

O fracasso da legislação de cooperação transnacional judicial e policial em matéria penal. O caso do terrorismo¹

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

Director do ICPOL e Professor do Instituto Superior de
Ciências Policiais e Segurança Interna.

Professor Auxiliar Convidado e Investigador do
Centro de Investigação Ratio Legis da
Universidade Autónoma de Lisboa.

Resumo: Este artigo traz à luz do dia as preocupações que o autor tem demonstrado nos últimos anos sobre a construção de um espaço penal supranacional – europeu, internacional e lusófono – cuja nevrálgia discursiva incide, neste momento, nas topologias jurídicas auto negadoras e auto restritivas dessa edificação. A ascensão desmesurada do fundo político na legislação supranacional e a relutância em construir um corpo jurídico harmonizado na conceptualização material e processual penal, que pode centralizar-se no húmus da Declaração Universal do Direitos Humanos e na Convenção Europeia dos Direitos do

1 Investigação financiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia no âmbito do Projecto (PTDC/CPO/64365/2006): A Coordenação Europeia na Luta contra o Terrorismo Transnacional: o caso de Portugal e Espanha. O artigo corresponde à conferência proferida no seminário sobre *Criminalidade Organizada Transnacional* organizado pela Academia Nacional de Polícia – Polícia Federal e pelo Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, na sede da Polícia Federal, em São Paulo, no dia 8 de Novembro de 2010.

Homem, germinam uma incoerência discursiva e a constante mutabilidade do topos ser e dever ser. Este realismo gerador de conflitualidade hermenêutica a par de uma (presumível) intocabilidade da soberania penal encontra eco em todo este texto.

Palavras-chave: Espaço penal; Harmonização; Discursividade jurídica; Dissonância legislante.

Abstract: This paper brings to light the concern demonstrated by its author in recent years on the creation of a supranational penal space – European, International and Lusophone – whose main issue is currently based on legal terminologies that are self-denying and limiting to its implementation. The excessive development of a political background within supranational legislation and the reluctance in creating a judicial body that is unified in the creation and penal processing based on the premises of the Universal Declaration of Human Rights and European Convention of Human Rights, give rise to a discursive incoherence and constant shifts to the question of what is and what should be. This reality, which results in a hermeneutical conflict, along with (presumably) the untouchability of penal sovereignty, is present throughout of all this text.

Key-words: Penal space; Harmonization; Legal discursivity; Legislative dissonance.

I

1. O mundo líquido ou do risco² em que nos inserimos ganha expressão em vários quadrantes: económico, social, cultural, político e jurídico. Os princípios basilares do Estado de direito democrático material e social, como a segurança jurídica, a legalidade constitucional, a juridicidade e da jurisdicionalidade, a igualdade, a indisponibilidade das compe-

2 Relembramos as teorias de ZIGMUN BAUMAN – *tempos líquidos* – e de ULRICH BECK – *sociedade de risco* – para demonstrarmos a nova concepção da nova era: a era da incerteza.

tências e a unicidade do Direito, são derogados em prol de uma eficácia matemática imediata e com pleno ataque aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (arguido ou indiciado e vítimas). A humanidade globalizada germinou «uma comunidade de violência multifacetada» que se expressa em «grandes actos de violência» aos quais urge fazer frente com uma «*comunidade de cooperação*» (HÖFFE 2005, pp. 7-11) sob a égide do Direito e dos seus princípios enformadores.

A incongruência e a desorientada sistemática utilizada pelo legislador supranacional e nacional fomentam a insegurança jurídica e a prossecução de um Direito penal, em especial formal, que coloca como escopo nevrálgico a responsabilização (a qualquer custo) do agente do crime e que tem como mote interventivo o desiderato «os fins justificam os meios». Este mote leva-nos a apurar entre os nossos alunos, influenciados pela lógica imediatista e de eficácia, em que não interessa se o perseguido é, objectivamente, suspeito, mas que essa perseguição criminal é sinónimo de uma cognitiva paz pública independentemente da inocência do perseguido.

Ao grupo de ideais próprios de uma sociedade em convulsão total e em busca de uma segurança cognitiva ilimitada – pois nunca os cidadãos beneficiaram de tanta segurança física e real e nunca o medo tomou as proporções geradoras de paneconomia como nos nossos dias (BAUMAN 2009, pp. 13-51) –, devemos anexar outras preocupações geradoras de um fracasso geral ou de um não sucesso almejado no quadro da cooperação judiciária e policial em matéria penal: v. g., não obstante disfarçados, os ataques directos e sucessivos à soberania penal dos Estados parte. A soberania penal dos Estados, perante este fenómeno, deixa de ser um elemento de solução e de encontro de caminhos de diminuição dos designados «santuários» ou «terras de ninguém» e passa a ser elemento de fortalecimento desses locais inatingíveis pelo Direito. Este deixa de ser a força de união e passa a ser a força da divergência societária e dos Estados.

Defendemos que a prossecução por vários Estados parte da construção de um Direito penal material e processual deve ser elemento de união e de reforço das soberanias penais (VALENTE 2006, p. 24). Mas, o reforço da soberania, como deve ocorrer no seio da União Europeia

(FREITAS DO AMARAL 2004, pp. 240-241), não pode construir-se na base de um domínio de um Estado sobre os outros nem com ofensa directa aos valores e princípios constitucionais dos Estados não dominantes. Esta ideia assenta no quadro de uma soberania que não é demonstrada nem demonstrável, mas que emirja de uma associação de pensamento político dos cidadãos europeus e que não constitua “uma soma das vontades individuais, mas uma vontade geral em que vêm fundir-se vontades individuais” (DUGUIT 2009, p. 73).

