

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

WILSON ANTÔNIO STEINMETZ

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos; Wilson Antônio Steinmetz; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-729-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direitos Fundamentais II", durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi – Porto Alegre-RS, sobre o tema geral Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito, nos dias 14, 15 e 16 de novembro de 2018. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos às construções teóricas sobre direitos fundamentais e que contaram com relevantes pesquisas empíricas.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 18 ao todo, dos quais foram apresentados 17, com apenas uma ausência, sendo que dois deles com a participação dos coordenadores do Grupo de Trabalho. Todos foram permeados de intensos debates, desde o enfrentamento das dimensões gerais sobre o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito, ao lado de outras duas contribuições acerca da fraternidade enquanto princípio. Discutiu-se a educação e seus atores a partir do conceito constitucional, alcançando-se reflexões a respeito dos direitos fundamentais ligados à saúde como direito fundamental, em abordagem sobre o espectro autista e também sobre a reprodução assistida, ao gênero feminino, à vulnerabilidade do idoso e acrescidos de discussões sobre os desafios relativos à infância e sua proteção integral, a englobar subtemas como as medidas sócio educativas até as questões que envolvem a nutrição infantil e a ciberpublicidade.

Foram igualmente objeto de análise temas relativos à liberdade religiosa e aos preconceitos relacionados às práticas ligadas à religião e à afro-descendência. Por derradeiro, houve também exposições sobre os conteúdos das perícias médicas como direito fundamental e a corrupção como um processo corrosivo em relação aos direitos fundamentais.

Os temas dialogados tem amplo espectro e demonstram a importância do encontro científico, além de enfrentarem problemas teóricos e práticos quanto à integridade dos direitos fundamentais, de forma que a leitura indicará a preocupação com a proteção efetiva da dignidade daqueles que integram o Estado Democrático de Direito.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz – UCS

Profa. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo - FDSM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CORRUPÇÃO, O EFEITO TERROR E O ABALO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CORRUPTION, THE EFFECT TERROR AND THE BLOW OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS; CRIMINAL LAW; CRIME.

João Henrique Pickcius Celant ¹
Sergio Leandro Carmo Dobarro ²

Resumo

O furor emocional causado pelo terrorismo tem produzido uma busca de maior segurança a qualquer preço, e esse preço em muitos casos tem sido uma relativização dos direitos fundamentais. Atualmente no Brasil, propostas legislativas e decisões judiciais tem demonstrado essa busca por uma maior rigidez do Direito Penal, porém, no cenário brasileiro esse fenômeno está mais relacionado com outra infração penal: a corrupção. Assim, o objetivo do artigo é demonstrar como a corrupção tem exercido atualmente no Brasil efeito análogo ao do terrorismo na relativização dos direitos fundamentais. Para a realização da pesquisa foi utilizado o método indutivo.

Palavras-chave: Terrorismo, Corrupção, Direitos fundamentais, Direito penal, Crime

Abstract/Resumen/Résumé

The emotional furore terrorism has caused has generated a search for greater security at any price, that in many cases has been a relativization of fundamental rights. Currently in Brazil, legislative proposals and judicial decisions has shown this quest for greater rigidity of Criminal Law, however, in the Brazilian scenario this phenomenon is more related to other criminal offense: corruption. Thus, the objective of the article is to demonstrate how corruption has currently exercised in Brazil similar effect to the terrorism in the relativization of fundamental rights. For the realization of the research it was used the inductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Terrorism, Corruption, Fundamental rights

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Doutorando em Jurisprudência pela UNIPG, Itália. Mestre em Direito Público pela UCaldas, Colômbia. Graduado em Direito pela UNIVALI. Professor universitário.

² Mestre em Direito pela UNIVEM; autor do livro A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e o reflexo na pessoa física e jurídica; Professor Universitário.

Introdução

O terrorismo é um fenômeno que vem causando nos últimos tempos profundos impactos na sociedade global. Notícias de atentados que resultam em grande número de mortos e feridos em países que se supor-se-ia terem segurança suficiente para prever e impedir tais ataques geram uma sensação de medo na população que não sabe quando e onde o próximo ataque pode acontecer.

O medo e a raiva derivada dos ataques terroristas que tem assolado o mundo tem gerado uma ânsia popular muito grande de medidas mais eficientes para o combate a tal fenômeno. O furor emocional causado pelo terrorismo tem gerado uma busca de maior segurança a qualquer preço, e esse preço em muitos casos tem sido uma relativização dos direitos fundamentais dos indivíduos, direitos estes conquistados ao longo história da humanidade.

