

OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PENAIS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

VERSUS O GARANTISMO PENAL

Flávio Schlickmann¹
Natália Vargas Zanchetta²
Daniel Jesus Padilha³

Recebido em: 07 nov.. 2018
Aceito em: 05 jul. 2019

Resumo: As garantias individuais de um cidadão devem ser asseguradas em todos os âmbitos, seja judicial ou extrajudicialmente, já que o Estado é fundado em uma Constituição garantista. Portanto, a presente pesquisa busca elucidar e compreender a constitucionalidade durante a persecução penal e o desenvolvimento de instrumentação processual dirigida aos crimes de corrupção. Para chegar ao desfecho utilizou-se a teoria do Garantismo, que protege as garantias fundamentais diante da arbitrariedade do poder de punir do Estado, sendo necessário por em prática a Constituição da República Federativa do Brasil. Estuda-se a teoria do direito penal do inimigo que aponta determinado grupo de delinquentes como inimigos do Estado e estes não devem possuir garantias fundamentais. Para tal, empregou-se o método indutivo, bem como as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.
Palavras-chave: corrupção; garantias fundamentais; instrumentação penal.

THE PENAL PROCEDURAL INSTRUMENTS IN COMBATING CORRUPTION

VERSUS THE CRIMINAL WARRANTY

Abstract: The individual guarantees of a citizen must be ensured in all areas, either judicially or extrajudicially, since the State is founded on a Constitution. Therefore, the present research seeks to elucidate and understand constitutionality during criminal prosecution and the development of procedural instrumentation directed at crimes of corruption. In order to arrive at the outcome, the Garantism theory was used, which protects the fundamental guarantees against the arbitrariness of the State's power to punish, and it is necessary to put into practice the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The theory of the criminal law of the enemy is studied that points to a determined group of delinquents as enemies of the State and these should not possess fundamental guarantees. For this, the inductive method, as well as the referent, category, operational concept and bibliographic research techniques were used.

Keywords: corruption; fundamental guarantees; criminal instrumentation.

1 INTRODUÇÃO

Os crimes contra a Administração Pública, em especial os relacionados a corrupção, têm

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Univali (2015), Especialista em Ciências Penais (2011), Bacharel em Direito pela Univali (2007). Advogado criminalista OAB/SC 26.814. Professor das disciplinas de Direito Penal, Processo Penal e Prática Penal na Univali desde 2012.

² Graduanda em Direito - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

³ Graduando em Direito - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

levantado diversas questões acerca da constitucionalidade dos procedimentos utilizados na persecução penal dos indivíduos, mostrando a importância de uma análise jurídica destas questões, levando em conta a Teoria do Garantismo e o chamado Direito Penal do Inimigo.

O presente artigo analisa as recentes manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, juntamente com alguns textos de propositura de lei, objetivando avaliar a existência de violações de garantias constitucionais nos procedimentos utilizados no judiciário, assim como no desenvolvimento de instrumentos penais, ponderando as intervenções estatais na esfera privada dos indivíduos e buscando entendimento acerca das suas motivações.

A pesquisa busca analisar a persecução penal em crimes contra a Administração Pública e a preservação de garantias fundamentais e liberdades individuais, analisando o conflito existente entre os instrumentos processuais do combate a corrupção e o garantismo penal. Quanto à metodologia utilizada na presente discussão, empregou-se o método indutivo, bem como as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

2 CORRUPÇÃO E SUA DEFINIÇÃO JURÍDICA

O crime de corrupção se alastrou significativamente na sociedade e, como forma de proteger a Administração Pública, o legislativo criminalizou a conduta por meio dos artigos 317 e 333 do código penal brasileiro, sancionando ainda a lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que trata sobre o enriquecimento ilícito de funcionários públicos no exercício de suas funções. Para uma melhor compreensão do delito, far-se-á uma breve análise das definições deste crime, bem como a distinção entre os crimes de corrupção passiva e ativa.

A palavra corrupção originou-se do latim, e adveio dos filósofos gregos⁴, onde surgiu a acepção latina do termo *corruptionis*, que significa romper totalmente; quebrar o todo; destruir os fundamentos, as estruturas de algo. Para Oliveira⁵, a palavra corrupção possui dois significados: perversão e suborno. Aquela refere-se à indução de libertinagem, como ocorre no crime de corrupção de menores, e esta compreende a ideia de suborno.