Perguntar-nos-ão como é possível se existe uma aproximação de muitos Estados a nível mundial na prevenção e repressão do crime organizado, em especial ao terrorismo. Do mesmo modo se podem interrogar sobre a incongruência entre o que os estudos científicos e os relatórios mais críticos das Nações Unidas e outros estudos e relatórios nacionais e supranacionais que apontam para um melhoramento da cooperação na prevenção e repressão do crime organizado e ao terrorismo por meio de uma discursividade clara e igual entre as autoridades judiciais e policiais em cooperação.

Vivemos a era da *ilusão política* e da *ilusão jurídica*. Era esta de autêntica metamorfose kafkiana do exercício de poder e da execução das atribuições e competências adstritas a todos e quaisquer órgãos formais e não formais de controlo. Muitas são as causas que nos levam às *ilusões política e jurídica*. Mas, face ao tema da nossa intervenção e à nossa área científica de estudo universitário, vamo-nos prender com o estudo da *ilusão jurídica* – jurídico-criminal – no quadro da prevenção e persecução do crime organizado transnacional, em especial o terrorismo.

II

2. A primeira linha de controvérsia é a que se prende com a designação do desiderato na cooperação transnacional judiciária e policial em matéria penal: em regra os diplomas e a doutrina maioritária fundam-se nos vocábulos «combate» e «luta» e não na essência da Polícia e na

teleologia da acção penal: «prevenção»³. A inversão da lógica discursiva leva-nos não a um Direito de prevenção dos fenómenos e factos criminais nacionais e transnacionais centrado no ser humano detentor de direitos e de deveres, mas a um Direito belicista e de repressão que só se justifica por se permitir o fenómeno e o facto criminal. Esta inversão da discursividade jurídica destina-se a afirmar o fracasso do *dever ser* da comunicabilidade humana.

Em um mundo cientificado, mesmo em delação, impõe-se um pensamento estruturante e construtivo do discurso normativo e jurídico-criminal lógico e direccionado segundo a essência das instituições formais e materiais (e respectivos institutos) e não segundo a necessidade política de afirmação ou, até mesmo, de criação do poder. Desta feita, consideramos que os diplomas internacionais referentes à criminalidade organizada transnacional, onde se enquadra o terrorismo contemporâneo, não obstante considerarmos que o terrorismo em si mesmo não devia ser crime e que os actos praticados pelos seus membros já têm expressão típica jurídico-criminal, deviam incidir o seu escopo na «prevenção» e não na «luta» ou no «combate».

Os crimes, praticados por membros ou simpatizantes de “ideais” terroristas, encontram-se tipificados nos códigos penais da actualidade. A opção por criminalizar como crime autónomo os actos dos membros, agente ou simpatizantes de redes terroristas só tem justificação em uma concepção de política criminal que determine a inadmissibilidade de impunidade do simpatizante ou membro pertencente a uma organização terrorista por ser difícil a prova real e pessoal, assim como o preenchimento do tipo subjectivo do crime cometido em concreto pelas “ideias” terroristas. Do mesmo modo se pode falar da organização terrorista que é uma «ameaça» e coloca em perigo de lesão bens jurídicos individuais, supraindividuais e supranacionais. A história pe-

3 Neste mesmo sentido crítico da discursividade jurídica que limita a concepção do *dever ser*, ANABELA MIRANDA RODRIGUES. 2000. “O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas”. in *Revista do Ministério Público*, n.º 84. Ano 21, OUT/DEZ, pp. 15-29. Quanto a um olhar sobre o Direito penal subordinado à ideia de comunicabilidade intersubjectiva e de relações humanas, MANUEL M. GUEDES VALENTE. 2010. *Direito Penal do Inimigo. O «Progresso ao Retrocesso»*, São Paulo: Almedina Brasil, Lda..

nal do terrorismo demonstra a relutância e a resistência que o poder político-legislativo sempre dispensou em considerar o «terrorismo» e os «actos terroristas» como crimes não dignos de sujeição à extradição por serem a expressão de manifestação política, religiosa e cultural⁴ de grupos e de povos.

O mote da legiferação e da acção jurídico-policia e da acção penal não devia assentar *a priori* em uma ideia de «combate» ou de «luta», mas em uma ideia de prevenção dos fenómenos criminais – estudando-os e escalpelizando-os para os conhecer – e de acção dirigida à prevenção penal – reintegração do bem jurídico lesado ou colocado em perigo de lesão (prevenção geral positiva) de modo que os membros da comunidade vejam a efectividade do Direito penal como tutela de bens jurídicos por meio da ameaça penal (prevenção geral negativa) e reinserção com responsabilidade do agente do crime e educado para o *dever ser* da vida comunitária por meio da autodeterminação e auto conformação⁵ (pretenção especial).

