

# OS CRIMES ECONÔMICOS E OS NOVOS INIMIGOS DO DIREITO PENAL

Aline Mara Lustoza Fedato<sup>1</sup>

## RESUMO

Em uma sociedade em acelerada mutação, cuja economia atual se mostra rapidamente variante e o aparecimento de avanços tecnológicos emergem de forma nunca antes vistos na humanidade, a delinquência tradicional perde espaço para uma nova forma de criminalidade que se desenvolve de maneira organizada e passa a ser denominada de criminalidade econômica. Essa nova forma de delinquência, praticada por sujeitos de alta respeitabilidade, acaba gerando uma maior insegurança social, exigindo que o Direito Penal se expanda em velocidade acelerada, na tentativa de conter essas condutas. Com isso os infratores deixam de ser vistos como cidadãos e passam a ser tratados como verdadeiros inimigos do Estado. Com isso, o Direito Penal se desvincula de sua essência e cria um sistema punitivo particular que se utilizando de um Direito Penal do Inimigo positivado, desrespeita direitos e garantias fundamentais, na contramão do Estado Social e Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminalidade Econômica; Direito Penal do Inimigo; garantismo.

## ABSTRACT

In a society in which current economy accelerated mutation, it shows quickly variant and the appearance of technological advances emerge in a way never before seen on humanity, the traditional delinquency loses space for a new form of crime that develops in an orderly manner and becomes known as economic crime. This new form of delinquency, practiced by people of high respectability, ends up generating greater social insecurity, demanding that criminal law expands in accelerated speed, in an attempt to contain these ducts. With that offenders will no longer be seen as citizens and are treated as true enemies of the State. With that, the criminal law if unlink of essence and creates a punitive system that using an write enemy's criminal law, breach of fundamental rights and guarantees against the Social and democratic State of law.

**KEYWORDS:** Criminal Law of the Enemy; Economic Crimes; guarantees.

13

## SUMÁRIO

**1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITO PENAL EM VELOCIDADE. 3 O DIREITO PENAL DO FATO E O DIREITO PENAL DO AUTOR. 3.1 GARANTISMO PENAL. 3.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO. 3.2.1 HISTÓRICO. 3.2.2 CONCEITO. 3.2.3 CARACTERÍSTICAS. 4 O CRIMINOSO ECONÔMICO COMO INIMIGO NO DIREITO PENAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## 1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais, decorrentes da natural evolução da humanidade provocada pelos avanços tecnológicos e pelo desenvolvimento econômico, acabaram por incrementar uma nova forma de criminalidade, cuja ascensão tem exigido a descoberta de novos meios de combatê-la (RIPOLLÉS, 2015, p. 21).

Os crimes econômicos tornaram-se um dos principais fatores de risco da sociedade contemporânea, fazendo-se então necessário investigar quais seriam os meios mais adequados para controlá-los, já que, dada sua complexidade e diante das dificuldades enfrentadas em seu combate, essas condutas acabam por gerar a ira social<sup>2</sup>, o que tem

<sup>1</sup> Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Garantías Constitucionales y Derechos Fundamentales en el Derecho Penal y Procesal Penal pela Universidad de Castilla-La Mancha em Toledo, Espanha. Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Professora de Processo Penal do Centro Universitário Filadélfia de Londrina. Telefone (43) 3026-3066. E-mail: aline.fedato@unifil.br

<sup>2</sup> A sociedade em geral, tem “a impressão de que os poderosos, mediante assessoramentos técnicos apenas acessíveis a pessoas com seu nível econômico ou respaldo político, foram capazes de explorar, até limites abusivos, as garantias do direito penal e processual penal, conseguindo, assim, esquivar-se, em grande parte, da persecução penal, da condenação e do cumprimento das sanções”. Cf. DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. *A Política Criminal na Encruzilhada*. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria



---

transformando os criminosos de colarinho branco, nos atuais inimigos do Estado, a quem não se devem preservar as garantias e os direitos fundamentais conferidos a um cidadão.

Na tentativa de se combater o novo inimigo, diante do perigo que representam à sociedade, acaba-se por implantar, através do sistema penal, políticas excludentes<sup>3</sup> que vão na contramão do Direito Penal Garantista e colocam em risco o Estado de Direito.

O sistema penal não é um simples conjunto de normas penais, mas sim um processo articulado e dinâmico de criminalização que se origina com a criação de normas e a definição da conduta desviada (criminalização primária), passa por um processo de aplicação dessas normas (criminalização secundária), até alcançar o sistema penitenciário (criminalização terciária).

Assim, tem-se, em um primeiro momento, o Direito Penal como um sistema normativo que cria os injustos penais e suas consequências jurídicas, primando pela proteção dos bens jurídico-penais que sejam considerados essenciais à harmoniosa convivência social.

