercâmbio entre as nações multiplica, de forma impensável, a possibilidade de conflitos. A atenção maior voltada para o mercado, com o afastamento de empecilhos burocráticos à formalização de negócios jurídicos, faz-se com o esquecimento de valores universais, avolumando-se o contingente de excluídos e, assim, vindo-se a ter antagonismos não só no campo civil, como também no penal, aumentando a delinquência, os crimes rotulados como internacionais. Nota-se nos dias de hoje uma tendência ao elastecimento dos tipos penais e de definições em que não se leva em conta a origem, em si, das ocorrências, os aspectos negativos ditados pela própria sociedade na qual vivemos, a desvirarem o homem de seu destino natural. As agruras do mercado, o desequilíbrio impiedoso entre oferta de mão-de-obra e escassez de empregos, a falta de perspectiva quanto a uma vida útil e retributiva, a exclusão de uma parcela considerável da população de um ambiente saudável e confortador, o crescimento das desigualdades, tudo isso faz com que o indivíduo acabe por claudicar na arte de proceder, abandonando a postura inerente ao homem médio. Aí, corre-se, mediante o toque pernicioso da própria mídia, para a introdução, no cenário jurídico, de um arcabouço persecutório penal exacerbado, olvidando-se, até mesmo, princípios constitucionais de importância basilar, como é o da individualização da pena. E tudo acontece sob o pretexto de dar-se resposta ao que se coloca como “exigências da sociedade”. Sob o ângulo estritamente formal, procede-se ao enquadramento de certos crimes como hediondos, acrescentando-se outros, ao sabor dos acontecimentos potencializados pelos meios de comunicação, como se fosse possível fazê-lo a partir de sentimentos momentâneos e sem buscar-se a devida

correção de rumo relativamente aos fatos que os motivaram.

A ampliação do caráter repressivo das normas penais, apanhando-se procedimentos que até então não mereceram tal tratamento e exacerbando-se penas e regimes de cumprimento, não é o meio adequado à correção das mazelas vividas. Acima de tudo, cumpre ao Estado assumir a responsabilidade e perscrutar, com desassombro, as causas do aumento da criminalidade, combatendo-as e dando, em consequência, a oportunidade de uma vida digna àqueles menos afortunados.

É esse o modo de pensar que deve prevalecer nestes tempos de globalização, de intercâmbio incomum não apenas na área do comércio, mas também na da cultura dos povos. A multiplicidade de conflitos que certamente surgirá com a abertura dos mercados, com o aumento dos contatos das populações dos países do Mercosul — por ora Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai — não deve ensejar o recrudescimento de medidas punitivas, muito menos com atropelo a normas instrumentais viabilizadoras do exercício do direito de defesa, mas minimizar as desigualdades existentes, as exclusões que tanto nos envergonham, almejando-se, portanto, equações equilibradas sem predomínio do econômico sobre o social. Os artífices da ansiada justiça, os estudiosos do Direito devem debruçar-se sobre as mesas de trabalho com tal finalidade, reftreando impulsos próprios à fragilidade humana, evitando a transformação do Direito Penal em arma protetora dos garimpeiros do lucro fácil, que de forma alguma podem ser tidos como únicos a usufruir a proteção estatal. Dir-se-á que tudo isso não passa de um sonho, de uma utopia. Talvez o seja nos dias atuais, em que predomina a cegueira da racionalidade. Impõe-se, no entanto, a resistência, a aversão ao comodismo, ao misoneísmo, o olhar direcionado à realidade e à harmonia, ao invés de simplesmente viabi-

lizar-se legislação penal voltada à perseguição, à punição inflexível daqueles que, sem possibilidades palpáveis no horizonte, acabaram por falhar, por sucumbir às vicissitudes da vida econômica, de resto impiedosa.

Os novos ares não devem servir de palco e motivação ao retorno a épocas nada saudosas, nas quais os envolvidos em prática criminosa mereciam a excomunhão maior. Se o tempo é de entendimento, que este se faça com a amplitude esperada, voltada ao bem-estar do cidadão e não apenas à abertura de novos mercados a especuladores.