Neste mesmo sentido, Nucci⁶ ao tratar sobre corrupção, assinala que conceituar

⁴ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Apud SCHWANKE, Ana Carolina. **Avanços Normativos da Lei Nº 12.846 e sua Norma Regulamentadora na Prevenção da Corrupção no Âmbito Empresarial**. 2017. Disponível em: <[https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1658/1/Ana Carolina Schwanke.pdf](https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1658/1/Ana%20Carolina%20Schwanke.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2018;

⁵ EDMUNDO OLIVEIRA, apud BETTI, Francisco de Assis. **Lei n. 8.429/92 — dos crimes de corrupção e suas consequências**. 2000. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/253/523>>. Acesso em: 11 jun. 2018;

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.1-3;

corrupção é quase impossível, pois o termo possui vários significados e uma grande gama de consequências, mas que todos os significados possuem algo em comum, que é a negatividade da conduta. Ensina o autor que:

A corrupção caracteriza-se, nitidamente, pela negociata, pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, pela depravação moral de uma pessoa, gerando, muitas vezes, imensos estragos ao Estado. Mas a corrupção não se limita às fronteiras da Administração Pública, pois corre solta no ambiente privado, em particular, no cenário de empresas particulares. As maiores do mundo, que se auto intitulam honestas, são surpreendidas, de tempos em tempos, imersas na podridão dos negócios malvistas e ilegais.

O Código Penal brasileiro abrange a corrupção em dois artigos, ambos positivados em seu título XI, que trata dos crimes contra a Administração Pública. Por Administração Pública entende-se toda a atividade do Estado e de outras entidades públicas, todavia, pode-se afirmar que são crimes contra a Administração Pública todos os atos que atingem a atividade funcional do Estado.

Neste Sentido, leciona Hungria⁷:

[...] em sentido lato (que é o jurídico-penal), Administração Pública é a atividade do Estado, de par com a de outras entidades de Direito público, na consecução de seus fins, quer no setor do Poder Executivo (administração pública no sentido estrito), quer no do Legislativo ou do Judiciário. [...] onde quer que haja o desempenho de um cargo oficial ou o exercício de uma função pública, aí poderá ser cometido o específico ilícito penal de quo agitur, seja por aberrante conduta das próprias pessoas integradas na órbita administrativa, isto é, os funcionários públicos, agentes do Poder Público, empregados públicos, intranei, seja pela ação perturbadora de particulares extranei.

Assim, o termo Administração Pública denomina em resumo qualquer atividade do Estado. O Artigo 317 do Código Penal⁸, trata do crime de corrupção passiva, onde é possível extrair que somente o funcionário público poderá ser tipificado nesta conduta, visto que trata-se de crime próprio, onde o agente público valendo-se da função, utiliza da circunstância para auferir proveito próprio. Ressalta-se, que aqui o crime praticado pelo servidor, fere os princípios de probidade e moralidade no exercício da função pública, ocasionando prejuízos no exercício normal da administração pública, que é o bem jurídico tutelado pelo Estado.

A corrupção ativa pode ser entendida como a conduta do particular que oferece ou promete vantagem indevida a um funcionário público, para que este em razão da função que exerce, pratique, omita ou retarde ato de ofício. Trata-se de crime comum que pode ser praticado

⁷ NÉLSON HUNGRIA, *apud* BETTI, Francisco de Assis. **Lei n. 8.429/92 — dos crimes de corrupção e suas consequências**. 2000. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/253/523>>. Acesso em: 11 jun. 2018;

⁸ BRASIL. **DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

por qualquer pessoa. Conforme enfatiza Damásio de Jesus⁹:

[...] procura-se proteger o prestígio e a normalidade do funcionamento da Administração Pública. A atividade governamental tem sentido dirigido ao bem coletivo, pelo que a regularidade administrativa é uma de suas missões. Daí a punição a quem corrompe ou procura corromper o funcionário público.

Assim, o poder legislativo, preocupando-se em proteger a Administração e o patrimônio público em geral, por meio da punição daqueles que buscam auferir vantagem ilícita através dela, tipificou as condutas de corrupção passiva e ativa. Assim, quando se fala em corrupção no gênero, refere-se ao funcionário público, mas também ao particular, já que este pode cometer a corrupção ativa.

3 TEORIA DO GARANTISMO

Previamente à análise de casos recentes e dos posicionamentos apresentados pelos poderes estatais desde a publicação da Constituição Federal de 1988, no que concerne a utilização das normas processuais penais, mostra-se importante elucidar, além da teoria garantista, a posição das garantias no entendimento dos teóricos, bem como a importância da preservação de garantias junto ao direito penal.