Em uma segunda fase, utiliza-se do Direito como instrumento de controle social formal, através da aplicação efetiva das normas, que são impostas mediante a atuação da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário que tem impelido ao criminoso econômico, medidas extremas, dignas de um verdadeiro inimigo<sup>4</sup>.

De outro lado, legitimado pela ideologia da defesa social, o Direito Penal, ignorando a impossibilidade estrutural da instituição carcerária, continua a se auto definir como um Direito Penal de tratamento, cuja finalidade seria a de reeducar e reinserir o delinqüente à sociedade, quando, em verdade, neste terceiro momento, através de *cerimônias degradantes* (SHECAIRA, 2014, p. 261), sobretudo com a inclusão do criminoso no sistema penitenciário, acaba por etiquetar e marginalizar o desviante, lhe conferindo, não raras vezes, o *status* de criminoso.

14

Todavia, a grande problemática que se identifica ao longo do desenvolvimento dos processos acima citados, vincula-se à dificuldade de se alcançar respostas em harmonia com a complexidade do sistema, notadamente no que diz respeito aos criminosos de colarinho branco.

Assim, diante da impossibilidade de se visualizar a utilização das bases de um Direito Penal garantista na realidade fática, tem-se implementado o já superado modelo de Direito Penal do Inimigo, orientado à *exclusão de certos indivíduos da sociedade* (MARTIN, 2007, p. 92) negando-lhes valores essenciais e direitos fundamentais que inviabilizam seu acesso a uma ordem jurídica vigente.

---

do Advogado, 2015, p. 21-22.

3 Em relação ao tema, enfatiza-se que “Na realidade, o chamado Direito Penal do Inimigo seria um Direito distanciado dos fins próprios do Direito Penal (...) Tratar-se-ia, na verdade, de uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo, cujo único fim seria a exclusão e inocuidade deste” (GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 85).

4 Neste sentido esclarece-se que “é, sem dúvida, no âmbito do processo penal que o direito penal do inimigo concentra seus esforços, e não somente por meio da preconizada maior facilidade de imposição de prisão preventiva, estritamente relacionada com a potencialização do direito de medidas anteriormente mencionado, mas também mediante uma panóplia de propostas que desmontam, sem a menor cerimônia, o direito penal garantista: facilitação dos controles corporais, de intervenção de comunicações ou intromissão em âmbitos privados sem controle judicial ou com fracos controles, uso generalizado de agentes infiltrados, prolongação dos períodos de incomunicabilidade, restrições de direito de não autoincriminação, limitações do direito de defesa, reconsideração da nulidade da prova obtida ilícitamente.” DIEZ RIPOLLES, José Luis. *Op. Cit.*, p. 85.



## 2 DIREITO PENAL EM VELOCIDADE

É sabido que incumbe ao Direito Penal, em sede de criminalização primária, a proteção de bens jurídicos essencialmente relevantes à coexistência social, cujos valores são um reflexo de sua estrutura (PRADO, 2014, p. 21) e variam segundo o modelo de sociedade.

De outro lado, sabe-se, também que a sociedade não é estática, e sofre constante transformação, de modo que os bens jurídicos relevantes e que devem, por isso, ser suscetíveis de tutela penal, acabam sendo modificados tendo-se em conta um determinado momento histórico e/ou social.

SILVA SANCHÉZ (2002, p. 27), ao analisar o tema, destaca que:

As causas da provável existência de novos bens jurídicos-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como conseqüência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico. Entre outros fatores.

Assim, em uma sociedade em acelerada mutação, cuja economia atual se move rapidamente variante e o aparecimento de avanços tecnológicos emergem de forma nunca antes vistos na humanidade, a delinqüência tradicional perde espaço para uma nova forma de criminalidade que se desenvolve de maneira organizada.

Essa nova forma de delinqüência que surge de maneira crescente acaba por gerar uma maior insegurança social, cuja sensação, por vezes, é incentivada pelos meios de comunicação e pela própria autoridade que teria o papel reprimi-la<sup>5</sup>.

Desta forma, o medo generalizado, começa a se convergir na pretensão comum de que o Estado deva intervir para solucionar imediatamente o problema. Todavia, verificando-se que Estado não é capaz de solucioná-lo em seu “*lugar natural*” clássico–*poder de polícia* (SANCHÉZ, 2002, p. 41) – na tentativa de dar uma pronta resposta à sociedade, acaba fazendo-o através de uma reestruturação e expansão do Direito Penal de outrora (SANCHÉZ, 2002, p. 30), com a criação de novos tipos criminalizadores.

Outra questão que contribui para a expansão do Direito Penal e para o surgimento de uma nova espécie de delinqüência é o fato de que em virtude das grandes transformações sociais, todos os indivíduos – independente da camada social a que pertençam – passam a se enxergar como reais titulares de bens jurídicos, de modo que deixam de ser os destinatários exclusivos da norma incriminadora e passam a se tornar os protegidos por ela, o que faz com que se rompa o superado discurso de que a pobreza é pré-requisito para a criminalidade.

