

DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA INFLUÊNCIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AND ITS INFLUENCE IN THE FIGHT AGAINST CORRUPTION

Artigo submetido em 21 de novembro de 2023

Artigo aprovado em 13 de dezembro de 2023

Artigo publicado em 20 de dezembro de 2023

Scientia et Ratio

Volume 3 – Número 4 – Dezembro de 2023

ISSN 2525-8532

Autor:

Dostoievsky Ernesto de Melo Andrade^[1]

RESUMO: Em um novo cenário complexo e de riscos novos delitos são praticados com grande impacto social e repercussão meta-individual como os casos de corrupção. Nesta perspectiva, a expansão do direito penal incorpora os meios de resolução para reduzir os efeitos do fenômeno delitivo e busca tutelar os crimes já cometidos e também prevenir possíveis delitos que possam afetar bens jurídicos coletivos. Estes crimes de ordem econômica e de natureza política reportam as concepções implacáveis do Direito Penal do Inimigo marcado por violações ao estado democrático de direito e no âmbito jurídico com mudanças processuais que ofendem garantias fundamentais. Para evitar comprometer conquistas históricas, outros meios podem ser mais eficazes para combater o crime de

corrupção.

Palavras Chave: Direito penal do inimigo, corrupção, direito penal

ABSTRACT: In a new complex and new risk scenario crimes are practiced with great social impact and repercussions meta-individual as the cases of corruption. In this perspective, the expansion of criminal law incorporates with the means to reduce the effects of the criminal phenomenon and the pursuit of protecting the crimes already committed and also prevent possible offenses that may affect collective legal interests. These crimes of an economic and politic report the relentless conceptions of the Criminal Law of the Enemy marked by violations of democratic rule of law and the legal framework with procedural changes that offend fundamental guarantees. To avoid compromising historical achievements, other means may be more effective to combat the crime of corruption.

Keywords: criminal law for enemies, corruption, criminal law

INTRODUÇÃO

A relevância do tema é percebida diante do consenso existente dentro do universo jurídico de que o Direito Penal do Inimigo, mesmo se propondo em ser um modelo de combate a criminalidade propagada no meio social atual, desarmoniza com as inúmeras conquistas que a humanidade travou em guerras para verem asseguradas garantias e direitos submetidas a outorga do Estado. O pertinaz defensor do Direito Penal do Inimigo o alemão Goëther Jakobs, sustenta a existência de dois tipos de Direitos um voltado para o cidadão e outro voltado para o inimigo. O Direito voltado para o cidadão caracteriza-se pelo fato de que, ao violar a norma, ao cidadão é dada a chance de restabelecer a vigência dessa norma, de modo coativo, mas como cidadão, pela pena. O Direito do Inimigo existem para os indivíduos que pelos seus comportamentos: pelos tipos de crimes que cometem (delitos sexuais), ou pela sua ocupação profissional (criminalidade econômica do qual se enquadra o crime de corrupção, tráfico de drogas), ou por participar de uma organização criminoso

(terrorismo), se afastou, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito e portanto devem ser tratados como inimigos. Dividindo em categorias, em relação ao enquadramento do indivíduo no sistema jurídico, em pessoa e não-pessoa termina por instituir um Direito Penal do autor e não do fato.

Trata-se de uma situação bastante criticada pela doutrina e que muitas vezes atormenta os teóricos das ciências criminais diante da encruzilhada inserida no desafio de opor-se aos meios de controle social que venham injuriar os direitos humanos e as conquistas democráticas diante da ânsia do Estado em buscar soluções imediatas aos problemas sociais através do Direito Penal máximo.

Em meio a esta problemática o presente estudo objetiva aprofundar o estudo sobre o tema abordando mais detidamente os conceitos e a base filosófica e histórica trazidas pela doutrina penalista e a crise diante de sua aplicação em um Estado Democrático. Ademais demonstra como as amarras deste modelo vem repercutindo em leis e propostas de leis que estão cada vez mais inseridas nesta seara. A proposta é conjugar a análise teórica com os resultados de um estudo acerca de uma amostra que lance propostas alternativas à aplicação do Direito Penal do Inimigo.

Para a investigação do tema central deste artigo, utilizou-se o método analítico-descritivo, uma vez que buscam analisar o Direito Penal do Inimigo, descrevendo o conceito, finalidades e proposta de aplicação trazida pela bibliografia específicas dos manuais de direito penal e das obras acerca da teoria geral do direito penal. O estudo é realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica se vale dos manuais de direito penal, das obras especializadas sobre o tema Direito Penal do Inimigo, abordando aspectos históricos, fundamento filosófico, finalidades, bem como críticas ao paradigma do Direito Penal do Inimigo e novas tendências de controle social.

1. Direito Penal do Inimigo na Concepção de Jakobs

O binômio direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo conferem às duas esferas, um tratamento diferenciado ao elemento que pratica o delito(no aspecto formal) de acordo com o que lhe é concedido no processo penal. Constroem-se aí dois pólos que visam demonstrar uma tendência de naturezas opostas dentro de um contexto jurídico-penal. É visível, que muitas vezes, estas tendências se sobrepõem ocultando os atos daqueles que são considerados pelo Direito Penal como cidadão daqueles que são tratados por perigosos no momento que praticam atos de natureza extremamente violadora aos bens que o direito penal pretende tutelar.

Visando reforçar o estudo sob a perspectiva de produzir uma reflexão intermediária acerca do tema, Günther Jakobs aponta o conceito de pena como uma resposta conseqüente ao fato e pela prática de um ato que a norma desautoriza. Neste aspecto, o autor do ato delituoso terá que ser considerado como pessoa para que se reserve o direito do ato ter eficácia e que o direito penal conserve suas prerrogativas. A pena privativa de liberdade, sob o ponto de vista concreto, atua de modo privativo, ampliando um efeito coativo, o que termina por agir diretamente no inimigo. O Direito voltado para o cidadão caracteriza-se pelo fato de que, ao violar a norma, ao cidadão é dada a chance de restabelecer a vigência dessa norma, de modo coativo, mas como cidadão, pela pena.

Na visão de Jakobs, o Direito Penal cumpre a função de garantir a “identidade normativa” e a “constituição da sociedade”, de modo que a repressão empregada contra o transgressor reafirma a vigência e a validade das normas. Nessa medida, *“a sanção contradiz o projeto de mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante”* [2]. Para garantir a autoridade e a credibilidade da norma “o vale tudo” sustentado por Jakobs condiciona ao agente, obstinado a negar as normas sociais, classifica-lo como uma não- pessoa desprovida da proteção legal em detrimento a um cidadão que reverencia o ordenamento jurídico. Jakobs reduz o ser humano á forma, como ele age perante a sociedade e de como adere as disposições que a norma prediz. Toda amplitude da essência do ser e sua inevitável consideração acerca da

existência e da natureza humana foi banida deste pensamento para justificar que o homem só lhe é conferido este status a partir do momento que nega seguir a norma agindo em oposição a ela. Desta forma completa que *“todo aquele que negue a racionalidade de modo demasiado evidente ou estabeleça sua própria identidade de forma excessivamente independente das condições de uma comunidade jurídica já não pode ser tratado razoavelmente como pessoa em Direito”*^[3].

E o que é o inimigo? São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, infringindo o contrato de maneira a não participar mais dos benefícios deste não vivendo, como os demais, em uma relação jurídica. Portanto, para a maioria dos jusfilósofos, o malfeitor ao executar um ataque passa a deixar de ser membro do Estado – perdendo seus direitos de cidadão e muitas vezes comparado a um animal perigoso – justamente por desfazer o que o Estado manda. Jakobs defende a manutenção do status de pessoa do cidadão prevendo, que em todo caso o delinqüente deverá está inserido no Direito Penal e não desprezado, em vistas do direito do agente voltar a ajustar-se com a sociedade. Destaca que devem existir dois tipos de Direito, um voltado para o cidadão e outro voltado para o inimigo. Descrevendo dois pólos em um só contexto jurídico-penal.

De outra banda, Günther Jakobs também aponta para um Direito Penal menos formalista e garantista com relação a certos infratores, dando forma ao que chama de um “Direito Penal do Inimigo” em contraposição a um “Direito penal do Cidadão”. Na visão de Jakobs, o Direito Penal cumpre a função de garantir a “identidade normativa” e a “constituição da sociedade”, de modo que a repressão empregada contra o transgressor reafirma a vigência e a validade das normas. Por isso, quando a conduta e a subjetividade do agente neguem de forma muito intensa as normas sociais, isso poderia retirá-lo da proteção legal, tornando-o uma “não-pessoa”.

Para Jakobs, o conceito de pessoa está diretamente ligado à atuação e à postura do agente perante a sociedade e as normas que o regem. Não é uma qualidade inerente qualquer do

indivíduo que lhe confira o “status” de pessoa (v.g. racionalidade, pertencimento ao gênero humano etc.), mas sim sua atitude perante a sociedade e as normas. Assim sendo assevera, *“todo aquele que negue a racionalidade de modo demasiado evidente ou estabeleça sua própria identidade de forma excessivamente independente das condições de uma comunidade jurídica já não pode ser tratado razoavelmente como pessoa em Direito, pelo menos não neste momento”*[4]. Perdida a qualidade de “pessoa” em Direito, sabemos as limitações quanto às formalidades legais e garantias que podem, a partir desse ponto, ser impostas ao infrator.

O Estado não vê no indivíduo um inimigo, que precisa ser destruído, mas o autor de um fato normal, que, mesmo cometendo um ato ilícito, mantém seu status de pessoa e seu papel de cidadão dentro do Direito. Além do que, não pode despedir-se da sociedade pelo seu ato.

No entanto, existem indivíduos, que pelos seus comportamentos executando alguns tipos de crimes como os delitos sexuais, os decorrentes da ocupação profissional, os decorrentes da criminalidade econômica, o tráfico de drogas, ou por participar de uma organização criminosa instalando o terrorismo, se afastou, de maneira duradoura, do Direito, não proporcionando a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa, e portanto devendo ser tratados como inimigos, se voltando o Direito Penal do Inimigo. Para os autores de tais delitos restam sujeitarem-se a extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito. E declara ainda que *“Quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado o direito de tratá-lo como pessoa, pois doutro modo estaria violando o direito à segurança das outras pessoas”*[5]

Pronuncia também que o delinqüente tem o dever de proceder a reparação, portanto não poderá despir-se da sociedade através de seu ato repudiado. Se fundamentando no pensamento de Kant profere que *“aquele que não entrar em um estado comunitário-legal*

não respeitando a constituição cidadã deverá ser expelido da sociedade e ser tratado como literalmente diz: um inimigo”[6].