Como principal expoente da teoria do garantismo, Luigi Ferrajoli¹⁰ expõe diversos pontos de vista e todas as interpretações e problemáticas imagináveis, o que faz com pontos relevantes à compreensão do tema. Cabe aqui referir, por exemplo, seu entendimento quanto à função prima do próprio Direito Penal, pois para o autor, as penas impostas pelo poder público ao cidadão que infringe normas não têm a função única de prevenir a prática criminosa, mas também a de impedir ou dificultar as “injustas punições”, quais seriam, por exemplo, os linchamentos públicos organizados por populares a supostos autores de crimes, mas também as ameaças advindas de uma punição irracional comandada pelo próprio ente estatal. Ademais, pontua o autor: “o Direito Penal, com aparente paradoxo, configura-se como uma técnica de controle que garante, com a liberdade física de infringir a lei pagando o preço da pena, a liberdade de todos”.

Nesta linha de raciocínio, percebe-se que há justa cooperação¹¹ entre a preservação

⁹ DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, *apud* BETTI, Francisco de Assis. **Lei n. 8.429/92 — dos crimes de corrupção e suas consequências**. 2000. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/253/523>>. Acesso em: 12 jun. 2018;

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 272;

¹¹ Da cooperação diz-se: “uma relação ecológica interespecífica harmônica não obrigatória, na qual há

de garantias e o Direito Penal, como elucidou Ferrajoli, ao mesmo tempo em que definiu a teoria garantista de forma mais facilmente compreensível:

"Garantismo", com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente (*sic*), a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.¹²

Em suma, a teoria garantista, bem fixada em suas bases jurídicas, filosóficas, e altamente humanistas, foi desenvolvida como forte instrumento na busca pela demonstração da importância da asseguuração das garantias fundamentais durante os procedimentos judiciais, encorajando o engajamento na preservação destas e delineando os riscos provenientes da submissão de cidadãos à procedimentos inconstitucionais.

Ainda com base na doutrina de Ferrajoli, é possível elencar as faces do termo “garantismo”, que em um primeiro momento indica um modelo normativo de direito, no que diz respeito ao Direito Penal, revelando-se um “sistema cognitivo ou de poder mínimo”. Além disso, declara-se como doutrina jurídica de legitimação e uma filosofia política. Em última análise, aborda a validade e a efetividade das normas, vez que é possível constatar frequente divergência entre a positivação e a real aplicação dos modelos garantistas de Estado.¹³

Em tempo, vale destacar outra constatação do autor, que auxilia a compreensão de seu raciocínio, e é pontuada por ele como o “alcance geral” da teoria:

O Estado de direito corresponde à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação estrutural e substancial de democracia.¹⁴

Por fim, é importante ressaltar que o próprio autor reconhece, desde o início, o caráter

vantagens recíprocas entre as espécies que se relacionam, ou seja, ocorre comum beneficiamento entre ambos os organismos, vivendo de forma independente” (RIBEIRO, Krukemberghe Divino Kirk da Fonseca. "Protocolo de cooperação"; *Brasil Escola*. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/biologia/protocolooperacao.htm>>. Acesso em 12 de junho de 2018.) Comparação livre dos autores;

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 271;

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684;

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 693;

utópico-liberal da teoria clássica do garantismo, mas frisa em todas as oportunidades suas possibilidades, já que, por ser ideal em sua forma, este modelo tem, com limites e necessidades previamente definidos, a aptidão para ser utilizado como “parâmetro e fundamento de racionalidade de qualquer sistema penal garantista”. Afirma Ferrajoli que o modelo “convenientemente redefinido”, pode ser satisfeito “em maior ou menor medida segundo as técnicas legislativas e judiciais adotadas”. Além disso, é necessário apontar aqui a serventia da teoria garantista que mais interessa a esta pesquisa, qual seja sua capacidade de demonstrar a validade/invalidade ou legitimidade/ilegitimidade das instituições penais e processuais penais quando confrontadas pelas constituições vigentes.¹⁵

4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA *VERSUS* PRESUNÇÃO DE CULPA

A presunção de inocência¹⁶ é uma das mais importantes garantias na persecução penal, e esta, para Lopes Júnior e Badaró¹⁷, é vista sob “aspecto de tratamento do acusado, onde uma pessoa que seja presumida inocente, não pode receber um tratamento equivalente ao de quem já foi condenado”.

