

# DIREITO PENAL DO INIMIGO E O CRITÉRIO DA PERSONALIDADE NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Alcir Justino Moura Gomes Junior\*

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro\*\*

**Resumo:** Apresentada ao mundo pelo jurista Günther Jakobs, a teoria do “Direito Penal do Inimigo”, tem como uma de suas principais características a negação de humanidade aos criminosos que representam risco à ordem social e a soberania do Estado. Sendo assim, é objetivo deste presente trabalho, tentar verificar se existe uma possível influência deste Direito Penal do Inimigo nas decretações das prisões preventivas no Brasil, por meio do critério da personalidade na garantia da ordem pública. Tendo como principais métodos uma análise de jurisprudências, além de revisão bibliográfica, sendo esta uma tentativa de expor o universo de contribuições científicas dos autores que abordam o tema que será tratado no presente trabalho, análise de documentos, a partir de uma revisão do conteúdo de julgados de ordem nacional e estadual e análise de conteúdo, descrevendo e interpretando o conteúdo do máximo possível em relação a classe de documentos e textos.

**Palavras – chave:** Direito Penal do Inimigo. Prisão cautelar. Poder punitivo. Velocidades do Direito Penal. Ordem Pública.

**Abstract:** Presented to the world by the jurist Günther Jakobs, the theory of the “Criminal Law of the Enemy”, has as one of its main features the denial of humanity to criminals who represent a risk to the social order and state sovereignty. Therefore, it is the main objective of this present article try to verify the possible influence of this so call the Criminal Law of the Enemy in the decrees of the preventives detentions in Brazil, through the standard of the personality in the guarantee of the public order. The main methods are, bibliographical review, which is an attempt to expose the universe of scientific contributions of the authors that approach the subject treated on this present work. Analysis of documents, based on a review of the content of national and state judgments and content analysis, describing and interpreting the content as much as possible in relation to the class of documents and texts.

**Keywords:** Criminal Law of the Enemy. Punitive Power. Preventive Detention. Speeds of Criminal Law. Public Order.

---

\* Discente do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador – UCSAL. E-mail: alcirsport@hotmail.com

\*\* Pós doutorado em relações internacionais pela Universidade de Barcelona-ES. Doutora e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora do Mestrado em Políticas sociais e cidadania da UCSAL. Membro do corpo permanente para o Mestrado em Direito da UCSAL. Professora da pós graduação em ciências criminais, Direito Tributário e Direito médico da UCSAL e da pós graduação em Direito Público da faculdade baiana de Direito. Professora na graduação da UCSAL e FSBA.

**Sumário:** Introdução. 1. Da doutrina do Direito Penal do Inimigo. 1.1. Contornos teóricos – Noção de bem jurídico e o funcionalismo radical. 1.2. Inimigo x Cidadão. 2. Do fundamento da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva e a personalidade do sujeito. 2.1. A garantia da ordem pública: Críticas. 2.2. A personalidade voltada para o crime. 3. O Direito Penal do Inimigo e o critério da personalidade da garantia da ordem pública. 3.1. A personalidade e o discurso do inimigo. 3.2. Quem é o inimigo? Crimes patrimoniais e o tráfico. 3.3. A prisão provisória como regra e a terceira velocidade do Direito Penal. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

## INTRODUÇÃO

De início, evidencia-se a necessidade de justificativas mais específicas quanto ao tema que será abordado neste presente trabalho, qual seja, o modo como é aplicada a prisão preventiva no Brasil e a possível influência da teoria do jurista alemão Günther Jakobs na decretação destas.

Pois bem, a proposta de Jakobs determina que um sujeito é perigoso através de uma análise equivocada (do ponto de vista majoritário da doutrina brasileira) da vida pregressa deste sujeito, relacionando a condição de violento do “inimigo” com o fato de que, o mesmo, tem aptidão para o cometimento de novos crimes.

Acontece que essa visão de Jakobs tem consequências sérias e que evidenciam-se através de fenômenos como o descontrolado aumento da população carcerária brasileira, e muitos através de meras medidas de contenção, medidas estas revestidas de prisão provisórias que por muitas vezes estendem-se por tempo indeterminado, no caso das inúmeras decretações de prisões preventivas, onde aparentemente as principais justificativas para decretações, baseiam-se exclusivamente na vida pregressa do suposto delinquente.

Sendo assim, fica nítido que as prisões cautelares (pelo menos como são aplicadas no Brasil) são decretadas sem o respeito a critérios previstos no conceito do devido processo legal e da dogmática penal, levando a crer que justamente o caráter perigoso do “inimigo” justifica sua privação de certos direitos individuais garantidos aos demais cidadãos.

Focando a análise mais uma vez para o tema principal do presente artigo, que é a prisão preventiva, temos então que, a princípio a prisão cautelar da forma que é aplicada no Brasil,

parece ser uma medida que deveria ser uma exceção e sua aplicação devendo ser usada em casos específicos e/ou de grande necessidade, virou um mero mecanismo de neutralização de indivíduos que aparentam ter um potencial criminoso, caracterizando-se essa prisão cautelar como como uma medida de mera contenção, ou seja, servindo essa prisão somente para tirar o indivíduo de circulação.

E qual o natural resultado disso? Os números parecem mostrar que a excepcionalidade dessa medida cautelar (ou que deveria ser) aparentemente deixou de caracteriza-la há tempos, dada a aparente banalização do decreto prisional, sobretudo quando o acusado se adequa ao perfil criminal construído, pela doutrina “Jakobiana”, o “inimigo”, os sujeitos então que são taxados com essa alcunha só crescem em quantidade, com a contribuição latente inclusive da mídia que passa a maximizar a revolta da sociedade de maneira descontrolada, e em conjunto com o contínuo aumento dos crimes no país, só fazem agravar este cenário e dando cada vez mais legitimidade.