3. Se o próprio Direito enformador da actuação restritiva de direitos, liberdades e garantias opta por enquadrar a legitimidade sobre o prisma do «combate» ou da «luta», não se pode desejar que os operadores judiciais actuem sob o prisma da prevenção. Logo, neste en-

4 Quanto a uma crítica a esta realidade jurídico-política de domínio e de subjugação de poder e de limitação da cooperação judiciária em matéria penal no quadro de crimes cometidos sob a égide do «terrorismo», MANUEL M. GUEDES VALENTE. 2010. “Cooperação Judiciária em Matéria Penal no âmbito do Terrorismo”, in *A União Europeia e o terrorismo Transnacional*. (Coord. ANA PAULA BRANDÃO), Coimbra: Almedina, pp. 68-75. Quanto à relutância dos Estados não alinhados, da URSS e dos países árabes em considerarem o terrorismo como um fenómeno lesivo de bens jurídicos e detractor da paz jurídica interna e supranacional, assim como da ordem jurídica mundial, MARIA DO CÉU PINTO. 2009. *O Papel da ONU na Criação de Uma Nova Ordem Mundial*, Lisboa: Prefácio, pp. 125 e ss..

5 A autodeterminação e auto conformação do *dever ser* são dois desideratos fundamentais em uma política criminal de um Estado de Direito material democrático por serem as marcas da valorização do ser individual sobre o colectivo, factor contrastante com a supremacia do colectivo sobre o individual, própria do Estado de direito formal. Este pensar, que sufragamos, é defendido no Programa Alternativo de 1962 da Alemanha Federal e desenvolvido por CLAUS ROXIN. 1998. *Problemas Fundamentais do Direito Penal*, (Tradução de ANA PAULA DOS SANTOS LUÍS NATSCHERADETZ), 3.ª Edição, Lisboa: Vega Editora, pp. 67-89. Nesta linha de pensamento e de reinserção do delinquent com a sua auto responsabilização e autodeterminação, ANABELA MIRANDA RODRIGUES. 2000. *O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra: Coimbra Editora.

contro, pode existir uma contracção da cooperação judiciária e policial em matéria penal e diminuir as possibilidades de desmantelamento de «santuários» ou «terras do nunca»:

- i) A Organização das Nações Unidas rege-se (ou devia reger-se) pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), tendo como motor concrecionante o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). A DUDH e o PIDCP, manuscritos legislativos universais, sem menosprezar o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) são a manifestação da enformação do direito material em direito formal e são, à escala planetária, pilares de orientação e de limitação do *ius puniendi*, assim como de legitimação da restrição de direitos e liberdades fundamentais por parte dos Estados. Podemos afirmar que são a materialização de instrumentos *mater* de legitimação e de limitação do sistema integral do Direito penal (material, processual e penitenciário nacional e internacional). Esta acepção implica que quaisquer instrumentos jurídicos da Assembleia Geral das Nações Unidas, assim como as decisões do Conselho de Segurança, devem ser a manifestação de um *dever ser* embebido no ideal de igualdade e de dignidade humana consagrado na DUDH e no PIDCP.
- ii) Face ao exposto na alínea anterior, podemos afirmar que quaisquer Convenções das Nações Unidas e respectivos Protocolos Adicionais não podem ser uma criação de um *dever ser* contrário ao espírito e aos valores inscritos na DUDH e no PIDCP negadores da barbárie e da belicosidade do Direito formal legitimador da exterminação dos «pretensos inimigos» ou dos indesejados e ameaçadores do poder despótico, sob pena de auto negação. As Convenções das Nações Unidas devem, independentemente das guerrilhas entrelaçadas de poderes estatais, ser elaboradas segundo o *espírito consagrado na DUDH e no PIDCP* e da afirmação do ser humano como membro participante da comunidade e centros nevrálgico de decisão.

A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (CNUCOT), conhecida por Convenção de Palermo, devia ter sido elaborada e só devia (deve) poder ser interpretada de acordo com o espírito e os valores da DUDH e do PIDCP. O título da Convenção não se aproxima desta acepção por ter optado por não a designar de Convenção das Nações Unidas *para a Prevenção* da Criminalidade Organizada. Mas, podemos verificar que, «a medo», foi colocado como um dos escopos da Convenção a *prevenção*. Não se assumiu que a prevenção é o verdadeiro pilar de orientação do sistema integral penal transnacional e, na linha belicista de outros diplomas, pode-se também aferir como escopo o *combate* à criminalidade organizada transnacional⁶. Este desiderato crucial – *combate* – encontra-se amalgamado em vários preceitos da CNUCOT⁷ como se de uma guerra se tratasse ou como se a acção jurídico-policia e a acção judiciária penal se processasse de acordo com a lógica belicista.

Esta dissonância legiferante e de legitimidade jus normativa e sociológica gera conflitos hermenêuticos de aplicação das normas jurídico-criminais de cooperação transnacional judiciária e policial em matéria penal. A incoerência legiferante gera incongruência e desunião da prevenção da criminalidade organizada transnacional. Esta consequência agrava-se sempre que o tipo legal de crime é o terrorismo por não ser unânime o conceito jurídico-criminal de terrorismo e por ser um fenómeno convertido em instrumento político e bélico.

A par desta realidade jurídico-política, acresce que a CNUCOT não inscreveu como uma das tipologias criminais directamente submetidas às regras materiais e processuais administrativas e penais o terrorismo. A submissão dos actos terroristas à CNUCOT está submetida às regras da CNUCOT caso se «verifiquem três pressupostos»: o primeiro é de natureza formal, o segundo de natureza material e processual e o terceiro de natureza operativa.

6 Cfr. art. 1.º da CNUCOT.

7 O verbo «combater» aparece inscrito na CNUCOT 16 vezes: artigos 1.º, 7.º, 20.º, n.º 1, 27.º, n.º 1 e n.º 3, 28.º, n.º 3, 29.º, n.º 1, als. a) e h), 30.º, n.º 2, als. a) e b) e n.º 4, 32.º, n.º 3, al. b) e 34.º, n.º 3 da CNUCOT. Quanto ao verbo «prevenir», podemos verificar que aparece 10 vezes: artigos 1.º, 7.º, n.º 1, 9.º, n.º 1, 29.º, n.º 1, al. a), 30.º, n.º 2, al. a) e n.º 4, 31.º, n.º 1 e n.º 7, 34.º, n.º 3 CNUCOT.