A análise feita por Jakobs, é estruturada sobre o conceito de pessoa e de não-pessoa. Para ele, o inimigo é uma não-pessoa, pois a partir do momento que um indivíduo não admitir ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa, lidar com eles deverá incitar a pretensão de *“neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem”[7].* Em tese, Jakobs destaca a diferença reservada aos conceitos de pessoa e indivíduo. O indivíduo pertence à ordem natural, é o ser sensorial, tal como aparece no mundo da experiência. Os indivíduos são animais inteligentes, conduzindo-se pelas suas satisfações e insatisfações conforme suas preferências e interesses. Já a pessoa está inserida na sociedade, tornado-a sujeito de direitos e obrigações frente aos outros do grupo do qual fazem parte, gerando aí a estabilidade e manutenção da ordem social. Pessoa, para Jakobs, é um termo técnico, que designa o portador de um papel, cujo comportamento conforme a norma se confia e se pode confiar. Portanto para aquele que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do benefícios de ser considerado pessoa.

As características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade. Enuncia Jakobs que *“Quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado o direito de tratá-lo como pessoa, pois doutro modo estaria violando o direito à segurança das outras pessoas”[8].*

Jakobs exprime em palavras que as normas são parâmetros de interpretação para que o mundo da natureza se processe no universo do direito. O poder da norma se resguarda no

fundamento de que haja uma expectativa e confiança que fatos ilícitos não poderão ser mais cometidos, permitindo que a ordem se estabeleça em um mundo disseminados de uma complexidades de eventos e situações de risco.

A proposta de dividir o Direito Penal voltado para categorias diferentes, visa acima de tudo preservar o Direito Penal do Cidadão, pois salienta que para esta esfera de proteção à sociedade, o delinquente poderá ter a chance de se reeducar. O que não acontece com as não-pessoas compreendidas no Direito Penal do inimigo destinada a tolerar regras extremamente repressivas e neutralizadoras do ponto de vista restituente.

O que vem suscitando críticas da doutrina em relação à teoria jakobsiniana esta relacionado à estratégia proposta pelo autor no que se refere a neutralização do inimigo como condição de preservação e segurança da sociedade. Como o inimigo não dispõe de uma esfera privada imune ao Direito Penal, todas as suas ações só poderiam ser alcançadas pelo direito quando exteriorizasse o comportamento delitivo. Desta forma, não seria possível agir via combate anterior ao, exceto em casos emergenciais ou de caráter excepcional. Em respostas a estas críticas, Jakobs tentou fixar limites materiais à criminalização a um estágio prévio, caracterizando o inimigo em conformidade com o grau de perigo que este sujeito poderá produzir algum risco relevante aos bens a serem protegidos pelo Direito Penal. Defende com convicção o fato de que este direito deverá ser legitimado como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional, tolhendo qualquer possibilidade de cruzar com direito penal do cidadão por entender possuir objetos diferentes.

Ademais assevera não haver uma separação alargada entre estado de natureza e sentido da norma, pois se pessoas cometam delitos de forma recorrente em algum momento, isso poderia quebrar a confiança na vigência da norma que proíbe algum ato tipificado. Para esse indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não se espera que deva se prestar a receber as vantagens conferidas ao cidadão que se rende irrestritamente ao ordenamento. Em tom austero Jakobs finaliza que *“Inimigos são “a rigor não-pessoas”, lidar*

com eles não passa de “neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem”[9].

2. Binômio Cidadão x Inimigo

O entendimento que norteia a teoria do Direito Penal do Inimigo separando o cidadão/pessoa do inimigo/não pessoa, exclui o indivíduo da categoria do estado de pessoa por desprezar a fidelidade ao ordenamento jurídico perdendo, desta maneira, todos os benefícios proporcionados ao cidadão em seu pleno estado de Direito. O inimigo abandona o direito, de forma a se acreditar, que não terá mais pretensões a reassumir o estado de direito diante de um comportamento sugestivo e vinculado á ações ilícitas.

É considerado como um mal social que compromete de forma potencial o equilíbrio da ordem estatal, não obstante considerá-lo uma doença que precisa ser exterminada. Para Jakobs, o conceito de pessoa está diretamente ligado à atuação e à postura do agente perante a sociedade e as normas que a regem. Não é uma qualidade qualquer inerente do indivíduo que lhe conferiria o “status” de pessoa ,mas sim, sua atitude perante à sociedade e às normas. Assim sendo, atesta *“todo aquele que negue a racionalidade de modo demasiado evidente ou estabeleça sua própria identidade de forma excessivamente independente das condições de uma comunidade jurídica já não pode ser tratado razoavelmente como pessoa em Direito, pelo menos não neste momento”*[10].

Sabe-se que o conceito de pessoa é social. O sujeito é uma pessoa porque a sociedade lhe concede o qualificativo de pessoa. Toda pessoa desempenha um papel social. Alguns sujeitos não podem ser considerados pessoas (isso ocorreu com os escravos). Cabe ao sistema sociológico decidir quem é pessoa (logo, quem é cidadão ou inimigo). Tudo isso concorre para comprovar que a fórmula proposta de divisão não passa de construtivismo social, se opondo a todas as declarações de direitos humanos, que consideram os seres humanos pessoas dotadas de dignidade.

Essa ideia separatista permite deslocar o ordenamento convergindo seu conteúdo

mandamental para duas abordagens, dependendo das categorias referidas: cidadão e inimigo. Para este, como a pretensão é excluí-lo da sociedade, a lei será aplicada de forma distinta daquela aplicada ao cidadão. Ou seja, este ordenamento abortará boa parte das garantias e direito fundamentais para alcançar tais objetivos, portanto, se tornando incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Sobre isto Luigi Ferrajoli comenta que: *“a razão jurídica do Estado de direito não conhece inimigos e amigos, e sim apenas culpados e inocentes”, de modo que “quando se fala em direito penal do inimigo se está a falar de um oximoro, de uma contradição terminológica, a qual representa, de fato, a negação do direito penal: a dissolução de seu papel e de sua íntima essência”*[11]. Ferrajoli sustenta que o Direito Penal deva ser um só de modo a permitir que tanto a cidadãos como a inimigos sejam aplicados os mesmos tipos de controle social respeitando os direitos humanos fundamentais.

Não há como negar que a teoria segregacionista de Jakobs remete a fórmula da reflexão acerca de um sistema de direito absolutista com inspiração primitiva e escravocrata. Manifesta isto quando proclama que.

Só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da idéia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real[12]

Reforça ainda mais este ponto de vista, agora com aclarado pendor fascista e sugestivos traços de dogmas e preconceitos a respeito da pretensa superioridade de raça, teoria esta que invoca as idéias nazistas. Assim Jakobs profere:

Há muitas outras regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinqüente como pessoa...A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant

entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pela circunstância de que não se trata, em, primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos (...) De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da personalidade do delinqüente no processo penal, etc. – deveria chamar de outra forma aquilo que ‘tem que’ ser feito contra os terroristas, se não quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.[13]

As características do inimigo representada na obra de Jakobs é primeiramente examinado sob o ponto de vista da categorização imposta pelo autor ao sujeito, o que não procede de modo confiável e com fidelidade ao ordenamento jurídico, e, por isso, se vê privado de seus direitos por conseguinte não há de ser tratado como pessoa ou cidadão. A noção de inimigo é compreendida por Jakobs como um ser desprezível, que não interfere na organização do Estado, pórem se comporta como um mal em potencial que deve ser combatido. Para exercer tal feito, o autor propõe eliminar literalmente o problema isolando o mal para preservar o coletivo. Trata-se, na verdade, de instrumentalizar de modo propenso um mecanismo legal distinto do cidadão, e, portanto, sem nenhuma garantia para alcançar a finalidade de controle sobre o inimigo.

Para Ferrajoli[14] o Direito Penal do Inimigo não pode ser subdividido para apreciar categorias de crimes ou autores, haja vista ser o direito penal dirigido a todos e apoiado por princípios que deverão reger toda sua diligência. Ferrajoli sustenta a expressão incorrida por Zafarroni de que há, na verdade, o direito penal e seus inimigos, que de fato é algo cabalmente distinto. Mesmo o termo se mostra equivocado, quando se analisa a questão de saber se alguns indivíduos seriam considerados como amigos do Direito Penal e bastaria serem considerados não-inimigos. Ferrajoli complementa reafirmando que o que existem são

indivíduos culpáveis e indivíduos inocentes. Desta maneira consegue-se vislumbrar a garantia de se aplicar de forma eqüitativa o mesmo tipo de controle social respeitando os direitos e garantias fundamentais pondo em prática as mesmas normas e sanções.

A fundamentação do Direito Penal do Inimigo pretende justificar sua relevância, sendo uma ideia construída a partir de um significado específico e diferenciado dentro da valoração jurídico-penal imposta a certas circunstâncias da realidade e dos fenômenos que ocorrem da sociedade. Assim, o fato de um sujeito realizar uma conduta na esfera de uma organização na qual pertença, são circunstâncias de caráter pessoal cuja valoração jurídico penal pode acarretar uma juízo de maior gravidade em relação ao injusto. Desta forma, cria-se a perspectiva de uma especificidade dirigida às particularidades que o Direito Penal do Inimigo converge em seu contexto teórico. A sua construção deverá ser elevada fora das fronteiras que delimitam o Direito Penal comum, examinando e elaborando regras específicas, e ao mesmo tempo, invocando um direito de caráter excepcional e autônomo.

A construção de um paradigma que pretenda definir o Direito Penal do Inimigo, atribuirá a condição de inimigo a um determinado grupo de indivíduos. Estes são seres no qual o Direito Penal não o atingem na medida em que se esforçam em não seguir os princípios e as regras que o próprio Direito impõe. Essas condições de negação em condicionar seus atos a um regramento ordenatório os privam da condição de pessoa e são considerados como não-pessoas. Para os que se entregam a obediência de um ordenamento disciplinador são considerados cidadãos, ou seja, pessoas. Para as não-pessoas não bastam invocar o Direito Penal nem exigirem sua observância a seu favor, são um grupo excluídos dos benefícios da cidadania.

Para o supracitado autor, o Direito Penal do Inimigo busca combater os indivíduos que praticam atos de grande repercussão e que gera repúdio social pelo grau de lesão que causam em suas vítimas. Crimes de ordem sexual, financeira, terrorismo, criminalidade organizada demonstram um distanciamento provavelmente definitivo do Direito.