De antemão, vale ressaltar que antes do início efetivo do texto, deve-se evidenciar a metodologia aplicada para a construção deste presente trabalho, qual seja: revisão bibliográfica, onde serão analisadas opiniões de diversos autores sobre os mais variados assuntos que envolvem o tema proposto a ser discutido nesse presente trabalho, a partir de suas publicações, sejam livros ou artigos científicos. Também haverá estudo de alguns dados estatísticos para evidenciar algumas situações no que se refere a população carcerária brasileira. E por fim, também haverá algumas análises de julgados, afinal, um dos principais assuntos do texto será a discussão sobre um dos fundamentos da decretação da prisão preventiva.

## **1. DA DOUTRINA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria penal lançada e criada pelo professor alemão Günther Jakobs, este, apresentou sua obra pela primeira vez ainda em 1985, mais especificamente numa revista de Ciência Penal (ZStW, n.97.1985, p.753 e ss.). Até então, mantinha uma postura claramente descritiva sobre sua criação, porém, anos à frente, mais apropriadamente em 2003 sua criação começa a ganhar notoriedade internacional, isto porque dois anos antes o mundo assistia a queda das torres do World Trade Center, ataque terrorista que matou milhares de pessoas. (GOMES, 2004, p. 1)

Jakobs, então passa a empunhar sua tese de forma mais afirmativa, legitimadora e justificadora, isto porque em 2003 o autor publica sua obra em um livro chamado e intitulado como: “Direito Penal do Inimigo”. Sua obra então, ganha finalmente notoriedade global e passa a ser incansavelmente discutida por vários doutrinadores do mundo todo. Mas o que defende Jakobs em sua doutrina que merecesse tanta discussão em torno desta? Vamos aprofundar um pouco mais.

O Direito Penal do Inimigo divide os criminosos em dois grupos, há os criminosos que são inimigos e outros que não são inimigos. Os não inimigos (os amigos) do Estado, o cidadão que talvez nunca delinuiu, assim como sujeitos que delinquiram na forma de um crime grave, ou até mesmo criminosos habituais, o que importa na teoria de Jakobs para que o sujeito delinquente receba a alcunha de inimigo é aquele sujeito que não reconhece ou não respeita a figura do Estado, sendo assim, os sujeitos que delinuem mas ainda reconhecem o poder soberano do Estado sobre si, gozarão do benefício de terem todas as garantias processuais penais nos julgamentos de seus crimes, garantias essas, que devem ser respeitadas.

Já, ao inimigo, ou seja, o sujeito que não reconhece ou não respeita a figura do Estado, o Direito Penal deve incidir sem garantias. Mas afinal, quem são os inimigos? Jakobs cita em sua obra que os criminosos intitulados inimigos seriam: os criminosos econômicos, terroristas (este, inimigo por excelência), delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. (GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 34). Sendo assim, tem-se que o inimigo é aquele sujeito que se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel a norma.

Jakobs, tem como base filosófica para sua teoria quatro autores notadamente conhecidos (GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 24 e ss). O primeiro deles, é filósofo francês Jean Jacques Rousseau; deste por exemplo, Jakobs retira a lição de que: “qualquer malfeitor que ataque o direito social, deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este; ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão.” (Rousseau *apud* GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 24). Já do segundo, o seu compatriota Johann Gottlieb Fichte, Jakobs retira a lição que: “quem abandona o contrato cidadão, perde todos os seus direitos como cidadão e como e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”. (Fichte, s.f, p.260 *apud* GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 25 ).

O terceiro é o filósofo inglês Thomas Hobbes, deste, a lição retirada e sua influência em toda a teoria criada por Jakobs em torno do Direito Penal do Inimigo é bastante autoexplicativa,

diz Hobbes: Em casos de alta traição contra o Estado, “o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo”. (Hobbes, 1984,p.233 *apud* GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 26). E por último, o também alemão, Immanuel Kant, este, afirma: quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal deve ser tratado como inimigo.” ( Kant, nota 18,p.349 *apud* GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 27).

## **1.1. CONTORNOS TEÓRICOS - NOÇÃO DE BEM JURÍDICO E O FUNCIONALISMO RADICAL**

Analisemos agora, as características do funcionalismo penal da teoria do Direito Penal do Inimigo. O funcionalismo adotado por Jakobs nesta teoria é também conhecido como funcionalismo radical ou funcionalismo radical sistêmico, este último pela flagrante influência da chamada teoria dos sistemas do sociólogo alemão Niklas Luhmann. Teoria esta que basicamente foca no papel social que as pessoas cumprem. Sendo assim, para essa teoria o homem não é homem e sim uma peça do sistema e cada indivíduo da sociedade deve cumprir seu papel - dita corrente concebe a sociedade que, enquanto sistemas parciais: Direito, Economia, Religião, Ciência etc. como um sistema que se compõe de manifestações conhecidas sinteticamente como comunicações (ORTS, 2014, p. 58 e 59).

Ou seja, o sujeito não deve ter seus conhecimentos específicos levados em conta em uma possível imputação de uma pena, mas devendo seu papel social exercido no caso concreto ser levado em conta para que lhe seja imputado uma pena sobre um determinado delito, por exemplo:

Na sociedade eles estão presentes apenas como pessoas, pontos de endereçamentos para a comunicação. Tudo que não é comunicação, não faz parte do sistema, passando a ser alocado fora do contorno deste. (CLARISSA ECKERT BAETA NEVES, 2006).

Sendo assim, de acordo com o funcionalismo de Jakobs a função do Direito Penal é a proteção da vigência das normas jurídicas; como tradição, tem-se como entendimento majoritário no âmbito jurídico penal que a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos. A teoria de Jakobs, inspirada pela teoria dos sistemas de Luhmann funciona da seguinte forma: partindo do ponto que exista na sociedade uma espécie de “Contrato Social” é esperado que todos os indivíduos inseridos no contexto social cumpram o seu papel no sistema,

sendo o indivíduo somente reconhecido como pessoa se este desempenhar um papel na sociedade.

Sendo assim, todos os indivíduos da sociedade têm total confiança e expectativa de que todos irão desempenhar seus papéis harmonicamente.

