

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO

MATHEUS DE LIMA YEH

PRISÃO PREVENTIVA: análise acerca da relação do art.312 do CPP com o direito penal do inimigo e seus possíveis reflexos no encarceramento

Maceió
2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO

MATHEUS DE LIMA YEH

PRISÃO PREVENTIVA: análise acerca da relação do art.312 do CPP com o direito penal do inimigo e seus possíveis reflexos no encarceramento

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas(FDA/UFAL) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Elaine Cristina Pimentel Costa

Assinatura da orientadora

Maceió
2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

Y43p Yeh, Matheus de Lima.
Prisão preventiva : análise acerca da relação do art. 312 do CPP com o direito penal do inimigo e seus possíveis reflexos no encarceramento / Matheus de Lima Yeh. – 2022.
53 f.

Orientadora: Elaine Cristina Pimentel Costa.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 52-53.

1. Direito penal do inimigo. 2. Prisão preventiva. 3. Punição. 4. Direito penal. 5. Processo penal. I. Título.

CDU: 343.1

Folha de Aprovação

AUTOR: MATHEUS DE LIMA YEH

PRISÃO PREVENTIVA: análise acerca da relação do art.312 do CPP com o direito penal do inimigo e seus possíveis reflexos no encarceramento.

Dissertação de conclusão de curso, apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no dia 18 de maio de 2022.

Professora Dra. Elaine Cristina Pimentel Costa, Faculdade de Direito de Alagoas. (Orientadora)

Banca Examinadora:



Professor Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (Presidente)

Professor Dr. Hugo Leonardo Rodrigues Santos. (Membro)

THIAGO CHACON
DELGADO:07271338454

Assinado de forma digital por THIAGO
CHACON DELGADO:07271338454
Dados: 2022.05.20 08:40:49 -03'00'

Mestrando Thiago Chacon Delgado (Suplente)

Dedico essa dissertação às duas mulheres que são os pilares da minha trajetória, a minha mãe que sempre foi sinônimo de força e honestidade, e a minha noiva que desde o momento em que nos conhecemos foi a minha principal incentivadora. Como dizia Zaffaroni, “cada um de nós se torna aquilo que os outros veem em nós”, e vocês sempre enxergaram o meu melhor, de uma forma que nem eu podia ver.

RESUMO

O presente trabalho possui como principal objetivo identificar quais são as ligações entre o direito penal do inimigo com o instituto da prisão preventiva, e para isso, serão analisadas a legislação pertinente, com as alterações trazidas pelo pacote anticrime, tal como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema. De tal maneira que sejam observadas as características da teoria de Gunther Jakobs e sua possível conexão e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, tal como seus reflexos e contribuição para o crescimento da população carcerária no país. Através da exploração de casos concretos, busca identificar se existem “inimigos” no sistema brasileiro e quem são eles. Com isso, visa-se não apenas delimitar a aplicação das prisões provisórias, apontando incongruências em sua aplicação, mas também examinar suas possíveis incompatibilidades com um processo penal constitucional, de forma que sejam discutidas alternativas para o constante crescimento da punibilidade através das prisões.

Palavras-chave: direito penal do inimigo, prisão preventiva, encarceramento, punição, direito penal, processo penal.

ABSTRACT

The main objective of this work is to identify the links between the criminal law of the enemy with the institute of pretrial detention, and for this, the relevant legislation will be analyzed, with the amendments brought about by the anti-crime package, as well as the doctrinal and jurisprudential understandings on the subject. In such a way that the characteristics of Gunther Jakobs' theory and its possible connection and application in the Brazilian legal system are observed, as well as its reflexes and contribution to the growth of the prison population in the country. As well as through the exploitation of concrete cases, identify if there are "enemies" in the Brazilian system and who they are. Thus, it aims not only to delimit the application of provisional prisons, pointing out incongruities in their application, but also to examine their possible incompatibilities with a constitutional criminal process, so that alternatives are discussed for the constant growth of punishability through prisons.

Key words: criminal law of the enemy, pretrial detention, incarceration, punishment, criminal law, criminal proceedings.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	vii
2. DIREITO PENAL DO INIMIGO: CONTEXTO HISTÓRICO E DESENVOLVIMENTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	ix
1.1 Direito penal e sociedade moderna	ix
1.2 Atualidade das políticas criminais: recrudescimento e expansão do direito penal	xi
1.3 Velocidades do direito penal de acordo com Jesús-Maria da Silva Sanches.....	xv
1.4 Direito penal do inimigo: reflexões e críticas	xvii
3. PRISÃO PREVENTIVA: A JUSTIFICAÇÃO DO PODER PUNITIVO COM FUNDAMENTO NA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.....	xxv
2.1 Requisitos e hipóteses de incidência.....	xxv
2.2 Ordem pública: inerência de problemas internos ao conceito.	xxvii
2.3 A necessidade como fundamento para a restrição de liberdade	xxxiii
2.4 Prisão preventiva e a exceção penal	xxxvi
4. REFLEXOS DO DIREITO PENAL DE PERICULOSIDADE NO CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA	xl
3.1 O (des)respeito aos Direitos Fundamentais no combate ao crime.....	xl
3.2 Impacto no sistema penitenciário	xlii
3.3 Prisões: combate ou perpetuação do crime?	xlvi
3.4 A neutralização do “inimigo” no Brasil.....	xlviii
5. CONCLUSÃO	l
6. REFERÊNCIAS	lii

1. INTRODUÇÃO

Em um estado democrático de direito é essencial a observância do processo penal de forma constitucionalizada, tendo em vista o reflexo dos direitos fundamentais do acusado no ordenamento jurídico infraconstitucional. Por isso, devem ser repudiadas, no que se refere ao direito penal, interpretações extensivas ou normas com viés segregacionista. Com base nisso, este trabalho de conclusão propõe uma análise acerca da prisão preventiva e sua possível aproximação com o direito penal do inimigo, visto que esse instituto possui grande importância no Brasil, dada sua influência no crescente encarceramento.

Historicamente, no Brasil, prevalece uma cultura de utilização das prisões como principal meio de punição. Fato que se agravou após a crescente guerra contra tráfico de entorpecentes e a tese de que as drogas são o principal motivo para a crescente criminalidade, argumento que legitima uma atuação mais enérgica em relação a esses crimes por parte do ente estatal, que em regra ocorre por meio da reclusão.

Nesse viés, a mídia, ou “quarto poder”, exerce uma função determinante nessa legitimação de instrumentos que combatam a criminalidade. Apesar de possuir uma papel de extrema importância na manutenção de qualquer democracia, também possui a capacidade de moldar a opinião pública, criando heróis e vilões por meio das notícias.

Nesse sentido, serão observadas, nessa pesquisa, as bases filosóficas que fundamentam o direito penal do inimigo, quem é ou pode se tornar inimigo e qual a sua relevância no que se refere a necessidade de atuação dos poderes da república, assim como, o papel da imprensa na crescente onda punitivista ocasionada por esse fenômeno.

De tal maneira, serão analisados por meio de aspectos doutrinários, jurisprudências, normativos e históricos, os requisitos para a decretação das prisões preventivas e suas hipóteses de aplicação. Com isso, visa-se através das decisões dos tribunais superiores, entender se de fato há um excesso de decretações desse tipo de prisão, e se há uma uniformidade quanto ao entendimento da presença dos requisitos e sua aplicação.

Além disso, com base em dados extraídos pelo departamento penitenciário, visa-se analisar os resultados práticos de políticas de encarceramento, fazendo o contraponto com base em posições doutrinárias e exemplificação com casos concretos, para que se possa analisar os requisitos das preventiva com o direito penal do inimigo e suas incompatibilidades com os postulados garantistas.

Não obstante, também serão observadas hipóteses em que a prisão pode ser aplicada de formas diferentes a sujeitos que praticam a mesma conduta, em situações que podem demonstrar um resquício de direito penal do autor no ordenamento brasileiro, de forma contrária à constituição.

No mais, em conjunto com conhecimentos criminológicos, principalmente relacionadas às escolas do conflito, visa-se entender o que são os inimigos, como surgiram, e qual a relevância desse tema no direito brasileiro, observadas as suas características.

Com isso, busca-se chegar a uma conclusão acerca da prisão preventiva e suas possíveis compatibilidades com o que chama de direito penal do inimigo, tal como os resultados gerados por esse fenômeno no âmbito penitenciário nacional.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO: CONTEXTO HISTÓRICO E DESENVOLVIMENTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

2.1 Direito penal e sociedade moderna

A princípio, antes de qualquer análise acerca dos institutos referentes ao Direito Penal do inimigo, é necessário fazer um breve relato sobre os elementos da sociedade moderna que de forma direta ou indireta continuam influenciando o Direito Penal. A atualidade, em especial, a era pós-revolução industrial, trouxe ao Direito Penal preocupações que acarretaram novas demandas e questionamentos sociais sobre a proteção de novos bens jurídicos como: o meio ambiente, bem como as novas espécies de tipificações criminais, tendo como ênfase o crime organizado, lavagem de capitais, terrorismo, dentre outros.

Diante dessa conjectura social, houve mudanças e influências no que diz respeito ao papel do legislador na confecção de normas, que por vezes, desconsideraram os princípios liberais, flexibilizando direitos e garantias típicas de um Estado de Direito.

Nesse contexto de sociedade moderna, a globalização econômica, caracterizada como um fenômeno que revolucionou não só o aspecto econômico, como também o político, social e do direito, proporcionou a discussão de novos rumos do direito penal.

Com a globalização e o crescimento de grandes metrópoles houve uma ruptura dos mecanismos tradicionais de controle (família, vizinhança, religião, escola) e pela pluralidade, praticamente sem limites, das alternativas de conduta¹ e pelo fato de haver uma diminuição no controle informal exercido pela sociedade, que é mais intenso em sociedades menos complexas, visto que

O anonimato proporciona, evidentemente, uma maior liberdade de postura pessoal, ao mesmo tempo em que se pode vir a criar alienação e isolamento. Proporciona mais autorresponsabilidade, da mesma forma que permite eliminar os freios de controle exercidos pelo entorno.²

Isso influenciou diretamente no crescimento da criminalidade, conforme preconiza Robert Park na corrente criminológica conhecida como Escola de Chicago – fenômeno que foi observado na cidade americana e que reflete a realidade atual de vários países subdesenvolvidos, carentes da intervenção de um Estado Social.

¹ ANDRADE, 1997, p. 269

² SHECAIRA, 2013, p.140-141

O declínio do Estado Social em que o ente estatal possui poder de intervir de forma controlada social e economicamente, superando a ideia de autorregulação³, foi dando espaço a uma política criminal relacionada com o expansionismo penal, no qual o Estado investe em medidas de coerção, bem como fortalecimento da criminalização e, deixa de lado medidas referentes a prevenção primária da criminalidade, como educação, saúde e outros meios que proporcionam condições mínimas para que o cidadão não venha a delinquir.

Observa-se que, a sociedade está em constante evolução, situação que desperta a necessidade de alteração constante das normas para que as demandas sociais sejam supridas. Não são raras as vezes em que o Direito Penal é utilizado como instrumento para acalmar o clamor público, divergindo da sua finalidade em um Estado Democrático de Direito, de modo que, assim, é utilizado apenas com o objetivo de punir, como um meio de segregação.

Seguindo essa linha, as legislações penais são cada vez mais utilizadas para regular os comportamentos humanos, pois “entre a concepção ideal de aplicação do Direito penal e sua consequente realização, há um homem em crise”⁴, conforme aponta Alexandre de Moraes. Razão pela qual é necessário intervir nas condutas nesse homem.

Não obstante, é possível inferir que, os limites são desrespeitados na busca por uma solução rápida, medidas de caráter excepcional com claras ofensas à direitos fundamentais passam a ser regra, caracterizando aquilo que Agamben denominou de Estado de exceção, que é “a terra de ninguém, entre o Direito Público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida, ou seja, apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”⁵

Além disso, é de se destacar que, hodiernamente, é notória a existência de uma mídia extremamente sensacionalista, que por vezes gera uma “espetacularização” do medo, fenômeno que ocasiona uma cortina de fumaça para os reais problemas sociais, despertando na sociedade um desejo de vingança para com os criminosos e, com isso, influencia o legislador a criar normas penais simbólicas, ferindo de morte o caráter de *ultima ratio* do Direito penal e fazendo com que este se torne instrumento de menor custo para satisfazer a população em detrimento da ausência de políticas públicas.

Ademais, como resultado da globalização tivemos a derrubada de barreiras nacionais e mercadológicas, assim como o estímulo crescente ao consumismo, fazendo com que se ampliasse a dicotomia entre classes sociais, em que as pessoas são divididas entre aquelas que fazem parte do mercado consumidor e podem usufruir de tudo que este pode proporcionar e

³ DAMIANO, 2005, p. 22

⁴ MORAIS, 2006, p.3

⁵ AGAMBEN, 2004, p.12

aqueles que não estão inseridas nesse grupo, ficando à margem desse movimento. Com isso, a modernidade demonstrou seus próprios estranhos, pessoas que não fazem parte do sistema, e por isso são excluídos, tornando-se invisíveis perante a sociedade.