Estes indivíduos temem em não serem obrigados a entrar em um estado de cidadania, portanto carecendo de razões para que o direito de alguma forma venha defender seus interesses e por se revestirem do manto da insignificância diante do Estado. Jakobs descreve o ordenamento jurídico como o grande aniquilador do perigo, cuja fonte são os indivíduos que negam o status de cidadão e se encontram em permanente estado de natureza – um estado de liberdade excessiva, que na instalação de uma guerra, quem ganha determina a norma e quem perde deve se submeter a esta determinação. A instituição de dois pólos, que o Direito Penal configura em suas normas, expõe de um lado, o trato com o cidadão, no qual se espera exteriorizar sua conduta para reagir com a finalidade de confirmar a magnitude da estrutura normativa em disciplinar a sociedade. O outro lado seria representado no trato com o inimigo que seria interceptado em um estágio prévio, a fim de se combater a periculosidade que esse ato venha causar no futuro.

Jakobs pretende implementar um Direito Penal que separaria os delinquentes dos criminosos em duas grande categorias: para os primeiros, se enquadrariam no status conferido aos privilégios de um cidadão com direitos e garantias. A infração cometida poderia conduzi-lo ao banco dos réus com direito a um julgamento dentro do que estabelece o ordenamento jurídico acerca do direito ao contraditório e da ampla defesa com fins a ajustar-se á sociedade.

Aos criminosos, estes, seriam reduzidos a não-cidadãos considerados inimigos do Estado, adversários e representantes do mal, cabendo aos mesmos um tratamento rígido, diferenciado e sem nenhum privilegio dado a uma pessoa que segue o comando normativo, ou seja seriam afastados das garantias legais. A perda do status de cidadão seria considerado pela incapacidade de adaptar-se ás regras da sociedade(reincidência ou prática de crime hediondo) ficando desprovido da tutela do Estado. Tentando preservar a sociedade, Jakobs defende a pratica da coação para neutralizar as atitudes e o potencial ofensivo e prejudicial dos considerados inimigos. As três pilstras que fundamentam sua teoria são: a antecipação da punição do inimigo; a desproporcionalidade das penas; a relativização e/ou

supressão de certas garantias processuais e a criação de leis severas direcionadas à clientela dessa específica engenharia de controle social.

O Direito Penal do Inimigo termina por configurar um Direito Penal excepcional e emergencial com princípios que renega o Direito garantista contrário ao Estado Democrático de Direito. A combinação explosiva entre inimigo(não-pessoa) , a ausência de tradição democrática existente em muitos países do mundo, aliada a uma mídia agressiva e legisladores pressionados e comprometidos com um punitivismo radical, poderá convergir o Estado a um quadro caótico de violência e revolta, desequilibrando e pondo em risco a sua estrutura.

3. Direito Penal do Inimigo como Terceira Velocidade do Direito Penal

As novas formas de criminalidade que vem surgindo na sociedade moderna requerem que o Direito Penal se alinhe a uma postura cada vez mais efetiva frente aos desafios de tolher as inúmeras variáveis de delitos que vem atormentando a população. O surgimento de novas formas de pena, mais brandas que a pena de prisão, e em decorrência de uma possível flexibilização das regras de imputação e princípios e garantias processuais, se tornaram uma fonte inesgotável de discussões acerca do papel do Direito Penal. Porém, contata-se, com a tese do Direito Penal do Inimigo, uma outra tendência do Direito Penal moderno, a total exclusão dos direitos e garantias processuais dos indivíduos classificados como inimigos, caracterizando uma nova velocidade do Direito Penal.

Novos delitos advindos das variáveis situações de risco com que passa a sociedade moderna, exigem que o Direito penal venha se adequar a este novo modelo de controle social. Não vem fugindo de seguir o caminho mais fácil, desprezando o pensamento ontológico e a dialética argumentativa com que a criminologia e a política criminal vem se aperfeiçoando com o desenvolver dos tempos, expandindo o próprio Direito e alargando os tipos penais. Alguns doutrinadores acreditam que o efeito contribuirá para inevitavelmente sobrevir a flexibilização, pois com o aumento da criminalidade e dos dispositivos penais se chegará a

um ponto em que será inviável econômica e politicamente para o Estado manter tal estrutura. dindo o prreitoenvolver dos temposia e a pol este novo modelo de controle social. guas elo imigrante de orineta;

Para Silva Sánchez[15] um núcleo duro do Direito Penal vem despontando em concorrência e confrontada com o direito que desponta na defesa de um modelo mais burocrático, formalizado e exaltando as garantias processuais. Este núcleo representa um formato em que o ritmo operacional é orientado na ordem da severidade e da rijeza das penas incrementadas em privar a liberdade do indivíduo. Põe termo no acolhimento de um sistema que comporta uma sensível desformalização e manifestada redução de garantias penas e processuais

Sanchez denominou esta tendência de terceira velocidade do Direito Penal – consagra que a *“pena de prisão deva concorrer com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”*[16] . Esse Direito de terceira velocidade deverá ter uma aplicabilidade dirigida aos casos de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia. Para Silva Sanchez, algumas modalidades de crimes ganham uma proporção tão expressiva que o mesmo conclui que é inevitável não recorrer a tais mecanismos de contenção. Destaca o terrorismo, a delinquência sexual violenta e reiterada e a criminalidade organizada como delitos graves e de grande repercussão e abalo social. Todos estes eventos acentuam a necessidade de um clamor emergencial a fim de confortar a sociedade e instalar um clima de estabilidade, daí o autor defender a possibilidade de instaurar e desenvolver a concretização de suas ideias.

O mesmo autor afirma que o Direito penal apesar de se materializar em um único ordenamento não opera de forma homogênea. A “primeira velocidade” do Direito Penal, segundo o autor, se daria no âmbito do por assim dizer clássico Direito Penal, das penas privativas de liberdade, que precisam ser cercados de garantias. Vislumbra o autor a “segunda velocidade” do Direito Penal, aí agrupando os delitos não punidos com a privação

da liberdade, mas com penas restritivas de direitos, que o autor chama de “Direito Penal reparador”, em relação ao qual seriam admitidas flexibilizações das clássicas garantias do Direito Penal, na proporção da gravidade de sua sanção.

Verifica-se que surge um núcleo do Direito Penal inflexível, redutor de garantias e um tanto desformalizado. Sánchez denomina este fenômeno como um Direito Penal de “terceira velocidade”, apontando para penas extremamente rigorosas para as infrações consideradas graves capazes de desestruturar o Estado de Direito, permitindo-se reduzir as garantias fundamentais a uma esfera subterrânea. Nesse sentido, Sánchez expressa:

Em casos dessa natureza (criminalidade de Estado, terrorismo, criminalidade organizada) surgem dificuldades adicionais de persecução e prova. Daí porque, nesses âmbitos, em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o *Direito* como tal, se possa discutir a questão *do* incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais. Porém, em todo o caso convém ressaltar que o *Direito Penal* da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “*Direito* de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação. Constatada a existência real de um *Direito Penal* de tais características – sobre o que não parece caber dúvida alguma –, a discussão fundamental versa sobre a legitimidade *do* mesmo. Certamente ela teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência. (...) Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação *do Direito Penal* “da normalidade”, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o *Direito Penal* da terceira velocidade um “mal”, este se configura como um “mal menor”. Mas é evidente que essa justificativa obriga uma revisão permanente e especialmente intensa da concorrência dos pressupostos de regulação dessa índole. Pois

bem, em minha opinião isso não está se verificando, senão que os Estados, ao contrário, vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica, que Moccia criticara com agudeza, de perenne emergencia. À vista de tal tendência, não creio que seja temerário prognosticar que o círculo *do Direito Penal* dos “inimigos” tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer.^[17]

Jakobs defende esta teoria – aí já denominando o Direito Penal do Inimigo – argumentando que o Direito deverá, acima de tudo, garantir sua identidade normativa e a constituição de uma sociedade ordenada a partir do momento que há uma reafirmação da vigência e da validade da norma na aplicação de uma pena efetiva e rigorosa.

Segundo Silva Sánchez a teoria da neutralização seletiva consiste em que é possível identificar-se um número pequeno de delinqüentes que são responsáveis por um grande número de delitos e que tendem a continuar delinqüindo, partindo-se para tanto, de critérios estatísticos. Dessa forma, neutralizando-se os delinqüentes – mantendo-os na prisão pelo máximo de tempo possível – ter-se-ia uma radical redução do número de delitos, importante benefício a baixo custo. A neutralização tem-se manifestado de várias formas, como por exemplo, na adoção de medidas de segurança tais como, privação da liberdade e liberdade vigida, que visam manter o individuo sob controle do Estado mesmo depois de cumprida a pena de acordo com a sua culpabilidade, além da adoção de medidas prévias à condenação em excesso.

A teoria do Direito Penal do inimigo trata o autor de delitos graves e recorrentes, a uma não-pessoa, na qual o Estado visa combater e neutralizar, e a ela não são previstos os direitos e garantias processuais a que os cidadãos têm direito. Dessa forma, o inimigo não pode ser tratado como sujeito processual. Assim, ao inimigo não são previstos, no curso do processo, vários direitos permitidos ao cidadão, como o acesso aos autos do inquérito policial, o direito de solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios, de se comunicar com seu advogado. Além de que, são admitidas contra ele, provas obtidas por meios ilícitos, como as

escutas telefônicas, agentes infiltrados, investigações secretas, além de ter-se um avanço da prisão preventiva como regra, que é exceção num processo ordenado.

Como características do Direito Penal do Inimigo, o avanço da punibilidade se configura na referência do ordenamento em prever um fato futuro, ao contrário de como ocorre no Direito Penal do cidadão que é a que pune um fato já ocorrido. As penas são demasiadamente desproporcionais, o adiantamento da punibilidade não é considerado para sua redução, assim como as garantias processuais são relativizadas ou até mesmo suprimidas.

4. Fenômeno Expansivo do Direito Penal

A contaminação da ideia de Direito penal máximo pela política criminal desviou um tanto o objeto da matéria. O que no passado era delegada ser restrita aos profissionais da área da política criminal converteu-se em um tema disseminado principalmente nas pretensões um tanto desvirtuada dos agentes políticos. Tomados pelo discurso populista, a fim de valorizar o benefício próprio em detrimento ao interesse social o tema da criminalidade e as formas de contensão se tornou um discurso extremamente politizado de modo que cada decisão é tomada com grande publicidade, mais para fins eleitoreiros do que para fins sociais. O importante é gerar impacto diante da opinião pública, mesmo que as medidas venham na direção oposta aos modelos criados no e defendidos pelos profissionais especializados.