Acontece que, quando algum desses indivíduos rompe o “Contrato Social” e comete um crime, ocorre a perda da confiança no sistema pelos outros sujeitos da sociedade. A partir dessa quebra de confiança, Jakobs afirma que o Direito Penal deve entrar em cena e garantir a proteção da norma e o retorno da vigência desta, para que a partir daí seja restaurada a confiança de toda a sociedade e preserve-se o “Contrato Social”.

Ao passo que, completa (ORTS, 2014, p. 59) afirmando em sua obra: “neste sentido, os seres humanos se encontram no mundo social em função de cumpridores de uma função.” O mesmo autor assevera mais na frente: “esta define, por sua vez, por seu conteúdo no qual se integram direitos e deveres. A orientação em função desse papel define o sujeito como pessoa.”

Portanto, a partir da garantia do Direito Penal quanto a vigência das normas jurídicas, secundariamente o bem jurídico também será protegido e não o contrário. Sendo assim, em outras palavras, a proteção do bem jurídico seria na verdade uma proteção reflexa a partir da garantia da proteção da norma. Isto porque, para a teoria Jakobiana o bem jurídico parece ser “perecível”, afinal, casos fortuitos ou de força maior ou outros fatos estranhos ao crime, podem matar uma pessoa ou feri-la gravemente, e não necessariamente o crime é a única ameaça à preservação do bem jurídico.

Partimos então, para outro ponto controverso do funcionalismo adotado por Jakobs, no que concerne a antecipação da tutela penal. No Direito Penal normal como conhecemos a incidência da tutela penal, ou seja, o momento que o Direito Penal irá incidir sobre o criminoso e puni-lo, tem como característica ser retrospectivo, ou seja, o sujeito será punido pelo que ele fez ou deixou de fazer e tem como fundamento a culpabilidade do agente delituoso. Deve-se então, ter em mente o chamado “iter criminis” expressão em latim que numa tradução mais livre significa, “caminho do crime”.

Pois bem, no caminho do crime existem quatro etapas. A primeira, é a fase de cogitação ou fase abstrata, nessa fase como o nome já responde o sujeito somente pensa na possibilidade do cometimento do crime, nessa fase, em regra, ainda não existe crime. Isto porque, obviamente, não há como adentrar na cabeça do sujeito. A segunda fase começa com a etapa

em que dar-se o nome de preparação, ou seja, o sujeito começa entre outras coisas a se instrumentalizar, porém ainda não existe o real perigo ao bem jurídico para que haja a próxima fase, como por exemplo, a aquisição de uma arma para a prática de um homicídio. Lembrando que esta fase, em regra, também não é passível de punição. Tem-se então, a fase de execução, esta, podendo ser punida como tentativa e a consumação, esta etapa tem como característica o conjunto de elementos essenciais para que se constitua o tipo penal.

A necessidade da rápida explicação desse caminho do crime é necessária para que se perceba que o Direito Penal normal somente irá incidir no sujeito criminoso, na esmagadora maioria das vezes, somente nas duas últimas etapas do crime. O que não acontece na teoria do Direito Penal do Inimigo, isto porque, ao contrário do Direito Penal vigente, como conhecemos, onde este é retrospectivo, ou seja, se espera a atitude delituosa do agente para que só assim o Direito Penal incida sobre este sujeito e conseqüentemente o puna da maneira devida, porém, respeitando e reconhecendo todos os direitos e garantias que o sujeito deve ter.

O mesmo não acontece no Direito Penal do Inimigo, onde se deve levar em conta que somente uma parcela de criminosos poderá ter esse tipo de direito incidindo sobre si (através do Direito Penal do Cidadão), mas é um direito prospectivo onde baseia-se na periculosidade do agente e não na sua culpabilidade, suprimindo direitos e garantias aos que serão taxados como “inimigo” e a tutela penal será antecipada, devendo-se punir inclusive os atos preparatórios com a mesma pena do crime consumado. Sendo assim, as medidas contra o “inimigo” não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), e sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro).

Afirma Jakobs:

“O delito contra segurança pública se converteu em uma verdadeira punição de atos preparatórios, e esta modificação não foi revogado até os dias de hoje. Portanto, o ponto de partida ao qual se ata a regulação é a conduta não realizada, mas só planejada, isto é, não dano à vigência da norma que tenha sido realizado, mas o fato futuro.” (GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 41 e 42).

\*A lei 13.260/2016 conhecida como lei antiterrorismo, em seu artigo 5º dispõe que: os atos preparatórios passam a ser punidos com a pena do crime consumado reduzida de “um quarto até a metade”.

Ou seja, para o Direito Penal do Inimigo, até a mente, o psicológico, do autor do delito deve ser passível de controle e conseqüentemente punição, um exemplo é a punição dos criminosos sexuais, onde estes pelo fato de sequer pensarem ou terem desejos escusos, mas que mesmo assim não externem seus “desejos criminosos” ou seja, mesmo que esse criminoso não

ameace o bem jurídico, mas sendo estes sujeitos quem são, poderão ser passíveis de punição, a partir do momento que estes já estarão marcados e estereotipados como “inimigos” para a sociedade e conseqüentemente para a norma.

Isto porque para o funcionalismo de Jakobs, a norma que deverá ser a preocupação máxima para o Direito Penal, para que a sociedade possa ter confiança nessa norma, esta deverá conseqüentemente ser o espelho desta, e assim, a sociedade através do legislador será quem irá decidir o que deverá ser aceitável ou não, neste sentido afirma Miguel Polaino – Orts:

A primeira função que cumpre a norma é a institucionalização das expectativas sociais – o legislador elege e seleciona as expectativas que definem a sociedade (não matar, não lesar, não injuriar, etc) e as ‘introduz’ em uma norma. (ORTS, 2014, p. 73).

## 1.2. INIMIGO X CIDADÃO

Pudemos perceber anteriormente como esse funcionalismo radical e sistêmico criado por Jakobs, tem como fundamento basilar a proteção da vigência da norma jurídica devendo este ser o principal papel do Direito Penal, concluindo assim, que o dano ou possível risco de dano à vida do cidadão é um bem jurídico tutelado de forma reflexiva a partir da proteção da norma penal, daí percebe-se então que Jakobs produziu um positivismo legalista perigoso.