Constata-se assim, que os estranhos da sociedade moderna não são compostos apenas por terroristas, traficantes de drogas ou integrantes de organizações criminosas, mas também por aqueles que o fenômeno globalizador, impulsionado pelo capitalismo desenfreado criou, provocando graves consequências na esfera penal, dando ensejo à elaboração de novos tipos penais diante das demandas que surgem e que o ordenamento jurídico não prevê.

Por isso, de forma equivocada, o encarceramento é utilizado como remédio pelo poder estatal como freio da crescente criminalidade, não à toa, afirma Bauman que durante os últimos 25 anos que antecederam a virada do século a população de encarcerados e de todos os que obtêm a sua subsistência da indústria carcerária, tem crescido constantemente, de forma diretamente proporcional à população dos ociosos.⁶

2.2 Atualidade das políticas criminais: recrudescimento e expansão do direito penal

2.2.1 O Direito Penal máximo e o Direito Penal Mínimo

Diante do crescimento da interferência estatal nas liberdades pessoais e a crescente onda de combate ao crime, torna-se importante abordar e diferenciar conceitos que dizem respeito ao direito penal máximo, assim como o direito penal mínimo.

A teoria minimalista possui como pressuposto a limitação do arbítrio estatal para a garantia dos direitos do cidadão, sendo imprescindível para a aplicação da pena que sejam observados os pressupostos racionalmente pensados e previstos legalmente, tal como os efeitos lesivos gerados, o contraditório e a ampla defesa. A imparcialidade do julgador deve objetivar a proteção dos direitos e garantias constitucionalmente previstas, limitando o Estado para uma maior segurança jurídica.

Por isso, princípios como a presunção de inocência do acusado e a garantia de não autoincriminação possuem uma grande importância, visto que a interpretação dos tipos penais devem ser norteadas por esses princípios, beneficiando o acusado.

Essa teoria possui como fundamento constitutivo a expressão de que nenhum acusado será considerado culpado até que se prove sua culpabilidade, bem como só poderá ser punido

⁶ MORAES APUD BAUMAN, 2006, p.49

após o regular processo, o qual garanta a ampla defesa e o contraditório, e caso não haja provas razoáveis de materialidade, como também autoria do crime e a imputação ao sujeito, deverá ser absolvido com base no princípio do *in dubio pro reo*.

De acordo com FERRAJOLI, temos que o direito penal mínimo:

[...] corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a "verdade formal", inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do favor rei, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena.⁷

Com base nisso, destaca-se a íntima ligação entre o direito penal mínimo e os postulados garantistas idealizados por Ferrajoli, uma vez que tais postulados preveem condições mínimas para que haja punição no âmbito penal. Nessa seara, NUCCI⁸ delimita e enumera os postulados garantistas, são eles:

[...]a) não há pena sem crime (*nulla poena sine crimine*); b) não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*); c) não há lei penal sem necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*); d) não há necessidade de lei penal sem lesão (*nulla necessitas sine injuria*); e) não há lesão sem conduta (*nulla injuria sine actione*); f) não há conduta sem dolo e sem culpa (*nulla actio sine culpa*); g) não há culpa sem o devido processo legal (*nulla culpa sine iudicio*); h) não há processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*); i) não há acusação sem prova que a fundamente (*nulla accusatio sine probatione*); j) não há prova sem ampla defesa (*nulla probatio sine defensione*).

Em contrapartida, o direito penal máximo, é incoerente em sua lógica jurídica, uma vez que possui uma elevada rigidez na aplicação de sanções, possuindo um discurso - comum na atualidade -, de severidade das normas para que com isso seja alcançada uma diminuição da criminalidade que tanto assola a sociedade, a política de tolerância zero encontra seara nesse expansionismo, já que o criminoso é visto como um mal que deve ser combatido de forma rápida e intensa para que a sensação de bem estar da sociedade seja reestabelecida.

⁷ FERRAJOLI, 2010, p. 83

⁸ NUCCI apud FERRAJOLI, 2020, p. 517

No âmbito dessa teoria, o direito penal deixa de ser a última opção para virar a primeira e mais acertada solução, acarretando uma desproporcionalidade entre as leis e os bens jurídicos protegidos, o que as torna irracional, esse tipo de intervenção, na visão de Nucci é “caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltado à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa do sacrifício de algum inocente.”⁹

A visão do direito penal máximo é de desrespeito as garantias materiais do cidadão, alterando políticas criminais e posteriormente leis para legitimar ações do Estado que ferem os direitos fundamentais e caminham à margem da ilegalidade. Por isso, não é uma teoria que se alinha com os preceitos expressos presentes na legislação constitucional.

2.2.2 O expansionismo penal

O aumento constante da criminalidade, a falta de uma resposta estatal efetiva em conjunto com a multiplicação de notícias sensacionalistas, despertam na sociedade um desejo pelo fortalecimento do sistema penal, razão pela qual cresce o discurso defensor de penas mais severas para que, assim, haja redução de crimes.

Esse pensamento de crescimento da intervenção estatal não é algo novo. Nos EUA, nos anos 90, o prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, adotou uma política criminal de tolerância zero ao crime com base na teoria desenvolvida por James Q. Wilson e George L. Kelling. Essa teoria, visava combater os pequenos delitos para evitar a concretização de delitos mais graves, já que na visão deles, quando bens jurídicos são lesados e nada é feito, há uma estimulação implícita para a destruição desse bem ou até a possibilidade de maiores agressões, conhecida como teoria das janelas quebradas.

Por conta disso, ocorreram várias arbitrariedades no âmbito policial, em especial nas camadas mais pobres que sofriam com o preconceito de terem condutas como não pagar o transporte público ou consumir bebidas alcoólicas, criminalizadas.

É fato que o clamor público pode influenciar diretamente nos poderes do Estado, em especial o legislativo, e são vários os exemplos em que pressão popular resultou em normas mais rígidas. O exemplo mais conhecido talvez seja a Lei 8.072/90 que trata dos crimes hediondos, que teve seu trâmite em caráter de urgência após a repercussão popular e comoção

⁹ NUCCI, 2020, p.517

social instalada pelo sequestro do empresário Abílio Diniz, no ano de 1989, bem como do publicitário Roberto Medina, em 1990, de forma que foi aprovada apenas após 15 dias do sequestro deste último.

Cancio Meliá afirma que, as características principais da política criminal praticada nos últimos anos decorrem diretamente de uma expansão penal, uma vez que

O ponto de partida de qualquer análise do fenômeno, que pode denominar-se “expansão” do ordenamento penal, está, efetivamente, em uma simples constatação: a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipótese de criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas.¹⁰

A expansão penal decorre de uma concepção em que o Direito penal funciona de forma simbólica em que “determinados agentes políticos tão só perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta”¹¹, sendo aplicado com uma frequência cada vez maior para combater uma criminalidade, por vezes seletivas.

O poder político em vez de implementar políticas públicas de apoio e estímulo à educação, saúde e outros fatores que reduzem indiretamente a criminalidade de forma preventiva, prefere aumentar a carga simbólica do Direito Penal ocasionando expectativas sem efetividade, o que resulta em supressões de garantias processuais em detrimento de normas punitivistas de exceção.

O direito penal das sociedades atuais é, claramente, um direito penal expansivo. O momento que vivemos é voltado para uma ampliação da criminalização, que ocorre por meio da criação desmedida de tipos penais.

De certa forma, esse fenômeno também decorre da proliferação de riscos na sociedade moderna, visto que “O conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo a ameaça produzida até então no caminho da sociedade industrial.”¹²

¹⁰ JAKOBS; MELIÁ, 2007. p.56

¹¹ JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 59

¹² GUIVANT APUD BECK, 1997, p. 17

A sociedade de risco aumenta a sensação de insegurança da população, o que cria um ambiente propício à atuação política, a qual pretende a eliminação destes e responsabilização de seus geradores.

Surge então a ideia de que o Direito penal máximo, que em virtude da gravidade das sanções aplicadas em sua tutela jurídica visa conter os riscos, por meio da ampliação de tipos penais, passando a regular um grande número de temas.

Sob uma ótica segregacionista, de exclusão por meio do encarceramento com a supressão de garantias penais e processuais de criminosos de classes específicas, observamos a expansão do Direito Penal para atender a uma necessidade punitivista de pena imediata.

As alterações na sociedade contemporânea refletem o aumento do risco e da sensação de insegurança. Desse modo, é interessante observar que a utilização de penas alternativas e uma menor interferência do direito penal ainda são tímidas, reflexo da opinião pública em relação ao crime que influencia no papel sociocultural do poder legislativo.

A lei 12.850/13 que trata dos crimes praticados por organizações criminosas, assim como a lei 9.296/96 exemplificam uma expansão penal. A interceptação telefônica pode ocorrer se presentes alguns requisitos observados por um juízo de probabilidade conhecido como *fumus comissi delicti*, situação que pode autorizar a relativização de direitos individuais por meio de interceptação telefônica que pode ser renovada inúmeras vezes consecutivas para que seja alcançada a sonhada pacificação social, através da imagem de um Estado que tudo vê e tudo pode, reafirmando “a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública – simbolizada pela luta contra a delinquência de rua.”¹³

Nesse contexto, surge a teoria do Direito Penal do Inimigo para combater um tipo específico de criminalidade, principalmente ligada ao terrorismo, por meio de supressões de direitos, tanto materiais quanto processuais. Por meio da antecipação da punição, Gunther Jakobs idealizou uma alternativa para aqueles que não respeitam as regras básicas impostas pelo contrato social, considerando-os inimigos e merecedores de tratamento diferenciado.

2.3 Velocidades do direito penal de acordo com Jesús-Maria da Silva Sanches

Tendo como base o clamor social por punição e as supressões de garantias processuais que podem dele decorrer, ressalta-se a importância da teoria desenvolvida por Jesús-Maria da Silva Sanches, sobre as velocidades do direito penal e suas aplicações.

¹³ WACQUANT. 2001, p.7

Sanchez, professor da Universidade Pompeu Fabra, e pai da teoria das velocidades do Direito Penal, de acordo com Cleber Masson:

Parte do pressuposto de que o Direito Penal, no interior e sua unidade substancial, contém dois grandes blocos, distintos, de ilícitos: o primeiro, das infrações penais às quais são cominadas penas de prisão (direito penal nuclear), e o segundo, daquelas que se vinculam aos gêneros diversos de sanções penais (direito penal periférico).¹⁴

Nesse sentido, Silva Sanchez defende a ideia de que em determinados casos, diante da pequena lesividade decorrente do delito, seria razoável que também houvesse uma flexibilização no processo, visto que:

Seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas das sanções administrativas (privativas de direito, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a consequente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão¹⁵

Destarte, o referido autor, divide em três velocidades o Direito penal. A primeira velocidade é caracterizada pelo respeito às garantias constitucionais clássicas, em que a essência do Direito Penal é assegurada, e este é utilizado como último instrumento para que através da privação da liberdade tenha-se o respeito aos princípios processuais. Por isso, a prisão como medida excepcional requer um processo justo e com duração razoável para que as partes possam exercer o contraditório de maneira ampla.

Por outro lado, a segunda velocidade substitui a pena de prisão por medidas alternativas (penas restritivas de direito, pecuniária), impondo aos criminosos obrigações menos rigorosas, para situações em que ocorrem lesões a bens jurídicos de forma menos gravosa. Há, portanto, uma flexibilização das garantias e direitos processuais e penais, objetivando uma resolução mais célere.

Em vista disso, a lei 9.099/95 que trata dos juizados especiais é um dos principais exemplos da referida velocidade que, por meio de institutos como a transação penal prioriza uma reparação do dano por meios diversos da privação de liberdade, quando há lesões jurídicas desta natureza. Salienta-se que, penas mais brandas e processo mais célere são as suas principais características.

¹⁴ MASSON, 2021. p.13

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2002. p.145

Por fim, a terceira velocidade, pode ser identificada como uma fusão entre as velocidades anteriores. Nesta, ocorre o retorno de penas privativas de liberdade, porém, são deixadas de lado diversas garantias penais e processuais. Em razão disso, essa velocidade se torna importante para o estudo do Direito Penal do inimigo, que de acordo com JAKOBS:

Se caracteriza por três elementos, em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência no fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência o fato cometido). Em segundo lugar, as penas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada.¹⁶

Diante do que foi supracitado, pode-se afirmar que a teoria do direito penal do inimigo está inserida na terceira velocidade do direito penal, por meio da supressão de garantias para agilizar a punição por meio de uma pena privativa de liberdade, como instrumento para um retorno ao status em que a prevenção geral positiva é restaurada por meio na confiança no sistema, o que evidencia o perigo da supressão de direitos e garantias, com o desrespeito aos meios para que seja alcançado determinado fim.

2.4 Direito penal do inimigo: reflexões e críticas

Em um contexto de expansionismo, emerge a teoria de Gunther Jakobs, que apesar de ser uma teoria com viés retrógrado e não garantista, traz à baila discussões importantes no que se refere a evolução e o retrocesso das ciências criminais.

A referida teoria é inspirada em autores contratualistas como Rousseau, considerando o crime uma violação ao contrato social por parte do infrator, o qual, ao cometer o crime entraria em guerra contra o Estado e, em razão disso, não mereceria ser membro deste.