O pressuposto de natureza formal tem a sua vertente positiva na opção do Estado Parte aderir na íntegra à CNUCOT e, nesta adesão, não se socorrer da cláusula de salvaguarda prevista no n.º 1 do art. 4.º que limita a aplicação dos preceitos materiais e processuais penais no ordenamento jurídico interno como forma de justificar a não cooperação judiciária e policial em matéria penal.

O pressuposto de natureza material e processual prende-se com o facto do Estado Parte consignar como crime punível com pena de privação da liberdade superior a 4 anos e que não entre em conflito de normas que tutelam com maior amplitude o bem jurídico lesado ou colocado em perigo de lesão, assim como implica que os métodos especiais de investigação, previstos no art. 20.º da CNUCOT, e de cooperação não ofendam a ordem jurídica interna dos Estados, em especial os valores e princípios supra constitucionais e constitucionais.

O pressuposto de natureza operativa impõe que os crimes da tipologia criminal sejam cometidos por um *grupo criminoso organizado* – facto limitativo por em regra as células terroristas actuarem e serem juridicamente consideradas grupos estruturados ou células estruturadas – e que o âmbito de acção seja de *natureza transnacional* – facto que nem sempre ocorre segundo o conceito de natureza transnacional inscrito no n.º 2 do art. 3.º da CNUCOT.

Podemos afirmar que a inconsistência dos desideratos da CNUCOT, a par da não submissão a uma sistemática consistente e subordinada aos valores e primados da DUDH⁸, é (pode ser) um factor de divergência na perseguição criminal e de fracasso da cooperação transnacional por essa incoerência e contradição com os princípios basilares de um Estado de direito democrático material serem o motivo de não cooperação por violação do primado constitucional do Estado requerido e colocar em «causa a sua soberania, a sua segurança, a sua ordem pública ou outros interesses essenciais»⁹.

8 O art. 20.º da CNUCOT, ao admitir métodos e técnicas especiais, levanta-nos dúvidas quanto à sua conformação com o espírito da DUDH e o PIDCP, assim como com o espírito constitucional português e brasileiro.

9 Cfr. al. b) do n.º 21, do art. 18.º da CNUCOT.

Esta aceção encontra-se nos vários diplomas supranacionais penais: v. g., as directivas e as Decisões-quadro da União Europeia relativas a matéria penal mantêm esta incoerência entre os fundamentos e desideratos de prevenção e de repressão, estando esta espelhada nos vocábulos «combate» e «luta». Acresce a este veredicto o afastamento dos Direitos Fundamentais pessoais do cidadão, em especial da cláusula de não discriminação, dos fundamentos de não execução obrigatório da cooperação cujo fim se confunde com o meio legítimo.

Não interessa que crime é, que suspeito é, que direitos estão em causa, que fim move o processo-crime ou a perseguição, mas tão só que é crime, que é suspeito e que há um processo. A prevenção como linha matricial do Direito penal é substituída pela eficácia da repressão e, neste sentido, gera-se a metamorfose discursiva: a *prevenção* dá lugar à «luta» e ao «combate», i. e., a política criminal humanista converte-se em política criminal belicista.

III

4. A incoerência da construção da discursividade jurídica, aliada aos princípios da soberania penal e da intocabilidade da jurisdição penal nacional, promove uma desestruturação da cooperação judiciária e policial em matéria penal e reforça a ideia de um fracasso da legislação e não do agir dos operadores judiciários que não podem aplicar um Direito (penal) contraditório e aniquilador da ordem jurídica interna.

Tocamos em aspectos que preocupam os defensores da paz jurídica e da paz pública como o grande desafio e desiderato do Direito. A opção de muitos Estados manterem o *princípio da assimilação* como o princípio basilar da tutela de bens jurídicos de imposição supranacional e como a regra de validade e vigência da norma jurídico-criminal é um dos problemas identificados como limitadores da cooperação em matéria penal.

A reafirmação de um Direito internacional penal – em que a norma jurídica incriminadora interna do Estado é capaz (ou não) de tutelar os bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão por um crime

transnacional, *i. e.*, as normas penais internas são capazes ou são a criação de um pensar interno estatal para tutelar bens vitais supranacionais e de acção ou resultado transnacional – tem restringido a afirmação plena do Direito penal internacional – em que os bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão reforçam a dignidade penal por força de uma norma jurídico-criminal supranacional que regenera o tipo legal de crime existente (com a adequação dos elementos objectivos e subjectivos do tipo) ou ganham essa dignidade com uma incriminação imposta pelas Convenções supranacionais: *v. g.*, a criminalização do tráfico e consumo de entorpecentes¹⁰, a criminalização do branqueamento de capitais¹¹ e, hoje, do branqueamento de bens oproduto do crime¹².

A construção de um território supranacional de intervenção penal ou, no mínimo, a defesa de uma **aproximação das legislações penais** são dois propósitos dos penalistas que demonstram o fracasso da assimilação e do Direito internacional penal¹³ por permitir uma cooperação não centrada no desiderato da paz pública global, mas no ensejo de uma paz pública isolada e local, e que defendem, com o respeito e o re-

10 Cfr. Convenção Sobre Estupefacientes de 1961, aprovada em Viena.

11 Cfr. Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, aprovada em Viena, e a Convenção Relativa ao Branqueamento, Despistagem, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, e a Directiva Relativa à Prevenção da Utilização do Sistema Financeiro para Efeitos de Branqueamento de Capitais, do Conselho da Europa de 10 de Junho de 1991.