Legislações em diversos países têm se tornado mais rígidas, especialmente o Direito Penal, que de instrumento de garantias do cidadão tem se tornado uma arma contra o crime, ganhando força as teorias que defendem um *Direito Penal do Inimigo*.

Atualmente no Brasil, propostas legislativas e decisões judiciais tem demonstrado essa busca por uma maior rigidez do Direito Penal em detrimento dos direitos fundamentais, porém, no cenário brasileiro esse fenômeno está mais relacionado com outra infração penal que não o terrorismo: a corrupção.

A partir desse contexto que se desenvolve a presente pesquisa com o objetivo de demonstrar como a corrupção tem exercido atualmente no Brasil efeito análogo ao do terrorismo na relativização dos direitos fundamentais.

1 O impacto do terrorismo nos direitos fundamentais

O impacto do fenômeno conhecido como terrorismo possui efeitos profundos em todas as áreas da vida social e, também, em larga escala, nas vidas individuais dos habitantes do planeta.

Entende-se por terrorismo uma forma organizada e financiada de imposição de ideologias, através da utilização de violência indiscriminada, causando a morte de inocentes (público alvo não específico), aterrorizando uma nação (ou o planeta) e fazendo publicidade dos dogmas forçados, segundo o escólio de Priscilla Bigotte Donato (2010, p. 69)

Um caso que bem ilustra essa situação, um dos casos mais famosos de terrorismo, consiste no ataque às Torres Gêmeas em Nova Iorque e ao Pentágono em Washington, conhecido como os ataques de 11 de setembro de 2001.

Obviamente tal fato ocasionou grandes impactos nas vidas individuais de todos aqueles que perderem entes queridos e daqueles que passaram a viver com medo do que mais poderia acontecer. Porém, mais importante do que isso, foi o impacto social em escala global. Países invadidos, guerras, e, o que é o ponto fulcral desse trabalho, mudanças legislativas radicais, não somente nos Estados Unidos da América – EUA, mas mesmo em diversos países que sofreram o reflexo dessa alteração de legislação.

Mas o Poder Legislativo não é o único afetado, como destaca Irene Maria Portela (2007, p. 557), a ameaça terrorista ocasiona profundos reajustamentos na configuração da trilogia dos poderes, ocorrendo uma inversão na forma como os poderes passam a se relacionar e interagir, o que ocorre em uma dupla dimensão:

[...] - por um lado, dá-se a transmutação dos valores fundamentais, consubstanciada na hiper-entronização da “segurança como ideal constitucional”, relegando o valor da liberdade para uma posição periférica e secundária.

- por outro lado, o princípio da separação dos poderes desaparece na sua forma auto-exo-controlada do Estado de direito, envolvendo sob a forma de “o princípio da união dos poderes” contra o mal, sofrendo um processo degenerativo, na direção da auto-inversão, anulação e tendencial auto-destruição (PORTELA, 2007, p. 557).

Nigel Rodley (2002, p. 21) pondera que talvez a resposta mais perturbadora ao 11 de setembro tenha sido aquilo expresso por algumas pessoas em países como os EUA e o Reino Unido de que a luta contra o terrorismo poderia justificar o uso da tortura ou que se devesse estar preparado para enviar suspeitos estrangeiros a países de cujos governos poder-se-ia esperar o uso de torturas para obter informações sobre atividades terroristas.

Exemplo paradigmático dos efeitos do combate ao terrorismo foi o regime de sanções criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas após os bombardeamentos pela Al-Qaeda e o Talibã das embaixadas americanas no Quênia e na Tanzânia na África em 07 de agosto de 1998 (ZGONEC-ROŽEJ, 2011, p. 70).

As sanções, que foram reforçadas várias vezes, requerem que os Estados efetivamente implementem as seguintes medidas contra qualquer indivíduo ou entidade apontada:

- a) congelar os fundos e outros ativos financeiros;
- b) prevenir a entrada ou trânsito pelo território; e
- c) prevenir direta ou indiretamente o fornecimento, venda ou transferência de armas ou equipamento militar (ZGONEC-ROŽEJ, 2011, p. 71).