Ademais, também possui inequívoca influência dos pressupostos de Hegel, principalmente no que tange a antítese entre a vontade geral e a vontade individual na aplicação da pena. Pois, para o autor, a pena é resultado de uma necessidade lógica e possui caráter retributivo, por ser uma violação ao contrato. Se o delito é a negação do direito, a pena é a negação da negação, visto que a negação da negação resulta em afirmação do direito, que se impõe simplesmente pela sua necessária afirmação.

Com base nisso, Jakobs desenvolveu sua teoria prevendo uma diferenciação entre a coação exercida sobre os inimigos e a exercida sobre os cidadãos. Nem todo criminoso é

¹⁶ JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 67

inimigo, apenas aqueles que de forma habitual e reiterada insistem em condutas criminosas ou participam de organizações criminosas, ou que de alguma maneira demonstram o constante desrespeito ao sistema jurídico, por meio da reincidência.

A ideia central da teoria mencionada é totalmente compatível com o Direito penal do autor, que na concepção de Eugênio Zaffaroni é caracterizado

[...] sobre a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento.¹⁷

O direito penal do autor exerce importante papel na interpretação da teoria do direito penal do inimigo, visto que a antecipação da pena na referida teoria afasta a punição pela culpabilidade do ato, e visa antecipar um possível risco com base no autor.

Por isso, é imprescindível delimitar a função da pena de acordo com Gunther Jakobs, que decorre de uma agressão à norma e a necessidade de combatê-la, sendo a pena um tipo de coação necessária, pois:

Em primeiro lugar está a coação como portadora de significado, como portadora de resposta ao crime: o fato enquanto o fato de uma pessoa racional significa algo, mais precisamente uma desautorização da norma, uma agressão a sua eficácia; e a pena também significa algo, mais precisamente que a afirmação do agente é irrelevante e que a norma continua vigorando inalterada, mantendo-se, portanto, a forma da sociedade.¹⁸

Assim, ocorre que, por meio da pena tem-se a negação da conduta criminosa que inicialmente negou a vigência da norma. Desse modo, a pena deve ter como função reestabelecer a vigência e a confiança na norma, o que na criminologia se chama de prevenção geral positiva, reiterando assim, a confiança nas instituições formais e incentivando o respeito as normas.

Por isso, o autor fundamenta sua teoria em algumas críticas a doutrina dos bens jurídicos, já que em sua visão a referida teoria abre uma brecha na punição de crimes que não possuem resultado naturalístico, pois a ausência de resultado cominaria na inexistência de lesão ao bem jurídico. Por outro lado, se observada a teoria de Jakobs, a punição poderia ocorrer mesmo sem resultado como uma forma de reiterar a manutenção da norma.

¹⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p.276

¹⁸ JAKOBS, 2009, p.61

Para o autor, o respeito das normas é essencial para a manutenção do sistema, pois:

para que uma norma determine a forma de uma sociedade, o comportamento conforme a norma deve ser efetivamente esperável em essência, o que significa que os cálculos das pessoas deveriam partir do princípio que os outros hão de se comportar em respeito à norma, ou seja, não a infringindo.¹⁹

Outrossim, quem não pode oferecer garantia de que agirá de acordo com as normas previamente estabelecidas, não merece ser tratado como pessoa, e se assim o fosse, lesaria o direito à segurança das demais pessoas.

Jakobs também critica a eficácia dos direitos humanos no âmbito internacional, aduzindo que:

Violações flagrantes de direitos humanos elementares ocorrem em vários lugares da terra. Todavia, elas acontecem, predominantemente, porque os direitos humanos, até agora, não estão estabelecidos nesses lugares, no sentido de serem impostos de maneira geral; pois, caso contrário, violações isoladas dos direitos humanos também seriam entendidas e punidas como perturbação do ordenamento estabelecido nesses lugares, sem que fosse preciso uma jurisdição exterior²⁰

Assim, as normas internacionais são ineficazes quanto a ausência de coação ao desrespeito de sua vigência. No entanto, desconsidera-se o caráter programático de muitas normas internacionais, que servem como norte para o futuro de um tratamento digno de caráter global, e não apenas como normas sancionadoras.

Já no âmbito processual, ocorre uma redução de garantias combinada com um julgamento sumário, penas prospectivas também são comuns. Essa teoria busca através do encarceramento evitar situações de risco. Isso se mostra extremamente contraditório quando observamos que, em tese, é impossível punir alguém por algo que ela ainda não fez.

Para entendermos melhor isso, é essencial analisar as fases do crime, que de acordo com a doutrina podem ser divididas como internas e externas.

A primeira fase é a cogitação, que ocorre quando o crime ainda não foi preparado, o autor apenas mentaliza o crime e sua forma de execução, sendo impunível. Logo em seguida temos a preparação, fase externa, em que o agente se organiza com os instrumentos necessários para a prática da infração penal, que em regra também é impunível. A terceira fase é a execução que de acordo com Cezar Roberto Bitencourt²¹ é aquela em que se dirige diretamente à prática

¹⁹ JAKOBS, 2009, p.14

²⁰ JAKOBS, 2009, p.106

²¹ BITENCOURT, 2010, p.466

do crime, isto é, a realização concreta dos elementos constitutivos do tipo penal, para que, por último ocorra a consumação, momento em que são reunidos todos os elementos do tipo penal.

Quando observado o *iter criminis*, a fase preparatória já pode ser punível quando o autor se enquadrar como inimigo, mas para isso é necessária previsão legal que estabeleça a supressão de direitos. Pode-se exemplificar com uma situação em que o delegado descobre por meio de interceptação telefônica que determinado sujeito se prepara para assassinar um chefe de governo, por mais que ele não inicie a execução, sob a ótica do direito penal do inimigo, pode ser punido. Pois,

Assinalou-se que as características deste avanço contra o tradicional direito penal liberal ou de garantias consistiriam na antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios), na desproporção das consequências jurídicas (penas como medida de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal do autor.²²

O direito do cidadão e o direito do inimigo são normas autônomas e independentes, aplicando-se ao inimigo uma série de supressões legais, é essencial uma separação dos sistemas, pois até o direito penal do cidadão possui traços de comportamentos de inimigos, sendo menos danoso que houvesse uma divisão clara e determinada entre ambos os sistemas, para não ocasionar desrespeito aos direitos do cidadão. Pois, quando se excepciona a regra de que somente os crimes que chegam a fase de execução serão punidos ocorre a substituição do conceito de culpabilidade pelo de prevenção geral, propiciando assim, uma discricionariedade que possui grande chance de se tornar tirania.

Com isso, a teoria finalista de proteção aos bens jurídicos continua sendo majoritariamente aceita pela doutrina. Todavia, alguns ainda defendem que o modelo tradicional não supre as necessidades atuais, diante dos novos conflitos e demandas da sociedade moderna. O que, conforme destaca HASSEMER, torna o modelo atual obsoleto, uma vez que:

Os bens jurídicos individuais em concreto, vistos como núcleo do Direito Penal assim “modernizado” são simplesmente ridículos (a conversa agora é sobre vastos bens jurídicos universais, sobre “funções”, sobre grandes perturbações aos sistemas, conjunto de múltiplos riscos); os crimes de dano sobreviveram como tipo central da imputação pena (para a nossa sensação constante de ameaça, parece mais razoável punir já o mero perigo abstrato); os vetustos princípios da retribuição e da ênfase no fato punível tornam a vida moderna mais perigosa (hoje não podemos esperar que uma criança caia do poço, é preciso desde antes prevenir); o princípio da

²² ZAFFARONI, 2008, p.14

responsabilidade individual torna-se anacrônico (o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões); é preciso repensar o princípio do *in dubio pro reo* (um direito penal que pretenda apresentar-se adulto diante do mundo moderno, precisa agir com rapidez precisamente nas situações mais obscuras); diferenciações normativas como tentativa/consumação, autoria/participação, dolo/culpa, tornam-se incômodas, se não até mesmo contraproducentes para um Direito penal moderno (porque na luta contra a criminalidade moderna, torna-se necessária a utilização de estruturas de relevância e critérios de avaliação totalmente novos e adequados ao fim).²³

Por outro lado, FERRAJOLI destaca os perigos desse tipo de visão do direito penal e suas antinomias, principalmente quando ocorre a confusão entre moral e direito.

As doutrinas penais que atribuem ao direito penal função de prevenção geral exigem, ao invés, um discurso diferenciado. As recentes doutrinas da prevenção geral denominada positiva seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatualismo ético, conferindo as penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas[...]²⁴

Nesse viés, por mais grave que seja o possível dano, não será penalmente relevante se não for resultado de uma ação ou omissão, seja ela a execução do crime ou um posicionamento que contribua efetivamente para o seu cometimento, indo de encontro a possibilidade de se punir alguém antes mesmo da ação.

A teoria ora estudada, com a antecipação da punição para determinados sujeitos, ficou em evidência principalmente após os trágicos incidentes terroristas que ocorreram nos EUA em 11 de setembro de 2001, por sua característica de através de uma conduta ainda não ativada, mas apenas planejada, não do dano à vigência da norma que foi realizada, mas sim do fato vindouro propiciar uma pena, já que terroristas são inimigos por princípio.

Apesar da tese defendida por Jakobs ser bem-vista por alguns como uma nova tendência do Direito Penal - aqueles que defendem um viés mais punitivista - ela continua sendo muito criticada pela parcela mais garantista e, na visão do doutrinador Luiz Flávio Gomes a teoria do alemão é incompatível com um Estado Democrático de Direito, posto que retroage em relação aos direitos e garantias fundamentais que foram conquistados historicamente pelos cidadãos.

Sob um enfoque constitucional, o fundamento da dignidade da pessoa humano previsto no artigo 1º, III da CF/88 é desrespeitado quando se trata um criminoso como inimigo do Estado, negando-lhe as garantias legais, além do desrespeito ao pilar constitucional da isonomia.

²³ HASSEMER, 2005, p.72

²⁴ FERRAJOLI, 2010, p. 256

Em consonância com que é defendido por GOMES²⁵, se verifica que a teoria do Direito Penal do inimigo se contrapõe aos direitos fundamentais, tais como igualdade, legalidade, dignidade da pessoa humana, assim como também colide com os princípios penais e processuais, sendo uma teoria que deve ser repudiada pelo não retrocesso.

Na mesma seara, Celso Antônio Bandeira de Mello se posiciona no sentido de que a ausência de igualdade gera uma série de impactos negativos, uma vez que permite um tratamento diferenciado que se ampara no distanciamento e enfraquecimento dos direitos fundamentais. Para que haja um tratamento diferenciado, é necessária uma discriminação razoável, e só pode ocorrer se estiver em harmonia com os direitos fundamentais, fenômeno presente na discriminação positiva, pois:

tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente é, ‘in concreto’, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com ele.²⁶

A visão majoritária ainda é que a diferenciação fundada em caráter pessoal, através do etiquetamento do “inimigo” não pode coexistir com os direitos e garantias fundamentais, já que sua fundamentação é excessivamente abstrata e irrazoável, já que por meio de medidas preventivas em desfavor do inimigo, como a punição de atos preparatórios e de mera conduta, acompanham uma perigosa relativização de direitos.

Zaffaroni também faz críticas a teoria desenvolvida por Jakobs, pois em sua visão a adoção de uma diferenciação entre cidadão e inimigo funciona como artifício para manter a impunidade de certos grupos, uma vez que

incorre numa contradição ao não se opor, por um lado, à punição dos agentes de crimes de lesa-humanidade e, por outro, ao apoiar o duplo direito, porque essa última posição, na realidade, é sustentada pelos defensores da impunidade, que remetem a velhos argumentos do sempre coerente Schmitt. Este condenava qualquer tentativa no sentido de uma incipiente cidadania universal, porque no seu conceito particular do político isso significaria uma renúncia à indicação do inimigo e, por fim, uma renúncia à soberania.²⁷

Não obstante, apesar de o direito penal representar a força coativa do Estado, devem ser respeitados os limites impostos pela constituição, não os suprimir é um dever da Administração

²⁵ GOMES, 1999, p.31

²⁶ MELLO, 2014, p.20-21

²⁷ ZAFFARONI, 2007, p.180

Pública e da população, para que a pacificação social seja buscada de forma a respeitar as regras do jogo, dentro dos limites impostos pela constituição, não podendo o direito penal de forma alguma ser interpretado de maneira desconectada da carta magna.

Tendo em vista que o direito moderno deve estar alinhado à Constituição, Ferrajoli defende que não se deve distinguir cidadão ao inimigo, mas apenas culpados ou inocentes e a ambos possuem o direito de terem suas garantias fundamentais respeitadas.

De acordo com o referido autor:

“[...] na jurisdição o fim não justifica os meios, dado que os meios, ou seja, as regras e as formas, são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis; enquanto o fim não é mais o sucesso sobre o inimigo, mas a verdade processual, a qual foi alcançada apenas pelos seus meios e prejudicada por seu abandono.”²⁸

Dessa forma, segundo Luigi Ferrajoli, seria uma agressão ao fundamento da dignidade da pessoa humana e ao princípio da proporcionalidade a adoção da teoria do Direito penal do inimigo, já que esse fundamento é base estruturante do sistema jurídico, a função do Direito Penal é a criminalização como proteção e promoção dos direitos fundamentais, não devendo ser utilizado para desrespeitar tais princípios.