12 Cfr. Directiva n.º 2001/97/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Dezembro, e a Decisão-Quadro n.º 2001/500/JAI de 26 de Junho, relativa ao Branqueamento de Capitais, à Identificação, ao Congelamento, à Apreensão e Perda de Instrumentos e Produtos do Crime.

13 Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES. 2008. *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora; MÁRIO FERREIRA MONTE. 2009. *O Direito Penal Europeu de "Roma" a "Lisboa" – Subsídios para a Sua Legitimação*, Lisboa: *Quid Juris*; MANUEL M. GUEDES VALENTE. 2006. *Do Mandado de Detenção Europeu*, Coimbra: Almedina; CLAUS ROXIN. 2004. "La Ciencia del Derecho Penal ante las Tareas del Futuro", in *La Ciencia del Derecho penal ante el Nuevo Milenio*, (Coord. De Espanha FRANCISCO MUÑOZ CONDE e tradução de CARMÉN GOMEZ RIVERO), Tirant lo Blanch, Valencia; ULRICH SIEBER. 2009. "O Futuro do Direito Penal Europeu – Uma Nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu", in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, (Coordenação MÁRIO FERREIRA MONTE et Alii e tradução de INÊS GODINHO), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 461-523; KLAUS TIEDEMENN. 1998. "L'Europeizzazione del diritto penale", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (Tradução de ANNA VALENTINA BERNARDI), Ano XLI, Fasc. 1, Gennaio-Marzo, Milão; BÁRBARA HUBER. 2005. *Cuestiones del Derecho Penal Europeo*, (Tradução de MIGUEL ONTIVEROS ALONSO), Madrid: Dykinson.

forço das soberanias penais – a união ou a aproximação da legislação penal material e processual dos Estados não significa quebra ou diminuição de soberania¹⁴ –, e um trajecto estratégico de harmonização da legislação penal necessária à cooperação judiciária e policial.

Este grupo de penalistas, ao qual nos associamos há vários anos em muitos debates na Europa e em outras partes do globo terrestre, não defende o fim da soberania penal nacional, mas a afirmação dessa soberania por meio de uma ordem judiciária penal supranacional para determinados tipos legais de crime de natureza transnacional (quer de acção quer de resultado e independentemente do local do desvalor da acção ou do desvalor de resultado): *v. g.*, a criminalidade organizada transnacional e, em especial, os actos de terrorismo.

Nós consideramos que existem tipologias criminais cuja prevenção não se processa dentro dos muros territoriais do Estado, assim como consideramos que a prevenção penal supranacional é a resposta adequada e proporcional ao fenómeno criminal de natureza transnacional, *i. e.*, afirmamos não só o *princípio da universalidade do Direito penal*, como também a força do Direito penal internacional e o Direito penal europeu (na UE)¹⁵ e, até mesmo, de um espaço penal lusófono¹⁶.

5. Expostas estas ideias, verificamos que os instrumentos jurídicos supranacionais regedores da cooperação judiciária e policial em matéria penal **não assumem a aproximação das legislações penais material e processual como desiderato primeiro e crucial na construção de uma paz jurídica mundial**. Acresce a esta amarga constatação a cons-

14 Não obstante não serem penalistas, podemos ler neste sentido DIOGO FREITAS DO AMARAL. 2004. *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra: Almedina, pp. 240-241; e PAULO FERREIRA DA CUNHA. 2005. “A Revolução Constitucional Europeia – Reflexão sobre a Génese, Sentido Histórico e Contexto Jurídico de um Novo Paradigma Juspolítico”, in *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia – Homenagem ou Doutor FRANCISCO LUCAS PIRES*, *Boletim da Faculdade de Direito – STVDIA IVRIDICA* – 84 – *Ad Honorem* – 2/*Coloquia* – 14, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 210-314.

15 Quanto à primazia do direito comunitário europeu sob os critérios da *força activa* e da *resistência passiva*, J. J. GOMES CANOTILHO. 2007. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra: Almedina, p. 825.

16 Tese defendida por nós na Cidade da Praia, em 18 de Julho de 2008, na Fundação Direito e Cidadania, a convite do Instituto Superior de Ciências Sociais e Jurídicas, Conferência com o título “A globalização dos fenómenos criminais. Os desafios da segurança interna e da perseguição criminal face aos direitos fundamentais do cidadão no século XXI” in *Direito e Cidadania*, Ano x, nº 29, Quadrimestral, 2009, pp. 49-61.

tante **função limitativa atribuída aos conceitos tópicos** da construção desse espaço penal global ao residualizarem o conceito à Convenção em concreto e ao conceptualizarem sobre o mesmo tópico em vários diplomas supranacionais sem quaisquer critérios de unidade e de respeito pela segurança jurídica.