Ao discorrer sobre o tema, SILVA SANCHÉZ (2002, p. 63,64) esclarece que:

5 Cf. SILVA SANCHES, Jesús María, “(...) junto com os meios de comunicação, não cabe negar que, em certas ocasiões, também as próprias instituições públicas de repressão da criminalidade transmitem imagens oblíquas da realidade, que contribuem com a difusão da sensação de segurança”. Op. Cit. p. 39



---

Além dos fatores anteriores, tampouco se pode perder de vista a mudança de posição de boa parte da criminologia de esquerda. Com efeito, a partir de um determinado momento se percebe que o enfoque dessa linha de pensamento é o de que os sujeitos pertencentes aos níveis inferiores da sociedade também são, acima de outras considerações, titulares reais de bens jurídicos (individuais ou difusos); que também os mesmos começam a ver a si mesmos mais como vítimas potenciais do que como autores potenciais. Com isso, aquela aliança um dia pretendida por um certo marxismo, entre delinquência e proletariado, se mostra absurda. Pelo contrário, desde a perspectiva de esquerda se insiste na necessidade de não desprezar as demandas de maior proteção (e, em todo caso, de não deslegitimação da proteção existente) que surgem de tais setores.

(...)

A reviravolta tem sido tamanha que aqueles que outrora repudiavam o Direito Penal como braço armado das classes poderosas contra as “subalternas” agora clamam precisamente por mais Direito Penal contra as classes poderosas.

Essa nova espécie de delinquência surge, assim, em virtude da globalização econômica e emerge, segundo a doutrina, como uma espécie de *crime of the powerful*, cuja configuração se sustenta em bases significativamente diversas daquelas que sustentam o Direito Penal Clássico, nos chamados *crimes of the poweless*.

Isto porque, os crimes econômicos são, em sua maioria, praticados por sujeitos de alta posição social, o que faz com que a sociedade conclua que estes criminosos poderão, então, diante de seu grande poder de influência, manipular o sistema penal, a ponto de se tornarem imunes às suas conseqüências.

16

Sendo assim, a fim de compensar essa incerteza de punição, o legislador, na tentativa de acalmar o brado social, acaba por criar leis mais severas, reforçando, com isso o aspecto simbólico da punição.

(...) a exigência de responder à globalização e sua delinquência se concebe, em geral, em termos punitivistas, isto é, de evitação de hipotéticas lacunas, assim como o reequipamento jurídico-penal diante de modelos de delinquência que criam uma forte sensação de insegurança, não somente aos indivíduos, mas também – de modo especial – aos próprios Estados. Se a isso se adiciona o evidente déficit de aplicação (*Vollzugsdefizit*) da legislação penal em tais âmbitos, dada a magnitude da tarefa assumida, parece razoável pensar que a menor *certainty* da conseqüência jurídico-penal (ou, em outras palavras, o inevitável caráter seletivo da repressão) se veja compensada como uma maior *severity* da mesma (isto é, com um reforço dos aspectos simbólicos da sanção). (SANCHÉZ, 2002, p. 77)

Com isso, o Direito Penal acaba se expandindo em velocidade acelerada e se desvinculando de seus princípios, de suas regras gerais e de seu fim, na medida em que se passa à criação de um sistema punitivo particular, identificado como um Direito Penal do Inimigo, cujos contornos e características já podem ser encontrados no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3 O DIREITO PENAL DO FATO E O DIREITO PENAL DO AUTOR

É certo que todo indivíduo, dada sua natureza humana, é um ser falível. Sendo assim, a ofensa à norma jurídica pressupõe um mero deslize cuja ação, ainda que mereça



sanção, deve ser imposta de forma justa, respeitando-se todos os direitos e garantias processuais daquele cidadão que a infringiu.

Assim, o Direito Penal do cidadão é aquele que define e sanciona delitos praticados por indivíduos de forma incidental e não contumaz, cujas condutas delitivas são havidas, normalmente, como simples expressão de um abuso.

Assim, quando o autor do fato é um sujeito normal – e não um inimigo que deva ser destruído – tais crimes passam a ser tratados como um deslize reparável (JAKOBS, 2007, p. 35), razão pela qual lhe são assegurados todos os direitos e as garantias de um cidadão comum já que esse, em tese, será capaz de, futuramente, agir de maneira socialmente adequada.

De outro lado, alguns sujeitos, dada sua condição pessoal, decorrente de uma atuação criminosa habitual, alcançam o *status* de inimigo, haja vista que, como não seriam capazes de se comportar adequadamente, não lhes seria possível conceder os direitos e garantias dignas de um cidadão<sup>6</sup>.