A própria política criminal vem cada vez mais se desligando do discurso científico se tornado parcial diante do sofrimento do ofendido vítima do crime e do péssimo assistencialismo do Estado na questão da segurança pública. O espaço relevante que a sociedade vem demandando aos agentes do estado no controle da criminalidade apoiando suas decisões, vem transformando a estrutura das relações que vincula as políticas públicas e suas instituições interligadas a justiça penal. Há uma verdadeira mobilização por parte dos legisladores em impor diretivas em matéria penal que venham ser apreciadas por políticos

despreparados e de forma pouco debatida, pois o que está em jogo é a rapidez com que os efeitos destas medidas venham causar mais benefícios políticos do que social. Pouco se discute de como medidas penais extremas, degradantes e não reabilitadoras possam revelar consequências devastadoras no futuro. São medidas de fácil aplicação com efeitos agradáveis ao público.

O grande desafio da atualidade é retomar o modelo reabilitador com o mesmo caráter efetivo do passado. A imagem do delinqüente vem sofrendo as conseqüências dos crimes bárbaros que abalam a sociedade. A opinião pública não consegue se dividir quando o assunto converge a existência de penas alternativas á prisão privativa de liberdade, a população de forma majoritária vem reforçando a idéia do combate ao inimigo(no qual se configura sua atual imagem) apoiando qualquer instrumento que venha limitar a ação destes elementos.

O Direito Penal avoca para si uma boa parte da gerência de riscos e problemas sociais com que vem se arriscando a população pelo simples fato de existir e viver em comunidade. A sociedade vem transitando de modo acelerado às mudança exigidas de um mundo globalizado, seguida de uma impetuosa mudança de valores.

As previsões tuteladas pelo direito penal não consegue mais alcançar essa seqüência ininterrupta de situações e principalmente de eventos envolvendo profusão de pessoas vitimadas por crimes de efeitos propagados, trazendo conseqüências nefastas tais como: a criminalidade econômica e organizada, terrorismo, trafico de armas. Estas novas abordagens demandam cada vez mais um olhar preventivo e ao mesmo tempo objetivo e prático da dogmática penal concorrendo para um espectro de proteção mais amplo, com dimensões que ultrapassem fronteiras, mas que tragam consigo um caráter unificado.

Para Fábio D' Ávila o novo cenário do Direito penal requer uma revolução e propõe mudanças, para tanto preceitua:

A disparidade de tais universos apresenta-se de forma muito clara nos problemas enfrentados pela dogmática *penal*. São evidentes as inúmeras deficiências que vem atestando em sua tentativa de acompanhar a pretensão político-criminal nestes novos âmbitos de tutela, uma vez que preparada para atender uma demanda absolutamente diversa daquela que ora é proposta. O *direito penal* liberal elaborado tendo por base o paradigmático delito de homicídio doloso, no qual há marcante clareza na determinação dos sujeitos ativo e passivo, bem como *do* resultado e de seu nexo de causalidade, defronta-se com delitos em que o sujeito ativo dilui-se em uma organização criminosa, em que o sujeito passivo é difuso, o bem jurídico coletivo, e o resultado de difícil apreciação. Sem falar, obviamente, *do* aspecto transnacional destes novos delitos, em que tanto a ação como o resultado normalmente ultrapassam os limites *do* Estado Nação, necessitando, por conseguinte, da cooperação internacional para a elaboração de propostas que ambicionem uma parcela qualquer de eficácia[18]

Não é difícil compreender o comportamento da sociedade em relação a criminalidade. É possível concluir, que o resultado de uma sociedade exposta a riscos cada vez mais perigosos, é a síntese da evolução desmedida do modelo social pós-industrial caracterizada por um marco econômico volátil e pelo desenvolvimento tecnológico que tomou proporções rumo ao incontrolável. Esse desenvolvimento técnico superlativo vem gerando repercussões diretamente no bem estar individual. Da mesma forma ocorre com os fenômenos relacionados ao capital, configurando os eventos que põe em riscos as pessoas diante dos encargos gerados pela economia de consumo na produção de bens e serviços cada vez mais necessários ao bem estar e muitas vezes produzidas para satisfazer caprichos humanos.

O surgimento de novos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal são frutos da evolução social e principalmente do modelo capitalista. Não necessariamente, a extensão deste Direito se esquivava a controlar as variáveis deste fenômeno. Novos bens jurídicos vêm sendo resguardados pela própria capacidade extensiva de proteção, pela conversão em bem escasso com necessidade acentuada de intervenção penal e pelas modificações sócio-

cultural que elevam a um grau de relevante importância, repercutindo em seu substancial valor. Todos estes bens jurídicos tutelados garantem produzir um efeito meramente fictício de proteção, pois, o Estado não consegue ter capacidade instrumental de prestar eficazmente a resolução dos problemas gerados pelas mais variáveis situações de risco com quem vem sendo sujeitada a sociedade. Para o legislador instalar a sensação de bem estar, recorre a produção de leis inócuas para a defesa ante a ameaça de novos riscos é a estratégia mais fácil de resolver o problema.

Um outro fenômeno típico da sociedade pós-industrial, é a multiplicação da cultura do medo denotada pela necessidade de implantar um regime de controle extremo. Para conservar o caráter de medida democrática, basta propagar a sensação de medo e vitimização, para então legitimar qualquer intervenção Estatal até as vezes maculam as garantias e direitos fundamentais. Fluindo neste mesmo caminho, novos gestores da moral coletiva vem fomentando a tendência de expansão do Direito Penal conforme haja a necessidade de tutelar os interesses respectivos de cada categoria. Os partícipes dos meios televisivos e radiofônicos, as organizações feministas e anti-corrupção, ecologistas, de consumidores, de vizinhos, de vítimas do terrorismo, de pacifistas, ou em geral, as ONGs que protestam contra a vulneração dos Direitos Humanos vem cada vez mais pressionando as autoridades, e principalmente aos legisladores, para atender a tais demandas. Encurralado pela pressão de um lado e pela repercussão da opinião pública do outro, o legislador elabora leis penais, sem prévia análise de profissionais da política criminal e pesquisadores da criminologia, que muitas vezes vulneram os princípios do próprio ordenamento.

5. Teoria da Rotulação(seletividade) como Prevenção Geral Positiva - “ Razão do Estado”

A teoria do etiquetamento social(libeling approach) condiciona a forma de segregar, etiquetar e estigmatizar um grupo de pessoas que vivem á margem da sociedade. Essa etiquetagem muitas vezes recai, não apenas no modelo estereotipado de com que é

revestido a pessoa apontada como delinquente, mas assume a categoria de uma penalidade ao rotulá-lo de criminoso acompanhando como acessório as consequências que trazem este estigma negativo. Às vezes, tal pessoa evidencia-se por conta do preconceito atrelado ao rótulo. Um preconceito que se mostra velado e que nem sutilmente se expressa de forma material, mas vagueia nas profundezas do inconsciente, dificultando o reconhecimento até de quem assume qualquer desapego a este sentimento. A marca que levam na personalidade se torna tão expressiva que vela por completo sua própria identidade.

Para o criminalista Howard Becker o crime não é uma qualidade do ato, mas um ato qualificado como criminoso por agências de controle social. Para Sack, a criminalidade não seria simples comportamento através do qual o indivíduo viola as leis penais, mas uma “realidade social” construída por juízos atributivos, determinados primeiramente pelas metarregras e, apenas secundariamente, pelos tipos penais. Juízes e tribunais seriam instituições da “realidade”. As sentenças, portanto, teriam forte carga de estigmatização social, dando origem à mudança de *status* e de identidade social do condenado.

Silva Sánchez assevera que:

O Direito penal é inimigo aquele ser humano, e só aquele ser humano, a quem, na medida em que se considere fonte de mal-estar para aqueles que têm o poder jurídico de definição, nega-se-lhes a protecção penal.^[19]

A Constituição Brasileira se posicionou em contemplar as pilastras que subordinam a orientação de como deverá exprimir todos os atos que venham disciplinar condutas sociais gerenciadas sob o escudo de princípios e valores distintivos do Estado Democrático de Direito tais como a justiça, a liberdade, a dignidade da pessoa humana a isonomia etc. Norteados pela pirâmide escalonada da hierarquia das normas, o ordenamento penal não poderá apartar-se do regime que sublinha a constituição. No entanto, tendencioso a expor a força do Estado e garantir a supremacia, o direito penal está cada vez mais guiado pela

sociedade em clamor e deixando os modelos científicos de política criminal reservado ao campo burocrático das discussões abstratas.

Desta forma, termina por reproduzir um paradigma de resposta ao delito extremamente retribucionista adequando à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do seu autor, tentando produzir efeitos de grande escala e propensão de assinalado caráter protecionista, seja aplicando a pena em conformidade com o crime, seja evitando que o criminoso volte a delinquir. Mas será que categorizar um grupo de pessoas, incluí-lo em um sistema punitivo inflexível como resposta a preencher a aflição, e a ansiedade da população carente de segurança, não poderia configurar uma transgressão ao sistema democrático enxovalhando as vigas mestras de um ordenamento elaborado para operar sob o regime de princípios que ilustram, acima de tudo, a soberania popular e a distribuição equitativa do poder?

6. A Quebra do Estado Democrático de Direito

Os princípios que regem a soberania popular em que a democracia doutrinariamente consegue se legitimar, exige que haja um conjunto de normas que permita uma melhor e mais organizada convivência social. O conteúdo básico se refere “à composição e ao funcionamento da ordem política”; e, dentro desse conteúdo básico, se situam os direitos da pessoa humana, os quais serão assegurados a todos. Deste ponto de vista deduz-se que a teoria de Jakobs não poderia compreender qualquer vestígio de inflexibilidade quando a matéria é devotada à pessoa humana escoltando seus direitos e garantias.

Difícil tolerar que em um Estado Democrático de Direito existam indivíduos que não tenham para si assegurados os direitos inerentes a toda e qualquer pessoa humana. No caso do “inimigo” de Jakobs o indivíduo classificado como tal seria reduzido a um objeto do direito e não um sujeito. A divisão clássica que sustenta com argumentos de que a sociedade necessita apartar indivíduos que não estão sujeitos e nem cumprem com as regras do

ordenamento se torna um incontestável infringência ao Estado Democrático de Direito. Além de haver uma classificação entre as pessoas, como fiéis ou não ao direito, há a errada formulação de que, segundo sua fidelidade ao direito, isto é, se constituem ou não fonte presente e futura de perigo para a sociedade: as pessoas serão julgadas de acordo com leis diferentes, embora estejam sujeitas a um mesmo Estado Democrático de Direito.