A marcha no sentido da interdependência dos povos, sobrepujadas noções ligadas ao fator territorial, à soberania dos Estados, afirma-se irrefreável. Entretanto, há de acontecer de maneira organizada, sem a colocação, em segundo plano, de valores consagrados não apenas nacionalmente, mas no âmbito mundial, em que pese o vexo de fecharem-se os olhos a certos acontecimentos. A ideologia vencedora não deve ser a da predominância dos mais fortes sobre os mais fracos, mas aquela na qual se colocam em primeiro plano os direitos naturais do homem, visto aqui como criatura com sede infundável de realização plena. Há de ousar-se, visando a tornar preva- lecente o social, o bem-estar dos cidadãos, servindo a globalização como instrumento, como meio econômico e não como fachada de domínio por uns poucos, em detrimento da grande maioria. É preocupante a tendência ora notada. O número de excluídos do processo de crescimento está no limite e este é um dado extremamente delicado para aqueles que têm compromissos maiores, entre os quais incluo, de imediato, os interlocutores do Direito. A pena não pode perder o caráter humanitário, como se os homens fossem feitos para a lei e não esta para eles. Impõe-se um controle sócio-penal, mas os contornos predomi-

nantes não podem extravasar a barreira do razoável, do proporcional, do necessário à preservação da segurança jurídica, devendo contar-se, sempre, com os princípios viabilizadores da plena defesa. Nesse campo, jamais se poderá abrir mão de formalidades rituais, porque são elas, em última análise, os freios dos que se arvoram em arautos da purificação dos povos, conforme revela a história da humanidade.

No particular, não se pense numa codificação unitária. Conforme ressaltado por Renê Ariel Dotti, inigualável mestre do Direito Penal, a idéia de um Código Penal para América Latina não passa de mera retórica. Tentativa nesse sentido, nos anos sessenta, mostrou-se imprópria, em que pese o envolvimento de notáveis penalistas. Jamais saiu do papel. Nem por isso é dado desprezar a necessidade de ter-se um sistema penal abrangente, a padronização de certas regras, considerada a ordem jurídica dos países envolvidos, e aí não de merecer atenção, conforme ressaltado pelo citado penalista, aspectos processuais da maior relevância, como são:

- a – o devido processo legal;
- b – a publicidade do processo e do julgamento;
- c – a fundamentação das decisões;
- d – regras de cooperação internacional (colheita de prova, medidas cautelares de busca e apreensão, de prisão provisória, cumprimento de ordens de prisão, e outros);
- e – o aprimoramento do instituto da extradição, incluindo-se a cláusula indispensável do devido processo legal;
- f – a troca de presos condenados em definitivo, com as cautelas necessárias e a exigência de reciprocidade.

As adaptações legislativo-constitucionais dos países componentes do Mercosul – e o que formalizado até aqui no campo econômico é uma pequena porção do

muito que se tem a realizar – não de ser implementadas ante a premissa de que tudo deve ser feito em proveito comum, em prol dos povos envolvidos, com especial atenção para o afastamento das desigualdades existentes, dos núcleos de pobreza quase que absoluta, inclusive criando-se foro especial e supranacional para a resolução de conflitos cíveis e penais que resultem desse novo estágio de convivência, observando-se, no tocante ao Direito instrumental e penal, a homogeneidade do sistema.

Quanto a uma Corte supranacional, que não haja, até mesmo em virtude do pequeno numero de países envolvidos, as mesmas dificuldades notadas em relação à tentativa de criar um tribunal internacional para processar os envolvidos em crimes contra a humanidade. Na conferência de Roma, realizada em julho de 1998, notou-se oposição dos Estados Unidos e da França quanto à iniciativa automática da Corte a ser constituída, o que talvez acabasse por criar embaraços.

Vê-se nessa oposição o peso dos interesses das grandes nações, a sobrepor-se ao objetivos visados. Impõe-se um tribunal internacional criminal para julgar atrocidades como as notadas na antiga Iugoslávia e em Ruanda. Diante das circunstâncias reinantes e da envergadura do tema a ser tratado, tudo recomenda seja tal Corte dotada do poder de desencadear o processo. O Tribunal de Nuremberg, instituído antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que já completou cinquenta anos de existência, bem revela o efeito da vontade do homem. A necessidade é imperiosa, porquanto, após a Segunda Guerra Mundial, mais de duas centenas de conflitos eclodiram, fazendo cerca de cem milhões de vítimas. Que a criação desse tribunal sirva de exemplo ao Mercosul, sendo de notar-se a adesão do Brasil a tal mister.

Há de haver simetria entre crimes e procedimentos, fato de grande importância colocado em plano secundário no Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, de junho de 1996. Apenas para exemplificar a falta de atenção para com os parâmetros constitucionais assegurados de direitos do cidadão, previu-se, já no artigo 1.º, a assistência, a alcançar uma série de atos de intervenção no campo da liberdade, “mesmo quando as condutas não constituírem delitos no Estado requerido...”. Evidentemente, possíveis interessados poderão insurgir-se contra ato de autoridade nacional discrepante da ordem jurídico-constitucional em vigor, e caberá ao Judiciário a atuação sempre independente que dele é aguardada. De qualquer forma, esse protocolo consubstancia um considerável passo no sentido da reflexão sobre o tema – a cooperação entre os países do Mercosul no campo penal – muito embora seja dado notar preocupação maior com a perseguição, deixando-se em segundo plano os aspectos ligados à vida daqueles submetidos à custódia do Estado, como, por exemplo, a questão sobre o local do cumprimento da pena.