### 3.1 GARANTISMO PENAL

O garantismo penal surge das reflexões do italiano Luigi Ferrajoli que, partindo de dez axiomas<sup>7</sup> consagrados como garantias clássicas dos cidadãos, construiu a idéia de um Direito Penal mínimo, limitador do poder punitivo estatal.

Com isso, o Direito Penal deixou de ser entendido como mero instrumento para prevenir e punir os injustos penais e passou a ser compreendido também como meio de proteção ao cidadão delinqüente, evitando-se, com isso que lhe sejam impostas, pelo Estado, medidas cruéis e desproporcionais.

Da expressão garantismo, pode-se extrair, segundo seu idealizador, três significados diversos.

O primeiro designa um modelo normativo de direito, de modo que se institui um sistema penal de estrita legalidade, onde através de sua intervenção mínima, busca diminuir a violência e, em contra partida, aumentar a liberdade do cidadão.

Para tanto, faz-se necessário não só a previsão de princípios constitucionais mas, também, a sua efetividade no ponto de vista prático, a fim de que se criem mecanismos eficazes a garantir a liberdade do cidadão e controlar a atuação estatal.

sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com o tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

6 Cf. SILVA SANCHÉS “o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso é alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.” (*A expansão do Direito Penal*. P. 194

7 Os dez axiomas nos quais se assenta o garantismo penal são: 1) Nulla poena sine crimine; 2) Nullum crimen sine lege; 3) Nulla lex poenalis sine necessitate; 4) Nulla necessitas sine iniuria; 5) Nulla iniuria sine actione; 6) Nulla actio sine culpa; 7) Nulla culpa sine iudicio; 8) Nullum indicium sine accusatione; 9) Nulla accusatio sine probatione; 10) Nulla probatio sine defensione Cf. QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*, 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.



---

Tratando-se de um modelo limite, dever-se-á, por outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tout court*, de graus de garantismo; e de sistema. Diremos, por exemplo, que o grau de garantismo do sistema penal italiano é decididamente elevado caso se considerem os seus princípios constitucionais, enquanto é posto em níveis baixíssimos, caso se considere a sua prática efetiva. E mensuraremos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo. (FERRAJOLI, 2006, p. 786)

Em um segundo momento, garantismo pode significar, também, uma teoria jurídica de validade e efetividade, onde se impõe aos operadores do direito uma eterna análise crítica quanto à sua aplicação não só no plano normativo (dever-ser), como também no plano da realidade (ser).

(...) garantismo designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas.

Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados “o ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a como a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e Dora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Uma aproximação tal não é nem puramente “normativa” nem puramente “realista”: a teoria que esta é hábil a fundar, precisamente, é uma teoria de divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes. A desenvolvida neste livro é, por exemplo, uma teoria garantista de direito penal ao mesmo tempo normativa e realista: referida ao funcionamento efetivo do ordenamento, o qual se exprime nos seus níveis mais baixos, autoriza a revelar-lhe os lineamentos de validade e sobretudo de invalidade; referida aos modelos normativos, os quais exprimem nos seus níveis mais altos, a idônea a revelar-lhes o grau de efetividade e, sobretudo, de não efetividade. Sob ambos os aspectos, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo. (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

Em seu terceiro significado, tem-se que o garantismo designa uma filosofia política “que requer do direito e do Estado o ônus de justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou garantia constituem a finalidade.” ((FERRAJOLI, 2006, p. 787).

Assim, nesses pilares, o garantismo busca sua efetivação não apenas do ponto de vista externo (ético-político) como também no interno (jurídico), na tentativa de que, com o respeito às garantias constitucionais, possa-se contribuir com a crise do sistema penal.

Por essa razão, o garantismo compreende diversas fases de aplicação, incidindo, portanto, desde a criação da lei penal e processual penal, ditando a escolha dos princípios a serem adotados e dos bens jurídicos a serem protegidos, passa pela persecução penal, seja na fase investigativa ou na jurisdicional, até alcançar a execução da pena e eventuais benefícios penitenciários que devam ser observados.

Deste modo ao cidadão que infringe a norma penal, devem ser observados os princípios e garantias fundamentais, evitando-se, com isso, o arbítrio estatal, já que sua conduta desviante representaria, no ponto de vista jurídico e social, um mero deslize reparável. (JAKOBS, 2007, p. 35).

O delito de um cidadão “não surge como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como desgaste dessa, como deslize reparável e, por isso – conclui Jakobs – “o Estado moderno vê no autor de um fato – de novo, uso essa palavra pouco exata – normal..., que mediante sua conduta infringiu a vigência da norma e que por isso é chamada – de modo coativo, mas enquanto cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano à vigência da norma. Isto é assim quando o autor, apesar de prática do fato delituoso, oferece garantias de que se portará como um cidadão, isto é “como pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico”. Por isso, em princípio, um “ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso” pois este, por um lado, “tem o direito a voltar a se entender com a sociedade, e para isso deve conservar o status de pessoa, de cidadão” e, por outro lado, “tem o dever de proceder à reparação e os deverem tem como pressuposto a existência da personalidade” (MARTIN, 2007, P. 82).