A expressão «para efeitos *desta* Convenção, entende-se por...» reduz a amplitude e a extensão construtiva de um discurso que se deseja unido nas igualdades e semelhanças e divergente nas diferenças. Este sábio conselho de NAPOLEÃO BONAPARTE é “letra morta” e voz de comando desguarnecido da força emergente do Direito penal supranacional, que se deseja de equilíbrio. Esta topografia penal dos *tempos líquidos* e da *sociedade do risco* gera uma **constante mutabilidade conceptual do ser e do dever ser** e, por esta razão, uma **contínua insegurança jurídica** e uma **negação diária de valores e direitos fundamentais pessoais**, que são património da humanidade. A promoção da insegurança jurídica emergente dos diplomas supranacionais que estruturam uma nova conceptualização jurídico-criminal e gera um não direito¹⁷ e um não respeito por um princípio fundamental da validade e vigência jurídica: a unicidade do corpo jurídico nacional e supranacional.

Um quadro normativo penal internacional não pode desenhar a intervenção estatal a nível mundial sob a égide de epitáfios que se alteram de acordo com a lápide. Esta descontinuada consistência gera uma incerteza e uma ilusão de aplicabilidade de um Direito penal que se deseja igualitária, mas, no fundo, se apresenta *a priori* como fomentadora de uma desigualdade intocável. Esta ilusão jurídica promove a insegurança jurídica e gera uma inconstitucionalidade material das respectivas normas jurídico-criminais.

Esta ilusão jurídica e esta aplicação não igualitária das normas jurídico-criminais agravam-se quando os Estados Parte assinaram e admitiram que o cumprimento das obrigações decorrentes da Convenção está sujeito ao primado do «respeito pelos princípios da igualdade soberana e da integridade territorial dos Estados», ou seja, o cumprimento das obrigações da Convenção implica o respeito pela integridade da

17 Neste sentido REINHOL ZIPPELIUS. 1998. *Teoria Geral do Estado*, (Tradução de KARIN PRAEFKE-AIRES COUTINHO e Coordenação de GOMES CANOTILHO), 3.ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 388-389.

soberania penal dos Estados. Esta consagração normativo-internacional, inscrita no n.º 1 do art. 3.º da CNUCOT, pode afastar o **ensejo harmonizador** legislativo penal amalgamado no art. 2.º da CNUCOT.

Parece-nos, *a priori*, que os Estados Parte envidaram **esforços de harmonizar o tipo objectivo e o tipo subjectivo** dos crimes que são o mote da criminalidade organizada transnacional

- *v. g.*, participação num grupo criminoso organizado; branqueamento do produto do crime; corrupção obstrução à justiça; tráfico de armas; tráfico de pessoas (em especial mulheres e crianças); tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea; e crimes/infracções graves (infracção punível com pena de privativa da liberdade superior a quatro anos, onde se inclui os crimes do terrorismo) –,

ao elencar os **conceitos materiais** – *v. g.*, **grupo criminoso organizado**, al. a) do art. 2.º da CNUCOT; **crime grave**, al. b) do art. 2.º da CNUCOT; **grupo estruturado**, al. d) do art. 2.º da CNUCOT; **infracção principal**, al. h) do art. 2.º da CNUCOT; **arma de fogo**, al. a) do art. 3.º do Protocolo Adicional à CNUCOT relativa ao tráfico de armas de fogo; **tráfico ilícito de migrantes**, al. a) do art. 3.º do Protocolo Adicional à CNUCOT relativa ao tráfico ilícito de migrantes; **tráfico de pessoas**, al. a) do art. 3.º do Protocolo Adicional à CNUCOT relativa ao tráfico de pessoas – e de harmonizar **conceitos jurídico-processuais, instrumentos preventivos e repressivos do crime** – de acção penal, como técnicas de investigação [**congelamento ou apreensão**, al. f) do art. 2.º da CNUCOT; **entregas controladas**, al. i) do art. 2.º da CNUCOT] e de decisão de julgamento [**bens**, al. d) do art. 2.º da CNUCOT; **produto do crime**, al. e) do art. 2.º da CNUCOT; **perda de bens**, al. g) do art. 2.º da CNUCOT].

Esta tentativa de aproximar as legislações penais dos Estados Partes de modo a evitar os *santuários* ou “terras do nunca” esbarra em dois pressupostos formais:

- i. O primeiro, prende-se com o âmbito de aplicação da conceptualização jurídica: *o legislador recorre muito ao âmbito restritivo positivo e negativo* e, não obstante os Protocolos Adicionais integrarem a CNUCOT, esta técnica legislativa mantém-se para os mesmos. A aproximação legislati-

va presumivelmente imposta aos Estados Partes encontra-se limitada a um catálogo, também presumivelmente limitativo, de crimes e a uma não intervenção a um enorme catálogo de crimes. Dois apontamentos que geram uma *confutualidade hermenêutica* deste estilo legislativo.

Por um lado, parece-nos que há uma tentativa de aproximação das legislações penais no que diz respeito a crimes graves e típicos de uma organização criminosa transnacional. Existe a consciência de que há crimes não localizáveis, vítimas invisíveis e agentes indeterminados, mas selectivamente localizáveis: v. g., o terrorismo, o tráfico de droga, o tráfico de pessoas, o tráfico de armas. Contudo, esta aceção não nos afasta a possibilidade de aceitação plena das intenções jusinternacionais como veremos, não obstante se aferir a necessidade sentida do povo em promover os instrumentos adequados e exigíveis a uma cooperação judiciária e policial em matéria penal mais sofisticada e mais eficaz.