O Comitê de Sanções, subsidiário do Conselho de Segurança, mantém uma lista regularmente atualizada de indivíduos, grupos, instituições e entidades que são, presumidamente, identificados ou associados com a Al-Qaeda ou Talibã (ZGONEC-ROŽEJ, 2011, p. 71). Quem consta nessa lista sofre as sanções acima elencadas.

Tais medidas foram duramente criticadas pela ofensa aos direitos fundamentais das pessoas marcadas em tal lista. Congelar os ativos dos indivíduos sem deixá-los ter acesso aos fundos necessários para gastos básicos como comida, casa e medicina, interfere com o direito deles de viver, de ter saúde e um adequado padrão de vida. Congelar os fundos é um claro infringimento ao direito de gozo pacífico da propriedade que pode resultar ainda numa permanente privação da propriedade com os mesmos efeitos de confisco (ZGONEC-ROŽEJ, 2011, p. 71).

Ser colocado nessa lista negra também interfere com o direito à vida privada, vida em família e reputação e respeito pela dignidade e honra. Além disso, a impossibilidade de viajar interfere com a liberdade de movimento do indivíduo. Ainda, as sanções, apesar de não impedir formalmente que o indivíduo consiga um emprego, acabam por ter esse resultado e, assim, também restringem o direito ao trabalho. As pessoas listadas são percebidas como criminosos e, assim, colocadas em desvantagem no mercado em comparação com outras pessoas (ZGONEC-ROŽEJ, 2011, p. 73).

As sanções não afetam somente o indivíduo, mas também restringem a possibilidade de sua família de gozar de seus direitos, incluindo, por exemplo, o direito à educação. O procedimento para ser retirado da lista não provê ao peticionador acesso a uma revisão judicial independente e imparcial (ZGONEC-ROŽEJ, 2011, p. 73-74).

Irene Maria Portela (2007, p. 77) discorre que o *USA Patriot Act 2001*, criado após o 11 de setembro para regulamentar legalmente o endurecimento das várias medidas de segurança contra o terrorismo, fez com que valores constitucionalmente plasmados como determinadas liberdades civis e igualdades, direito à privacidade, de recorrer judicialmente, de ter conhecimento das provas apresentadas contra si, ao contraditório, ao processo justo, etc., passassem a ter uma carência de afirmação, limitação ou até mesmo supressão, tudo em nome do imperativo da segurança.

O combate ao terrorismo permitiu ao governo americano usar métodos legais repressivos, coativos das liberdades e limitadores dos direitos fundamentais. Sob o argumento de que o governo tem o dever de proteger o povo e criar condições de segurança para garantir o bem-estar da América, alargou-se o âmbito e os mecanismos permitidos legalmente para efetuar vigilâncias, buscas e apreensões de registros confidenciais, que proíbem o recurso

judicial normal contra ilegalidades ou abusos do governo, que restringem o acesso às provas que determinam prisões, detenções por tempo indeterminado, etc. (PORTELA, 2007, p. 77).

Já no Reino Unido, uma das legislações de combate ao terrorismo é chamada de *Terrorism Act 2000*, lei que sofre diversas críticas pela colisão que ocorre entre as normas dessa legislação e da Lei dos Direitos Humanos do mesmo Estado. Três são as principais críticas:

- a) as normas sobre a liberdade de expressão, de associação e de assembleia estão limitadas pela previsão do crime de promover encontros e de discursar em encontros;
- b) em relação à recolha e à posse de informações e de artigos por parte dos terroristas, o ônus da prova é o do suspeito que deve provar que todas as informações ou objetos são destinados a outros fins que não o terrorismo, o que viola a presunção da inocência; e
- c) alto grau dos poderes delegados ao Secretário de Estado em vez de estarem sujeitos a um controle parlamentar (PORTELA, 2007, p. 440-441).

Outra legislação, que foi criada como resposta ao 11 de setembro, foi a *The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* - ATCSA (Lei Antiterrorista, da Segurança, da Repressão do Crime de 2001). Como as demais, essa lei também suscitou preocupações concernentes aos direitos fundamentais/humanos. Em um dos pontos da lei, permite-se a detenção indefinida de certos suspeitos de terrorismo internacional, sem que sejam submetidos a julgamento. A lei limita ainda o acesso ao recurso judicial e ao *habeas corpus* (PORTELA, 2007, p. 541-542).