Ademais, definitivamente a parte mais polêmica dessa doutrina é quando Jakobs emprega o termo “inimigo” para identificar alguns sujeitos criminosos, trazendo com esse termo toda uma carga de significados e tipos de indivíduos que seriam privados da categoria de pessoas, sendo assim, o criminalista e professor de Direito Penal Cezar Roberto Bitencourt, em palestra ministrada no 1º Congresso Internacional - Crime, Justiça e Violência no ano de 2007, afirmou:

Jakobs, ao apontar o sujeito que delinuiu como inimigo, este não mais será considerado pessoa, mas sim, coisa, ou seja, ‘res’ (palavra em latim que juridicamente, definimos como coisa). (LFG, 2007).

Como já falado anteriormente, o aporte filosófico é determinante para muitos dos conceitos e termos adotados por Jakobs em sua teoria penal, vale lembrar que Kant, Hobbes, Fichte e Rousseau são os principais nomes da bagagem filosófica adotada por Jakobs, onde os ensinamentos deste influenciam em toda a teoria do Direito Penal do Inimigo. Afinal, estes filósofos muitas vezes usam o termo “inimigo” para fazerem referência àqueles sujeitos que se recusavam a cumprir o pacto social, de se adequar aos padrões que a sociedade impõe sobre o



que seriam condutas aceitáveis ou não para que se mantenha a harmonia e convívio pacífico na sociedade.

Deve-se fazer justiça a interpretação quanto a noção de inimigo do autor Miguel Polaino Orts; em sua obra o autor elucida o que seria o verdadeiro significado do termo na doutrina Jakobiana, este afirma: a definição de inimigo é uma tarefa exclusiva do Direito, não da Política.

E completa: “dito termo (inimigo) não é, nem sequer, um adjetivo qualificativo, tampouco desqualificativo, mas uma categoria científico – descritiva.” (ORTS, 2014, p. 60).

Por sinal, pelo posicionamento polêmico de Jakobs no tratamento a certos criminosos e por sua doutrina em si, era de esperar-se um certo nível de discussão doutrinária quanto a certos pontos de suas afirmações um tanto quanto polêmicas, pois bem, quanto ao uso do termo “inimigo”, posiciona-se o doutrinador Eugenio Raúl Zaffaroni, nesse ponto específico, o autor posiciona-se no seguinte sentido, a possível incorporação e concretização da teoria penal de Jakobs, teria como primeiro problema a própria semântica em torno do termo “inimigo”.

Isto porque, trazer um termo muito usado em tempos de guerra para tempos de paz e de Estados democráticos de direito, acarretaria na inevitável quebra do próprio Estado de direito, afirma Zaffaroni:

O Estado de direito concreto de Jakobs, deste modo, torna-se inviável, porque seu soberano, invocando a necessidade e a emergência, pode suspendê-lo e designar como inimigo quem considerar oportuno, na extensão que lhe permitir o espaço de poder de que dispõe. (ZAFFARONI, 2011, p. 163).

Sendo assim, a conservação do Estado passa a ser incompatível com estes sujeitos (“inimigos”). Sendo necessário que um dos dois pereça. E é justamente aí o grande perigo da doutrina de Jakobs, afinal, para ele, enquanto o Estado justificar suas atitudes em razão da proteção da norma, onde esta (a norma) deve ser moldada pela sociedade, isso porque a sociedade deve impor seus valores, e sendo assim, por consequência, a norma será um reflexo dessa sociedade e por isso a sua proteção deve estar sempre em primeiro lugar – a incerteza do futuro mantém em aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem tem o poder de decisão deixe de considera-lo inimigo. (ZAFFARONI, 2011, p. 162).

Como consequência, a possibilidade de ter-se um legislador que não tem preconceitos, só escreve coisas corretas e sensatas, e tem total imparcialidade em tudo que faz, neste cenário, poderia haver a possibilidade de cumprimento da norma por todos os cidadãos sem maiores “dramas”, porém, sabemos que por muitas vezes o nível do legislador não é esse, onde este tem

seus preconceitos, seus defeitos e crenças, e por isso confiar nas normas penais de tal forma, como exige-se na teoria jakobiana, abrindo-se mão inclusive da proteção de bens jurídicos preciosos para que estes tenham proteção reflexiva à proteção da norma, parece não ser o caminho, por ora, de democracias ainda não muito cristalizadas como a do Brasil, por exemplo.

## **2. DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E A PERSONALIDADE DO SUJEITO**

Há quem afirme que as prisões preventivas no Brasil, representam, um grande exemplo em que o fenômeno do direito penal do inimigo se manifesta, Zaffaroni afirma em sua obra:

Na América Latina as medidas de contenção para os inimigos ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo, por via da chamada prisão ou detenção preventiva, provisória, ou seja, o confinamento cautelar, a que estão submetidos  $\frac{3}{4}$  dos presos da região. (ZAFFARONI, 2011, p. 109)

É bem verdade que, na prática, a excepcionalidade dessa medida cautelar aparentemente deixou de caracteriza-la há um bom tempo.

Mas antes de adentrarmos mais afundo quanto a excepcionalidade ou não na aplicação dessa medida cautelar que é a prisão preventiva, vale a pena debruçarmos na sua instrumentalidade.

A prisão preventiva é uma prisão cautelar, e como o próprio nome já entrega este tipo de prisão não tem caráter punitivo, mas sim, cautelar, ou seja, quando é decretada este tipo de prisão contra um determinado sujeito, a intenção maior é evitar que o sujeito continue a praticar delitos ou atrapalhe o curso investigatório enquanto não encerrado o processo penal. O doutrinador Aury Lopes Jr. bem define a função da medida cautelar, nas seguintes palavras:

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir. São medidas destinadas a tutela do processo. (LOPES JR., 2017, p. 24).

Em outras palavras, a intenção maior, quando decretada este tipo de medida é resguardar a eficácia da própria tramitação processual, com a intenção de que haja uma lisura do próprio curso do processo penal.