Por outro lado, a ideia de um catálogo mínimo de intervenção penal transnacional é derogada quando se admite a intervenção da acção penal convencional para crimes punidos com pena privativa da liberdade superior a 4 anos. Esta opção legislativa aumenta ilusoriamente o catálogo. A sensação de segurança nacional do povo aumenta ao admitir a possibilidade de perseguição criminal de indivíduos que cometem crimes puníveis com pena privativa da liberdade superior a 4 anos. Mas, *é uma sensação e não passa de sensação*, porque não só aos crimes identificados topologicamente ao longo da Convenção e dos Protocolos Adicionais, como aos aferidos do conceito de infracção grave, impõe-se que a sua prática seja de *natureza transnacional*¹⁸ e envolva um *grupo criminoso organizado*¹⁹, *ex vi* da parte final do n.º 1 do art. 3.º da CNUCOT.

18 Considera-se que existe *natureza transnacional* quando a infracção é cometida em mais de um Estado, ou é cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direcção ou controlo tenha lugar noutro Estado, ou é cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique actividades criminosas em mais de um Estado, ou é cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado. Cfr. n.º 2 do art. 3.º da CNUCOT.

19 Considera-se *grupo criminoso organizado* o «grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material». Cfr. al. a) do art. 2.º da CNUCOT.

O campo de acção diminui drasticamente por podermos ter uma infracção de natureza transnacional e não envolva um grupo criminoso organizado e uma infracção desenvolvida por um grupo criminoso despida de natureza transnacional. A ilusão instala-se, a incerteza ocupa espaço e a descredibilização da prevenção criminal do crime organizado transnacional e do sistema integral de justiça penal instalam-se na mente dos seres humanos. Dá-se asas à ilusão jurídica para a instalação da ilusão de segurança (política).

ii. O segundo pressuposto formal encontra-se inscrito na consagração da *intocabilidade da soberania penal e da integralidade territorial* dos Estados, conforme n.º 1 do art. 4.º da CNUCOT. Ao se pretender respeitar na íntegra a soberania penal dos Estados Partes afirma-se não o princípio da harmonização, mas o princípio da assimilação que, no quadro da União Europeia fora derogado pela ascensão de princípios motores da cooperação judiciária e policial em matéria penal: princípio da harmonização, princípio do reconhecimento mútuo; princípio da cooperação judiciária e policial horizontal e da diminuição e anulação da intervenção política nos processos de decisão; princípio da confiança mútua; e princípio da não discriminação.

A submissão ao respeito do princípio da soberania penal absoluta pode gerar e continuar a germinar territórios de não intervenção e decisões de não cooperação por os conceitos que se impõem não serem os mesmos nas partes intervenientes. O desiderato de prevenção e repressão do crime organizado transnacional, onde se insere o terrorismo contemporâneo, claudica com os limites conceptuais e jurídicos e não se enquadra em um reforço da própria soberania nacional de cada Estado parte.

IV

6. Acrescentamos, como ponto final da nossa reflexão e que limita ou gera fracassos na cooperação transnacional judiciária e policial em matéria penal, o não acompanhamento por parte da legislação supranacional, posteriormente transposta de acordo com o pensar cultural do povo, com o pensar do ser humano e com o pensar do sistema polí-

tico, da construção filosófica e doutrinal e jurisprudencial dos conceitos jurídico-criminais.

Esta realidade prende-se, desde logo, com o conflito conceptual doutrinal de conceitos jurídico-criminais que a doutrina e a jurisprudência têm construído. Para WINFRIED HASSEMER, só podemos falar de crime organizado quando o Estado, através dos seus instrumentos materiais e processuais, não se encontra capaz de o prevenir e reprimir. Esta visão de crime organizado não se coaduna nem se identifica com o conceito jus positivado na CNUCOT. Esta factualidade jurídica é um dos factores geradores de dificuldades de cooperação internacional judiciária e policial em matéria penal.

Os vários códigos penais prevêem como crime a *associação criminosa* e não grupo criminoso organizado. A confluência e o concurso destes dois conceitos jurídico-criminais podem provocar uma relação de não confiança e de dúvida quanto ao preenchimento do tipo legal de crime em concreto e quanto à possibilidade de estarmos não perante o crime de associação criminosa, mas perante um elemento conceptual objectivo e subjectivo de qualificação da conduta humana que agrava a consequência jurídico-criminal.

O fenómeno de obstrução à cooperação judiciária e policial em matéria penal tem expressão mais acentuada nos crimes imbuídos de uma tensão política ou religiosa como os actos de terrorismo, cuja soberania de muitos Estados se sobrepõe à defesa dos direitos fundamentais pessoais – bens jurídicos essenciais à humanidade – agredidos por actos que os códigos penais já consignam como crimes: *v. g.*, homicídio, ofensa à integridade física, sequestros, raptos, atentados, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, branqueamento, corrupção.

Esta construção jurídica supranacional com o ensejo de promover uma cooperação judicial claudica, muitas das vezes, devido a uma profunda não coerência entre o conceito jurídico e o conceito doutrinal e entre o conceito jurídico interno e o conceito jurídico supranacional. Esta diversidade e adversidade conceptual, que se agrava por não se assumir como emblema crucial da cooperação o princípio da harmonização, agridem o princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, materializam a violação de direitos fundamentais pessoais ins-

critos na DUDH, na CADH, na CEDH e nas Constituições de cada Estado de direito e democrático.

Em suma e como podemos apurar, a **soberania penal** de que se arrogam os Estados não é, só por si, responsável pelo fracasso da cooperação judiciária e policial. Ao factor limitativo de cooperação – soberania penal arreigada em um território identificado e determinado –, deve-se, muitas das vezes, adicionar a soberania política e a inserção como factor de decisão de cooperação a intervenção do poder político que, na União Europeia, foi, por força dos tratados, directivas e decisões-quadro, derogado em prol do princípio da cooperação judiciária horizontal. A discursividade política cedeu e deu espaço à discursividade jurídica.