Deste modo, ao cidadão que infringe a norma penal, devem ser observadas as garantias penais e processuais previstas no ordenamento jurídico. Situação esta que, ao contrário, não deve ser observada ao inimigo, dado o alto risco que este, em tese, representaria à sociedade.

## 3.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 3.2.1 HISTÓRICO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida por Gunther Jakobs, idealizador do funcionalismo sistêmico, onde se definia que a sociedade seria o núcleo do sistema, e o indivíduo deveria ser tratado apenas como um subsistema.

Para Jakobs, o Direito Penal não mais deveria ater-se à proteção do bem jurídico, mas sim à proteção da norma, ou seja, das regras de conduta que devem orientar o convívio social.

Jakobs tratou pela primeira vez sobre essa questão em maio de 1985, quando em um Seminário de Direito Penal, realizado na cidade de Frankfurt, Alemanha, sustentou que o Direito Penal não era mais uma resposta da sociedade a um fato criminoso, mas sim uma reação desta contra um inimigo.

Em outubro de 1999, em palestra realizada na Conferência do Milênio em Berlim, Alemanha, Jakobs buscou legitimar e justificar o Direito Penal do Inimigo, apresentando-lhe como um Direito Penal de exclusão, onde os infratores não mais seriam tratados como pessoas ou cidadãos e sim como “inimigos” que, como tais, deveriam ser eliminados da sociedade.



---

Dessa forma, explica MORAES (2011, p. 185):

Em 1985, até com certo sarcasmo (ao se adotar terminologia que facilmente seria hostilizada), Jakobs pretendia demonstrar que a legislação penal, sobretudo na Alemanha, já estava contaminada por caracteres que ele definia como um modelo de Direito Penal completamente diferente dos paradigmas do modelo liberal-clássico. Em 1999, com a institucionalização e aparente legitimação desses novos parâmetros, em vez de simplesmente legitimá-los e adotá-los [...], Jakobs parece concluir que o retrocesso aos paradigmas exclusivamente clássicos seria impossível. Dessa forma, advertiu para a necessidade de se delimitar e diferenciar dois modelos de Direito Penal – “do cidadão” e “do inimigo”, de forma a evitar a completa contaminação do modelo de inspiração iluminista.

Em que pesem as inúmeras críticas que se faz com relação a esse modelo penal, certo é que na última década, o aumento da criminalidade econômica e de crimes violentos como o terrorismo, por exemplo, acabou por fomentar este debate, de modo que alguns países (como o Brasil) implicitamente já aderem a esse odioso sistema penal, tanto assim, que seus traços já podem ser observados – e encontram-se positivados – em seus ordenamentos jurídicos internos.

### 3.2.2 CONCEITO

O inimigo é o sujeito cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação à uma organização, reflete seu distanciamento com as normas sociais de conduta e representam a “negação frontal dos princípios políticos ou socioeconômicos básicos do nosso modelo de convivência (SANCHÉZ, 2002, 164).

20

Assim, o Direito Penal do Inimigo se transforma em verdadeira “legislação de luta ou de guerra contra o inimigo, cujo único fim seria a exclusão e inocuidade” (MARTÍN, 2007, p 85) do criminoso, já que este, em tese, não ofereceria garantias mínimas à sociedade de que um dia poderia ser fiel às normas e ao ordenamento jurídico.

A sua falta de comprometimento social lhe impõe, então, um *status* de inimigo e, como tal, não lhe poderiam ser assegurados os direitos e garantias fundamentais próprios de um cidadão<sup>8</sup>.

Nessa perspectiva tem-se que o criminoso inimigo não é um cidadão:

(...) los enemigos no son ciudadanos sino combatientes, no procede observar unos derechos diseñados precisamente para los ciudadanos, todo ello en una línea que recuerda la famosa dialéctica amigo-enemigo de Schmitt. Esta última representa seguramente la interpretación más correcta del Derecho penal del enemigo de Jacobs, que no se presenta propriamente como una agravación dentro todavía del Derecho penal (adelantamiento de barreras protectoras, relajación de garantías), sino como una segregación entre los ciudadanos que obedecen habitualmente (aunque a veces desfallezcan) y aquellos otros, no ciudadanos, que desafían y resisten al Derecho y que, por tanto, se sitúan fuera del mismo. Sólo gozan de derechos los obedientes, quienes aceptan las obligaciones, bien que puedan eventualmente incumplirlas; los demás son meros objetos para el Derecho y los crimines que pudieran realizar no son