Os juristas¹⁸, ao elaborarem parecer jurídico solicitado pela Advogada Maria Cláudia de Seixas, buscaram avaliar a limitação desta garantia na persecução penal. Ao vislumbrar o texto constitucional, afirmaram como marco temporal final da garantia o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como bem elucidada a magna carta¹⁹. Neste sentido, discorrem que a Decisão do HC nº 126.292/SP²⁰:

Restringe o arco temporal da garantia constitucional do art. 5.º, *caput*, inc. LVII, da Constituição, que estabelece como marco temporal final da presunção de inocência o “transito em julgado da sentença penal condenatória, e não “até a confirmação da sentença em segundo grau”!

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 34/35;

¹⁶ Tal garantia tem sido muito discutida a partir do dia 17.02.2016, com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC nº 126.292/SP, que decidiu por 7 votos a 4, considerar possível dar início a execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau;

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória** Consulente: Maria Cláudia de Seixas. São Paulo, 2016. p.12;

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória** Consulente: Maria Cláudia de Seixas. São Paulo, 2016. p.14;

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292;

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória** Consulente: Maria Cláudia de Seixas. São Paulo, 2016. p. 15;

Por ser o trânsito em julgado a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável²¹, concluíram que, em não havendo trânsito em julgado, vigora a regra de tratamento do acusado como presumido inocente, sendo vedado equipará-lo a condenado por sentença definitiva, e é portanto, inconstitucional antecipar o cumprimento da pena, por violar o princípio fundamental da presunção de inocência²².

Nota-se, portanto, violação de garantia fundamental durante a persecução penal, onde o Estado é próprio violador, agindo de maneira invasiva e irracional, tratando o acusado de maneira diversa do que assegura a Constituição, afastando o princípio da presunção de inocência e implementando o princípio da presunção de culpa no Estado Democrático de direito.²³

Algumas das dez medidas anticorrupção são exemplos da arbitrariedade estatal. A medida de teste de integridade²⁴, por exemplo, prevê que o poder público fica autorizado a submeter os agentes públicos, sem que estes tenham conhecimento, a testes aleatórios ou dirigidos, com o objetivo de testar a conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública, assim, o poder público ficaria autorizado a oferecer propina para o funcionário público em prol da moralidade. Percebe-se que o funcionário público é visto como culpado e deve provar a sua conduta moral diante da oferta feita pelo próprio Estado²⁵.

Outra medida arbitrária é a que trata de recursos manifestamente protelatórios²⁶, estabelecendo que se verificado caráter manifestamente protelatório ou considerado abusivo o direito de recorrer, o tribunal determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem. O projeto traz como justificativa o seguinte²⁷:

Nesse contexto é que são, em larga medida, utilizadas manobras recursais que, longe

²¹ BARBOSA MOREIRA, *apud* LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob, Cit., p.18;

²² LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória** Consultante: Maria Cláudia de Seixas. São Paulo, 2016. p.40;

²³ KNOLSEISEN, Michel; PORTELLA, José Carlos. **Crise do Garantismo** [10/10/2016]. Salvo melhor juízo. Entrevista concedida a Tiago Assunção e Carolina de Quadros. Disponível em: <<https://m.soundcloud.com/salvo-melhor-ju-zo/smj-30-cri-se-do-garantismo>>. Acesso em: 11/06/2018;

²⁴ FEDERAL, Ministério Público. **Medidas Anticorrupção**. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_ versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018. p.6-7;

²⁵ KNOLSEISEN, Michel; PORTELLA, José Carlos. **Crise do Garantismo** [10/10/2016]. Salvo melhor juízo. Ob. Cit.;

²⁶ FEDERAL, Ministério Público. **Medidas Anticorrupção**. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_ versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018. p.33;

²⁷ FEDERAL, Ministério Público. **Medidas Anticorrupção**. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_ versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018. p.34;

de configurarem o legítimo exercício do direito de recorrer, são, isto sim, a representação de seu abuso e do descaso com a Justiça. De fato, simples consulta aos sítios eletrônicos de Tribunais de todo o Brasil e, particularmente, das Cortes Superiores, aponta para o uso indiscriminado de recursos com a intenção única de dilatar o termo final do processo.

É evidente a grande hipocrisia estatal nesta medida, haja vista que as Fazendas Públicas recorrem insistentemente nos casos de indenização cível e nas ações de fornecimento de medicamentos, por exemplo, onde figura como réu o poder público²⁸. Resta saber se tais medidas serão aplicadas contra o Estado, ou somente a favor do Estado e em detrimento do cidadão.