Verifica-se com a teoria do Direito Penal do Inimigo a incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Toda organização da convivência social parte do pressuposto de que há uma composição de normas gerenciadoras da ordem política e social do Estado. Inserido neste conceito substancial, encontra-se bem protegido os direitos da pessoa humana, que devem ser assegurados a todos, já que a vida (como essência do ser humano) é o maior patrimônio do homem, daí sua relevância no universo jurídico. Não se concebe, diante do referendo, que no Estado democrático de direito existam indivíduos que não tenham, para si, assegurados os direitos inerentes a toda e qualquer pessoa humana. Dividir as categorias entre cidadãos (aqueles fiéis ao mandamento legal) e inimigos (seres igualados a animais que não são sujeitos de direitos e sim objeto deste direito repressor) visa unicamente o restabelecimento puro da ordem.

É inquestionável a existência de formas de criminalidade diferenciada e complexa considerada assim, pelo potencial grau de lesividade social (tal como a criminalidade econômica, a criminalidade organizada, o terrorismo e a criminalidade de Estado).

O expressivo grau de lesividade social que supõe esse tipo de atividade não permite pensar no fato de que as atividades não se prestam a recorrer a eficientes estruturas organizacionais. Adicionando a isso a facilidade que com que tais atividades podem ser gozadas no contexto globalizado, demanda-se pouco esforço superar o poder estruturado do Estado, ou pelo menos escapar sem obstáculos ao controle jurídico deste.

Estas formas de criminalidade representam uma permanente sensação de insegurança,

exigindo-se por parte do Estado a elaboração de medidas enérgicas frente a todos estes perigos. Se o direito penal não pode prestar esta segurança, devido ao déficit crônico de eficácia na persecução e punição de seus autores estaria sim, justificado e deveria ser instituído para esse tipo de criminalidade, um Direito Penal especial diferenciado de suas regras do Direito Penal comum? Daria para legitimar esse Direito penal em uma sociedade democrática e em um estado de Direito? Essas perguntas foram devidamente respondidas por Jakobs que não vê nenhuma alternativa senão esse Direito especial que denomina Direito Penal do Inimigo.

Jakobs retoma a teoria Hobbsiana do contrato social reproduzindo a fórmula de quem poderia ser atingido pelo direito a partir da submissão aos limites impostos pelo Estado. Aqueles que não aceitassem o contrato social, tal qual posto pela maioria dos indivíduos, seriam à margem deste considerados, e, por conseguinte, estariam à margem da sociedade. Mas até que ponto isto quebraria o Estado Democrático de Direito? Pela teoria de Jakobs uma considerável fatia de garantias e direitos fundamentais seria maculada pela divisão imposta pelo autor em pessoas e não -pessoas. Uma dos principais bloqueios ao garantismo seria no campo do processo penal, que a detrimento do cidadão, ao inimigo restaria a total submissão a instrumentalização e arbitrariedade de um processo que visa cumprir apenas burocracias, haja vista haver, previamente, condenação destituída de qualquer elemento de defesa, o que fere diretamente o princípio da presunção de inocência.

Condenar previamente alguém, sem que sobre ele, pese uma sentença condenatória definitiva evoluída através de um processo fundamentado em provas que reforçam a tese da culpabilidade alegada do indivíduo, é desprivilegiar o princípio da igualdade, ou seja, não permitir que a os todos sejam garantidos qualquer manifestação de defesa.

Atesta-se com a teoria do Direito Penal do Inimigo, que a necessidade aflitiva de obter resultados no âmbito do controle social, vem postergando o desenvolvimento das ciências criminais por instituir soluções rápidas e superficiais em harmonia com o caráter de

urgência e presunções políticas que vem marcando este tipo de ação. O que se verifica é que tais ações vagueiam sobre um terreno fértil onde se nasce um direito que se vê indiferente à dignidade humana ao mínimo essencial de seus direitos e garantias fundamentais

7. Direito Penal do Inimigo no Combate à Corrupção

O avanço da criminalidade e o fracasso do Estado na aplicabilidade dos mecanismos repressores de controle social vem sendo um dos fatores que contribui para a sensação de insegurança que define a sociedade de riscos e a desmaterialização do bem jurídico, o direito penal se expande e ganha destaque na prestação funcional em reduzir as variáveis de conjuntura com o fim de estabilizar e orientar a convivência em sociedade.

De certo que o Direito não consegue ampliar o alcance de prever tantas modalidades de ações, intentando para se instalar um clima de insegurança e insatisfação da sociedade suplicante por uma manifestação robusta por parte do Estado. De modo a garantir tal feito, o Direito vem institucionalizando cada vez mais a força e a coerção no combate as transgressões normativas como instrumento com a finalidade de manter e preservar as expectativas de eventos de natureza contrária ao direito.

O campo produtivo com que vem se colhendo os frutos deste mosaico de situações, concorrem para inúmeros desenlaces de natureza complexa e singulares que a sociedade moderna vem inaugurando com o avanço tecnológico desconcertante e o acesso fácil a inúmeras possibilidades cristalinas de hipóteses de ocorrências, dente elas os fenômenos delitivos, que buscam tutelar tanto os crimes já cometidos, como prevenir os riscos possíveis de futuros delitos que possam afetar bens jurídicos regidos por esse ramo, sobretudo, bens transindividuais de difícil limitação, como crimes praticados contra a ordem econômica e ambiental.

Difícil achar, que o Direito em obediência a todos os seus impulsos para tentar contemplar a maior parte destas ocorrências, não consiga prever as tantas possibilidades de transgressão

de forma satisfatória. Também, não é difícil presumir, que diante das circunstâncias, o próprio Direito penal impelido e desafiado não passe a enfrentar o problema com razoabilidade, avocando uma feição extremamente autoritária, incompatível com o estado democrático de direito e ao mesmo tempo malograda tentativa de refrear tudo atuando sob o amparo da doutrina referida (Teoria do Inimigo).

O discurso do senso comum midiático abre azo para que se possa mitigar direitos e garantias fundamentais do réu em prol da sociedade e o processo de construção da imagem do inimigo no corrupto constata-se sua existência no cenário brasileiro muito forte diante cuja prática de corrupção é um método protocolar em decorrência da moral predatória com que o estado patrimonial formatou um conjunto de padrões de comportamento sóciopolítico adverso a senso de bem estar coletivo e tratamento antiético com a res pública.

A confusão estabelecida entre o público e privado e forma institucionalizada com que a corrupção banalizou esta prática, fomenta a sua continuidade pela certeza da impunidade. A apropriação da coisa pública daqueles que detém o poder vem repercutindo com danos a população e afetando diretamente a condução efetiva de políticas públicas e desequilibrando a ordem econômica.

Diante do impacto difuso e metaindividual dos efeitos da corrupção trazendo ao campo material do cotidiano da vida cidadã, situações que reclamam por medidas enérgicas. O Direito penal vem se reformado de modo ordinário e pouco dotado de uma estrutura que valorize o método e a o substrato teórico para suprir tais demandas. Renova-se diante de situações infortúnias, movidas por uma sociedade clamorosa incitada por uma mídia agressiva e hostil. Silva Sánchez[20] atribui à legislação decorrente deste movimento, com relevante papel restaurador, como instituidor do controle social originário do direito de emergência e do qual converge o já citado Direito Penal de Terceira Velocidade. A essência deste modelo é encarada como um mal bem menor do que a disseminação difusa do controle extremado, a ponto de infectar todo o ordenamento com fragmentos não-garantistas. A

perspectiva de Jakobs[21] acerca do Direito Penal do Inimigo, atesta que a classificação e a delimitação em dominar um determinado grupo, (neste caso, indivíduos reiteradamente praticam atos de corrupção, não se rendem a lei) oferece uma situação mais confortável e menos perigosa diante deste panorama.

Nesta perspectiva, a expansão do direito penal busca tutelar além dos crimes já cometidos também prevenir os riscos possíveis de futuros delitos que possam afetar bem jurídico tutelado por esse ramo, sobretudo bens transindividuais de difícil limitação, como crimes praticados contra a ordem econômica e ambiental[22].

Câncio Meliá[23] concebe a ideia de que o inimigo de Jakobs é apenas uma reação desproporcional do ordenamento jurídico contra indivíduos sem recondenação que não condiz com a realidade. O combate tenta operar a instrumentalização de suas armas contra um inimigo provido de um caráter demoníaco, forçando apenas se reconhecer no ordenamento jurídico a figura do inimigo conferida com uma carga punitiva harmonizada com uma tipificação penal. Tudo isso desperta a conveniência de estabelecer uma identificação distinta do inimigo, excluindo o fato como núcleo da tipificação penal e incluindo o autor como elemento de reconhecimento da imagem concebida como o símbolo do mal maior. Diante da noção referida, consegue-se então concluir que o Direito Penal do Inimigo, ao elaborar normas para reprimir ações contrárias ao direito, apenas discerne um grupo de transgressores desconstituindo um direito penal concernente ao fato violador para compor a moldura do autor do fato. Prittwitz[24] condena a divisão dos dois Direitos defendidos por Jakobs por entender que o próprio Direito Penal do Inimigo infecta de forma assídua o próprio Direito Penal.

Os fundamentos que motivam o repúdio aos crimes de ordem econômica, na qual a corrupção se enquadra junto o crime de colarinho branco estão no rol dos sujeitos que se são considerados inimigos. No entanto, é possível certificar-se que os valores dominante em uma determinada comunidade forem propícios no cometimento de delitos o indivíduo se

influenciará no exercício reiterado destas práticas. A motivação para a prática do crime muitas vezes são compreendidas como uma ação normal pois o grupo tem uma percepção irrelevante do ato e o autor se vê em um cenário favorável para exercer a prática da infração.

Neste contexto reconhecer os corruptos e corruptores como inimigos podem conduzi-los a seguinte concepção: como no Direito Penal do Inimigo o que se reprova é a periculosidade, a responsabilidade por ação reprovável ou criminosa deixa de ser critério para julgamento ou apreciação pelo juiz. Os institutos da penas e medida de segurança se confundiriam. Além do mais, para adotar o parâmetro da periculosidade como elemento substancial de demarcação dos limites da pena, verifica-se que o norte, fomentará penas desproporcionais. Como o direito é do autor, a extensão da medida da culpabilidade se projeta de forma prospectiva, pois a maior preocupação aqui, é identificar o inimigo e não arbitrar o fato conforme a gravidade do feito.

O Direito Penal do Inimigo tem caráter excepcional por trazer consigo a marca da emergência em resolver a aflição de conviver com os inúmeros problemas sociais gerados pelos riscos com que vive a sociedade moderna. Daí a dedução de que o Direito Penal do Inimigo não passa de uma reação a todos estes fenômenos que sobressaltam a sociedade. Só que o Direito Penal deve se auto-afirmar em respostas juridicamente funcionais no âmbito de um estado de normalidade e não para se defender do mal, reagindo frente as provocações de quem não deseja se conformar com seu poder de autoridade.