---

<sup>8</sup> “El Derecho penal del enemigo, que se presenta como alternativa concurrente con el viejo y buen derecho penal (...) pasando desde luego por la propuesta más articulada (y temible) de Jacobs que supone una auténtica reetirada del Derecho penal para cierto tipo de autores que tienen la consideración de enemigos, no de ciudadanos, ni siquiera de ciudadanos delincuentes. De un modo u otro y por lo que aquí interesa, cabe decir que el Derecho penal del enemigo supone crear para cierto tipo de autores un sistema punitivo, procesal y carcelario paralelo al ordinario; como ha sido llamado, un Derecho penal de tercera velocidad.” (PRIETO SANCHIS, Luis. *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid: Iuste, 2011. P. 69)



---

propiamente delitos, sino actos de guerra. Con ellos hemos abandonado un Derecho penal del hecho para abrazar de nuevo un Derecho penal de autor. (SANCHÍS, 2011, p. 70).

Segundo Jakobs, deve haver a distinção entre pessoas/cidadãos e inimigos/não-pessoas, bem como a distinção de suas penalizações em caso de afronta ao ordenamento jurídico:

Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e, por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (HABIB, 2013, p. 24).

Com isso, no Direito Penal do cidadão, caso o indivíduo cometa um delito, ele não perderá sua característica de pessoa e, por isso, manterá as garantias penais e processuais que são asseguradas a todos os cidadãos.

ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível. (MORAES, 2011, p. 193)

Assim, aquele que perde a característica de pessoa, deve ser tratado como um inimigo, haja vista que sua hostilidade frente à sociedade e ao Direito, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro, com as normas de conduta.

Deste modo, tem-se que a conversão do cidadão em inimigo, dar-se-á com a reincidência, habitualidade, o profissionalismo delitivo e diante de sua integração em organizações delitivas<sup>9</sup> o que demonstraria a periculosidade do sujeito e a necessidade de que fosse ele prontamente combatido (SANCHÉZ, 2001, p. 164).

21

### 3.2.3 CARACTERÍSTICAS

Segundo a teoria ora descrita, inimigo é aquele sujeito que, ao contrário do cidadão, não oferece à sociedade, garantias mínimas de que será fiel à norma, de modo que, como não aceitaria as regras jurídico-sociais, não poderia gozar dos benefícios que o Direito oferece aos seus legítimos cidadãos.

Assim, não sendo este um sujeito processual, não teria direito a um procedimento em que se respeitasse a garantia do devido processo legal, devendo, por tanto, ser submetido a uma verdadeira legislação de guerra.

GOMES (2005, p. 01) destaca algumas das principais características do Direito Penal do Inimigo:

- (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança;
- (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade;
- (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro);

---

9 Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. “Os dados concretos que servem de base aos dispositivos específicos do Direito Penal do Inimigo são a habitualidade e o profissionalismo de suas atividades, mas, sobretudo, o fato de pertencerem seus autores a organizações que se opõem ao Direito e o exercício de sua atividade a serviço dessas organizações.”. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 83.



(d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigosos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

Para JAKOBS (2007, p. 107) “a pena não luta contra o inimigo; tampouco serve de estabelecimento de uma ordem desejável, mas só à manutenção da realidade social”. Desta forma, a pena seria insuficiente para combater o inimigo, dado seu caráter de reafirmação da norma jurídica, razão pela qual deveria ser destinada apenas aos cidadãos. Com isto, a punibilidade do inimigo somente poderia ser realizada através de medida de segurança.

A caracterização de inimigo é feita através da periculosidade que o indivíduo traz à sociedade, e não de sua culpabilidade. Não é necessário que haja alguma conduta culpável, mas sim a conjectura de que este possa vir a praticá-la, dado o perigo que representa à sociedade.

No lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede - neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena - de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito Penal do inimigo (neste contexto, Direito Penal ao menos em um sentido amplo: a medida de segurança tem como pressuposto a comissão de um delito) em vez do Direito Penal do cidadão. (JAKOBS, 2007, p. 23)

22

Assim, o objetivo deixa de ser a punição do indivíduo e passa a ser a eliminação do perigo, afastando o indivíduo que representa ameaça futura.

“Em relação à essa criminalidade, a reação do ordenamento jurídico se caracteriza pela neutralização do delinquente, na eliminação de um perigo, e não para a compensação de um dano causado à vigência da norma. A punibilidade segue para o âmbito da preparação e a pena se destina à garantia de segurança contra fatos futuros, e não à sanção de fatos passados, pois um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.” (HABIB, 2013, p. 24)

Pode-se concluir com isso que, quando o crime é praticado por um “cidadão”, este mantém seu *status* de pessoa mesmo após o cometimento do ato ilícito. Isso porque, não importa quão grave tenha sido a ação, é certo que o sujeito não colocou o Estado ou suas instituições em perigo.