Nota-se também, no protocolo em tela, o cuidado com o deslocamento de preso do Estado requerido para o requerente, vinculado à concordância do Estado requerido e do próprio preso – artigo 19. Complementando esta regra, tem-se a providência cautelar de expedição de salvo-conduto pelo Estado requerente, assegurando-se o retorno de pessoa que haja consentido declarar ou dar testemunho – artigo 20.

Para finalizar, valho-me de síntese elaborada por um dos maiores pensadores humanistas do Direito Penal, cuja mestria já esteve a serviço do Judiciário e que hoje, porque integrado na vida acadêmica ativa, volta-se para setor sem divisas, que é o da humanidade como um todo. Refiro-me a Alberto Silva Franco,

artífice insuplantável do Direito, enquanto ciência preocupada com o ser humano. Assim resumiu o pensamento formado em trabalho elaborado com o título “Um Prognóstico Ousado – As perspectivas do Direito Penal por volta de 2010”:

“a – a globalização, para alguns autores, significa a subestima do direito em face da atuação dos conglomerados econômicos transnacionais. A capacidade de intervenção do direito minimiza-se na medida em que se vê na contingência de adotar padrões pragmáticos, de origens anglo-saxônicas, de evitar a formalização acolhida por anteriores modelos e de ter um grau mínimo de coercibilidade. A partir desses pressupostos, o Direito tenderia à reprivatização à margem do Estado, a uma flexibilização dos direitos trabalhistas, a um retrocesso na área dos direitos fundamentais e dos direitos sociais e um expressivo alargamento do campo repressivo;

b – a globalização, apesar de provocar as crises da legalidade, do estado social e da soberania do Estado-Nação, não pode gerar, também, a crise na perda de confiança na artificial *raison*, que é a razão jurídica moderna que erigiu, a duras penas, o paradigma teórico e normativo do Estado de direito, nem pode, por via de consequência, atingir a própria democracia, que é, em verdade, conquista irrenunciável da modernidade;

c – cabe a ciência jurídica, que interage com a política, usar o seu poder criativo para reagir contra pessimismo que toma conta dos analistas da crise atual e lutar pelo direito e pelos direitos fundamentais, máxime pelos dos excluídos no processo de globalização. Não se trata de uma postura voluntarista, nem de alimentar uma confiança desmedida e insensata no paradigma garantista, mas, sim, de demonstrar que, para a crise da razão jurídica, não há outras opções válidas”.

O renomado autor, tendo em vista especialmente o Direito Penal, alerta para os seguintes pontos:

“a – a funcionalização e a desformalização são duas tendências explicitamente reveladas pelo Direito Penal atual. A primeira decorre de uma deformação da corrente funcionalista que vincula o Direito à política criminal. Num processo distorcido, tem-se atrelado o Direito a um determinado movimento político-criminal: o da lei e da ordem. Por outro lado, aumenta, a olhos vistos, o apoio à corrente funcionalista de Jacobs – que se mostra ajustável ao próprio sistema da globalização –, não obstante os perigos que representa para o paradigma garantista. A segunda está inserida no bojo da primeira: é o melhor caminho para o Direito Penal, perversamente funcionalizado, pois, na medida em que se suprimem ou se reduzem as barreiras processuais penais conquistadas a tanto custo, torna-se possível o uso de um instrumento repressivo, com caráter político;

b – o Direito Penal funcionalizado e desformalizado vai acabar num eficientismo que objetiva, final, a busca da eficácia do controle repressivo, sem nenhum limite ético, ao preço de garantias penais e processuais penais já incorpora-

das, há muito tempo, no patrimônio dos cidadãos”.

Os dias atuais são mais desafiadores do que os passados. Suplantá-los requer apego a certos princípios. A globalização não pode ser tomada apenas como meio para o fortalecimento da economia, mas como mecanismo eficaz para chegar-se a uma solidariedade maior, compreendendo cada qual estar a própria segurança, o respectivo bem-estar intimamente relacionado com o combate aos bolsões de pobreza, de miséria, de condições de vida muito aquém dos níveis primários de sobrevivência. A responsabilidade não é somente dos governantes, dos detentores de mandatos, mas de todos aqueles que, beneficiados pela sorte, contam com a atenção de uma platéia, de um segmento da sociedade, por menor que seja. Podemos e devemos influir nos destinos dessa iniciativa que é o Mercosul, estendendo-a a campos outros que estão a reclamar de há muito nossa atenção. Estou certo que este Encontro frutificará, servindo as idéias aqui externadas de inspiração a dias melhores.