Ainda se considera, como a melhor forma de reagir contra o “inimigo” assegurar a confirmação da vigência do ordenamento jurídico e demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (ou “cidadão”). Pronunciar uma estratégia de excessos no aparelho funcional de controle social pelo Estado, exacerba-se regras rígidas com punições duras dirigidas a determinados comportamentos o

que na verdade infringe um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio penal do fato.

Em resposta as inúmeras críticas que vieram escoltadas com a publicação de sua obra acerca do tema, Jakobs deixa claro que suas exposições apenas constataam uma tendência do Direito Penal atual em agir de forma rígida e arbitrária e teme que isso venha corromper e disseminar-se em todo ordenamento. Para o autor, o Direito Penal vem sendo permeado insidiosamente pela redução das garantias e formalidades, e que esse processo não permite uma reação que o detenha. A intenção clara é delimitar situações extremas em que esse Direito Penal proposto venha prever aniquilar garantias para um determinado segmento aplicado. Amparado na justificativa da contaminação autoritária, Jakobs propõe isolar determinados setores examinados e amolda-las as instáveis situações não previstas pelo Direito. Neste caso para regular um bem jurídico penalmente relevante quando outras esferas do direito não consigam tutelá-lo de maneira satisfatória, ou se tratar de uma situação jurídica que merece tratamento pelo poder penal da criação de um novo tipo penal.

Segundo Jakobs, são inimigos os “criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas”, isto é, aqueles sujeitos que se afastam de forma permanente da ordem jurídica, sem garantir que irão respeitar os valores e as normas da sociedade, de forma que se torna necessária a aplicação antecipada de pena como segurança para impedir fatos futuros, com função de neutralização da periculosidade do autor, segundo a teoria das medidas de segurança[25]

A falta de definição do que seria o inimigo, constituído neste campo um segmento de notável insegurança jurídica e direcionamento aplicável aos ostentados representantes da categoria de inimigo do Estado. Lança-se neste debate a questão da isonomia, princípio constitucional dos países democráticos que reputa a todos os cidadãos igualdades nos direitos e deveres impostos, de modo que não seria possível classificar, e ao mesmo tempo apartar duas categorias de pessoas distinguidas pela forma como se adequa à obediência ao

ordenamento jurídico.

Em razão das últimas manifestações legais envolvendo o crime corrupção uma política criminal vem sendo adotada no Brasil para ajustar-se à punição mais robusta para quem pratica crimes de corrupção. A doutrina inquieta-se com a disseminação com que este formato de controle vem se manifestando nas legislações extravagantes como forma de dar impulso ao objetivo alvo de confrontar com o inimigo. Observa-se que no decorrer dos anos as práticas de suplemento punitivo vêm se difundido no direito penal a partir da aplicação de medidas de segurança e prisões preventivas de forma abusiva.

O movimento desencadeado com a finalidade de serenar a sociedade aflita com a violência desmedida e com novas situações distorcidas do padrão normal de comportamento, vem contribuindo para evidenciar o direito penal emergencial. Gerada para ocupar a sensação de insegurança dos indivíduos, as leis surgem subitamente sem a implicação dos estudos e análises da política criminal e a deliberação dos cientistas criminais. Como consequência, verifica-se que a substância pouco sólida que comprova a eficácia da regra fica vagando entre o inofensivo e o inútil com prazo certo para perdurar. No entanto, como este instrumento concorre para dispor o legislador precipitado a utilizar o meio objetivamente legal para se projetar politicamente, muitas destas regras acabam por intervir em esferas que muitas vezes maculam os valores humanos e éticos legitimando práticas desumanas e cruéis.

As exemplo das 10 medidas contra a corrupção apresentadas pelo Ministério Público Federal revelam traços nítidos da imagem do inimigo por meio da redução das garantias constitucionais. Dentre algumas destaca-se: i) Aumentar penas para casos de corrupção; ii) Tornar crime hediondo a corrupção de altos valores; iii) Mudar as regras de apresentação de contrarrazões em segunda instância, revogação dos embargos infringentes, extinção da revisão do voto do relator no julgamento da apelação, mudança nas regras de embargos de declaração, do recurso extraordinário e do habeas corpus em diversos dispositivos; iv)

Possibilitar a execução provisória da pena após o julgamento na instância superior.; v) Restringir as nulidades processuais a casos em que são necessários.; vi) Introduzir o balanço de custos e benefícios na anulação de um processo; vii) Criar a responsabilidade objetiva dos partidos políticos pelo caixa 2, lavagem de dinheiro.[26]

Neste exemplo é possível verificar que há uma preocupação perene no que se refere a forma como o Direito Penal do Inimigo vem se disseminando nos projetos de lei sob o manto reivindicatório de reformar o Direito Penal, afim de contemplar, em seus preceitos, a previsão das novas formas de infração reveladas em tantas manifestações descomedidas praticadas contra “pessoas de bem”. Observa-se que a ideias de Jakobs vem despertando interesse em ser sobreposto ao Direito Penal como modalidade alternativa de repressão e controle, principalmente dos países subdesenvolvidos, haja vista que o poder punitivo nestes lugares se manifesta de forma mais radical e em seu estado bruto.

Aumentar as penas para casos de corrupção e tornar hediondo tal crime talvez não seja a alternativa de combate mais eficaz, já que a pessoa que quem pratica o delito não reflete sobre o teor do ato. A certeza da impunidade e a redução do medo são sentimentos que distantes do estado de natureza e na iminência do risco, conferem o acesso à prática. Pensar em frentes de prevenção talvez tenha mais repercussão a exemplo de tarefas de fiscalização intensiva dos atos administrativos. Entretanto, cabe destacar a reação que vem se exprimindo de forma notória a réplica de alguns autores, que diante da ardilosa teoria defendida por Jakobs e manifestada na maioria das vezes de forma leviana pelo legislador, correspondendo ao clamor social com um punitivismo hipertrófico , se mostram reagentes ao modelo.

Uma visão crítica ao sistema penal se faz necessário e se torna saudável examinar e pôr em debates inúmeras irregularidades e anomalias presentes do estado de direito. No caso do Direito Penal do Inimigo o paradigma fecundado nas circunstâncias já expostas procria um sistema compreendido em um intervalo que vai do excesso de pena á barbárie, tudo com o

pretexto de garantir mais segurança. Não se hesita incluir este formato de controle na maioria dos códigos penais da atualidade e em boa parte dos países. Não esta exposta de forma pronunciada, subsiste em concorrência com o Direito Penal com normas de natureza mais garantista. Consegue a proeza de converter o direito penal como garantidor de bens jurídicos para traduzi-lo em um instrumento de guerra de danoso alcance.

Estabelecer uma punição exemplar para quem pratica atos de corrupção com comprometimento em garantir o conjunto probatório suficiente para imputar o crime à alguém é arbitrário e inconstitucional. De forma sutil e impalpável, algumas amarras da doutrina do inimigo vêm cada vez mais se pronunciado nas normas penais com efeitos gerados principalmente nas penas e nos abusos de prisões processuais, corroborando de maneira incontestável com ações desprovidas de caráter civilizado e humano.

Verifica-se que o Direito Penal do Inimigo carece de essência e do espírito de objetividade na estrutura de observância a um método que oriente sua natureza, condicionada a estabelecer o domínio sobre a sociedade em render-se ao Estado. Neste contexto criar a imagem do inimigo ao corrupto faz referir o sujeito desprovido de garantias processuais em uma clara comprovação da expansão do direito penal e fácil expediente para resolução de grandes mazelas sociais.

De efeito, os críticos não contemplam o DPI a um segmento do Direito Penal por não se legitimar como ciência e por atender a pura expressão do poder punitivo interno bruto de um país. Intrincado é conceber a ideia de conferir á algumas pessoas a rotulação de inimigos. Mesmo porque são seres desprovidos dos mesmos direitos outorgados aos cidadãos sem curvá-los a um dos princípios basilares da constituição brasileira que é a isonomia. É abrir precedentes que promova o trânsito de práticas racistas, separatistas, preconceituosas e nazistas.

Não obstante a fiscalização ter aumentando e a imagem do inimigo estar conectado

com os praticantes de atos de corrupção, seus poder de influencia para que os crimes sejam exercidos com facilidade e praticados sem a devida sanção. Ainda assim outros mecanismos são mais eficazes para romper com esse circulo de ações contrários ao direito. É evidente que a missão do Direito Penal não consiste em disseminar a violência, a desigualdade ou a discriminação, do contrário, sua missão primária é a de tutela, fragmentária e subsidiária, de bens jurídicos relevantes (Roxin), procurando-se evitar, dessa forma, tanto a violência arbitrária do criminoso contra a vítima, como a desnecessária ação do Estado e da própria vítima (ou da sociedade) contra o criminoso.

O direito penal e a política criminal vem reputando o autor de atos de corrupção como o inimigo idealizado na teoria do alemão Jakobs. Ao amplificar o direito penal nesta seara, parte-se de uma reação que se afirma pelo alarmismo da mídia e também do atual contexto político experimentado pelo Brasil em sua complexidade sócio-político-econômica. Neste contexto as leis estão cada vez mais severas pois as repercussões metaindividuais dos efeitos da corrupção geram danos em várias dimensões da vida humana.

Assim sendo, as medidas radicais surgidas como manifestações a estes fenômenos, se tornam um grande filão inflamado com a finalidade de gerar impacto e proporcionar a retomada da faculdade racional da população sedenta por segurança e garantias de paz e tranquilidade. Movido por uma sedutora perspectiva de êxito e eficácia na contenção da criminalidade, o Estado está cada vez mais estreitando sua margem de controle para atingir seu objetivo, nem que para isso se desfaça de seu espírito garantista para pisar no terreno da tirania.

O discurso impactante da mídia assumindo a frente de defesa social, estabelece uma relação polarizada de bem e mau, esta noção, representada pela figura do inimigo. Diante de toda controvérsia importada para este ensaio acerca do tema Direito Penal do Inimigo, certifica-se que a o emprego da execução prática do formato desenvolvido por Jakobs na contensão da criminalidade verifica-se inconciliável com o Estado Democrático de Direito. O

impacto adulterado que isso gera em um Estado preocupado com os direitos humanos é evidente. Mas o que fazer diante das novas formas e multiplicidade de eventos condenáveis e funestos que vem surgindo, catalogando um elenco de barbáries que causam temor, repulsa e indignação na sociedade moderna cometidas por indivíduos pouco preocupados com o bem estar coletivo. No Direito penal, o inimigo por ser considerado um inimigo, acaba por ter suas garantias constitucionais minimizadas para combater o perigo abstrato à sociedade.