Ao contrário disso, quando se trata do “inimigo” pouco importa seu grau de culpabilidade, já que o que se considera é sua suposta periculosidade, o que denotaria que este não possuiria garantias cognitivas suficientes de que, futuramente, iria se comportar de maneira socialmente adequada.

O *Direito Penal do inimigo* dirige-se àquelas pessoas que defraudam as



expectativas normativas e, além disso, não oferecem garantias cognitivas suficientes de um comportamento pessoal adequado ao direito e que, não só não podem esperar ser tratados ainda como pessoas, como também o Estado não *deve* tratá-los como tal, já que do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Assim, na criminalidade econômica, no terrorismo, na criminalidade organizada e nos delitos sexuais, o delinquente se afasta do Direito de maneira duradoura, não proporcionando uma garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. (HABIB, 2013, p. 23).

Essas circunstâncias demonstram que o inimigo não é sujeito de direitos, mas sim de coação, razão pela qual o Direito Penal do Inimigo busca a exclusão do perigo antes mesmo que ele se concretize.

Este fato, então, justificaria a punição de atos preparatórios e a adoção de medidas extremas durante a persecução penal, sem o atendimento às garantias penais e processuais, bem assim a desproporcionalidade das penas eventualmente impostas, além da evidente limitação ao condenado, de benefícios de natureza penitenciária.

#### 4 O CRIMINOSO ECONÔMICO COMO INIMIGO NO DIREITO PENAL

Tem-se, atualmente, que o crime não pode ser definido, simplesmente, como a inadaptação de classes menos favorecidas, já que não é mais uma exclusividade dessas classes (SHECAIRA, 2014, p. 176).

A fim de justificar essa nova forma de criminalidade, Sutherland passa a falar de uma espécie de organização diferencial e da aprendizagem dos valores criminais, onde se entende que o delinquente seria uma espécie de profissional que, como tal, precisaria e algum tipo de ensinamento para que pudesse delinquir.

(...) afirmava que o delinquente era um tipo de profissional que necessitava de um aprendizado, assim como todas as profissões precisam de um mestre. “Todo comportamento tem sua origem social. Começa como uma moda, torna-se um hábito ou costume. Pode ser uma imitação por costume, por obediência, ou por educação. O que é sociedade? Eu já respondi: sociedade é imitação”. Afloram de tal pensamento as chamadas leis da imitação. Para eles, as classes sociais exercem uma influencia sobre as outras, assim como os camponeses imitam as atitudes dos cidadãos. A imitação decorre, ademais, do grau de intimidade dos contatos interpessoais. Assim, ninguém nasce criminoso, mas o delito (e a delinquência) é o resultado da socialização incorreta. Não há, pois, “herança biológica”, mas sim um processo de aprendizagem que conduz o homem à prática dos atos socialmente reprováveis. (SHECAIRA, 2014, p. 176)

Assim, continua o autor que “uma pessoa se converte em delinquente quando as definições favoráveis à violação da norma superam as definições desfavoráveis” (SHECAIRA, 2014, p. 177) ao que se dá o nome de princípio da associação diferencial.

A partir dessa teoria, Sutherland passa a tratar de uma nova categoria de criminosos, aos quais passa a definir, posteriormente como “criminosos do colarinho branco”<sup>10</sup>.

Segundo SHECAIRA (2014, p. 180 e 181), o crime e o criminoso de colarinho branco traz algumas características diferenciais do crime comum:

10 “o crime do colarinho branco é aquele que é cometido no âmbito da sua profissão por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social.”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 180.



---

Inicialmente, o crime de colarinho-branco não pode ser explicado pela pobreza, nem por má habitação, carências de recreação, falta de educação etc., enfim aqueles critérios tradicionais explicativos da criminalidade. Um segundo aspecto a destacar é a grande dificuldade na elaboração de estatísticas, pois a cifra negra é alta e conta com certa proteção das autoridades governamentais na ocultação de certos fatos. Como consequência disso são enormes as dificuldades de se descobrir tais crimes, bem como em sancioná-los. Além disso, a própria comunidade mediante a opinião pública, traduz alguma perplexidade em identificar tais fatos como delituosos. Muitas pessoas não captam a essência danosa de alguns dos atos cometidos, normalmente identificados como crimes de colarinho-branco. Isto faz com que a própria legislação seja mais condescendente com tais agentes, seja não considerando tais atos delituosos, seja para conceder certas imunidades a seus autores, tais como: tribunais especiais, prisões diferenciadas, penas mais leves, etc.

Ao pesquisar essa nova forma de criminalidade, Sutherland concluiu que os criminosos de colarinho-branco recebiam tratamento penal diferenciado, dado seu *status* que não lhes fazia confundir com criminosos comuns, o que fazia com que houvesse um “misto de medo e admiração” (SHECAIRA, 2014, p. 181) por parte dos responsáveis pelo sistema de justiça penal que poderiam vir a “sofrer as consequências de um enfrentamento com os homens que detêm o poder econômico”. (SHECAIRA, 2014, p. 181).