A lei também preve que aqueles imigrantes que o Secretário do Interior suspeitar sejam terroristas internacionais, cuja remoções seriam favoráveis ao bem comum, podem ser detidas indefinidamente sem serem acusadas de qualquer crime (PORTELA, 2007, p. 546).

O que resta muito claro é que o terrorismo (seja ele de fato ou a ideia acerca dele) afeta o Direito em grande escala. Portela alerta que o fenômeno do terrorismo provoca a desintegração da ordem jurídica, provoca uma desordem irremediável ao sistema organizado em pilares ao abrigo do princípio da separação de poderes, que como vasos comunicantes tem de promover reequilíbrios constantes para não se desintegrar no caos (PORTELA, 2007, p. 777). Como destaca ainda J. J. Gomes Canotilho (2008, p. 233): “O terrorismo semeia o terror nas estruturas fundantes do direito constitucional e do direito penal.”.

As duas áreas do Direito que acabam por ser profundamente abaladas são, por um lado, o Direito Penal, afinal o terrorismo é um ato criminoso, estando no âmbito do Direito Penal, e, por outro, do Direito Constitucional, pois, todo o ordenamento jurídico emana da Constituição

e uma alteração substancial em uma área do Direito demanda uma modffiicação em sua base constitucional. Entretanto, mais importante do que isso, é o fato de que é na Constituição que residem os direitos e garantias fundamentais.

Conforme Marcelo Neves (2012, p. 120), o constitucionalismo surgiu para responder a duas questões: como determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e como limitar e controlar o poder estatal e garantir a sua eficiência organizacional. Assim, mexer com direitos fundamentais é mexer com a Constituição e com o Direito Constitucional e muitas das transformações legais do Direito Penal refletem na questão dos direitos fundamentais.

Muitos são os que defendem a força normativa da Constituição e a necessidade de se garantir com eficiência todos os direitos nela previstos, sem a abertura de exceções *ad hoc* com o objetivo de perseguir um determinado fim, como se o combate ao crime autorizasse qualquer meio.

Canotilho (2008, p. 233, 235) alerta para o discurso “anti-garantista” que insinua que a “Constituição dos direitos” e o “direito penal da liberdade” devem ser lidos ao contrário, afirmando que o garantismo se tornou uma ideologia de suporte de organizações criminosas.

Conforme destaca Manuel Cancio Meliá (2007, p. 56-57), na evolução atual do Direito Penal, tanto material como processual, constata-se tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte político-criminal os traços de um Direito de características antiliberais.

Seguindo essa linha de pensamento que ganha força o *Direito penal do inimigo* ou *contra o inimigo* caracterizado por três elementos principais:

- a) amplo adiantamento da punibilidade, ou seja, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva, o ponto de referência é o fato futuro, no lugar de retrospectiva como é o habitual, sendo o ponto de referência o fato cometido;
- b) as penas previstas são desproporcionalmente altas; e
- c) determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 67).

Esse direito penal do inimigo é baseado em valores jurídicos, dogmáticos e ideológicos substancialmente diferentes do habitual direito penal liberal-iluminístico ou o direito penal do cidadão, que estrutura-se segundo um código de princípios de direito penal e processual que, agora, encontram dignidade constitucional na maioria das leis fundamentais por meio do princípio da legalidade, da não retroatividade das leis penais, do *non bis in idem*, da inocência do arguido, das garantias e defesas do réu, do acusatório, da reserva do juiz, etc. (CANOTILHO, 2008, p. 236).

O direito penal do inimigo exerce hoje profunda influência sobre alguns sistemas penais, principalmente o norte-americano e o europeu que têm testado o acerto das suas propostas constitucionais e penais em três setores das políticas e legislações criminais: a legislação antiterrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual (pedofilia e delinquência sexual) (CANOTILHO, 2008, p. 236).

Um traço comum da legislação influenciada pelo direito penal do inimigo é o que a doutrina alemã chama de criminalização antecipada com as seguintes características:

[...] (1) tutela marcada, e intencionalmente antecipada, de bens jurídicos (segurança, ordem, bens materiais e pessoais); (2) centralidade do paradigma do crime de perigo indirecto, de forma a possibilitar a incriminação de condutas que, em abstracto, se revelam inidóneas e desadequadas para criar aquelas situações de perigosidade legitimadoras de antecipação de intervenção penal; (3) formulação estrutural dos pressupostos (*Tatbestände*) incriminadores com especial subvalorização dos pressupostos objectivos essenciais do direito penal do *Täter(Gesinnung)strafecht*; (4) inversão do *onus probandi*, atenuando a presunção de inocência do arguido; (5) radicalização da pena de prisão nos seus limites máximos e mínimos, e intensificação do rigor repressivo nas várias modalidades de execução de penas, acompanhada de bloqueio a políticas criminais alternativas (CANOTILHO, 2008, p. 236).