O combate a estas formas de delito necessita de um iminente e indispensável programa de exaurimento do delito, a fim de pugnar e ao mesmo tempo disciplinar os insurgentes à lei, estabelecendo uma estrutura de regime penal baseada na prevenção. Intrincado é exercer esta atividade sem reforçar os instrumentos da Justiça Penal operada através do expediente processual penal recrudescendo estes instrumentos, sem anular a condição de sujeito categorizado pelo Direito Penal do Inimigo e preservando garantias constitucionais, controle de legalidade e bom senso. Essa tarefa será o grande desafio do Direito Penal frente a esta realidade. Terá que desenvolver ações decisivas, e ao mesmo tempo incisivas, para frear os índices de criminalidade descompassadas com que vem enfrentando o próprio Estado e a sociedade civil.

As alternativas para combater a corrupção diante da alta complexidade que se vale estas ações utilizando mecanismos refinados de estratégia e tecnologia. Para isso novos meios processuais estão sendo elaborados de maneira que o Estado venha se valer de medidas mais radicais e na maioria das vezes inconstitucional.

No Brasil, a criminalidade que se propaga alcança contornos devastadores assolando prejuízos que contempla os habitantes do território de forma difusa. A corrupção que se encontra impregnada no mais diversos setores da administração publica e que reflete diretamente no emprego apropriado do serviço publico, afeta as pessoas e enfraquece o Estado. Isso sem falar na criminalidade econômica com os crimes do “colarinho branco”.

Todos, afluindo para uma desconsolável percepção e sentimento de impunidade, visto que muitas vezes os modelos vigentes do Direito Penal e Processo Penal não vêm se mostrando eficaz no combate a este tipo de crime.

O recrudescimento e a amplificação das sanções penais frente aos fatos delituosos que surgem com a rede complexa de eventos de riscos que a sociedade moderna vem experimentando (com o avanço tecnológico) e o seu efeito sobre a manipulação processual, que a seguir se pontua como uma consequência. Para a maioria, esta forma de encarar o crime e alargar o espectro do Direito Penal só transfigura-o para um sistema extremamente complexo com previsões inócuas com o passar do tempo e sempre inclinado a abrir precedentes para reagir a qualquer situação, penalizando demais e prevenindo de menos.

8. Direito Penal do Inimigo no Contexto Pós-Lava Jato

A corrupção no Brasil tem base histórica e encontra-se fundada na cultura da sociedade brasileira demarcando toda uma estrutura de engrenagem de tomada de decisões no âmbito coletivo apoiado em práticas que visam privilégios. Nesta perspectiva a construção histórica da política nacional tem no discurso o enfrentamento contínuo das disparidades sociais, mas que na verdade se esvazia na pretensão retórica visando manutenção do poder sem qualquer esforço para afrontar o problema que degrada toda um grupo social marginalizado pela falta de interesse em desenvolver políticas públicas de amparo. O impacto econômico que as práticas de corrupção reiteradas no decurso da história no Brasil se tornou uma chaga social que promove este status desestabilizador. A banalização das práticas que antes poderia até chocar e escandalizar, hoje são encaradas com parte do sistema cuja a razão se manifesta pelo argumento da “governabilidade” com fim de aprovar projetos de interesse do governo que está no poder. Até onde isso faz parte de um mecanismo de saída para alcançar metas estabelecidas pelo modelo democrático ou tal argumento não seria a justificativa atenuante para abrandar a fúria e o desprezo da sociedade com a política?

Mesmo com toda uma pressão social gerada pelos novos tempos de acesso amplo à informação e o papel da imprensa investigativa em revelar casos de corrupção, a relativização de tratamento em processos criminais e punições, não obstante e grandeza dos impactos econômicos gerados pela transgressão, não permitem a noção de justiça implemente a percepção de que a isonomia e equidade seja imposta para estes casos. Mesmo com violações a garantias constitucionais no âmbito dos processos motivados pela sanha filosófica do inimigo, os suspeitos de corrupção se beneficiam com uma robusta defesa técnica.

A engrenagem movida pela Operação Lava Jato suprimindo direitos e modulando a rota política dos anos seguintes para um regime de instabilidades promovidos por um governo de extrema direita no Brasil e as discussões levantadas pelo STF sobre a prisão em segunda instância, foram consequências que construíram o viés do inimigo na cultura do pensamento social que irradiava para as arestas do poder. Pressões da opinião pública fomentada por uma mídia raivosa que modulou a cultura de massa a compreensão de que sujeitos que estão em sob objeto de apreciação judicial já estão inseridos em um julgamento prévio em que a manipulação da opinião pública já chegou em um nível de rechaço aos sistemas de garantias processuais que só reforçam a concepção rasa de que este sistema apenas serve para procrastinar o processo e alcançar a impunidade. Luiz Flávio Borges (2019) evoca a noção de que o sistema recursal existe porque a justiça é realizada por homens, portanto, falível, pois falível é o homem. Assim, quem investiga pode se equivocar, como também quem acusa, além de quem julga, que também pode errar, servindo os recursos para diminuir, o quanto possível, a margem de erro.

A gravidade deste processo que se difundiu no pensamento coletivo atingiu o mais preocupante setor que deveria estar blindado pela obediência absoluta ao discernimento técnico que é o Supremo Tribunal Federal em que alguns ministros sinalizavam em seus discursos um apelo muitas vezes fora do contexto técnico e legalista para reafirmar um posicionamento que se conciliava com os arroubos da mídia.

E o grande paradoxo é justamente a aplicação dos direitos e garantias efetivados na Constituição Federal que no mundo fático se mostra estéril em crimes de grande impacto social e de repercussão coletiva motivada por sanha de vingança e necessidade de ganhar holofotes sob o espírito de super-herói. E atuar, defender e desenvolver na prática o sistema de garantias passa a ser antagônico aos anseios sociais e adversário do povo tornando-o vítima de ameaças de morte e manifestações de repúdio em ambientes públicos.

Para o réu a fragilidade com que a garantia processual vem se firmando na atualidade o torna ainda mais penoso, visto que o pré-julgamento já se consolida nos tribunais da crença abstrata coletiva, estigmatizando-o a ponto de considera-lo inimigo sob a manto das ideias de Jakobs. No pós modernismo fluido em que soluções devem ser fundadas na rapidez superficial da urgência dos novos tempos na busca desenfreada pela tal ideia obsessiva de “felicidade” a todo custo, a sua influência apossa os tribunais nas decisões judiciais refletidas no poder insólito e prodigiosa da mídia.

A experiência da operação Lava Jato foi uma demonstração muito patente de se fomentar a busca e identificação de inimigos sob o argumento de que as pressões sociais seria uma forma de revelar o quanto a população brasileira está politizada, e de como este fator será decisivo para estabelecer novos rumos para a política brasileira no que se refere a obter um parlamento efetivamente representativo. No entanto, a operação não teve fundamento fulcral de desconstruir as distorções sociais vigente por inúmeros fatores em que sempre se somou a uma rotatividade de inimigos que se alternando de acordo como momento socioeconômico e político.

O protagonismo do Ministério Público e Judiciário neste processo de forte ativismo judicial impresso por pressão midiática e de redes sociais teve no apoio popular o fortalecimento das convicções do viés do Direito Penal do Inimigo, seja nas práticas do inquérito e processo e nas propostas de medidas contra a corrupção, uma forma de deslindar um problema de origem muito mais complexa do que a criminalização da política e uso de

mecanismos que violam as garantias constitucionais. Uma espécie de luta do bem contra o mal para resolver as mazelas do país.

A delação premiada inclusa no modelo de justiça negocial que faz parte do processo penal pode produzir informações, ditar prisões e dar essência a sentenças judiciais. É uma forma de tornar o processo mais objetivo, célere e com possibilidade de negociar aspectos relativos à sanção. Mas a aceitação em colaborar muitas vezes se mostra duvidosa e polêmica, pois o suspeito se encontra em uma conjuntura de pressão e coação (que e muitas vezes propende para tortura física e psicológica). E aí o uso de métodos que burlam verdade e blefes que dissimula cenários terminam por gerar a inclusão de suspeitos com condenação eivadas de vícios e com possibilidade de defesa bastante avariada.

A confissão passa a ser um elemento de natureza inquisitorial em que o Estado pressionado negocia pena elevada para evitar o contraditório judicial e assim reprimir garantias constitucionais. E a partir do momento que a confissão passa a ser um postulado categórico para atingir metas de celeridade e resolutividade entra em ação um dos elementos mais basilar do Direito Penal do Inimigo que é o método inquisitorial, reforçado pelo traço forte do preconceito e do pré-julgamento.

Ao se tornar uma convicção os fatos narrados em confissão, o órgão acusador persegue os achados enviesados pela necessidade de alcançar as crenças pré-estabelecidas pela narrativa do delator, independente de contra-argumentos trazidos por provas advindas da defesa do réu. Os métodos aplicados no processo da justiça negocial neste cenário de pressões para resolução da criminalidade pungente no Brasil, pode se tornar uma ameaça na estruturação mais objetiva em um sistema de oferta e contraoferta que simplifica o grau de complexidade que envolve um processo penal em que a liberdade está sob apreciação.

É mais fácil resolver um problema de ordem criminal utilizando um mecanismo simples e objetivo e desviar a atenção para a raiz do distúrbio da criminalidade que tem forte

influencia em aspectos sociais, para encarcerar “inimigos”. O Ministério Público que é o titular da ação penal, vai adentrar na zona de conforto de reduzir ou suprimir a produção de prova já que ao imputado cabe comprovar os fatos que incriminam terceiros desestruturando o sistema adversarial que impõe resistência a um dos lados fragilizando o Estado Democrático de Direito.

As justificativas para a inclusão da justiça negocial, mesmo com amparo de tratados internacionais e teses jurisprudenciais com pressupostos no direito estrangeiro, muitas vezes não se concilia com as realidades processuais, legal, e práticos do sistema nacional. Com a finalidade de implementar a barganha como método para reduzir a resistência do acusado, as garantias se abatem e o poder punitivo do Estado prospera com o máximo de eficiência da resposta jurisdicional e menor custo.