O tema das prisões preventivas está disposto no Código de Processo Penal, mais especificamente no Capítulo III, com o título: “Da Prisão Preventiva”. Neste mesmo capítulo no artigo 312 estão dispostos os requisitos e fundamentos que devem justificar a decretação desta medida pelo Magistrado, nos casos em que forem necessários a decretação desta medida cautelar contra o investigado, vejamos então o que dispõe o referido artigo:

Art. 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada como **garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal**, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (grifo meu)

Deve-se destacar do trecho retirado do Código de Processo Penal acima, que existem dois requisitos que são fixos para qualquer decretação de preventiva e para qualquer crime, são estes, a prova de materialidade (ou prova da existência do crime, como está descrito no código) e a prova de indícios suficientes de autoria.

Já em relação aos requisitos que não são fixos, mas que deve estar presente também na fundamentação da decretação da Prisão Preventiva pelo menos um deles, seja a garantia da ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, e por fim o requisito da garantia da ordem pública, este sem dúvida é o mais suscetível a maiores interpretações do que todos os outros.

## **2.1. A GARANTIA DA ODEM PÚBLICA: CRÍTICAS**

Na prática, o fundamento da garantia da ordem pública é o grande fundamento citado nas mais diversas decretações de prisão preventiva, afinal, por ser um conceito muito suscetível a vários tipos de interpretações, este critério acaba por dar aos magistrados um grau de flexibilidade muito grande, por isso acabam por usar de forma exacerbada este critério como a principal razão para a decretação da preventiva contra o sujeito investigado.

Por diversas vezes, a argumentação nas decisões de decretação da preventiva onde usa-se o fundamento da garantia da ordem pública traz consigo três possíveis cenários para justificar a escolha desse fundamento. A primeira delas é a necessidade de segregação do investigado para o suposto “restabelecimento da credibilidade das instituições”. Sobre este primeiro argumento posiciona-se Aury Lopes - É preocupante – sob o ponto de vista das conquistas

democráticas obtidas que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. (LOPES JR., 2017, p. 121).

O referido autor, tem total razão, afinal a crença nas instituições jurídicas deve ser conquistada pelo regular funcionamento e a competência das instituições para conduzir suas tarefas com brevidade, e o maior nível de acerto possível na condução dos casos que estão envolvidas.

Outra argumentação usada para o uso do critério da ordem pública é o suposto risco de reiteração do investigado, na medida em que este esteja solto. Faço uso mais uma vez dos ensinamentos do professor Aury Lopes:

Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. (LOPES JR., 2017, p. 122)

Deve-se observar também, que o anseio popular (ou clamor social) conduzido por uma apelação midiática irresponsável em determinados casos, gerando inclusive um sentimento de revolta exagerado, também influenciam muito nessa argumentação (muitas vezes descabida) para justificar o fundamento da garantia da ordem pública nas decretações de prisões preventivas, não contribuindo em nada para que se tenha uma maior lisura no decorrer do processo penal.

## **2.2. A PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME**

A personalidade do agente delituoso também contribui (e muito) para a decretação da prisão preventiva, afinal, o passado do agente criminoso que por vezes já tem um histórico criminal, tem por muitas vezes um peso enorme na imputação da medida cautelar contra o sujeito investigado.

Ao bem da verdade, quando se diz “personalidade do agente”<sup>1</sup> o conceito deste termo está intimamente ligado ao termo “periculosidade do agente”, em outras palavras, a semântica do termo refere-se ao passado delituoso do agente e o exercício de “futurológica” que fazem as autoridades judiciárias que tentam justificar a medida cautelar preventiva imposta ao investigado, através de mera suposição retirada do possível passado criminal do sujeito, sendo

assim, o sujeito por muitas vezes não é julgado somente pelo que fez, mas também pelo seu possível passado delituoso.

Este suposto exercício de futurologia é explicado de forma mais embasada por Aury Lopes, afirma: “Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível quanto a afirmação de que amanhã eu o praticarei.” (LOPES JR., 2017, p. 122).

Deve-se ter em mente também, que o papel da mídia é de vital importância para que haja uma maior repressão contra os “indivíduos ameaçadores”. Isto porque os meios de comunicação acabam:

Gerando na sociedade uma sensação de instabilidade, bem como demandas por um Judiciário mais repressivo, tudo isso sob a ilusão de que o aprisionamento (sobretudo dos que se adequam ao estereótipo criminal) é capaz de resolver o problema da violência nas ruas. (FONSECA, 2015, p. 65, no prelo)

Pode-se perceber então que junto com conceitos já pré-estabelecidos que a sociedade carrega quanto a um estereótipo criminal, os meios de comunicação, o constante crescimento da criminalidade, e a crescente sensação de impunibilidade por parte da sociedade, acabam por formar um grande processo de demonização de qualquer acusado, e quão maior for o clamor social por punição contra qualquer indivíduo criminoso independente do crime que cometera. Sendo assim reforça-se a ideia de que este, caso em liberdade esteja, voltará a delinquir, por essa razão: “justifica-se o decreto prisional fundado na periculosidade do agente.” (FONSECA, 2015, p. 65, no prelo)

### **3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O CRITÉRIO DA PERSONALIDADE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Como já dito anteriormente o Direito Penal do Inimigo acaba por praticar uma espécie de “etiquetagem” nos criminosos que acabam por se afastar, como explica Luiz Flavio Gomes: “de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma.” (GOMES, 2004)

---

<sup>1</sup> No que diz respeito ao princípio da insignificância, ainda não há consenso na jurisprudência brasileira, havendo decisões controvertidas sobre a aplicação ou não deste princípio, inclusive na Suprema Corte. Afinal, o passado do agente delituoso deve ser levado em conta ou não, para a aplicação deste princípio? Conferir: HC 101998/MG, Rel. Ministro Dias Toffoli, 2011.

Sendo assim, o critério da personalidade da garantia da ordem pública, acaba por servir perfeitamente como a principal justificativa para a devida contenção do preso. Zaffaroni, assim define, a verdadeira função das prisões preventivas da forma como aplicadas aqui no Brasil, como uma simples forma de contenção, ou seja, a real intenção das autoridades judiciárias é de somente retirar o sujeito de circulação sem se importar muito com a efetiva condenação do sujeito através de uma sentença penal condenatória.