Importante frisar neste contexto que o Estado cria os meios e prazos processuais e o principal descumpridor, imputando as partes a demora processual. Neste aspecto, é de se ressaltar que os prazos de defesa são irrisórios em comparação a demora estatal em entregar a prestação jurisdicional adequada.

Destarte, o estudo impulsiona até outro grande pilar da presunção de culpa, a mídia, que apresenta como inimigo o acusado por corrupção, e que influencia significativamente nas decisões do poder judiciário, tema este que será abordado no próximo tópico. Casara²⁹ leciona:

A mídia, ao trabalhar/selecionar as informações, produz efeitos na ação dos atores jurídicos e nas decisões judiciais, uma vez que produz subjetividades (individuais e coletivas). A mídia constrói a verdade, define o que se vai entender por justiça e confere o status do auso em determinado caso penal, declara quem é vítima de erro judiciário, ou quem é culpado. Cria-se um círculo vicioso, com a fabricação coletiva de determinada representação social e o discurso surgido “de cima para baixo” acaba sendo repetido “de baixo para cima”, tornando-se hegemônico.

No mesmo sentido, Nucci³⁰ elucida:

Se a autoridade policial apontar um brasileiro como suspeito (indiciamento), sabendo disso a sociedade, pelo trabalho da mídia, a conclusão é simples: ele é culpado. Se o órgão acusatório ingressar com ação penal contra um brasileiro, a situação se torna ainda mais grave: ele é *mesmo* culpado. Depois, se ele for absolvido, nada é noticiado – com o mesmo louvor que a mídia apresentou o indiciamento e a ação penal.

Por fim, faz-se mister mencionar o caso emblemático e bastante polêmico do ex-presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva³¹, que recentemente condenado por corrupção

²⁸ KNOLSEISEN, Michel; PORTELLA, José Carlos. **Crise do Garantismo** [10/10/2016]. Salvo melhor juízo. Ob. Cit.;

²⁹ CASARA, Rubens R R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 245;

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Da presunção de inocência à presunção de culpa: este é o Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/08/05/da-presuncao-de-inocencia-a-presuncao-de-culpa/>>. Acesso em: 16 jun. 2018;

³¹ **EL PAÍS: Faltam dados no debate sobre a prisão após condenação em segunda instância**. São Paulo, 19 abr. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/17/politica/1523982512_260960.html>.

e lavagem de dinheiro, encontra-se cumprindo pena após confirmação da sentença em segunda instância, com recurso ainda pendente. Exigir-se-ia sua posição como presumido inocente, sendo a prisão contrária ao previsto na Constituição.

5 CONFRONTOS NECESSÁRIOS: AS GARANTIAS E O PROCESSO

O segundo tópico trouxe à discussão relevante entendimento, elucidado a partir da doutrina de Ferrajoli, que aqui caberá eficientemente como forma de ligação entre as duas teorias abordadas durante a pesquisa. O autor discorreu acerca de uma das principais funções da teoria do Garantismo, com conclusões categóricas em diversas oportunidades, pelo que em uma delas afirmou:

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 ilegítimo³².

Desta forma, e levando em conta também o fator deslegitimador do direito penal em si, trazido pela mesma teoria, visto que proporciona aos juristas, em razão da larga possibilidade de aplicação das leis, ou mesmo da não utilização destas (dada a grande liberdade e desamparo trazidos pela desconsideração do diploma constitucional e de seu conteúdo), um “duplo ponto de vista”³³, o que tem o poder de gerar enorme insegurança jurídica, diminuindo progressivamente a força do direito penal, tanto como instituição prática quanto de forma simbólica. De um lado, os clamores populares e midiáticos que demandam um posicionamento específico. De outro, as visões pessoais quanto à preservação ou não de garantias individuais.

A seguir, o estudo versa sobre os projetos de lei constitucionalmente duvidosos e casos concretos recentes, visando a aproximação das teorias aqui abordadas e utilização das mesmas para identificação da posição das garantias junto ao direito penal e processual penal, buscando com isso avaliar o Estado de direito brasileiro conforme as conjunturas jurídicas atuais.

6 DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL MÁXIMO

De início, cabe elucidar os conceitos que envolvem o chamado Direito Penal do Inimigo

Acesso em: 16 jun. 2018;

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684;

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684;

e identificar sua participação na conjuntura jurídica brasileira. Esta proposta foi criada por Günter Jakobs, na década de 90, com o objetivo de partir a cessão penal do direito em duas. Uma parte seria destinada ao “cidadão correto”, e a outra ao inimigo. Sendo a primeira munida de garantias, e respeitando os direitos e os princípios advindos da Constituição. A segunda, todavia, destinar-se-ia à investigação e à persecução penal quando fosse o autor alguém considerado inimigo do Estado³⁴.