24

De outro lado, a admiração do legislador para com esse tipo de sujeito, faria com que estes não o tratassem como criminoso o que justificaria a coibição de seus atos de maneira menos rigorosa, com a imposição de penas mais brandas e de inumeráveis benefícios pessoais, já que a imposição da pena como medida de ressocialização, não se justificaria já que não se trataria de sujeitos dessocializados (SHECAIRA, 2014, p. 182).

Segundo SHECAIRA, (2014, p. 182) “o crime de colarinho-branco é um crime; é uma espécie delitiva tratada com especial brandura; esse tratamento desigual – por sua leniência – é injusto, estando a demandar medidas específicas mais severas das instâncias formais de controle”.

Diante desse crescente discurso e do aumento desta espécie de criminalidade, a sociedade passa a exigir um maior rigorismo na aferição e na punição de condutas dessa natureza, de modo que os criminosos econômicos deixam de ser vistos como cidadãos merecedores de respeitabilidade – e admiração – social e passam a ser tratados como verdadeiros inimigos do Estado.

A fim de abrandar a ira social, inicia-se, então, uma desenfreada construção legislativa com o objetivo único de se punir com maior severidade esses criminosos e, em contrapartida, não se lhes permite o exercício dos princípios e garantidas fundamentais próprias de um cidadão.

Neste momento, passa-se, então, a implantar nos ordenamentos jurídicos internos, um Direito Penal do Inimigo, onde se pune o sujeito por aquilo que ele é – Direito Penal do Autor – e não pelo que fez – Direito Penal do Fato.

A evidência dessa nova tendência do Direito Penal, que se encontra atualmente positivado no direito brasileiro, está representada pelas leis de combate aos crimes econômicos – a exemplo disso a Lei 12.850/2013 de combate às Organizações Criminosas – em que se verifica a imposição de um tratamento penal mais rigoroso aos seus sujeitos, sem que, de outro lado, se observem seus direitos e garantias penais e processuais.



---

O ressurgimento do Direito Penal do Inimigo faz com que se atribua a determinados autores penas mais altas do que aquelas que seriam impostas a outros sujeitos que se encontrem em idêntica situação, de modo que tal providência acaba por ofender os princípios constitucionais e o próprio Estado Democrático e Social de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

Com a crescente onda de criminalidade econômica, a sociedade passa a sentir-se vítima de uma nova modalidade delitiva que, dado seu dinamismo e complexidade, exige a criação de novos mecanismos para combatê-la.

No entanto, considerando que seus agentes são, em regra, pessoas de alta respeitabilidade social, passa-se a exigir dos órgãos de controle social a implantação de um Direito Penal mais severo, digno de um verdadeiro inimigo, na tentativa de extirpar esses sujeitos da sociedade.

Com isso, começa-se a selecionar o destinatário da norma, a criminalizá-lo, marginalizá-lo e estigmatizá-lo, em total desatenção aos princípios e às garantias fundamentais exigidos pelo Direito Penal Garantista.

Verifica-se com isso um movimento mundial de criação legislativa que visa um tratamento diferenciado ao novo inimigo do Estado que passa a ser o principal alvo do Direito Penal, de modo que a sua positivação já pode ser verificada na legislação brasileira, como por exemplo, com a lei de Combate ao Crime Organizado (Lei 12.850/2013) que além de punir com maior rigorismo e severidade, limita direitos e garantias fundamentais do acusado.

É certo, no entanto, que essas normas acabam destinando-se a determinados sujeitos e não às condutas que, porventura, estes venham a praticar, evidenciando um Direito Penal do Autor e não do Fato.

Deste modo, seja na tipificação das ações ou omissões potencialmente lesivas atentatórias à sociedade, seja durante a persecução penal, ou na própria consequência sancionatória imposta ao autor da conduta desviante, faz-se necessário criar condições de respaldar um decisivo movimento de respeito e conhecimento à dimensão humana, com vistas a conferir ao criminoso econômico – assim como a todo e qualquer infrator submetido à persecução penal – maior respeito às garantias fundamentais, no alcance da tão esperada justiça social.

## REFERÊNCIAS

DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. *A Política Criminal na Encruzilhada*. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). *Revista Jurídica Unicoc*. Ano II, n.2, 2005. P. 1.

GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. trad.: Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HABIB, Gabriel. *Direito Penal Do Inimigo e a Lei De Crimes Hediondos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.



---

JAKOBS. Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal no inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo – A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. 7ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

PRIETO SANCHIS, Luis. *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid: Iuste, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Série As Ciências Criminais do Século XXI. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.