Na visão de Gisele Mendes de Carvalho, a utilização desse princípio impede a discriminação que não seja utilizada para a proteção da própria pessoa:

A acolhida desse princípio, ao mesmo tempo em que se afirma a superioridade do homem em relação a todos os demais seres e objetos da natureza consigna sua condição de igualdade perante todos os seres humanos. Essa igualdade impede todo tipo de discriminação ou de instrumentalização da pessoa humana para lograr fins que lhe são alheios, por mais valiosos que sejam.²⁹

Conclui-se que ao descumprir a missão constitucional, abrindo espaço para que haja uma supressão dos direitos fundamentais por meio de teorias de exceção, gerando uma verticalização das relações e desconsiderando a igualdade enquanto pressuposto fundamental em um estado democrático de direito, abre-se margem para excessos que não podem ser aceitos na atualidade. Além de representar um perigoso precedente que gera segregação por meio da pena.

²⁸ FERRAJOLI, 2010, p.667

²⁹ CARVALHO, 1992, p.62

2.4.1 Reflexos da teoria de Gunther Jakobs no Brasil

Apesar do direito brasileiro possuir um viés inequívoco de proteção dos direitos humanos, por meio da isonomia e proteção de direitos e garantias fundamentais, propostos pela Constituição Federal de 1988, observa-se também uma tendência social para que haja um recrudescimento das punições através de legislações específicas.

São diversas as legislações que possuem traços da teoria de Jakobs, o exemplo mais marcante na legislação pátria é o regime disciplinar diferenciado (RDD), que foi criado como instrumento para tentar combater o crescimento de organizações criminosas dentro do sistema carcerário. De acordo com Bruno Seligman de Menezes é uma manifestação do direito penal do inimigo, pois:

Este Regime sustenta-se na falácia da defesa social, erigindo o apenado a “inimigo número um” da sociedade, pelo que mereceria tratamento desumano, degradante, instituído oficialmente pela anatematizada lei. Por meio do isolamento, limitação de visitas e diminuição dos horários de banhos de sol, o Estado “vinga” a sociedade de todos os problemas relacionados à criminalidade, segurança pública, inculcando nela – sociedade – um falso sentimento de segurança.³⁰

Nesse sentido, o artigo 52, § 1º, II da Lei 7.210/84 prevê que cabe RDD sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave. Esse inciso foi incluído pela lei 13.964/2019 conhecida como pacote anticrime demonstrando como cresce a antecipação da pena como meio de evitar que se pratique uma infração.

Pode-se destacar também o artigo 59 da Lei 3.688/41 que trata das contravenções penais, e em seu texto criminaliza quem se entrega habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita. Ocorre uma clara ofensa ao princípio da ofensividade, o que ocorre é o direito penal do autor, segregando e criminalizando a pobreza, em um claro exemplo de direito penal do autor.

O agravamento das punições não representa uma diminuição nos crimes. Cesare Beccaria já destacava a importância da certeza da punição em detrimento da aplicação de penas

³⁰ MENEZES. 2006. p.9

duras, já que “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade”³¹. Desconsiderando isso, o legislador continua insistindo em punições mais severas como forma de redução da criminalidade, acolhendo um direito penal meramente simbólico.

A lei 11.343/06 – conhecida como lei de tóxicos – também é uma das legislações específicas que trazem incongruências no tratamento dispensado à aqueles que praticam seus tipos penais, além de tratar de crimes que são insuscetíveis de fiança, graça e anistia, traz a previsão de rito específico no tratamento desses delitos. Não obstante o legislador tenha previsto que não cabe fiança nos crimes da referida lei, a jurisprudência dos tribunais superiores vem apontando para a inconstitucionalidade desse trecho, uma vez que a impossibilidade de se conceder liberdade provisória, fere o princípio da presunção de inocência, assim como impede a análise das peculiaridades do caso concreto pelo magistrado.

A teoria idealizada por Jakobs não visa somente um tratamento diferenciado e uma separação de legislação. Por ser um direito penal do autor, se preocupa muito mais em quem pratica o crime do que com a conduta que foi praticada, por isso é duramente criticada pela doutrina.

3. PRISÃO PREVENTIVA: A JUSTIFICAÇÃO DO PODER PUNITIVO COM FUNDAMENTO NA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

3.1 Requisitos e hipóteses de incidência

O direito penal na atualidade vem sendo utilizado de uma forma cada vez mais ampla como instrumento de combate ao crime, e a discussão referente ao direito penal do inimigo é um exemplo desse fenômeno que se manifesta de forma mitigada no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, a ciência penal só deve ser utilizada quando os demais ramos do direito são incapazes de intervir eficazmente na situação, caracterizando o seu caráter de *ultima ratio*.

Com base nisso, a própria Constituição Federal tutela várias hipóteses de proteção do cidadão frente ao arbítrio estatal, dentre a qual está prevista que ninguém será preso sem o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando não cabe recurso.

Dito isto, tendo como base o direito penal mínimo, em um Estado Democrático de Direito, o Estado só pode intervir na liberdade do cidadão em situações excepcionalíssimas que

³¹ BECCARIA, 1764, p. 40.

representam flagrantes danos a direitos fundamentais. A prisão representa a forma mais estigmatizante de repressão da liberdade pessoal, gerando vários problemas decorrentes do encarceramento.

Nessa seara, a prisão preventiva se apresenta como uma das hipóteses de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, diante de casos excepcionais em que o poder estatal visa manter a ordem social. Diante disso, como forma de mitigar sua aplicação, o legislador ordinário previu algumas limitações, prevendo que esse tipo de prisão só se aplica quando estiverem presentes os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, cabendo ao magistrado fundamentar sua decisão de acordo com o caso concreto.

Deve-se observar o juízo de reprovabilidade da conduta, tal como a garantia da ordem social, conveniência da instrução penal, aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica, podendo o juiz, em determinados casos, decretar a prisão preventiva quando presentes de forma cumulativa os requisitos do art.312 e 313 do CPP que prevê a reincidência em crimes dolosos, o descumprimento de medidas cautelares e o cometimento de crimes que envolvam violência doméstica como fundamentos para a cautelar.

Porém, o que se observa é que a exceção acaba se tornando a regra do processo, pois as cautelares acabam se tornando um meio de antecipação da pena, como destaca Renato Brasileiro apud Junior e Badaró:

Infelizmente, não é isso o que se vê no dia a dia forense, em que há uma massificação das prisões cautelares, a despeito do elevado custo que representam. Como bem ressaltam Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró, ‘infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva.³²

Tendo em vista o entendimento jurisprudencial, todas as decisões referentes a medidas cautelares devem ser analisadas de forma concreta, devendo ser apontados os requisitos cautelares e como eles se aplicam ao caso. Por isso, é essencial conhecer os requisitos.

Na análise da decretação da prisão preventiva se faz necessário a presença de três requisitos: fumaça do cometimento do delito (*fumus comissi delicti*), de forma cumulativa com o perigo da liberdade do agente (*periculum libertatis*) e com as hipóteses de cabimento do artigo 313 do CPP.

³² LIMA, 2012, p.52

Analisando o primeiro requisito, o *fumus comissi delicti*, deve ser demonstrado a ocorrência do crime e de sua materialidade, tal como devem existir indícios de que o agente a que é imputada a conduta é o autor do crime. Dessa maneira é essencial que o magistrado demonstre que o crime de fato ocorreu e que o autor de acordo com os elementos de informação colhidos possui grande probabilidade de ser o autor da conduta criminosa. Esses são os pressupostos.

Quanto ao segundo requisito, chamado de fundamentação, deve ser demonstrada que a liberdade do agente possui fundado receio de interferir no bom andamento do processo. No perigo de liberdade do agente é observado o caráter subsidiário da prisão, cabendo somente em casos excepcionais. E para isso, cabe ao magistrado analisar o caso concreto, e com base nas informações prosseguir com a fundamentação de forma a demonstrar que a liberdade do agente de fato trará risco para a regular tramitação do processo.

Por último, também é necessária a presença das hipóteses de cabimento previstas no artigo 313 do CPP, se nenhuma das hipóteses previstas entre os incisos 1 à 3 estiverem presentes, não pode ser decretada a preventiva, independente da presença dos demais requisitos.

Caso não estejam presentes todos os requisitos não será possível decretar a prisão provisória, pois, além de todos os requisitos ainda cabe uma análise subjetiva dos princípios constitucionais, devendo a medida ser proporcional de modo a visar atingir os fins de seu cabimento.

No mais, a respeito dos requisitos inerentes a prisão preventiva, observa-se a presença do caráter subjetivo de alguns requisitos, tais como garantia da ordem pública e a conveniência da instrução penal, capazes de despertar questionamentos acerca de sua aplicação em um modelo com viés proeminente garantista e que prevê a presunção de não culpabilidade como princípio.

3.2 Ordem pública: inerência de problemas internos ao conceito.

A expressão “ordem pública” foi e continua sendo vista em diversos sistemas jurídicos do mundo. Essa expressão demonstra-se demasiadamente ampla, apresentando problemas em relação a sua extensão, amplitude jurídica e precisão semântica. Em alguns casos se confunde com o interesse público, demonstrando um caráter policialesco e excepcional, podendo inclusive servir como válvula de escape para o magistrado corrigir o sentido da lei.

No âmbito do processo penal, em que os bens jurídicos são considerados de maior relevância, o tema desperta ainda mais atenção, uma vez que um conceito aberto preenchido

livremente, baseando a interpretação em conceitos morais igualmente vagos intensifica o risco de extrapolação na relação do Estado com o cidadão. Problema que apresenta maior relevância se observado o modelo acusatório com uma ótica garantista.

Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos remontam a origem do termo “ordem pública” já na idade média:

[...]há textos que revelam a ordem pública como sinônimo de tranquilidade e harmonia na comunidade datados da idade média, precisamente do século XIII, pois há conotação de ordem pública como objetivo de segurança. Ademais, a menção específica como conceito surge em documentos policiais do século XVIII, os quais davam tratamentos diferenciados a situações de desordem[...]³³

Podemos perceber duas concepções de ordem pública, uma primeira considerando-a um fato jurídico e uma segunda mais voltada ao entendimento de que o termo corresponde a um instituto jurídico. A primeira corresponde a necessidade de uma organização e serenidade, sendo que o desrespeito a essa organização seria suficiente para desencadear uma desordem. E o segundo seria um instituto jurídico necessário para reestabelecer a ordem, contendo a desordem.

É fato que a conceituação da ordem pública com o mínimo de clareza é algo extremamente difícil, visto que o termo possui diversas fontes distintas no âmbito do direito interno e externo e até em áreas distintas do conhecimento, podendo, inclusive, se contradizer no conceito. Porém, “de outro lado, há certeza e nenhuma dificuldade em afirmar seu caráter policialesco e excepcional, que nenhuma relação tinha com o Direito e sim com medidas policiais, de expansão do poder real com uso de violência e restrição de direitos das pessoas”³⁴

Além disso, é evidente que com a parcela de subjetividade inerente ao conceito se torna mais fácil a inclinação em executar o clamor social, principalmente em casos em que há grande manifestação midiática. Já que a mídia funciona como termômetro social, influenciando diretamente na opinião de parcela da população sobre os temas que são abordados. Visto que

“Antes de mais nada, a mídia não apenas se adequou, mas colaborou definitivamente na expansão de uma mentalidade penal que imobiliza toda a riqueza e complexidade dos conflitos sociais na episteme binária e simplória do infracional: é assim que a questão da reforma agrária pode ser reduzida a delito contra a propriedade de integrantes do MST, por um lado, e aos excessos policiais contra eles(chacina) de outro. Ao processo de desmerecimento do setor público, funcional para o implementação de privatizações, correspondeu a criminalização midiática da vida política. No núcleo ideológico deste movimento está não apenas um discurso criminológico único – que assume preponderância e influencia muito superior ao

³³ PRADO; SANTOS, 2018, p.37

³⁴ PRADO; SANTOS APUD EMSLEY 2006, p. 12-35.

acadêmico, e cujas toscas contradições e inconsistências não encontram canal de questionamento – mas principalmente uma novidade perigosa: o exercício direto de funções características das agências policiais do sistema penal.”³⁵

Com base nisso, Prado e Santos destacam que sob o ponto de vista do conceito negativo de ordem pública, é possível visualizá-la como uma situação excepcional, uma perturbação geradora do direito de o Estado intervir com força física e esvaziar direitos fundamentais.³⁶

São várias as acepções nas mais diversas áreas do direito, cada um absorveu e o desenvolveu como forma de permitir a sua aplicação em conformidade com os princípios e regras estabelecidas em cada ramo. Ainda assim, o termo continua sendo utilizado como referência a moral, bem-estar público e decência, termos genéricos e de conceituação ampla.

Bobbio observa que existe um conceito material no direito público:

[...]no direito público defende-se desde há muito tempo uma concepção material ou objetiva da ordem pública que é semelhante à que vigora na área política. A ordem pública é concebida ao mesmo tempo como uma circunstância de fato como um fim do ordenamento político e estatal e nesse sentido o encontramos na legislação administrativa, policial e penal como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento³⁷

O referido autor também observa uma noção elástica do conceito, permitindo uma maior redução dos direitos de liberdade em decorrência da maior discricionariedade estatal em sua aplicação, o que pode ser positivo sob o ponto de vista de uma maior adequação da norma as modificações sociais, mas por outro lado proporciona uma margem de atuação que pode ser utilizada de maneira equivocada e desproporcional.