Em sua obra, ele diz: “Uma vez posto em marcha este processo (tratamento penal diferenciado), todos passam a ser tratados como inimigos, através de puros confinamentos de contenção, prolongados e indefinidos.” (ZAFFARONI, 2011, p. 109).

Dando uma pausa no campo teórico, passemos então para a prática, afinal, como obter sinais desta postura estatal diferenciada através das autoridades judiciárias, em que os doutrinadores parecem afirmar que existe uma espécie de um encarceramento em massa, mas não através de presos devidamente sentenciados, mas sim (em sua maioria) de presos que ainda não foram julgados e que através de decretações de prisões preventivas passam a fazer parte da população carcerária, muitos inclusive por tempo indeterminado? Vamos aos números:

Depois de verificar dados do CNJ<sup>2</sup>, foi apurado que no último ano (Janeiro de 2017) cerca de 34% da população carcerária do Brasil eram de presos provisórios, em números absolutos isso representa cerca de 221.054 presos, que encontram-se encarcerados, porém ainda não foram julgados pelos supostos crimes que cometeram. (CNJ, 2017).

O relatório é ainda mais curioso, quando foca na porcentagem de presos provisórios por unidade federativa do país, onde entre os cinco estados do país que tem as maiores porcentagens de presos provisórios se encontram na região Nordeste, com destaque para o estado de Sergipe que em termos proporcionais a sua população carcerária encontra-se em primeiro lugar nesta pesquisa, com o índice de 82% de presos provisórios. (CNJ, 2017)

Vejamos mais alguns números: segundo a mesma pesquisa, cerca de 221.054 (dados da reunião especial de jurisdição do CNJ) presos no Brasil, partindo da premissa que não existe evidência alguma da doutrina de Jakobs no Brasil, todos esses sujeitos estão presos por representar risco a eficácia da própria tramitação processual.

---

<sup>2</sup> A título de informação, existe uma segunda pesquisa, feita também pelo CNJ, com o cenário de três meses após esta pesquisa, contendo parte das informações comparativas da situação prisional existente em 17.01.2017 e em 20.04.2017.

Analiseemos o tempo médio que esses presos provisórios são mantidos no cárcere (lembrando que estes supostos criminosos, não tiveram nem a investigação concluída, dos supostos crimes que cometeram) nesse mesmo levantamento feito pelo CNJ, 49% dos presos provisórios no estado de São Paulo, estão com mais de 180 dias em contenção cautelar, isso representa cerca de 17.392 pessoas, o cenário se agrava quando olhamos o estado de Minas Gerais, onde 62% dos presos provisórios estão com mais de 6 meses em custódia provisória, representando cerca de 18.000 presos. (CNJ, 2017, p. 9)

Deve-se destacar que os dados apresentados acima representam parte da população carcerária sob medida cautelar desses estados, pois em São Paulo, a população carcerária de presos provisórios é de cerca de 35.000 presos, já em Minas Gerais, a população carcerária em custódia cautelar é de aproximadamente 26.700 presos. Sendo assim, temos, que somente em dois estados que fazem parte do principal eixo econômico do país, em números absolutos, comportam uma população de presos provisórios de algo em torno de 62.500 pessoas, ou seja, todas as pessoas que “humanizam” esses números, são retiradas das ruas, de suas casas e de suas famílias, sendo então depositadas nos estabelecimentos carcerários sem ao menos ter sido concluído o devido processo legal.

Somente a título de último destaque dessa pesquisa feita pelo CNJ, o estado de Sergipe tem a “honra” de ser a unidade federativa do país com maior porcentagem em termos proporcionais de presos provisórios em relação ao total de presos, isto representa cerca de 82%. Dados de outro levantamento feito em 2016 o INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) já mostrava que a porcentagem de presos sem condenação nesse mesmo estado, já marcava uma elevada taxa de 65%, porém, os dados do CNJ mostraram um aumento de 17% no intervalo de um ano.

Portanto, percebe-se que em teoria, a gravidade abstrata do delito não justifica a medida, eis que retira dela o seu caráter de proteção ao processo, ou seja, na prática o que aparenta acontecer no sistema judiciário brasileiro nada mais é do que uma antecipação da pena, com a intenção de manter o indivíduo preso, onde este é considerado presumidamente autor do crime que supostamente cometeu.

E o grande problema desses dados anteriormente citados, é que esses dados só se agravam ou se repetem ao passar dos anos, ou seja, a justiça brasileira parece não perceber a falta de cuidado quanto a condução desses casos, afinal pode-se acabar com a vida dessas

peças, isto porque muitas delas depois são absolvidas após passar meses ou até mesmo anos recolhidas e depois conclui-se que estas pessoas não tinham nada a ver com aquele caso.

Não devemos nos esquecer que na prisão cautelar preventiva o regime é fechado (em regra), não existe prisão preventiva em regime aberto, a não ser agora na última reforma onde é concedida a prisão preventiva domiciliar, porém, esse tipo de prisão preventiva é permitida em casos extremamente excepcionais, é o chamado recolhimento domiciliar.

### **3.1. A PERSONALIDADE E O DISCURSO DO INIMIGO**

Existe uma teoria no direito penal mais antiga que o Direito Penal do Inimigo, porém, não menos polêmica. Essa outra teoria é chamada de Direito Penal do Autor, em resumo, o ponto principal dessa teoria é que a fundamentação para a aplicação da pena em razão do "ser", qual seja, daquele que a pratica e não em razão do ato praticado, ou seja, no Direito Penal do Autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta.

Pois bem, e qual a semelhança entre essas duas teorias no campo da personalidade do sujeito delituoso? Na a atividade da justiça criminal, nesse ponto específico da personalidade, os nossos magistrados (mesmo que inconscientemente) parecem não focar suas atenções na proteção e no resguardo do processo penal, mas sim na personalidade do réu, supostamente voltada para o crime.