Jakobs teorizou afirmando que o Estado poderia “proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos aos que há de impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico”. De acordo com esta lógica, o direito penal do Inimigo seria positivado, alterando o ordenamento e violando garantias fundamentais, com o objetivo de não permitir a destruição do ordenamento pelos inimigos. O cenário em si já caracteriza enorme incongruência, porém, diversos pontos ainda surgem como reforço.

Em 2012, Greco³⁵ citou como possíveis inimigos no Brasil da época apenas os traficantes de drogas ilícitas. Como análise atual do cabimento de tal proposta dentro do ordenamento jurídico nacional, podem-se ver claramente figurando como inimigos ainda qualquer um minimamente envolvido com o tráfico de drogas, assim como, e principalmente, a classe política.

A influência da figura do Inimigo fica ainda mais evidenciada quando se analisa a divulgação midiática realizada sobre o andamento de inquéritos e ações penais envolvendo corrupção, ponto já levantado no tópico anterior. Toma-se como habitual a escancarada estigmatização de investigados, provocando a certeza da culpa logo de início, antes mesmo do oferecimento da denúncia pelo órgão acusador, o que mesmo assim não afastaria o caráter maléfico das notícias selecionadas e estrategicamente veiculadas.

Junto à sociedade brasileira, outra modalidade de sistema de punições bastante implorada é a do Direito Penal Máximo, que costuma ganhar força em tempos emergenciais. Não são, porém, demandas embasadas, já que também largamente influenciadas pela mídia, por meio da aliança entre a transmissão da crescente criminalidade e a emissão de opiniões

³⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Apud GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. 2012. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 16 jun. 2018;

³⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. 2012. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 16 jun. 2018;

juridicamente vazias. El Hireche explana os resultados desta união:

Traumatizadas, as pessoas clamam por uma maior proteção. Fecha-se, então o ciclo expansionista do Direito Penal: surge um problema, deste problema, há uma comoção e um apelo insistente, feito com o apoio da mídia, por uma proteção mais elevada; as pessoas se vêem ainda mais vulneráveis e cheias de medo, passando a aceitar, dessarte, violações às garantias individuais em nome de uma tão falada, prometida e ilusória segurança jurídica³⁶.

Föppel e Pedro Ravel Freitas Santos notam que, apesar da óbvia necessidade de resguardo dos bens jurídicos afetados quando do cometimento de crimes, e aí incluem-se os de corrupção, não é aceitável que a ascendência da criminalidade provoque o encolhimento de direitos e garantias fundamentais cobrados e conquistados com demora pelo povo brasileiro³⁷.

Greco³⁸ desenvolve importante reflexão acerca do discurso de maximização do direito penal:

Obviamente que tal raciocínio, por mais que traga um falso conforto à sociedade, não pode prosperar. Isso porque a própria sociedade não toleraria a punição de todos os seus comportamentos anti-sociais, aos quais já está acostumada a praticar cotidianamente. O mais interessante desse raciocínio é que somente gostamos da aplicação rígida do Direito Penal quando ela é dirigida a estranhos, melhor dizendo, somente concebemos a aplicação de um Direito Penal Máximo quando tal raciocínio não é voltado contra nós mesmos, contra nossa família, contra nossos amigos, enfim, Direito Penal Máximo somente para os “outros”, e, se possível, nem o “mínimo” para nós.

O autor ainda reforça este ponto de vista ao afirmar que a majoração das penas e a adição de tipos penais apenas provocam o enfraquecimento deste ramo do direito, que ao sobrecarregar ainda mais os recursos utilizados para a investigação e a execução das condenações no país, reduz a credibilidade da justiça, viabilizando o cometimento de cada vez mais crimes, pela grande probabilidade de não haver punição.³⁹ O direito penal máximo resume-se em enorme desserviço ao funcionamento de um Estado de direito.