3.2.1 Conflitos jurisprudenciais

Atualmente, os tribunais superiores seguem posicionamentos que se inclinam para uma proteção da ordem pública por meio da prisão preventiva, utilizando o argumento da segurança pública como base de manutenção das cautelares em alguns julgados, sobrepondo a segurança coletiva à liberdade.

As decisões judiciais, sob o mito da imparcialidade ideológica, que difere da garantia de imparcialidade formal prevista no texto legal, assim como a igualdade, a neutralidade, destroem a certeza de que as decisões são reflexos da norma positivada, não que o magistrado traga

³⁵ BATISTA, 2004 p. 83-85

³⁶ PRADO; SANTOS, 2018, p. 51

³⁷ PRADO; SANTOS APUD BOBBIO, 1998, p. 851-852.

em suas decisões razões de caráter ideológico que apontem para um determinado fim.

Diante disso, opera suas decisões sob um contorno de dogmática da norma e respeito ao texto legal, fazendo com que a lei represente sua vontade. Por meio de uma série de malabarismos retóricos, o magistrado pode contornar aqueles que discordam dos seus valores. O que pode ser observado com o reduzido número de *habeas corpus* que são concedidos pelos tribunais, mesmo quando ocorre o desrespeito às normas constitucionais, que fez opção pela liberdade, tornando a prisão exceção.

Para que exista um processo justo, não basta um juiz imparcial, falta ainda que estas partes encontrem em si condições de paridade não meramente jurídicas (meramente retórica), mas que exista entre elas uma efetiva paridade prática o que quer dizer paridade técnica e também econômica. Não basta a lei falar em igualdade dos cidadãos se estes não estão em condições de se servir, em igualdade de condições, daquele complexo e custoso instrumento que é o processo³⁸

A imparcialidade, apesar de estar positivada, não existe no ponto de vista prático. Um juiz quando veste a toga não pode simplesmente se desprender de todas as suas experiências e aprendizados, a neutralidade positivada é inexistente nos seres humanos com todas as influências sofridas por ele ao longo da vida. Por isso, a carga axiológica de determinados conceitos pode se moldar para beneficiar ou prejudicar o acusado.

É possível observar um maior rigor do STJ quando trata de crimes que envolvem crimes equiparados ou hediondos, o tráfico de drogas é um exemplo disso. Inúmeros julgamentos de HC demonstram o quanto o Superior Tribunal de Justiça se preocupa com o crescimento de organizações criminosas relacionadas ao tráfico, enquanto trata com menor rigor outros tipos penais. O parâmetro utilizado, a priori, parece ser a utilização de violência, todavia até mesmo crimes sem violência possuem tratamento diferenciado, conforme demonstra o HC 582810 SP.

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, ESTELIONATO E LAVAGEM DE CAPITAIS. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE. CRIMES PRATICADOS SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. RELEVÂNCIA IN CASU. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. 2. Conforme magistério jurisprudencial do Pretório Excelso, "a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, Primeira Turma, HC n. 95.024/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 20/2/2009). 3. Entretanto a constatação de que se trata de atuação de organização criminosa não justifica, por si só, a imposição de prisão preventiva no caso, pois a imposição de outras medidas cautelares revela-se mais adequada. Isso, porque se deve levar em conta a primariedade do paciente, bem como o fato de os crimes a ele imputados terem sido praticados sem violência ou grave ameaça,

³⁸ PRADO; SANTOS, 2018, p. 169

além de não ser apontado como um dos líderes da organização criminosa objeto da persecução penal. 4. Assim, conclui-se que as particularidades do caso demonstram a suficiência, adequação e proporcionalidade da imposição das medidas menos severas previstas no art. 319, em atenção ao preceito de progressividade das cautelas disposto no art. 282, §§ 4º e 6º, ambos do Código de Processo Penal. 5. Ordem parcialmente concedida para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas a serem fixadas pelo Juízo singular.

(STJ - HC: 582810 SP 2020/0117460-9, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 17/11/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/12/2020)

De tal forma, o *periculum libertatis*, de acordo com a sexta turma do STJ, é mais facilmente identificado quando o sujeito pratica o crime de tráfico, dada a sua reprovação social e potencial lesividade, principalmente por conta do crescimento desse tipo de criminalidade e seus reflexos em outros delitos.

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada no modus operandi e periculosidade do acusado (quantidade de droga transportada, bem como a certidão de antecedentes criminais dos autuados), não há que se falar em ilegalidade. 2. Habeas Corpus denegado.³⁹

Ademais, sendo a ordem pública um conceito jurídico indeterminado de caráter metajurídico, torna-se claro como a jurisprudência vem se posicionando de forma dissonante, que por vezes preenche a ordem pública com conceitos como moralidade, bons costumes, moralidade, paz social, credibilidade das instituições, assim como se observa em decisão de pedido de Habeas Corpus indeferida pela primeira turma STF:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE MOTIVADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. A decisão que determinou a segregação cautelar apresenta fundamentação jurídica idônea, já que lastreada nas circunstâncias do caso para resguardar a ordem pública, ante a periculosidade social do paciente, apontado como integrante de estruturada organização criminosa.⁴⁰

Observa-se em ambos conceitos vagos, fruto de concepções sociais diversas, que produziram um termo passível de se modificar no tempo e no espaço por conta de sua abstração, proporcionando insegurança quanto ao seu resultado jurídico.

³⁹ STJ - HC: 307346 PR 2014/0271838-5, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 16/12/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2015

⁴⁰ STF- HC 176540 MG 0030457-62.2019.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de julgamento: 08/09/2020, Primeira turma, Data de publicação: 18/02/2020

Restaria, por fim, a garantia da ordem econômica, porém, no nosso ponto de vista, tal fundamento consiste em espécie de *bis in idem* da proteção da ordem pública, e, além disso, o sequestro de bens seria suficiente para evitar o dano à dita ordem econômica. Se há uma constrição de patrimônio do investigado, ou quando ele mesmo se dispõe a entregar como garantia ao Estado, não se justifica a restrição da liberdade com esse fundamento.⁴¹

Observa-se que o sentido positivo do termo ordem pública é decorrente da obrigação de respeito à prática de atos determinados, em contraponto ao sentido negativo que está relacionado, todavia, a um dever/obrigação do Estado de não permitirem a realização de certos atos. Além de também identificarmos um sentido relacionado aos bons costumes e a moral, razão pela qual é possível a aplicação desse termo como fundamento em uma infinidade de situações, provocando uma ausência de unificação hermenêutica em relação ao termo.

No mesmo sentido, é possível identificar uma série de julgados que historicamente interpretam a ordem pública com o sentido de segurança pública. Dentre os quais está o recurso 64.495, julgado em 1987, em que o paciente se encontrava preso em razão de ser considerado pelo judiciário de instâncias de base uma ameaça à segurança social. Entre a captura e a decisão do habeas corpus decorreu o prazo de aproximadamente 04 anos, sem que houvesse uma sentença de primeiro grau. Em razão disso, a defesa impetrou HC e a Ministério Público Federal se posicionou pela soltura, visto que “se o paciente é assim tão perigoso, não se compreende que a justiça necessite de quatro anos para aplicar-lhe uma reprimenda. A segurança social reclama celeridade na administração da justiça e não prisões arbitrárias.”⁴²

Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2002, em decisão de *habeas corpus*, também mencionou a segurança pública como cautela de ordem pública apta a surtir efeito na liberdade cautelar. Na concepção do ministro relator, “O comprometimento dos níveis na subjetividade, suprimindo, como acaba por suprimir, a liberdade das pessoas, concluindo pela imperiosa cautela social pelo fato imputado, mantendo assim o aprisionamento.”

Em decisão do ano de 1990, o STJ faz citação a credibilidade da justiça como fundamento válido para a segregação por meio da prisão, posicionamento superado em 2016, ano em que o STJ afirmou que a credibilidade do Judiciário perante a opinião pública era insuficiente à manutenção da prisão quando acionada de forma isolada. No mesmo sentido, no ano de 2017, houve nova interpretação através da sexta turma, no recurso em *habeas corpus* 78.712, em que foi relator para o acórdão o Ministro Sebastião Reis Júnior, definiu-se que as

⁴¹ Disponível em [ConJur - Callegari: Preventivas indevidas ferem o Código de Processo Penal](#)

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 64.495, 2º Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 09.12.1986, DJ 13.02.1987, pp-01536, Ement. Vol-01448-01, pp-00152. Disponível em: [www.stf.jus.br](#).

considerações genéricas sobre a credibilidade da justiça são argumentos insuficientes para a manutenção da prisão preventiva.

O STF, no *habeas corpus* 138.552, em que o Ministro Luís Roberto Barroso era relator fez constatar que havia risco de reiteração criminosa, e por isso era necessário interromper as atuações das organizações criminosas. Posicionamento contrário ao HC 109.449, em que o STF decidiu que “prevenir-se a repetição de crimes, acautelando-se o meio social, não é fundamento para a prisão preventiva.”

O ex-ministro Eros Grau, em decisão de HC no ano de 2006, de forma muito acertada, aponta que a frieza, o desprezo pelas normas, assim como a credibilidade da justiça e a gravidade do crime são inidôneos argumentos para fundamentar a exigência da garantia da ordem pública, sendo circunstâncias que devem ser observadas no momento da dosimetria da pena e não como fundamento cautelar, fundamentação acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio em decisão de 2013.

3.3 A necessidade como fundamento para a restrição de liberdade

A doutrina e a jurisprudência tradicional, ao longo de vários anos recorreu ao argumento da “necessidade” para justificar a utilização da prisão preventiva, por vezes deixando de lado uma real concretização de seus conteúdos e de seus limites legais. O que demonstra que o problema não é a existência desse instituto, mas sim a confusão a respeito da limitação de seus requisitos, principalmente no que diz respeito ao alinhamento com os preceitos constitucionais, visto que são constantes os abusos praticados no âmbito policial e judicial.

Por isso, embora possa se justificar a prisão preventiva com base na necessidade social, esse não é um fundamento suficiente, já que não existem limites rígidos, e necessitando de uma aplicação com base nos direitos fundamentais, para conter a tendência lesiva nesse instituto, evitando que ele se torne de fato uma antecipação da pena, pois na visão de Odone Sanguiné

A necessidade pode operar de duas formas: em primeiro lugar, mediante a projeção em normas positivas constitucionais ou infraconstitucionais; em segundo lugar, como princípio geral do direito, integrador do ordenamento jurídico, que serve de base justificadora das medidas que a Administração Pública está obrigada a adotar para assegurar a efetiva realização daqueles fins essenciais que justificam sua existência, em umas circunstancias fáticas concretas que o fizessem periclitarse.⁴³

⁴³ SANGUINÉ, 2014, p. 33

Sob uma concepção sociológica, a necessidade seria resultado do fato de que o ator social declara que sua própria ação está obrigada enquanto existe um modelo normativo que, mais ou menos diretamente, impõe-lhe realizá-la.

Em verdade, o uso desse instituto de forma exagerada encontra origem em outros fatores do processo decisório criminal. É utilizado para desviar a atenção da população da incapacidade estatal de resolver o problema da segurança pública e da crescente onda de criminalidade, por isso, as chances de diminuição do uso desse instrumento são escarças.

Analisando os números referentes ao número de presos preventivos, observamos uma significativa redução dos presos provisórios no ano de 2020, todavia, essa diminuição ocorreu em função da pandemia que castigou o mundo e impôs ao Judiciário que conseguisse alternativas para a redução dos presos confinados, cabendo ao STJ por meio de sua terceira seção, conceder ordem de soltura de todos os presos a que foram deferidas ordem de soltura mediante fiança que ainda permaneciam presos pelo não pagamento da fiança.

Por mais que haja uma aceitação social desse tipo de prisão, não se pode restringir de forma automática a liberdade do imputado em função de um alegado bem-estar social, já que a culpabilidade é condição para a aplicação da pena, portanto, eventuais violações legais devem ser constatadas por meio de um devido processo legal, e através de um juiz natural que deverá analisar as provas e promover o contraditório, diferentemente do que ocorre em relação a decretação de uma cautelar.

Conforme leciona Sanguiné, inexistente na prisão preventiva uma declaração formal de culpabilidade, já que sua decretação ocorre antes da decisão definitiva

No caso do preso preventivo, não há uma declaração formal de culpabilidade, nenhuma verificação definitiva da infração da norma penal, já que a prisão se decreta antes ou durante o próprio curso do processo penal. Assim, além da vitimização primária em função das primeiras consequências do delito, e secundária (que resulta de suas relações com o sistema penal), o acusado sofre uma vitimização terciária, ao transformar-se em uma vítima institucional, no momento em que a prisão provisória converte-se, em realidade, em uma condenação antecipada, uma verdadeira pena de privação de liberdade, que prejulga, em certa medida, o veredicto final de um processo já viciado na origem pela limitação de defesa do imputado.⁴⁴

Por isso, há de se diferenciar a mera tutela jurisdicional de uma tutela efetiva. O direito a tutela judicial garante somente a existência de um processo básico, com seus elementos básicos e indispensáveis, enquanto o devido processo legal, além de garantir os ritos característicos da tutela judicial, também busca assegurar uma “tutela efetiva”, com a utilização

⁴⁴ SANGUINÉ, 2014 p. 26

concreta dos instrumentos processuais. Dessa forma, só existe um devido processo se forem respeitadas os direitos e garantias estabelecidos, os quais funcionam como instrumentos para se alcançar uma tutela efetiva proporcionada pela decisão judicial.