Deve ser lembrado, que no discurso do direito penal do inimigo, a solução que deverá ser tomada para a contenção desse sujeito criminoso inimigo é o adiantamento da pena em forma de prisão preventiva. Um grande problema dessa aparente perda da excepcionalidade da prisão cautelar preventiva está justamente no momento onde esta (prisão cautelar preventiva) começa a ter características muito mais semelhantes a medida de segurança do que como forma de somente assegurar o percurso normal do processo penal, acabando por se tornar na verdade um instrumento revestido de prisão cautelar, mas com características práticas semelhantes a medida de segurança. Isto porque, como bem define Zaffaroni:

Isso significa que o sistema penal da América Latina se caracteriza por valer-se de um segmento que configura seu sistema penal cautelar, que proporciona ao conjunto das às quais submete a processo (ou seja, em relação às quais põe em marcha o processo de criminalização secundária) limitações e confinamento cautelares, constituindo, este



último, **um puro confinamento de contenção.** (ZAFFARONI, 2011, p. 114, grifo meu)

O próprio autor da teoria Günther Jakobs aborda esse tema em sua obra, vejamos:

[...] frente a esse lado pessoal, de sujeito processual, aparece em múltiplas formas uma clara coação, sobretudo na prisão preventiva; **do mesmo modo que a custódia de segurança, a prisão preventiva também nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física. Isto não porque o imputado deve assistir ao processo – porque é obrigado a isso mediante seu encarceramento.** (GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 35 e 36, grifo meu)

A partir da própria fala de Jakobs, pode-se inferir que no entendimento do próprio autor da teoria do inimigo, o instituto da prisão preventiva, do mesmo modo que a medida de segurança, pode ser qualificado como uma coação física que se dirige ao indivíduo que, ainda que não oculte provas ou fuja, põe em perigo a tramitação ordenada do processo penal.

Mais à frente Jakobs continua a falar sobre sua visão de imputação da prisão preventiva:

Assim por meio desse instituto (prisão preventiva) previsto na legislação, legitima-se tratamento distinguido a determinada classe de autores com a marca da periculosidade – encarcerando-os sumariamente, justificando-se a medida através de imperativos de segurança pública. (FONSECA, 2015, p. 68, no prelo)

Vejamos alguns julgados, em que foi decreta a prisão preventiva com a fundamentação da garantia da ordem pública sendo usada para justificar o argumento do passado delituoso do agente, vejamos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. MODUS OPERANDI. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. PRÁTICA ANTERIOR DE CRIME DE MESMA NATUREZA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.** EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO SUPERADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 4. **A anterior prática de crimes da mesma natureza reforça a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública com o fito de evitar a reiteração delitiva.** 6. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido. (STJ - RHC: 73340 PI 2016/0184881-7, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 27/04/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/05/2017, grifo meu)

Percebe-se a medida em que se analisa os julgados colhidos, a necessidade do julgador para fundamentar a decisão de decretação da medida cautelar, ressaltar o passado do suposto infrator, justificando a partir de um pensamento, assim como afirma (LOPES JR., 2017), completamente alheio ao objeto e o fundamento do processo e não ao processo penal.

Essa necessidade de evidenciar o suposto “perigo de reiteração” evidencia-se como uma característica de um Direito Penal agressivo e de presunção antecipada, visto que esse exercício futuroológico reflete em uma antecipação de pena baseada em decisões açodadas e de raro espírito democrático.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECEPÇÃO E MOEDA FALSA. **PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA** CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. RECORRENTE FLAGRADO QUANDO ESTAVA EM LIBERDADE CONDICIONAL E SOB INVESTIGAÇÃO PELA PRÁTICA CRIMES DE ESTELIONATO, QUADRILHA E CONTRABANDO, EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. **REITERAÇÃO DE CONDUTAS DELITUOSAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO.** 1. A prisão preventiva, mantida pelo acórdão recorrido, encontra-se suficientemente fundamentada em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a necessidade da segregação para a garantia da ordem pública e evitar a continuidade da atividade ilícita, em se considerando os fortes indicativos de que a atividade criminosa era reiterada. No caso, o Recorrente foi preso em flagrante e, posteriormente, condenado pela suposta prática dos crimes de receptação e moeda falsa, no gozo de livramento condicional concedido em investigação que apura a prática dos crimes de estelionato, quadrilha e contrabando. 2. Recurso desprovido. (STJ - RHC: 41000 RJ 2013/0316856-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 01/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2013, grifo meu)

Baseado nos conceitos doutrinados de Jakobs, o que se esperar do judiciário (vide os exemplos dos julgados expostos acima) e das autoridades policiais, senão, uma operação de restrições prévias a liberdade do suposto sujeito delituoso em razão do “exercício futuroológico” da possibilidade de ameaça que este sujeito representa a tramitação ordeira do processo, mostrando-se então uma clara e mais que possível influência do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico nacional.

### 3.2. QUEM É O INIMIGO? CRIMES PATRIMONIAIS E O TRÁFICO

Nessa mesma pesquisa feita pelo CNJ, também é apresentado um percentual de presos provisórios por tipo de crime praticado, em primeiro lugar constata-se que os crimes

patrimoniais (roubo e furto) são sem dúvida a maior causa de recolhimento prisional, juntamente com crimes relacionados a substâncias entorpecentes (tráfico de drogas ou indução, instigação ou auxílio ao uso de drogas), 26%, 7% e 29%, respectivamente. (CNJ, 2017, p. 14).

Em números totais, essas prisões cautelares decretadas pelo suposto cometimento de crimes contra o patrimônio ou por crimes relacionados ao uso ou tráfico de drogas, somados chegam a 62%. A título de comparação, dos crimes contra a vida o maior percentual é o de homicídio com 13%.

Mas por que razão existe essa discrepância? Em sua obra, Zaffaroni, afirma que, após a dissolução da URSS (antiga União Soviética) e dos regimes militares, “tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso, reforçou-se a guerra contra a droga.” (ZAFFARONI, 2011, p. 51).

No Brasil, as atenções do sistema penal, da mídia e conseqüentemente da sociedade, parece estar muito ligada a figura do traficante de drogas como principal posto para o que pode ser chamado de “inimigo público” número um. Sendo assim, o combate as drogas, acaba por virar uma questão de segurança nacional, exigindo-se então das autoridades judiciais e policiais uma maior atenção e vigilância sobre esse novo “inimigo público”.