³⁶ EL HIRECHE, Gamil Föppel. Apud SANTOS, Pedro Ravel Freitas; EL HIRECHE, Gamil Föppel. Por que os ‘pacotes anticorrupção’ são inócuos, ilegítimos e inconstitucionais? 2015. Disponível em: <<https://felipebittencourt.jusbrasil.com.br/artigos/215856995/por-que-os-pacotes-anticorruptao-sao-inocuos-ilegitimos-e-inconstitucionais>>. Acesso em: 17 jun. 2018;

³⁷ EL HIRECHE, Gamil Föppel. Apud SANTOS, Pedro Ravel Freitas; EL HIRECHE, Gamil Föppel. Por que os ‘pacotes anticorrupção’ são inócuos, ilegítimos e inconstitucionais? 2015. Disponível em: <<https://felipebittencourt.jusbrasil.com.br/artigos/215856995/por-que-os-pacotes-anticorruptao-sao-inocuos-ilegitimos-e-inconstitucionais>>. Acesso em: 17 jun. 2018;

³⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. 2012. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

³⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. 2012. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 16 jun. 2018

7 MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO E O PROCESSO PENAL VIGENTE

No ano de 2005, foi lançado o projeto de lei número 5586⁴⁰, que pretendia acrescentar o artigo 317-A ao Código Penal. Este novo crime tipificaria a primeira versão do enriquecimento ilícito, penalizando o funcionário público que possuísse, mantivesse ou adquirisse bens ou valores, em proveito próprio ou de outrem, que fossem incompatíveis com a evolução de seu patrimônio. O projeto, que tramitou em sua maior parte em regime de urgência, solicitado pelo poder Executivo, foi analisado por Föppel e Santos. As críticas tecidas pelos autores serão utilizadas para análise de versão mais recente de tentativa de tipificação da conduta de enriquecimento ilícito.

As 10 medidas contra a corrupção estão apresentadas em domínio especial pertencente ao site do Ministério Público Federal, onde é possível acessar o PL 4850/2016⁴¹, que organizou diversas propostas. Nelas, a criminalização do enriquecimento ilícito dá-se nos seguintes termos:

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito [...] § 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

Referindo-se ao primeiro projeto, em análise que aproveita também ao mais recente, Föppel e Santos⁴² o frisam como um tipo penal dispensável em sua totalidade, visto que não há para o funcionário público outra forma de enriquecer ilicitamente, se não por meio dos outros crimes já tipificados, como a corrupção e o peculato. Neste sentido, o concurso deste novo tipo com outro de sua natureza, que seria a causa do primeiro, caracterizaria a ocorrência da punição dupla, o *bis in idem*. Ainda, mesmo que este princípio não seja violado, existe aqui novamente, a desconsideração do princípio da presunção de inocência, já que mesmo na impossibilidade de

⁴⁰ BRASÍLIA. Congresso Nacional. Projeto de Lei 5586/2005. **Acrescenta o art. 317-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2005/msg411-050630.htm>. Acesso em: 19/06/2018;

⁴¹ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4850/2016. **Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em: 19/06/2018;

⁴² EL HIRECHE, Gamil Föppel. Apud SANTOS, Pedro Ravel Freitas; EL HIRECHE, Gamil Föppel. Por que os 'pacotes anticorrupção' são inócuos, ilegítimos e inconstitucionais? 2015. Disponível em: <<https://felipebittencourt.jusbrasil.com.br/artigos/215856995/por-que-os-pacotes-anticorruptao-sao-inocuos-ilegitimos-e-inconstitucionais>>. Acesso em: 17 jun. 2018;

condenação por crime mais grave, por falta de elementos probatórios, ou mesmo pela existência de nulidades, permaneceriam os indícios de enriquecimento, garantindo ao menos esta condenação.

Neste ponto, não restam dúvidas acerca da influência dos Direitos Penais anteriormente explanados. A expansão da legislação criminal está presente, de forma a, nas palavras dos autores, “criar falsas esperanças ao povo e abraçar um Estado cada vez mais policialesco”. Da mesma maneira, o Direito Penal do Inimigo é notado ao passo em que trata de forma diversa o funcionário público infrator, já que é o único autor de crime ao qual não é dada a permissão, e ainda pune-o quando o faz, de “ostentar” a riqueza auferida por meio ilícito.⁴³ A transformação da corrupção em crime hediondo fixa a classe política na posição do inimigo, prejudicando qualquer tentativa de manutenção do Estado democrático e de direito no país.

Com o objetivo de conectar os conteúdos abordados e instigar a análise crítica da legislação processual penal vigente, vale aqui ressaltar que, dentre os países da América do Sul, o processo penal da Justiça Federal argentina e o processo penal brasileiro são os únicos ainda não adequados ao Sistema Acusatório⁴⁴.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado democrático de direito instituído por lei máxima, as garantias individuais devem ser asseguradas por toda a legislação infraconstitucional. Todavia, conforme análises realizadas na presente pesquisa, o ordenamento jurídico brasileiro compromete a adequação do país a esta regra, inviabilizando a efetivação do sistema de direitos e garantias fundamentais.