Não se mostra justificável o fundamento da prisão preventiva na imperiosa “necessidade” de se garantir a segurança em prol da sociedade. Quando ocorre o conflito entre o interesse social e o individual, há uma tendência de se colocar o interesse social em um patamar acima do interesse individual, segregando o acusado em com a justificativa de que isso é essencial ao bem comum. Sendo a referida tutela cautelar de caráter pessoal considerada um mal necessário, já que uma pessoa é presa para servir a uma possível necessidade de um processo criminal.

Quando se fala em inocente, trata-se daquele que ainda não foi condenado em sentença judicial transitado em julgado, portanto, adotando um termo jurídico. Todavia, quando se prende alguém, automaticamente já o está condenando socialmente perante a comunidade.

A prisão preventiva se justifica com base em um juízo de probabilidade entre o campo probatório e seus resultados cautelares. Cabendo ao plano cautelar:

[...]diferenciar dois níveis: (a) o primeiro quando a culpabilidade é somente possível, segundo suposições originadas por simples suspeitas, “crenças ou opiniões subjetivas do investigador”, está vedada a adoção da prisão provisória; (b) o segundo nível está representado por uma espécie de provável culpabilidade, que se alcança quando estão presentes os graves indícios de culpabilidade (*fumus commissi delicti*) que legitimam a medida cautelar de privação de liberdade.⁴⁵

Todavia, o elemento mais sensível para a caracterização desse instituto está na atividade hermenêutica do julgador e sua subsequente atividade cognitiva para decidir acerca do mérito, através da livre convicção do juiz, a qual cabe diferenciar o julgamento definitivo do julgamento resultante de uma atividade investigativa sobre os quais se sustenta uma decretação de medida cautelar. Com base nisso, o STF vem tentando uniformizar a interpretação de que a prisão preventiva deve ser concretamente fundamentada com base na caso, não podendo ser fundamentada meramente por fatores de ordem pessoal, conforme o julgamento do HC 79.857-PR de relatoria do ex-ministro Celso de Mello

A privação cautelar de liberdade individual é qualificada pela nota de excepcionalidade. Não obstante o caráter extraordinário de que se reveste, a prisão preventiva pode efetivar-se, desde que o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da decretação dessa modalidade de tutela cautelar penal (RTJ 134/798, rel. p/ o acórdão min. Celso de Mello). Bem por isso, a jurisprudência do Excelso pretório vem preconizando que “A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de

⁴⁵ SANGUINÉ, 2014 p. 126

este possuir bons antecedentes e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação de sua prisão cautelar (RTJ 99/651 – RT 662/347), pois os fundamentos que autorizam a prisão preventiva - garantia da ordem pública ou ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 312) – não são neutralizados pela só existência daqueles fatores de ordem pessoal, notadamente quando a decisão que ordena a privação cautelar da liberdade individual encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que se ajustam aos pressupostos abstratos definidos em sede legal e que demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito poderá frustrar a consecução daqueles objetivos” (HC 79.857-PR, rel. min. Celso Mello)

Pois, para a decretação da prisão preventiva é necessário e suficiente um juízo de cognição sumaria, superficial e incompleta, que se fundamenta em um juízo de probabilidade e não de mera possibilidade.

A existência de prova da existência do crime que gere a convicção de que o imputado sofrerá uma condenação funciona como uma barreira contra as prisões precipitadas e injustificadas, apesar de que a prisão provisória é ordenada com frequência fundada em simples “suspeita”. Portanto, não basta meros indícios ou simples presunções, ou, ainda, a meras suspeitas ou suposições da existência de infração penal, ainda por ser investigada. Não é necessário que exista uma prova absoluta do crime, porquanto isso é o que se tem que conseguir ao final do processo, mas sim tem que resultar evidente, com um alto grau de probabilidade real.⁴⁶

Por isso, a imperiosa necessidade não pode ser considerada com fundamento idôneo para a decretação de uma cautelar, nem mesmo quando utilizada em conjunto com o respeito a ordem pública. Visto que são necessários fundamentos com base em indícios concretos para tal aplicação, que não se dediquem exclusivamente a quem comete o crime ou a potencialidade em abstrato de suas condutas.

3.4 Prisão preventiva e a exceção penal

Ao analisar o instituto da prisão preventiva, é possível observar o seu caráter excepcional já que toda medida cautelar possui essa característica, e mais ainda as privativas de liberdade, todavia, a excepcionalidade não se dirige a um tratamento diferenciado, mas sim a instituto que foge da regra por conta de seu caráter subsidiário.

Na concepção de Jakobs esse instituto se direciona a um tipo específico de indivíduo, já que “essa coação não se dirige a um sujeito de direito, já que esta não oculta provas, nem foge, mas sim contra o indivíduo que, com seus instintos e medos, torna-se perigoso para a regular tramitação do processo, conduzindo-se, nessa medida, como inimigo”⁴⁷, portanto, deve ser

⁴⁶ IBID p. 130-131

⁴⁷ JAKOBS, 2009, p. 15-16

dispensado o tratamento dado ao inimigo também para aqueles que se voltam contra o processo, dificultando sua regular tramitação.

Por isso, ocorre uma exclusão dos direitos do acusado em decorrência da intervenção estatal, que conduz a uma abolição de direitos de uma forma juridicamente regulada. Pois, nesse fenômeno, “parte-se de um comportamento que ainda não foi ativado, mas somente planejado, ou seja, não do dano à vigência da norma, mas sim do fato vindouro, em outras palavras, no lugar do dano atual à vigência da norma entra o perigo de danos futuros[...]”⁴⁸

Quando se prevê que cabe uma prisão com base na probabilidade de uma futura lesão à ordem pública, se está antecipando o resultado, ato inaceitável do ponto de vista da teoria garantista, já que seria necessária lesão a algum bem jurídico para que o Estado atue. Por outro lado, de acordo com a teoria de Jakobs, é aceitável a punição antecipada não pela violação ao bem jurídico, mas sim pela insegurança transmitida pelo sujeito, quando por exemplo o sujeito age de maneira reincidente, cabendo a proteção da norma através da negação da atitude do imputado.

Não são raras as vezes em que a mídia, de forma sensacionalista auxilia com a legitimação de um punitivismo exacerbado, como no caso que ocorreu em Maceió, em que o motorista sob efeito de álcool e transitando na contramão, atropelou vários motociclistas, conduta caracterizada como dolosa na modalidade eventual, mas que não necessariamente gera a imediata prisão do sujeito, uma vez que “A magnitude da lesão não é razão autônoma para a decretação da prisão preventiva, mas que essa dimensão deve ser considerada, quando presentes os pressupostos que a autorizam”⁴⁹, pois, “A prisão preventiva não pode jamais revelar simples antecipação de pena”.⁵⁰

Muito desse fenômeno ocorre, como aponta Gunther Jakobs em decorrência de uma tendência na jurisdição internacional, em que a pena vem sofrendo uma mutação: de instrumento de manutenção da vigência da norma para instrumento de legitimação da vigência da norma. Pois, em algumas situações convenientes para o Estado, este não se veste com uma roupagem de Estado de Direito, pois para não sofrer danos, precisa se despir dessa roupagem. Como por exemplo, quando o judiciário cede a pressão pública para cometer irregularidades do ponto de vista legal, e o legislativo cria leis com caráter de combate ao crime com contornos inconstitucionais.

⁴⁸ JAKOBS, 2009, 44-45

⁴⁹ HC 80-717-8, rel. para acórdão min. Ellen Gracie

⁵⁰ STF - 2a Turma - HC 125.555 - Rel. Min. Teori Zavascki

Destaca-se que o inimigo não precisa ser necessariamente total, ele pode ser parcial e sobre o inimigo parcial cabem medidas intermediárias de restrições de direitos. Pois, na maioria das vezes, o indivíduo coloca-se parcialmente na posição de inimigo, uma vez que em uma sociedade liberal a exclusão do sujeito reflete uma auto-exclusão, já que esta teria a possibilidade de regredir ao status de cidadão se mudasse seu comportamento. Logo, não é que a sociedade não deixe o inimigo entrar; ele mesmo impede seu ingresso, por não cumprir sua dívida portável.⁵¹

O que fundamenta a suposição de um comportamento jurídico futuro é uma dívida portável elementar de todos os cidadãos, pois a conveniência livre e sem receios somente é possível se for fundada nessa suposição, o que só pode ser fornecido pelos próprios cidadãos.⁵²

Visto isso, exclui-se para esses sujeitos alguns de seus direitos. Apesar de parecer que o “inimigo” que escolhe se está ao não inserido na sociedade civil ou se tornar ou não criminoso, a realidade é que a sociedade decide quem está incluído nela e quem não está, já que logicamente o inimigo preferiria permanecer incluído nela, gozando de todos os direitos a ela inerentes.

Como o sujeito deixa de ser cidadão, ao menos parcialmente, também carrega o ônus de ter contra si formada uma antecipação de culpabilidade, principalmente quando se trata de organizações criminosas, acarretando a punição de um comportamento antes mesmo de haver qualquer dano.

Por outro lado, com esse aspecto pessoal de sujeito processual defronta-se a mera coação múltipla, sobretudo nos casos da prisão preventiva; de forma comparável a custódia de segurança, ela reconhece o culpado não como pessoa, mas esgota-se em relação a ele na coação física.⁵³

A violência física deve ser mantida em seus limites mínimos, por causa de seus efeitos colaterais corruptores. Ao menos de forma abstrata, um Estado que não utiliza da custódia de segurança, que pune crimes como organizações criminosas e terroristas apenas como crimes contra a ordem pública, sem aplicar medidas como interceptações telefônicas, regime disciplinar diferenciado, corre um grande risco de deixar de cumprir seu dever de segurança perante o cidadão.

Com base nisso, não se discute quanto a aplicação da prisão preventiva e a sua função necessária ao regular exercício da segurança, se aplicada de forma razoável e que não ultrapasse

⁵¹ JAKOBS, 2009, p. 40

⁵² IBID, p. 39

⁵³ IBID, p.48

os limites impostos pelo constitucionalismo, sob pena de resultar em um verdadeiro direito de exceção, com viés de tratamento dado aos inimigos.

O que, todavia, não ocorreu no conjunto de operações e diligências relacionadas a denominada “operação lava jato” que se tornou símbolo no combate à grupos criminosos e a corrupção, porém, acobertados com o manto do combate a corrupção, atravessaram barreiras legais com a utilização de prisões como artifício de coação.

Nelson Hungria, a partir dos ensinamentos de Luige Ferrajoli, destaca normas de exceção presentes no código penal alemão de 1871 e no código penal da união soviética de 1926 com o uso de expressões abertas que fazem referência ao “são sentimento do povo” e ao “socialmente perigoso” para sancionar o cidadão. Por meio dessas expressões, visa-se dar um viés de juridicidade ao arbítrio estatal, negando ao cidadão a segurança jurídica, colocando-o a disposição da interpretação estatal.

A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada “operação lava jato”, reflete extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados à circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos.⁵⁴

Deve-se observar que a regra é a liberdade, a prisão é exceção que só deve ser utilizada em casos extremos, e após ser demonstrado que medidas alternativas diversas da prisão não se mostram suficientes. A prisão preventiva, enquanto cautelar, só deve ser utilizada contra o indivíduo que cometeu uma infração penal com indícios de autoria que, como já dito, não é apenas uma suspeita, mas um conjunto de elementos de informação que devem apontar o autor como autor do crime.

Pois, existem outras medidas menos gravosas que em determinadas situações podem ser mais eficazes do que a prisão, como as medidas restritivas de direitos, conforme preconiza Aury Lopes Jr. “A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação.”⁵⁵

Por isso, cabe ao juiz impor a medida cautelar restritiva de direitos que melhor se amolda a situação concreta, de forma fundamentada, em qualquer fase da investigação ou do processo. Entretanto, devem ser observados critérios para a escolha da cautelar. De início, deve observar

⁵⁴ PRADO; SANTOS, 2018, p.197

⁵⁵ JUNIOR, 2021, p.145

se existe necessidade para a instrução criminal ou para evitar a prática de crimes, e posteriormente adequar a situação pessoal do acusado e a gravidade em concreto do delito, de forma cumulativa.

De acordo com o art. 282, § 5º do CPP, cabe ao juiz prorrogar, revogar ou substituir a medida cautelar anteriormente imposta. A alternativa de substituição é justamente uma forma do legislador auxiliar no papel do magistrado de decidir de forma mais adequada ao caso, considerando as alterações que possam alterar na sua cognição.

A lei processual penal prevê várias hipóteses de medidas cautelares, dentre as quais estão a proibição de acesso a determinados lugares (objetivando evitar a reiteração criminosa e a despertar de situações que possam resultar em condutas criminosas), proibição de ausentar-se da comarca em que reside (visando a regular aplicação da lei penal), comparecimento periódico em juízo e outros mais. O art. 282, § 4º prevê a hipótese de substituição ou cumulação das medidas, ou em casos extremos a decretação da prisão preventiva. A prisão jamais pode ser decretada de ofício, sob pena de desrespeito a imparcialidade do juiz. Essas medidas duram enquanto permanecerem as condições que provocaram sua decretação.