Para Meliá (2007, p. 70-71), a essência desse Direito penal do inimigo consiste em uma reação de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe somente um processamento desapassionado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

Porém, o que de fato ocorre não é que o Direito penal do inimigo se dirija com prudência e se propaguem com frieza operações de combate, mas o que se desenvolve é uma cruzada contra malfeitores cruéis. Trata-se, portanto, mais de inimigos no sentido pseudo-religioso que na acepção tradicional militar do termo (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 71).

Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo por parte do ordenamento penal não é uma identificação como fonte de perigo, mas uma atribuição de perversidade mediante sua demonização (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 71-72).

Essa desestabilização do sistema penal reflete no âmbito constitucional ao provocar alterações nas Constituições obrigando-as a rever principalmente as liberdades e garantias, transformando regras em exceções e exceções em regras, como por exemplo, as hipóteses de violação de domicílio, interceptação de comunicação, vigilância da privacidade, extradição de nacionais, etc. (CANOTILHO, 2008, p. 237).

Isso tudo demonstra como a ameaça do terrorismo causa um abandono dos valores sociais previstos nas Constituições com o objetivo de combatê-lo. Porém, o preço de tal atitude

é muito alto. Como destaca Rodley (2002, p. 19), uma vez que a sociedade abandona seus valores para derrotar um ataque violento a esses mesmos valores já cedeu sua base moral para resistir ao ataque.

Uma sociedade que afirma se basear nas ideias de democracia, de respeito às leis e aos direitos humanos, e depois ignora esses mesmos princípios nos esforços para lutar contra o terrorismo, terá demonstrado que esses valores não são mais preciosos que aqueles propagados pelos próprios terroristas (RODLEY, 2002, p. 19).

2 Do terrorismo à corrupção: o atual cenário brasileiro

Alguns reflexos do Direito penal do inimigo parecem ter chegado ao Brasil. Por mais que não haja nesse país, pelo menos ainda, um Direito penal do inimigo na concepção apresentada ou com influência tão forte como ocorreu nos EUA e no Reino Unido, parece que algumas de suas aplicações chegaram na surdina, principalmente no tocante à relativização dos direitos fundamentais em nome da segurança e do combate ao crime.

Porém, o cenário brasileiro de hoje que gera essa busca por segurança por meio de um combate mais efetivo de práticas ilegais não está relacionado ao terrorismo, mas sim de outra prática criminosa afeita com a “identidade” do Estado brasileiro: a corrupção.

Em que pese a dificuldade em se estabelecer um consenso sobre o termo corrupção, face ao julgamento moral dos que estudam a temática e da própria sociedade, adotar-se-á uma perspectiva legal, em que “a corrupção é uma ação que viola normas (formais ou não) a respeito da finalidade para as quais as instituições foram criadas”. (GOMES, 2016 , p. 21)

Apesar da corrupção ser presença constante no decorrer da história e em todos as partes do globo, ela ganhou destaque especial no Brasil nos últimos tempos devido a julgamentos históricos como foi o caso da Ação Penal 470, mais conhecida como *Mensalão*, e, principalmente, o atual caso que aparece estampado diariamente nos periódicos, denominada de *Operação lava-jato*.

A exposição da corrupção aumentou a indignação da população brasileira e, com isso, revolta para que a “justiça” seja feita, tal desejo beira a uma sede de vingança consistente no desejo de ver os culpados, ou simples acusados, pagarem por seus crimes, muitas vezes sem uma preocupação com a forma com que isso seja feito.

De forma semelhante ao efeito terrorismo, o combate à corrupção tem gerado práticas judiciárias bastante controversas e uma busca por alteração da legislação de forma a garantir

uma maior efetividade a esse combate, práticas que tem resultado em sérias ofensas aos direitos fundamentais. Privilegia-se os fins em detrimento dos meios.