Mas é importante destacar que a aplicação destes métodos voltados para políticos envolvidos por crimes de corrupção é defendida pelas equipes mais infalíveis e competentes de advogados de defesa que blindam seus constituintes. O grande problema é este fenômeno sendo aplicado em crimes envolvendo pessoas de classes mais vulneráveis que já estão expostas e indefesas pelo próprio poder arbitrário do Estado que insiste em perseguir penalmente a população mais carente. Do ponto de vista legal a delação possui furos que precisam se levantados em discussão. Vasconcelos(2017) aponta alguns destas inadequações:

Convive-se com incertezas acerca dos benefícios advindos da colaboração, caso esta não seja totalmente efetiva, qual postura deveria ser adotada? Se ocorrer alguma nulidade, as provas se mantêm intactas? Outro questionamento se dá no momento em que o órgão acusa- dor oferece a proposta e aceita a contraproposta, assim, qual será o grau de discricionariedade do acusador? O acusador pode se retratar? Questão divergente diz respeito à vinculação do julgador a aos termos do acordo homologado anteriormente, ou este pode interferir na sanção do delator e pode alterar as cláusulas acordadas? E no caso de

recurso, o tribunal pode modificar o benefício? No momento de imputação de crimes a terceiros, como assegurar o contraditório efetivo a fim de se evitar a verdade absoluta das provas produzidos pelo delator? Tais provas, se eivadas de vícios, podem ser impugnadas? Nessa esteira, como impugnar eventual acordo eivado de vícios?

Estes questionamentos reforçam a máxima de que não obstante os limites que a lei impõe, o Estado a extrapola e viola o princípio da legalidade com práticas que envolve exclusões ou atenuações de punições para quem colabora com acordos e que não estão previstas em lei.

Neste sentindo cabe a reflexão sobre o impacto da operação Lava Jato em constituir um modelo cristalino de prática com viés da teoria do Direito Penal do Inimigo que se revelou um protótipo exemplar de violação às garantias constitucionais e inclusão até de parcialidade de Juiz. É preciso refletir sobre como a ascendência desta Operação coaduna com a ideia de que para combater um inimigo maior legitima-se violar a própria lei e o Direito.

CONCLUSÃO

A atual política criminal envolvendo atos de corrupção tem cada mais relacionado a figura do autor do delito à representação do inimigo que nasce da apreensão em que se agregam a um fenômeno somático de caráter emergencial, instrumentos de contenção social e gestão de riscos, nunca sustentando um elemento protetivo. O enrijecimento penal tem sido um instrumento valioso para sedimentar a ideia de um Estado operante e atento aos avanços da criminalidade.

Nesta perspectiva abre-se ensejo para violações do estado democrático de direito e pelo interesse público muitas ofensas às garantias processuais são observadas para combater o corrupto. O destemor com que a criminalidade organizada vem atuando produzindo um rastro de desarranjo social, ingressando em ações cada vez mais ousadas, promove instabilidade e desequilíbrio. As reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo vêm cada

vez mais locupletadas de críticas, mas pouco se debate acerca de propostas que venham realmente decidir efetivamente o grave avanço da criminalidade. É inquestionável a existência de formas de criminalidade diferenciada e complexa, considerada assim, pelo potencial grau de lesividade social (tal como a criminalidade econômica, criminalidade organizada, o e criminalidade de Estado). O expressivo grau de lesividade social que supõe esse tipo de atividade ilícita não permite pensar no fato de que as ações não se prestam a recorrer a eficientes estruturas organizacionais. Adicionando a isso a facilidade que com que tais atividades podem ser gozadas no contexto globalizado, demanda-se pouco esforço superar o poder estruturado do Estado ou pelo menos escapar sem obstáculos ao controle jurídico deste.

Estas formas de criminalidade representam uma permanente sensação de insegurança, exigindo-se por parte do Estado, a elaboração de medidas enérgicas frente a todos estes perigos. Se o Direito Penal não pode prestar esta segurança, devido ao déficit crônico de eficácia na persecução e punição de seus autores.

As alternativas ao Direito Penal do Inimigo (tutelar anteriormente o crime por meio de outras esferas do direito e fiscalização de atos administrativos, por exemplo) parece ser o recurso mais razoável a ser compreendido como uma posição independente em relação a tendência dominante de discutir, criticar e censurar. Atitudes modestas, com aparato eficiente e bem examinados, retificação legal, soluções racionais e concretas que saiam do universo doutrinário e ganhe uma amplitude mais efetiva, real, verdadeira, certa e acima de tudo segura.

No que se refere ao combate à corrupção, a relativização dos direitos e garantias se mostrou com a Operação Lava Jato, um modelo que alicerça as medidas radicais de viés recrudescedor destas garantias, tornando o político e a atividade política um padrão de novo “inimigo”. Com advento e fortalecimento da delação premiada exaltada como método de eficiência reduzindo as demandas da punição no processo penal, busca-se com o Processo

Penal a resolução de grandes problemas estruturais do Brasil.

Uma visão reducionista não pode ser o âmago desta reflexão em que se faz necessário compreender a complexa realidade brasileira buscando soluções que visem modular a estrutura social sob um aporte que garanta um sistema mais equânime de garantias e justiça social.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. ALTERNATIVAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1319, 10 fev. 2007. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9481>>. Acesso em: 29 mar. 2023

BARATTA, Alessandro. **CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRÍTICA DO DIREITO PENAL: INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA DO DIREITO PENAL**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **TRATADO DE DIREITO PENAL**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

BONHO, Luciana Tramontin. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 25.05.2023

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. TRÊS VELOCIDADES, UM INIMIGO, NENHUM DIREITO: UM ESBOÇO CRÍTICO DOS MODELOS DE DIREITO PENAL PROPOSTOS POR SILVA SÁNCHEZ E JAKOBS. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1518, 28 ago. 2007. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10336>>. Acesso em: 25/05/2023

CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; **DIREITO PENAL DO INIMIGO: NOÇÕES E CRÍTICAS**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. A CRISE DA MODERNIDADE E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS NO PARADIGMA PENAL: UM BREVE EXCURSO SOBRE O DIREITO PENAL DO RISCO. **Mundo Jurídico**. Disponível em: Acesso em: 26/05/2023

D'URSO, Luiz. A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NOS TEMPOS DE "LAVA JATO". **Conjur**. 2017. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opinioao-prisao-segunda-instancia-tempos-lava-jato>>. Acesso em: 03 nov 2023.

FERRAJOLI, Lugi. **DIREITO E RAZÃO: TEORIA DO GARANTISMO PENAL**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMO, Roberta Catarina; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. NOVAS TESES DOGMÁTICAS JURÍDICO-PENAIAS PARA A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO ECOLÓGICO NA SOCIEDADE DO RISCO. **Revista Liberdades**, v. 2, p. 39-55, 2009, p. 40

GOMES, Luiz Flávio. MUÑOZ CONDE E O DIREITO PENAL DO INIMIGO . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>>. Acesso em: 25/05/2023

GRACIA, Martín Luis. **O HORIZONTE DO FINALISMO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO**; tradução Luiz Regis e Érika Mendes de Carvalho; prefácio de José Ignacio Lacasta-Zabalza .São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. SOBRE O CHAMADO DIREITO PENAL DO INIMIGO. Artigo publicado na **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 56. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 81/87

JACKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **DIREITO PENAL DO INIMIGO**. Trad. CALLEGARI, André Luis, GIACOMOLLI, Nereu José. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio E. de. DIREITO PENAL DO INIMIGO. BREVES CONSIDERAÇÕES. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 25/05/2023

LOPES Jr, Aury. **DIREITO PROCESSUAL PENAL E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL**. Vol. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.

MALAN, Diogo. PROCESSO PENAL DO INIMIGO. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 231

PRITTWITZ, Cornelius. **O DIREITO PENAL ENTRE O DIREITO PENAL DO RISCO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: TENDÊNCIAS ATUAIS EM DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004.

ROXIN, Claus. **TEM FUTURO O DIREITO PENAL?** DOUTRINA PENAL – PRIMEIRA SEÇÃO. **Revista dos Tribunais**. n. 790. agosto de 2001, ano 90.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL**. ASPECTOS DA POLÍTICA CRIMINAL NAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Lucas do Monte. O CORRUPTO COMO INIMIGO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2o quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980- 7791.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **DIREITO PENAL DO INIMIGO E CONTROLE SOCIAL**

NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1701, 27 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10989>>. Acesso em: 25/06/2023

VASCOCELLOS, Vinicius Gomes de. **COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 15-16.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O INIMIGO NO DIREITO PENAL.** Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

[1] Bacharel em Direito pela Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Pós-Graduado em Ciências Criminais, Processo e Direito Civil, Direito Médico e Perícia Criminal, Advogado. Professor Universitário. Email: dosto11@hotmail.com.br

[2] JAKOBS Günther; Meliá Manuel Câncio– **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas** 2. ed; org tradução de André Luís Callegari Nereu José Giacomolli– Porto Alegre: Livraria do Advogado ed. 2007. p 03

[3] Idem p.35

[4] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal na Sociedade Pós-industrial.** Apud 2ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 164. (tradução livre).

[5] JAKOBS; MELIÁ Op. Cit.36

[6] Idem Op. Cit. 42

[7] Idem Op. Cit. 49

[8] GÜNTHER Jackobs, p. 34-35.

[9] GÜNTHER Jackobs, p. 47.

[10] JAKOBS, Guenther. **Direito Penal do Inimigo:** Um estudo acerca dos pressupostos da juridicidade. Trad. Manuel Cancio Meliá. Panóptica, Vitória, ano 2, n. 10, nov. 2007 – fev. 2008, p. 205.

[11] FERRAJOLI, Luigi. II **Direito Penal do Inimigo e a Dissolução do Direito Penal.** Panóptica, Vitória, ano 2, n. 10, nov. 2007 – fev. 2008.

[12] GÜNTHER Jackobs, p. 45.

[13] GÜNTHER Jackobs, p. 34, 35 e 36

[14] FERRAJOLI, Luigi. **O Direito Penal do Inimigo e a Dissolução do Direito Penal.** Panóptica, Vitória, ano 2, n. 10, nov. 2007 – fev. 2008.

[15] SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A Expansão Do Direito Penal:** Aspectos Da Política Criminal Nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[16] SILVA sanchez. op. cit., p. 148.

[17] SILVA sanchez. op. cit., p. 148-9

[18] D´AVILA, Fabio Roberto. **A Crise da Modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal** :Um breve excuroso sobre o Direito Penal do Risco. Mundo Jurídico. Disponível em: Acesso em abril 2008.

[19] SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A Expansão Do Direito Penal:**Aspectos Da Política Criminal Nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2002. p. 130

[20] SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[21] JACKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. CALLEGARI, André Luis, GIACOMOLLI, Nereu José. Livraria do Advogado, 2005.

[22] GIACOMO, Roberta Catarina; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. Revista Liberdades, v. 2, p. 39-55, 2009, p. 40)

[23] CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; , **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[24] PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo**:: Tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004.

[25] SANTOS, Juarez Cirino do. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em:
<<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 25/05/2016. p. 8

[26] SILVA, Lucas do Monte. **O CORRUPTO COMO INIMIGO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2o quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980- 7791.