Por fim, existem outros meios de se resguardar a ordem pública, formas que superam a mera utilização da prisão para incapacitar o inimigo do Estado e que podem reduzir os altos números de presos preventivos no Brasil. Visto que, na visão de Zaffaroni a ignorância ou indiferença diante desse fenômeno punitivo determina um movimento muito preocupante, pois, ao não levar em conta o desdobramento assinalado do sistema penal, corre-se o risco de encobrir um aumento considerável do poder punitivo, por intermédio de uma legislação penal formalmente acusatória.

4. REFLEXOS DO DIREITO PENAL DE PERICULOSIDADE NO CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

4.1 O (des)respeito aos Direitos Fundamentais no combate ao crime

O constitucionalismo requer que todos os ramos do direito orbitem em torno da constituição, respeitando seus limites, garantias e direitos. Em razão disso, destaca-se a importância dos direitos fundamentais na imposição de limites ao poder punitivo estatal.

Na concepção de Robert Alexy⁵⁶, os direitos podem ser classificados como fundamentais quando preenchem três critérios, alternativa ou cumulativamente, são eles o critério material, o critério estrutural e o critério formal.

O critério material se relaciona com a existência de alguns direitos que decorrem diretamente de valores constitucionais absolutos, de um caráter estruturante da Constituição e conseqüentemente do próprio estado. O critério estrutural decorre de direitos fundamentais em sentido estrito, aqueles que se referem estruturalmente a direitos individuais de liberdade. Enquanto o critério formal é aquele que está previsto expressamente no Texto Constitucional, independente do seu conteúdo.

Nesse sentido, o art. 5º da C.F/88 dispõe que é garantida a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e à propriedade. Essas são garantias que servem de base como direitos básicos de todo cidadão, o que na classificação de Karel Vasak correspondem a direitos de primeira dimensão, representando uma afirmação do estado liberal e o núcleo para os demais direitos.

A prisão preventiva, entretanto, representa um conflito entre a liberdade e a segurança, por isso, exige-se muita cautela para que a liberdade não seja suprimida de forma ilegítima. Tendo em vista que os requisitos cautelares da prisão preventiva apresentam uma abertura hermenêutica que torna difícil a sua delimitação. As prisões funcionam como forma de acalmar o clamor social, transmitindo a imagem de que o governo está se mobilizando no combate ao crime e que a violência está sendo controlada, para justificar tais medidas utilizam o princípio da necessidade, fundamento que na seara processual penal não se mostra suficiente.

Além disso, a Constituição Federal prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. LIV, do art.5º, CF), garantia que não se sustenta diante de uma prisão processual, ao menos de forma plena. O legislador originário não se manifestou quanto ao fins e a legitimidade do instituto cautelar, mas “a constituição deveria prever as hipóteses em que se procede a prisão provisória e deste modo as garantias que necessitam acompanhá-las”⁵⁷.

Na ausência dessas garantias, torna-se mais fácil o desrespeito da liberdade pessoal, por meio do legislador ordinário, tal como por meio da jurisprudência que por vezes utiliza de modo negativa a abertura semântica proporcionada pela lei.

É consenso na doutrina de que os direitos fundamentais possuem caráter limitado, são relativos e funcionam como mandamentos de otimização do ordenamento como um todo por

⁵⁶ ALEXY. 2007. p. 47.

⁵⁷ SANGUINÉ, 2014, p. 38

conta da sua universalidade. Também há de se destacar que esses direitos não são absolutos, o que, todavia, não permite que os mesmos sejam anulados, pois qualquer limitação a proteção de um direito fundamental de defesa, deve ser justificado do ponto de vista constitucional. Entretanto, há necessidade de que os direitos fundamentais, enquanto garantias, superem a previsão meramente formal para que sejam efetivamente aplicados.

Embora, por um lado, as garantias formais impliquem uma barreira não desprezível para assegurar o correto uso dos poderes coercitivos e se constituam em um postulado básico para a legitimidade democrática e garantia de previsibilidade da atuação dos poderes públicos, por outro, revelam sua insuficiência, porquanto nada dizem sobre o conteúdo e finalidade das normas limitadoras; antes, mostram-se de todo indiferentes àquelas⁵⁸

Com a falta de regulamentação constitucional a respeito da prisão preventiva, não há outra opção senão a de recorrer ao que Nicolás González-Cuellar Serrano chama de “princípio da justificação teleológica”, que nada mais é do que um objetivo jurisdicional de perseguir uma finalidade legítima com fulcro no direito fundamental à liberdade pessoal. O que contribui para de acordo com o princípio da supremacia da constituição, a interpretação seja inclinada a efetivação dos direitos que mais protegem o cidadão. De forma que seja preservada a garantia de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já que apesar da prisão preventiva não funcionar como um juízo de culpabilidade, exerce um papel de segregação antecipada.

Por fim, na atual conjectura, não se demonstra razoável que medidas privativas de liberdade sejam executadas de forma a promover a segregação entre os indivíduos, em um flagrante desrespeito ao princípio da igualdade, assim como a privação da liberdade não pode se tornar regra no Brasil. Entretanto, esses postulados continuam sendo deixados de lado, concretizando uma situação em que ocorre uma presunção de culpabilidade através de um juízo sumário resultando na prisão cautelar.

4.2 Impacto no sistema penitenciário

No Brasil, o sistema prisional enfrenta uma série de problemas: o aumento desenfreado de custodiados, violência dentro do ambiente prisional, sérios problemas psicológicos desenvolvidos por agentes públicos que atuam nessa área, além do ínfimo investimento em

⁵⁸ IBID, P. 39

melhores condições nos presídios, fatos que auxiliam no panorama de amplificação da violência.

Ao contrário do que parcela representativa da população defende, o cárcere não representa uma diminuição da violência. Pelo contrário, em determinados casos contribui com o aumento dela, ainda mais quando o próprio Estado sabota o seu sistema por intermédio de aplicações excessivas de prisões cautelares.

Esse tipo de prisão deve ser uma medida excepcional, pois, causa danos extremos tanto ao indivíduo quanto a sociedade, razão pela qual deve ser respeitado o seu caráter subsidiário. Todavia, a realidade demonstra cadeias funcionando acima da sua capacidade, contrariando preceitos constitucionais e tratados internacionais.

Em que pese haja um descaso quando se trata de políticas penitenciárias, é evidente que as prisões preventivas possuem um importante papel no agravamento do quadro. Pois, de acordo com dados colhidos pelo MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, por intermédio do Departamento Penitenciário Nacional⁵⁹ (DEPEN), dos 673.614 custodiados em cadeias entre todos os regimes e cumprindo medida de segurança, 207.151 estão presos provisoriamente, número que representa mais de 30% do número total.

Grande parte desse número de presos provisórios não chega ao menos a cumprir penas privativas de liberdade ao final do processo, fenômeno que representa uma verdadeira usurpação da liberdade. Visto que, independente da análise de culpabilidade do sujeito, não se mostra adequado privar a liberdade de alguém no curso do processo para que ao final seja a esse cominada pena diversa da prisão de liberdade.

Os números indicam uma banalização desse instituto que produz uma imensa segregação social, sendo utilizado como medida de proteção e defesa social, decorrente de uma condenação sumária, para se buscar a dita ordem social. Além do quê, seu elevado uso gera a utilização de recursos que poderiam ser aplicados na manutenção e melhoramento das unidades de presos definitivos.

Nesse sentido, quando se fala em criminalização através de medidas cautelares, Zaffaroni destaca que “de fato e de direito, esta é a pratica de toda a América latina pra quase todos os prisioneiros”, visto o grande número de presos cautelares, pois de acordo com esses números é possível se concluir que há um eventual tratamento diferenciado na América latina, pois essa seletividade é praticada em nossa região por efeito da criminalização. Porém, uma vez postos

⁵⁹ Disponível em: [SISDEPEN — Português \(Brasil\) \(www.gov.br\)](http://SISDEPEN—Português(Brasil)(www.gov.br))

em marcha este processo, todos passam a ser tratados como inimigos, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos.⁶⁰

Destaca-se também a contribuição das prisões cautelares no crescimento progressivo no excesso de encarcerados, visto que

Os índices de encarceramento na América Latina não variam muito em função das reformas penais, mas sim da regulamentação do confinamento cautelar, tradicionalmente legislado no código processual. Noutras palavras, esses índices dependem do sistema penal cautelar e não do de condenação.⁶¹

Tendo em vista os casos em que as prisões provisórias extrapolam um prazo razoável, e seu reflexo no caos penitenciário, o legislador, através da lei 13.964/19, trouxe a previsão de uma revisão nonagesimal para as prisões preventivas, todavia, na prática surge gera poucos resultados visto que a interpretação mais recente dada pelo STF, pois o desrespeito de tal prazo, não gera automática ilegalidade da prisão.

O grande número de reclusos provisórios, inclusive sem condenação em primeiro grau de jurisdição, corrobora para o mal uso desse instituto. Ademais, o que chama atenção é a distribuição desses presos provisórios, quanto a natureza dos crimes o qual são acusados, com predomínio de crimes relacionados ao tráfico de drogas e crimes do colarinho azul, evidenciando o quanto o combate aos crimes de rua ainda permanece mais severo dos que os crimes de colarinho branco.

Além disso, no que se refere a coação exercida pela prisão cautelar, assevera Renato Brasileiro que:

A decretação de uma prisão cautelar é a interferência mais agressiva do Estado na vida e na dignidade do indivíduo, pois, além da segregação em si, o cárcere produz intensa estigmatização social e psicológica. Não se pode, pois, banalizar a prisão preventiva, já que seus efeitos criminógenos, mais que ressocializar o agente, causam profunda desagregação dos valores da pessoa, inserindo-a em um contexto capaz de afetar de maneira definitiva qualquer processo de socialização.⁶²

Em contrapartida, as penas restritivas de direitos podem ser aplicadas como forma de proteger a dignidade daquele que produz pouco perigo, produzindo efeitos extremamente benéficos quando aplicadas e fiscalizadas de maneira correta.

⁶⁰ ZAFFARONI, 2007, p.109

⁶¹ IBID, p. 111

⁶² LIMA, 2012, p. 392

A aplicação inadequada da prisão, todavia, gera efeitos na qualidade do sistema carcerário. A sua utilização de forma rotineira e inadequada, sem que sejam obedecidos todos os requisitos legais necessários, contribui com a superlotação das cadeias brasileiras.

Ademais, também auxilia com o crescimento da criminalidade, já que o sistema carcerário não está preparado para reinserir o preso à sociedade, assim como também fomenta, muito em função do domínio interno de organizações criminosas dos mais diversos tipos, a especialização do recluso em condutas criminosas.

Esse tipo de conduta praticada de forma reiterada pelo Judiciário, demonstra a forma como o suspeito pode ser tratado como verdadeiro inimigo, não da forma pura que foi idealizada por Jakobs, em que há uma separação de normas para cidadãos e inimigos, mas como elementos implícitos que continuam punindo com mais rigor determinadas pessoas.

Por isso, Zaffaroni defende que

Na América latina, todo suspeito é tratado como inimigo, apesar da legitimação do direito processual penal. Em geral, a categoria do inimigo não é expressamente introduzida ou não são feitas referências claras a ela no direito ordinário, visto que ao menos intue-se sua incompatibilidade com o princípio do Estado de direito.⁶³

Tratamento que fica ainda mais evidente quando se observam as classes mais pobres, que historicamente é mais criminalizada, conforme exemplificado no Decreto 2.110 de 30 de novembro de 1909, que há mais de um século já autorizava a prisão preventiva em crimes afiançáveis, desde que o indiciado fosse vagabundo, não possuísse profissão lícita e domicílio certo, ou já tivesse cumprido pena de prisão⁶⁴. De acordo com o texto legal:

Art.27. A prisão preventiva é autorizada de acordo com a legislação vigente.
§ 1º Dos crimes afiançáveis quando se apurar no processo que o indiciado:
é vagabundo sem profissão lícita e domicílio certo; já cumpriu pena de prisão por efeito de sentença proferida por tribunal competente.

Aquele sujeito que não era considerado produtivo, portanto, era tido como um criminoso. A etiqueta de vadio podia resultar, inclusive, em uma prisão como forma de garantia processual de que o sujeito estaria disponível para cumprir a pena que a ele fosse cominada, caso houvesse pena.

Tais casos demonstram o caráter preconceituoso que o direito penal pode incorporar, principalmente como forma de conter uma desorganização social ocasionada por problemas econômicos. Wacquant destaca que

⁶³ ZAFFARONI, 2007, p.190

⁶⁴ PRADO; SANTOS APUD GARCIA, 1945, p. 160-172

Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres.⁶⁵

O pressuposto central que fundamento tal ideia é que há um caráter sagrado dos espaços públicos, de tal forma que a desordem na qual as classes mais pobres vivem é terreno fértil para o crime.