Em relação à polêmica Operação Lava Jato, Juarez Guimarães destaca que ela se nutre de uma concepção policial de combate à corrupção com

[...] ênfase exclusiva no processo penal em suas dimensões punitivas, empoderamento das instâncias policiais de investigação, arbítrio e seletividade das investigações, redução simétrica dos direitos de defesa, espetacularização das punições exemplares, criação de superpersonagens a quem se atribui um poder de resolver impasses republicanos para além de suas próprias instituições (GUIMARÃES, 2016, p. 30).

O juiz à frente da Operação Lava Jato, Sérgio Moro, juntamente com Antônio Bochenek (2015), afirmam em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, que “[...] para crimes graves em concreto, seja imposta a prisão como regra a partir do primeiro julgamento, ainda que cabíveis recursos.”, afirmam ainda que tal proposta seria objeto de projeto de lei.

Tal afirmação é uma clara ofensa ao devido processo legal, que consta no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88¹, artigo em que constam os direitos fundamentais individuais do Brasil e que, conforme art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna, são cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos.

Outro magistrado envolvido com a Operação Lava Jato foi o desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina Newton Trisotto que atuou como ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ de forma provisória até o preenchimento de vaga aberta por aposentadoria de um dos ministros da corte. Enquanto membro do STJ, Trisotto ficou responsável pelas ações da Operação Lava Jato.

Enquanto exercia tal função, entre outros fatos, Trisotto negou dois *habeas corpus* de suspeitos presos na operação. Entre os argumentos utilizados pelo magistrado inclui-se de que a repercussão pública dos crimes justifica a medida, que nenhum caso de corrupção nas últimas cinco décadas causou tanta indignação, que a credibilidade da Petrobrás caiu a níveis inacreditáveis, sendo que a empresa foi assaltada material e moralmente, que é indispensável manter a ordem na sociedade abalada pela prática do delito grave, de repercussão e com reflexo na vida de muitos, etc. (CONSULTOR JURÍDICO, 2015).

Em vez de analisar o fundamento jurídico da prisão preventiva dos acusados, o magistrado negou os *habeas corpus* com base em argumentos abstratos e moralistas, em nome

¹ “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]”.

do “clamor popular”, da indignação causada pela corrupção, nem sequer analisa o caso concreto dos acusados, mas fala do caso da Petrobrás como um todo, ignorando aquele que provavelmente é o principal direito fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito: a liberdade.

Outra polêmica envolvendo a Operação Lava jato foi a divulgação pelo juiz responsável Sérgio Moro da gravação de escutas telefônicas entre a presidente da república Dilma Rousseff e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O inciso XII² do art. 5º da CRFB/88 garante o sigilo das comunicações telefônicas como direito fundamental individual, sendo autorizado a quebra de sigilo no caso de investigação criminal, porém, não se autoriza a divulgação da mensagem interceptada, sendo que a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta tal norma constitucional, expressa em seu art. 8º³ que o sigilo da mensagem interceptada deve ser mantido.

Tal divulgação resultou em outra decisão polêmica: o ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal – STF cassou a nomeação do ex-presidente Lula como chefe da Casa Civil com base em informações da escuta divulgada ilegalmente. Se a divulgação foi ilegal, as informações obtidas por meio dela não poderiam ter sido usadas. Além disso, a própria Constituição deixa claro que a interceptação telefônica só pode ser usada para investigação criminal ou instrução processual, o que não era o caso.

Na onda do clamor popular, o Ministério Público Federal – MPF divulga *o pacote anticorrupção* ou *10 medidas contra a corrupção*⁴ com o objetivo de tornar o combate à corrupção mais efetivo e que se tornou um projeto de lei que se encontra atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados sob a identificação Projeto de Lei 4850/2016.

Tal proposta tem gerado grande polêmica ao relativizar direitos fundamentais e com isso tentar criar normas infraconstitucionais em desacordo com a CRFB/88. Segue a análise de alguns dos dispositivos a título exemplificativo.

² “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”.

³ “Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.”.

⁴ Para maiores informações: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 10 medidas contra a corrupção. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

Em seu art. 2º, o PL criminaliza o enriquecimento ilícito que consiste no uso de bens, direitos ou valores que pelo servidor público cujo valores não sejam compatíveis com os rendimentos auferidos por ele. Ou seja, mesmo sem prova da obtenção de um determinado bem de forma ilícita, se for considerado que ele não tinha condições de ter adquirido tal bem, ele será penalizado. Uma clara inversão do ônus da prova (por mais que os autores do projeto afirmem não ser): o acusado deve provar que tinha como comprar o bem.