Ao longo do estudo, verificou-se a existência de extensa violação do princípio da presunção de inocência, ao passo que recentes decisões proferidas pelo tribunal constitucional pátrio, que detém o dever de zelar pela integridade da Constituição, apresentam teor contrário à função atribuída a esta corte. Agindo assim, prejudica-se a legitimidade do ordenamento jurídico e dá origem à um estado de exceção.

Além disso, nota-se amplo esforço por parte dos três poderes, no sentido de promover

⁴³ EL HIRECHE, Gamil Föppel. Apud SANTOS, Pedro Ravel Freitas; EL HIRECHE, Gamil Föppel. Por que os ‘pacotes anticorrupção’ são inócuos, ilegítimos e inconstitucionais? 2015. Disponível em: <<https://felipebittencourt.jusbrasil.com.br/artigos/215856995/por-que-os-pacotes-anticorruptao-sao-inocuos-ilegitimos-e-inconstitucionais>>. Acesso em: 17 jun. 2018;

⁴⁴ MOREIRA, Rômulo Andrade. *O novo Código de Processo Penal do Uruguai – Enquanto isso no Brasil...* 2017. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/o-novo-codigo-de-processo-penal-uruguai-enquanto-isso-no-brasil/>>. Acesso em: 19/06/2017;

flexibilizações direcionadas ao combate da corrupção, levando em consideração não apenas os dispositivos legais, mas também atribuindo grande valor à opinião pública.

Desta forma, tem-se que os instrumentos processuais do combate a corrupção contrariam diretamente o garantismo penal, uma vez que consistem em evidentes violações aos direitos constitucionalmente assegurados dos cidadãos do Estado Democrático de Direito, criando um verdadeiro Estado de Exceção.

9 REFERÊNCIAS

BETTI, Francisco de Assis. **Lei n. 8.429/92 — dos crimes de corrupção e suas consequências**. 2000. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/253/523>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Brasil Escola. Disponível em:

<<https://brasilecola.uol.com.br/biologia/protocooperacao.htm>>. Acesso em 12 de junho de 2018.) Comparação livre dos autores.

BRASÍLIA. Congresso Nacional. **Projeto de Lei 5586/2005**. Acrescenta o art. 317-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2005/msg411-050630.htm>. Acesso em: 19/06/2018.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4850/2016**. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filenome=PL+4850/2016>. Acesso em: 19/06/2018.

BRASÍLIA. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em:

<http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 19/06/2017.

CASARA, Rubens R R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

EL PAÍS. Faltam dados no debate sobre a prisão após condenação em segunda instância. São Paulo, 19 abr. 2018. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/17/politica/1523982512_260960.html>. Acesso em: 16 jun. 2018.

FEDERAL, Ministério Público. **Medidas Anticorrupção**. Disponível em:

<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. 2012. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

KNOLSEISEN, Michel; PORTELLA, José Carlos. **Crise do Garantismo** [10/10/2016]. Salvo melhor juízo. Entrevista concedida a Tiago Assunção e Carolina de Quadros. Disponível em: <<https://m.soundcloud.com/salvo-melhor-ju-zo/smj-30-crise-do-garantismo>>. Acesso em: 11/06/2018.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória Consulente: Maria Cláudia de Seixas**. São Paulo, 2016.

MOREIRA, Rômulo Andrade. **O novo Código de Processo Penal do Uruguai – Enquanto isso no Brasil...** 2017. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/o-novo-codigo-de-processo-penal-uruguai-enquanto-isso-no-brasil/>>. Acesso em: 19/06/2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Da presunção de inocência à presunção de culpa: este é o Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/08/05/da-presuncao-de-inocencia-a-presuncao-de-culpa/>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

SANTOS, Pedro Ravel Freitas; EL HIRECHE, Gamil Föppel. **Por que os 'pacotes anticorrupção' são inócuos, ilegítimos e inconstitucionais?** 2015. Disponível em: <<https://felipebittencourt.jusbrasil.com.br/artigos/215856995/por-que-os-pacotes-anticorrupcao-sao-inocuos-ilegitimos-e-inconstitucionais>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

SCHWANKE, Ana Carolina. **Avanços Normativos da Lei N° 12.846 e sua Norma Regulamentadora na Prevenção da Corrupção no Âmbito Empresarial**. 2017. Disponível em: <[https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1658/1/Ana Carolina Schwanke.pdf](https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1658/1/Ana%20Carolina%20Schwanke.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2018.