No mesmo sentido, Zaffaroni destaca o caráter seletivo do direito penal, em que a classe socioeconômica ainda possui influência, pois

Há dois meios pelos quais as Repúblicas mantêm seu Estado e sua grandeza: os prêmios e os castigos. Os primeiros para os bons, os outros para os maus. Sem esse equilíbrio, só resta esperar a inevitável ruína do Estado. Sem dúvida, não é necessário que todos os fatos criminosos sejam castigados, porque não haveria juizes em número suficiente para fazê-lo e tampouco carrascos para executar suas ordens. Deste modo, para dez crimes, há apenas uma condenação e normalmente os condenados são ardilosos. Aqueles que têm amigos ou dinheiro habitualmente escapam das mãos dos homens.⁶⁶

Como a sociedade brasileira continua caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa, que em conjunto alimentam o crescimento da violência criminal⁶⁷, só cresce a disparidade social.

Em razão disso, levanta-se a dúvida a respeito da real necessidade da custódia preventiva, sendo um injusto necessário e justificável ou, ao invés disso, é um fruto de uma concepção inquisitória de processo que coloca o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, que em razão de ser posto em privação de liberdade de forma imediata, tem presumido contra si a culpabilidade.

4.3 Prisões: combate ou perpetuação do crime?

Toda prisão carrega consigo uma carga axiológica muito grande quando observada a posição do segregado e da sua família, apesar de ser em muitos casos um mal necessário, em outros pode decorrer de um mero arbítrio estatal. Pois, “não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, as vezes por anos, sem processo.”⁶⁸

⁶⁵ WACQUANT, 2012, p.45

⁶⁶ ZAFFARONI APUD J.Bodin, De la demonomanie des sorciers. De l'inquisition des sorciers, Livro IV, Capítulo 5, “De la peine qui méritent les sorciers”, 215-217, Paris, chez Jacques du Poes, Libraire Iuré, 1587. p. 215-217

⁶⁷ WACQUANT, 2012, p.8

⁶⁸ FERRAJOLI, 2010, p. 511-512

Além disso, os ambientes carcerários em nada contribuem para que o sujeito privado de sua liberdade consiga se libertar das amarras do crime, muito pelo contrário, auxiliam com o fortalecimento dessas conexões, visto que

Um grande número de criminologistas, por exemplo, notou que a prisão, uma das graves formas de reprovação penal, contribuía de alguma forma para a criminalização: desde Jeremy Bentham, precursor da criminologia, passando por Lombroso, até Clifford Shaw, dentre muitos outros. Lombroso era taxativo ao afirmar que as condições da prisão e o contato dos presos com outros criminosos acabavam por criar os criminosos habituais.⁶⁹

A prisão, funciona como um instrumento para ampliar a situação de vulnerabilidade dos sujeitos que a frequentam, de certa forma contribuindo para cada vez mais inseri-los na criminalidade. Isso ocorre em função da produção, por meio do sistema penitenciário, de sujeitos ainda mais excluídos socialmente, fato que auxilia com o aumento da reincidência e conseqüentemente com o aumento da violência. Pois, a prisão exerce função modificadora do segregado, porém, não é uma transformação positiva no sentido de reintegrá-lo melhor a sociedade, mas sim devolver ao convívio social um sujeito despersonalizado, que vai enfrentar dificuldades cada vez maiores por conta da sua etiqueta de criminoso.

Ademais, enfrentam o preconceito e a discriminação para serem reintegrados ao mercado de trabalho, visto que no atual cenário em que economicamente se torna mais difícil obter empregos formais, não são abertas portas para pessoa que não são vistas como confiáveis. Como consequência disso, optam pela conduta criminosa.

As prisões, ainda são utilizadas como um tipo de

aspirador social para limpar as escórias das transformações econômicas em curso: os infratores ocasionais, os jovens autores de pequenos furtos, os desempregados e os sem-teto; os toxicômanos e toda ordem de excluídos sociais deixados de lado pela proteção social. Para estes, o recurso do encarceramento para debelar as desordens urbanas é um remédio que, em muitos casos, só agrava o mal que pretende sanar.⁷⁰

No mesmo sentido, de acordo com Zaffaroni, são evidentes dois tratamentos penais bem diferenciados, um para os infratores de camadas sociais aptas a convivência e outro para aqueles que não pertencem a ela. E se em razão disso for imposta uma privação de liberdade, que significa uma mancha em sua honra, sendo cautelar ou não, e se esta prisão não for justificada por provas, ocorrerá uma grave lesão ao que chamamos de justiça.

A prisão, no atual panorama, tem a particularidade de ser um instrumento que da mesma forma que suga os detentos do convívio social através da pena, devolve à sociedade sujeitos que encontram serias dificuldades de se readaptar por conta do estigma que é dado a eles,

⁶⁹ SHECAIRA, 2013, p.249

⁷⁰ WACQUANT, 2001, p.32

permanecendo sendo vistos com desconfiança por grande parte da sociedade. Razão pela qual encontram grandes dificuldade de encontrar meios de se manter materialmente de forma digna, fato que influencia diretamente na reincidência criminosa.

4.4 A neutralização do “inimigo” no Brasil

A concepção de criminalidade transcende a uma questão meramente jurídica, pois muito se relaciona a questões sociais, culturais e econômicas. No Brasil, no período da ditadura militar, o maior inimigo de Estado era o comunista. Após a derrocada do regime militar e o fim da guerra fria, foi necessário eleger um novo modelo de criminoso, que atualmente é o traficante de drogas. Essa mudança ocorreu como uma forma de manter a crescente repressão estatal as liberdades individuais, justificada, todavia, pela guerra as drogas.

Com isso, de certa forma reforça-se o estereótipo de que o criminoso é alguém pobre, negro, morador de favela, que através de seus crimes reprime as pessoas a sua volta. Criando uma ligação entre pobreza e crime, capaz de fazer com que se afirme que todo criminoso é pobre, e ao inverso, todo pobre é criminoso. Visto que

Muitas pessoas se inclinam a pensar que os criminosos são pessoas oriundas dos “bairros ruins” da cidade. Tem razão no sentido de que é nesses bairros que residem de maneira desproporcional as pessoas de baixa capacidade cognitiva. Em suma, todas as patologias sociais que afligem a sociedade americana estão “notadamente concentradas na base da distribuição do quociente intelectual”⁷¹

De forme indireta, essa concepção influencia na forma como os órgãos de controle atuam. A polícia se torna mais paciente com pessoas que não estão inseridas nesse “grupo de risco”, assim como o judiciário se inclina a pensar que um jovem rico por ter condições de adquirir grande quantidade de droga, não está traficando. Enquanto um jovem pobre que conduz pequena quantidade, provavelmente é traficante.

A repressão ao crime se mostra muito mais intensa quando se refere à criminalidade clássica, crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas, crimes contra a vida. Por outro lado, “não vem revelando uma sensibilidade adequada para a captação das sutilezas inerentes a criminalidade econômica. Mostra, ao contrário, um apego exagerado a uma certa interpretação liberal, não condizente com a nova realidade do Direito[...]

⁷²

⁷¹ WACQUANT, 2001, p. 24

⁷² CARVALHO, 1992, p. 117

Tudo isso pode resultar no que Zaffaroni chama de direito penal de periculosidade, que está presente quando se sustenta que

o homem é um ser que somente se move por causas, isto é, determinado, que não goza de possibilidade de escolha, que a escolha é uma ilusão e que, na realidade, sempre atuamos movidos por causas, sem que nossa conduta se distinga dos outros fatos da natureza, nessa concepção não haverá lugar para a culpabilidade⁷³

Com isso, o direito penal de periculosidade ocorre quando se considera que as atitudes do homem são determinadas, a pena age de forma a ressocializar, neutralizando a periculosidade, sendo este o seu limite. Todo direito penal de periculosidade também é direito penal do autor. E a ignorância ou indiferença diante desse fenômeno determina um movimento muito preocupante, pois, ao não levar em conta o desdobramento assinalado do sistema penal, corre-se o risco de encobrir um aumento considerável do poder punitivo, por intermédio de uma legislação penal formalmente acusatória.

Portanto, é evidente o caráter seletivo do direito penal com inequívoca influência do direito penal de periculosidade, em que pessoas pobres são mais facilmente identificadas como perigosas com base em estereótipos desenvolvidos ao longo de várias gerações por interações sociais tanto dos meios de controle formais, quanto informais. E que, apesar de haver total independência entre as atribuições da polícia e do judiciário, é essencial a contribuição da polícia na construção do processo, visto que os estigmas desenvolvidos com base em preconceitos da fase inquisitória, refletem de forma significativa no processo.

⁷³ ZAFFARONI, 2008, p.104

5. CONCLUSÃO

Ao término do estudo realizado, é possível observar que, apesar de teoria do direito penal do inimigo ser veementemente rechaçada no Brasil, são evidentes que alguns institutos possuem características que são compatíveis com essa teoria. O regime disciplinar diferenciado, principalmente após as alterações do pacote anticrime, se destaca por ser uma previsão legal de tratamento mais rígido para aqueles que participam de organizações criminosas situação que muito se assemelha com o tratamento dispensado ao inimigo.

Em que pese não seja tão claro como no RDD, também é possível observar um viés de exceção no combate ao inimigo nos requisitos da prisão preventiva, em função do tratamento previsto ao reincidente em crime doloso, que por meio dessa cautelar pode funcionar como uma forma de antecipação da prisão, sem que seja necessária uma condenação transitada em julgado, visto que a reincidência para fim de decretação da preventiva é observada de forma sumária, sem que haja uma condenação definitiva.

Além disso, fica demonstrado que o requisito relativo à garantia da ordem pública é aplicado predominantemente aos crimes de rua, principalmente aos crimes contra o patrimônio, assim como aos crimes relacionados a lei 11.343/2006, e que coincidentemente, esses crimes são cometidos de forma mais acentuada pela parcela mais pobre da população, dada a busca pela concretização de desejos econômicos.

Nesse sentido, o desejo de reestabelecer a ordem pública cria a necessidade de um instrumento que seja capaz de exercer esse papel. Apesar da prisão, em muitos casos, ser vista como um coringa no combate ao crime, ela se demonstra ineficaz no papel que almeja exercer, já que no panorama atual, funciona de forma a estimular as condutas criminosas, dada a situação inconstitucional que se encontra o sistema penitenciário brasileiro.

O risco e a etiqueta de criminoso perigoso são atribuídos a esses sujeitos, de tal forma que a reclusão é o único meio de contê-los. Com isso, ocorre um círculo vicioso em que um sujeito que algum dia praticou um crime é visto como um potencial perigo para a sociedade. A grande questão é que nem todos os crimes são capazes de gerar esses resultados.

Os julgamentos demonstram uma menor rigidez quanto à decretação da prisão preventiva, quando se relaciona com sujeitos de classes mais altas, quando ocorrem crimes econômicos ou até mesmo de corrupção. Até mesmo os crimes relacionados aos entorpecentes são por vezes relativizados, visto que a situação econômica do suspeito pode apontar que não se trata de tráfico por conta da desnecessidade do sujeito de praticar tal crime.

No mais, a prisão preventiva, assim como qualquer prisão, produz resultados significativos tanto na vida do segregado quanto na família. A cultura patriarcal permanece forte, principalmente em famílias economicamente vulneráveis, e a prisão de um componente dessa família, que em regra é o homem, gera uma série de prejuízos. Por isso, para que alguém seja excluído do convívio social, é essencial que seja revista a forma de aplicação desse instituto.

Ademais, os presos cautelares representam uma grande parcela das pessoas reclusas, mesmo que contra eles não haja condenação definitiva. Essa situação auxilia com a superlotação dos presídios, a baixa taxa de ressocialização, as melhores condições dos presos, enfim, com o caos carcerário.

Portanto, não se defende uma abolição da prisão preventiva, visto que esta possui um importante papel no controle social. Todavia, deve-se ter mais cautela em sua aplicação, para que esta não seja utilizada como instrumento para uma condenação antecipada, e sim como medida excepcional de caráter essencial.

Pode-se concluir que a legislação atual auxilia com uma abstração referente aos requisitos da prisão preventiva de forma que abre margem para a ocorrência de verdadeiras condutas arbitrárias. Esses mesmos requisitos, devido a sua amplitude, ocasionam situações que geram um pré-julgamento a determinados sujeitos, dentre eles aqueles que já praticaram crimes, principalmente se forem relacionados a crimes de tráfico de drogas ou crimes contra o patrimônio. Dessa maneira, apesar de não haver no Brasil um direito penal do inimigo como idealizado por Gunther Jakobs, existem inimigos e a eles é dado um tratamento não isonômico.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BATISTA, Nilo. **Novas tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2º edição. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 15 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3º edição. ed. rev. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Parte geral: Teoria constitucionalista do delito. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.
- GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia**. Estudos sociedade e agricultura, [s. l.], 16 abr. 2001.
- HASSEMER, Winfried. **INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.
- JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2º tiragem. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: Noções e críticas**. Tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Método, 2021.
- MENEZES, Bruno Seligman de. 2006. **Regime disciplinar diferenciado – “o direito penal do inimigo brasileiro”**. Disponível em: [Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IB-CCRIM](#)
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. 7. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

- MORAES, Alexandre de. **Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **PRISÃO PREVENTIVA: A contramão da modernidade**. 1.ed. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SANGUINÉ, Odone. **PRISÃO CAUTELAR: MEDIDAS ALTERNATIVAS e DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5º ed. rev. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2013
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- WACQUANT, Loic. **Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Organização: Vera Malaguti Batista; Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2º ed. P.14
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 8ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008