Como destaca Gustavo Badaró (2003, p. 240):

[...] diante do *in dubio pro reo*, que é a regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ao menos nos casos de ação penal condenatória. Embora seja admissível que a atividade do acusado seja regida por um ônus probatório, no processo penal em que vigora a presunção da inocência, tal encargo é atribuído, com exclusividade ao acusador.

Badaró (2003, p. 283-284) deixa claro que não se pode imaginar um Estado de Direito que adote um processo penal acusatório⁵ sem a presunção da inocência, que é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O *in dubio pro reo* é um componente basilar de um modelo processual penal que busque o respeito da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana.

Todo homem nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais. Tal liberdade pode ser restringida, porém é necessário para isso a expressa previsão legal e a observância de um devido processo legal. Por isso, o direito à liberdade é assegurado por várias garantias, entre elas: a presunção da inocência, que é a garantia que assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência que somente poderá ser afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (BADARÓ, 2003, p. 284).

Tal proposta legislativa de inversão do ônus da prova é uma ofensa a um dos valores basilares do sistema processual penal que é a presunção da inocência, valor que já vem sendo distorcido na prática jurisdicional que, como alertam Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr. (2014), tem se tornado *in dubio pro hell*.

No art. 16, propõe-se uma modificação do art. 157 do Código de Processo Penal – CPP, trazendo dez exceções para exclusão da ilicitude da prova. Os autores parecem esquecer que o inciso LVI do art. 5º da CRFB/88 afirma que: “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”. Uma reforma infraconstitucional não pode ignorar uma

⁵ Sobre os sistemas penais e o problema da efetivação do sistema acusatório no Brasil consultar KHALED JR., 2015.

regra constitucional que, ainda, é um direito fundamental individual, e sendo cláusula pétrea não poderia ser nem mesmo restringido por emenda constitucional.

O mesmo artigo modifica ainda o art. 312 do CPP, acrescentando a possibilidade de prisão preventiva para, entre outras coisas, assegurar a devolução de produto ou proveito do crime, ou seja, mantém-se a pessoa presa para obriga-la a devolver algo que supostamente foi obtida por meios ilícitos, porém, se a prisão é preventiva o indivíduo nem sequer foi julgado, então como pode ser obrigado a devolver algo obtido por um suposto ilícito que nem sequer foi confirmado por meio do devido processo legal?

No art. 49 e seguintes, o Projeto de Lei busca criar o “teste de integridade”:

Art. 49. A Administração Pública poderá, e os órgãos policiais deverão, submeter os agentes públicos a testes de integridade aleatórios ou dirigidos, cujos resultados poderão ser usados para fins disciplinares, bem como para a instrução de ações cíveis, inclusive a de improbidade administrativa, e criminais.

Art. 50. Os testes de integridade consistirão na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública.

A aplicação de tal teste permite o uso dos flagrantes forjados, prática corriqueira em países com Direito Penal mais rigoroso, como é o caso dos EUA. Porém, tal prática é uma ofensa ao princípio da presunção da inocência e de que ninguém pode ser forçado a produzir prova contra si mesmo.

A partir desses exemplos apresentados, traz-se à baila a reflexão de Paulo de Tarso Brandão (2016, p. 36):

[...] pelo inusitado das manifestações e de quem as expressam, pela atualidade e pelo contexto vivido, esses exemplos negativos precisam ser denunciados para que a Sociedade perceba que é preciso reagir imediatamente sob pena de em pouco tempo instalar-se no país um regime de exceção, mesmo com um vigente sistema de Direitos Fundamentais, contanto, inclusive, com a colaboração dos próprios assim denominados guardiões da Constituição.

Segundo Brandão (2016, p. 47), que a principal característica do Estado Democrático de Direito é exatamente a de ser estruturado para declarar, assegurar e garantir os direitos fundamentais. O constitucionalismo contemporâneo mudou completamente a topografia de suas normas, passando a prever primeiro o elenco dos direitos fundamentais e depois a organização do Estado de forma a garantir a efetividade desses direitos. Não há Estado de Direito sem o respeito a essa esfera de direitos que visam exatamente evitar o arbítrio do Estado seja na abstenção como na prestação.

A distorção do entendimento do sistema penal como um legitimador da punição em vez de um sistema de garantias para os cidadãos levou a constante violação dos direitos

fundamentais pelas instâncias encarregadas da instrução, manejo da ação penal, decisão judicial e execução da pena (BRANDÃO, 2014, p. 539-554).

