

O CLAMOR SOCIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

por Cristiano Medina da Rocha

Devido à grande onda de criminalidade que assola nossa sociedade, os cidadãos dominados por sentimentos de insegurança coletiva clamam por um enrijecimento das normas penais.

Muitos defendem a flexibilização das garantias constitucionais como meio eficaz de combate ao crime organizado, suprimindo direitos e garantias para facilitar a produção de provas.

Alguns buscam a paz social por meio de um direito penal simbólico, punitivista, impulsionados pela sensação de que com penas mais severas a criminalidade recuará.

Em meio à crescente onda de insegurança social surge espaço para teorias radicais como a sustentada pelo alemão Günther Jakobs, denominada “*Direito Penal do Inimigo*”.

Para Jakobs, o indivíduo que escolhe o crime como profissão e passa a integrar uma organização criminoso, não deve ser tratado como um delinqüente comum e sim como um inimigo, pois, como sustentava Rousseau “*Qualquer malfeitor que ataque o direito social, deixa de ser membro do Estado, estando desta forma em guerra com este, ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão*”.

O alemão Günther Jakobs defende que o inimigo é um não-cidadão, logo os integrantes de organizações criminosas, os traficantes, terroristas, criminosos econômicos, bem como, aqueles que cometem crimes ambientais, dentre outros, não devem ser submetidos ao direito penal do cidadão e sim ao direito penal do inimigo.

O indivíduo considerado inimigo para os defensores desta teoria radical deve ter sua punição antecipada, não terá direito à ampla defesa e contraditório, será submetido a leis mais severas e não sofrerá uma pena e sim uma medida de segurança.

Teorias radicais como a do direito penal do inimigo tem ganhado espaço em vários países, principalmente após o atentado de 11 de setembro de 2001, já que a comunidade internacional tem desenvolvido inúmeras ações com o fim de erradicar a lavagem de dinheiro voltada ao financiamento do terrorismo.

O direito penal do inimigo pune o autor do delito pelo que ele é ao invés de puni-lo pelo que ele fez. Os adeptos dessa teoria primam pela punição do indivíduo em face de sua suposta periculosidade ao



invés de provarem sua culpabilidade, reproduzindo assim princípios adotados pelo nazismo onde pessoas eram perseguidas e mortas pelo simples fato de integrarem determinados grupos sociais.

Acredito que o direito penal do inimigo é um extraordinário inimigo do Estado Democrático de Direito, pois, seus princípios afrontam a segurança jurídica e expõe todo e qualquer cidadão à temerária discricionariedade do acusador e do julgador que podem lhe rotular como sendo um não-cidadão de acordo com seus livres convencimentos.

A segurança jurídica é destruída quando adotado os princípios do direito penal do inimigo, pois, com a flexibilização dos princípios constitucionais fundamentais, o acusado não tem a segurança de que será submetido a um julgamento justo e imparcial, já que não gozará dos direitos e das garantias processuais.

Se não bastasse, além de não ter direito a um julgamento justo, será punido por reprimenda desproporcional e por delitos sem bens jurídicos definidos, sofrendo ainda o injustificado endurecimento da execução penal.

O acusado que for definido como inimigo, na verdade, não terá o mínimo de condições de provar sua inocência, será condenado antecipadamente, e sofrerá abusos de medidas que o Estado entenda pertinentes para provar sua periculosidade, tais como, quebra de sigilos bancários e fiscais não fundamentados ou ilegais, interceptações telefônicas sem justa causa, prisões cautelares sem fundamentação, etc.

O legislador brasileiro buscando proporcionar sensação de segurança a sociedade que sofre com a crescente violência de criminosos organizados, sutilmente tem incorporado em nossas legislações princípios oriundos do direito penal do inimigo, tal como o fez na Lei 10.792/03 que dispôs sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, na Lei 11.900/09 que introduziu em nosso sistema processual penal o interrogatório por vídeo conferência, bem como, na Lei 13.260/16, que disciplina o terrorismo, e trata das disposições investigatórias e processuais, reformulando o conceito de organização terrorista.

O regime disciplinar diferenciado é sem dúvida alguma uma semente plantada na legislação brasileira do direito penal do inimigo ao passo que prevê a inclusão do preso provisório ou condenado no regime de exceção quando “(...) *apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.*” e quando “... *recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.*”

Os critérios previstos na Lei 10.792/03 para incluir o preso no rígido sistema do RDD são subjetivos e inconstitucionais, já que da mesma forma que o direito penal do inimigo pune o indivíduo por sua suposta periculosidade ao invés de puni-lo pelo fato criminoso que venha a cometer.

No tocante ao espírito da Lei 13.260/16 que levanta a bandeira de combate ao terrorismo no Brasil, a ONU firmou o entendimento de que referida legislação é uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, já que tem o condão de **"limitar as liberdades fundamentais"**, tendo inclusive, um grupo de relatores especiais da organização, enviado uma mensagem ao governo e parlamentares brasileiros alertando-os:

"Estamos preocupados que a definição do crime estabelecida pelo projeto de lei possa resultar em ambiguidade e confusão na determinação do que o Estado considera como crime de terrorismo, potencialmente prejudicando o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais."

No entendimento da Ordem dos Advogados do Brasil, não havia justificativa para que se promovesse em nosso País a tipificação da conduta de terrorismo em lei específica, até mesmo porque, o projeto do Novo [Código Penal](#) (PLS 236/2011), que se encontra em discussão, já trazia em seu texto a definição de tal crime.