Não obstante este salto e a inserção do princípio do **reconhecimento mútuo** como pedra angular da cooperação judiciária e policial europeia, verificam-se as **limitações de incompatibilidade jurídico-criminal** material e processual por a União Europeia não ter assumido como princípio basilar da cooperação o **princípio da harmonização** de modo a evitar as incongruências e a violação de direitos fundamentais pessoais e de princípios estruturantes dos Estados de direito democrático material: v. g., o princípio da igualdade em dignidade na intervenção penal.

O fracasso da cooperação transnacional judiciária e policial em matéria penal não tem como factor decisivo a legislação supranacional, mas os Homens que a elaboram não na base da construção de um mundo melhor, mas de um mundo onde a soberania reforça o domínio de uns Estados sobre os outros.

Já é tempo da ingenuidade e da fachada²⁰ dar espaço e lugar à inteligência e à seriedade.

20 Quanto à teoria da *fachada* aplica-se no âmbito da cooperação penal como no quadro dos direitos humanos como nos ensinam EMELIE HAFNER-BURTON e KIYOTERU quando afirmam que os Estados assinam, aprovam e ratificam os tratados de Direitos Humanos como *uma questão de fachada e permanecem dissociados da prática política* dos direitos humanos. Cfr. MARIA DO CÉU PINTO, *O Papel da ONU na Criação de Uma Nova Ordem Mundial*, Lisboa: Prefácio, 2009, p. 187. Assim como no quadro dos direitos humanos, todo o sistema de cooperação judiciária e policial em matéria penal transnacional se agrava pela inexistência de instrumentos supranacionais de imposição de aplicação dos tratados.

Muito obrigado.

São Paulo, 8 de Novembro de 2010.

Bibliografia

- AMARAL, DIOGO FREITAS DO. 2004. *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. 2007. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra: Almedina.
- CUNHA, PAULO FERREIRA DA. 2005. "A Revolução Constitucional Europeia – Reflexão sobre a Génese, Sentido Histórico e Contexto Jurídico de um Novo Paradigma Juspolítico", in *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia – Homenagem ou Doutor FRANCISCO LUCAS PIRES, Boletim da Faculdade de Direito – STVDIA IVRIDICA* – 84 – Ad Honorem – 2/Coloquia – 14, Coimbra: Coimbra Editora.
- DUGUIT, LEÓN. 2009. *Fundamentos do Direito*. (Tradução de MÁRCIO PUGLIESI). São Paulo: Editora Martin Claret Ltda.
- HÖFFE, OTFRIED. 2005. *A Democracia no Mundo de Hoje*. (Tradução de TITO LÍVIO CRUZ ROMÃO). São Paulo: Martins Fontes.
- HUBER, BÁRBARA. 2005. *Cuestiones del Derecho Penal Europeo*, (Tradução de MIGUEL ONTIVEROS ALONSO), Madrid: Dykinson.
- MONTE, MÁRIO FERREIRA. 2009. *O Direito Penal Europeu de "Roma" a "Lisboa" – Subsídios para a Sua Legitimação*, Lisboa: Quid Juris.
- PINTO, MARIA DO CÉU. 2009. *O Papel da ONU na Criação de Uma Nova Ordem Mundial*, Lisboa: Prefácio.
- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. 2008. *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora.
- , 2000. "O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas". in *Revista do Ministério Público*, n.º 84. Ano 21, OUT/DEZ.
- , 2000. *O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra: Coimbra Editora.
- ROXIN, CLAUS. 2004. "La Ciencia del Derecho Penal ante las Tareas del Futuro", in *La Ciencia del Derecho penal ante el Nuevo Milenio*, (Coord. De Espanha FRANCISCO MUÑOZ CONDE e tradução de CARMÉN GOMEZ RIVERO), Tirant lo Blanch, Valencia.

- SIEBER, ULRICH. 2009. "O Futuro do Direito Penal Europeu – Uma Nova Abordagem dos Objectivos e dos Modelos de um Sistema de Direito Penal Europeu", in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, (Coordenação MÁRIO FERREIRA MONTE *et Alia* e tradução de INÊS GODINHO), Coimbra: Coimbra Editora.
- TIEDEMENN, KLAUS. 1998. "L'Europeizzazione del diritto penale", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (Tradução de ANNA VALENTINA BERNARDI), Ano XLI, Fasc. 1, Gennaio-Marzo, Milão.
- VALENTE, MANUEL M. GUEDES. 2006. *Do Mandado de Detenção Europeu*, Coimbra: Almedina.
- , 2010. "Cooperação Judiciária em Matéria Penal no âmbito do Terrorismo", in *A União Europeia e o terrorismo Transnacional*. (Coord. ANA PAULA BRANDÃO), Coimbra: Almedina.
- , 2010. *Direito Penal do Inimigo. O «Progresso ao Retrocesso»*, São Paulo: Almedina Brasil, Lda.
- , 2009. "A globalização dos fenómenos criminais. Os desafios da segurança interna e da perseguição criminal face aos direitos fundamentais do cidadão no século XXI", in *Direito e Cidadania*, Ano x, nº 29, Quadrimestral.
- ZIPPELIUS, REINHOLD. 1998. *Teoria Geral do Estado*, (Tradução de KARIN PRAEFKE-AIRES COUTINHO e Coordenação de GOMES CANOTILHO), 3.^a Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.