Como destaca Salah H. Khaled Jr. (2015, p. 341), o sistema processual penal brasileiro é ainda animado por uma doentia ambição de verdade. Em nome dessa insaciável busca, permanece imperando um direito penal do inimigo, ou seja, a obtenção da condenação a qualquer preço.

A assunção por parte dos operadores do direito e da sociedade de que as mazelas do Brasil estão na corrupção importou na flexibilização dos direitos fundamentais e do procedimento penal. Tal cenário possibilitou a inculcação do Direito Penal do Inimigo em solo brasileiro, alicerçado em discursos messiânicos, salvadores da Pátria e cadeia quem não os seguir.

Considerações finais

Nas últimas décadas o terrorismo gerou profundas modificações em legislações e atividades jurisdicionais em diversos países no globo, dando origem a ordenamentos jurídicos penais mais rigorosos e ao mesmo tempo diminuindo direitos e garantias fundamentais, ganhando força as teorias jurídicas que propõem em alguns casos um direito penal do inimigo em lugar do clássico direito penal do cidadão.

O Brasil tem presenciado, com maior ênfase, nos últimos anos um fenômeno parecido, mas em vez de ser por causa do combate ao terrorismo, tem sido gerado por um combate à corrupção. Depois de julgamentos históricos terem escancarado o gigantesco sistema de corrupção que existe na política brasileira, a população e os operadores do Direito parecem querer justiça a qualquer preço.

Novas propostas legislativas e decisões judiciais, de primeiro grau ao Supremo Tribunal Federal, tem demonstrado como o Brasil hoje busca um ordenamento penal mais rigoroso mesmo em detrimento dos direitos fundamentais individuais e, conseqüentemente, da CRFB/88.

A corrupção precisa ser combatida, porém, qual o preço a se pagar por isso? Talvez os direitos fundamentais sejam um preço muito alto. Foram necessárias muitas lutas e muitos sacrifícios para consegui-los para agora serem relativizados em nome da segurança social. Direitos fundamentais já foram relativizados em nome da segurança antes, o que tal fato gerou foram ditaduras, sistemas totalitários. Para onde se caminha hoje?

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as normas constitucionais que estabelecem e asseguram direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e os perigos de sua incompreensão. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio (Org.). **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2016. p. 32-49.

_____. Direito Processual Penal e Constituição: reflexões sobre sistemas de garantia muito longe de serem respeitados. *In*: CAZZARO, Kleber (Org.). **Reflexões Teóricas sobre o Direito Material e Processual**. Blumenau: Legere, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei PL 4850/2016. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B10225703007127239AEC77C6A69B4B5.proposicoesWeb1?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em: 26 jul. 2016.

_____. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.

_____. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CONSULTOR JURÍDICO. Presidente do STJ prorroga permanência do desembargador Newton Trisotto. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-27/permanencia-desembargador-newton-trisotto-stj-prorrogada>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

Donato, Priscilla Bigotte. **O sistema jurídico internacional e o terrorismo**. 2010. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9084>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

GOMES, Túlio Gonçalves. A construção dos escândalos de corrupção: repertórios interpretativos das revistas veja e carta capital sobre a operação lava-jato. 2016. 110 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/18077>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

GUIMARÃES, Juarez. Midiatização instrumental *versus* publicidade democrática na Operação Lava Jato. In: _____ *et al.* **Risco e futuro da democracia brasileira**: direito e política no Brasil contemporâneo. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KHALED JR., Salah H. A Ambição da Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340-355, jan./fev. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 10 medidas contra a corrupção. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. O problema é o processo. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p. 2, 29 mar. 2015.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PORTELA, Irene Maria. **A segurança e a escolha do inimigo:** o efeito *double-bind* do 11-S. Uma análise comparada da legislação antiterrorista. 1077 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2007.

RODLEY, Nigel. Terrorismo: segurança do Estado – direitos e liberdades individuais. **Revista CEJ**, Brasília, n. 18, p. 16-22, jul./set. 2002.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H. **In dubio pro hell:** profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZGONEC-ROŽEJ, Miša. Kafka, Sisyphus, and Bin Laden: Challenging the Al Qaida and Taliban Sanctions Regime. **Essex Human Rights Review**, v. 8, n. 1, p. 69-101, 2011.