A Ordem dos Advogados do Brasil oportunamente chegou enviar um documento à Presidência do Senado, posicionando-se no sentido de que a tentativa do Congresso Nacional em tipificar o terrorismo foi feita **“às pressas, valendo-se de um Direito Penal de emergência, atropelando procedimentos e evitando um amplo debate do tema com a sociedade civil organizada, buscando criminalizar a conduta dos movimentos sociais”**.

Para a Ordem dos Advogados do Brasil a nova legislação é uma resposta às manifestações populares ocorridas em junho de 2013, que se intensificaram após o evidente despreparo do Governo, que culminou com a morte em 10 de fevereiro de 2014 de Santiago Andrade, cinegrafista da TV Bandeirantes.

O Estado deve sem dúvida alguma manter custodiado todos aqueles que não preenchem os requisitos de aguardarem a instrução criminal em liberdade, como também, fazer valer o espírito da Lei de Execuções Penais que é a ressocialização do condenado, mas jamais poderá punir o preso por questões subjetivas como suposta periculosidade.

O legislador brasileiro ao criar a figura do interrogatório por vídeo conferência pela Lei 11.900/09, novamente se inspira nos princípios emanados pelo direito penal do inimigo ao definir as hipóteses que permite ao Juiz adotar tal procedimento, quais sejam, *“... prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento”* ou quando *“responder à gravíssima questão de ordem pública.”*

A Lei 11.900/09 implanta em nosso sistema processual penal, de forma temerosa, a figura da presunção de periculosidade, quando o princípio a ser adotado é o de presunção de inocência.

A mesma insegurança jurídica causada pela teoria de Jakobs que presume a periculosidade do “inimigo” e impede o exercício do contraditório e da ampla defesa é encontrada nas Leis 10.792/03, 11.900/09 e 13.260/16. Muitos dos internos do sistema prisional acabam sendo obrigados a se filiarem a organizações criminosas para se manterem vivos, e as referidas leis se valem da incompetência do próprio Estado que permite a existência nos presídios de facções para punir os presos com base na suposta periculosidade.

Não acredito que o enrijecimento das leis penais com adoção de teorias radicais e preconceituosas possa diminuir a criminalidade em nosso País, muito pelo contrário, tais práticas, servirão como alavanca propulsora da disseminação de erros judiciais, cometidos por Juizes autoritários e despreparados que se valerão da subjetividade das leis para aplicar o direito a seu bel-prazer, independentemente das provas colhidas nos autos do processo.

Os cidadãos que clamam pelo enrijecimento das leis penais e aceitam a flexibilização dos direitos e garantias processuais, devem pensar que eles próprios podem se tornar injustamente vítimas do Estado, como acontece com inúmeros anônimos em nosso País.

Não me esqueço da tremenda injustiça cometida contra o caminhoneiro Marco Mariano da Silva, que foi acusado de matar um homem no município de Cabo de Santo Agostinho, Estado de Pernambuco, região metropolitana do Recife.

Marco Mariano permaneceu custodiado cautelarmente durante quatro anos, tendo ao final do processo sido absolvido, pois o Estado descobriu o verdadeiro culpado do homicídio.

Após os longos quatro anos de prisão Marco Mariano voltou ao convívio social e passou a buscar alternativas lícitas para sobreviver, tendo começado a trabalhar como taxista.

Por força do destino o ex-detento em uma madrugada foi abordado com seu taxi pela policia e encaminhado para a delegacia, onde ficou detido por alguns dias, tendo o Juiz de Direito Dr. Aquino

de Farias Reis, erroneamente expedido ofício informando que Marco Mariano gozava de livramento condicional, o que impulsionou seu retorno ao presídio.

Se não bastasse tamanha desumanidade, no presídio os presos se rebelaram e para conter a rebelião os policiais lançaram bombas de gás, tendo uma delas atingido Marco Mariano que ficou completamente cego dos dois olhos.

Em 1998, por força de um mutirão do Poder Judiciário, constatou-se que não existia registro na Vara das Execuções Penais de qualquer condenação em nome de Marcos Mariano, tendo o Desembargador Arthur Pio dos Santos concedido alvará de soltura.

O caminhoneiro Marcos Mariano da Silva permaneceu preso injustamente por longos 19 anos, tendo dito em entrevista ao jornal Diário de Pernambuco que *“Foi muito duro provar que não era culpado. Procurava viver a minha vida, sem me envolver em confusões para me prejudicar ainda mais. Cheguei a pensar que iria morrer no xadrez, mas apesar das crises de depressão, nunca perdi a esperança de poder ficar livre de tudo isso. Tive vontade de me matar. Precisei ser muito forte. O maior prejuízo disso tudo foi ter ficado cego. Preferia ter perdido uma perna a ter ficado sem minha visão. Hoje, além de ser um homem fichado pela polícia, estou deficiente visual e sou um inválido.”*

A Constituição da República Federativa do Brasil é denominada pela doutrina de Constituição Cidadã, por ser a que mais se preocupou em toda a história de nosso País com os direitos e garantias individuais, e mesmo assim, erros judiciários como o cometido contra Marcos Mariano da Silva acontecem diariamente, imaginem se adotássemos os princípios radicais do direito penal do inimigo quantos cidadãos honestos, teriam suas vidas dilaceradas por ações inconseqüentes do Estado.

Ao invés de reduzir direitos e garantias para combater a criminalidade, o Estado deve investir na prevenção do crime, por meio de uma polícia preventiva preparada e bem remunerada, assim como, em políticas públicas voltadas à educação, moradia, distribuição de rendas, planejamento e criação de empregos formais, evitando assim que a própria sociedade pare de iniciar seus filhos no mundo do crime e no conseqüente sistema prisional.

Cristiano Medina da Rocha