Com o tempo, evidentemente, a representação do criminoso passa a ser publicamente atribuída à figura de um traficante de drogas, imagem que é naturalmente apropriada pelo senso comum. (FONSECA, 2015, p. 39, no prelo)

As facções criminosas, são grupos de criminosos estruturalmente ordenados que operam em vários lugares do mundo, não sendo um fenômeno tipicamente brasileiro. No Brasil, essas facções criminosas acabaram por ganhar em muitos estados do país a denominação de uma espécie de poder paralelo ao estado democrático de direito. A forte influência dessas organizações na sociedade e a aparente impossibilidade de ameaça do estado democrático de direito contra essas organizações criminosas, acabam por formar nos lugares onde estas dominam uma espécie de “black spots”, ou seja, nódulos do regime democrático, sendo assim, o direito penal normal, do estado democrático de direito, parece não conseguir alcançar os atos dessas organizações, ao passo, que essas organizações parecem não reconhecer a autoridade do próprio estado democrático.

Em contrapartida, a própria força estatal desenvolveu medidas de prevenção e repressão (por vezes descabida e extravagante) através dos respectivos órgãos de segurança. Afinal, o combate ao crime organizado levanta exércitos no esforço de soluções que sejam

suficientemente fortes na meta de superar o poderio das organizações criminosas frente ao Poder Público.

A grande crítica que deve ser feita ao tratamento do direito penal do inimigo contra essas organizações criminosas, que por óbvio, fazem parte do mercado de tráfico de drogas e consequentemente na proliferação dessas substâncias no Brasil, contribuindo para o aumento da criminalidade e várias outras condutas criminosas. Porém, esses agentes devem ser punidos pelo que fizeram ou deixaram de fazer, mas nunca em razão de características pessoais estereotipadas, o que acaba por causar flagrante injustiças.

O principal instrumento legal no nosso ordenamento jurídico no combate as drogas, é a lei 11.343/2006, conhecida como lei de drogas. Uma das grandes críticas feitas a essa lei, é o ponto onde a própria norma traz no texto (mais especificamente do §2º, do artigo 28), instrumentos para distinção na classificação do infrator, como usuário ou traficante. Conforme o parágrafo supracitado caberá ao juiz determinar se a droga se destinava ao consumo pessoal, atendendo à natureza e quantidade da droga apreendida, o lugar e às condições da infração, às circunstâncias pessoais e sociais, assim como à conduta e antecedentes do réu.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

**§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.** (grifo meu)

Conclui-se, que o principal instrumento de combate ao tráfico de drogas do ordenamento jurídico do país confere ao juiz o papel de legislador e júri, afinal, a grande discussão no que diz respeito aos critérios elencados pelo §2º do art. 28 da referida lei, e um dos que mais se destacam é o da quantidade de drogas que o agente possui, de modo que dar-se como solução à essa discussão a possibilidade de inserir-se no dispositivo, quantidades determinadas de cada substância entorpecente, de maneira que se pudesse objetivamente enquadrar o indivíduo como usuário ou traficante, a partir da quantidade de drogas que possuísse.

Sem dúvidas, essa modificação legislativa poderia contribuir (e muito) para a redução de equívocos cometidos pelas autoridades policiais e/ou judiciais no momento de classificar o agente como traficante ou usuário. De qualquer forma, esse expansionismo penal e discricionariedade, por vezes desarrazoada, contribuem para consolidação de punições de agentes delituosos, sim, mas por muitas vezes julgados por estereótipos (cor, condição

econômica e inclusive domicílio) priorizando-se por muitas vezes a vigilância e controle sobre uma determinada parcela da população.

### **3.3. A PRISÃO PROVISÓRIA COMO REGRA E A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL**

Antes de adentrarmos mais a fundo na discussão do último assunto deste presente artigo, tomaremos a liberdade, de primeiro explicarmos o que seriam as velocidades do direito penal, obviamente da forma mais breve e resumida possível, para que não nos desviemos do assunto principal que deverá ser abordado neste capítulo.

Pois bem, a teoria das velocidades do direito penal foi proposta e assim definidas e teorizadas pelo professor Jesús Maria Silva Sánchez, em sua obra “A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”.

Em seu livro, o professor define quatro velocidades do direito penal, entenda-se como velocidades, basicamente como o comportamento do direito penal no aspecto de condução processual, competência de juízo e definição da pena. Na primeira velocidade do direito penal, tem-se o que pode-se dizer que seria a verdadeira essência do direito penal, qual seja, a pena privativa de liberdade. Nesses casos, tem-se um processo penal um pouco mais lento, isso porque, nessa velocidade, será dado ao indivíduo infrator todas as garantias penais e processuais penais, mas ao final fixa-se uma pena privativa de liberdade, ou seja, o réu irá para a cadeia, caso seja considerado culpado. Exemplo dessa velocidade, é o rito ordinário, previsto no artigo 394 e seguintes do nosso código de processo penal.

Já na segunda velocidade, ao contrário da primeira, onde tem-se uma grande quantidade de garantias e os atos que são extremamente solenes, aqui, tem-se uma espécie de flexibilização de algumas garantias penais e processuais penais, além disso, a pena fixada não será de privativa de liberdades, mas sim, de restritiva de direitos, ou seja, medidas alternativas à prisão. No ordenamento jurídico pátrio, temos como exemplo, os processos criminais que competem aos juizados especiais (rito sumaríssimo) onde preza-se nesses juizados, por um andamento muito mais célere dos processos e uma boa flexibilização de atos, que no rito sumario são solenes e demandam um tempo maior no decorrer do processo, inclusive em determinados atos nesses juizados, não exige-se nem mesmo a presença de um advogado.

Na terceira velocidade, temos uma espécie de concomitância das duas velocidades anteriores, ou seja, existe a flexibilização de determinadas garantias penais e processuais penais, porém, quanto a pena fixada, esta será de privativa de liberdade, ou seja, o sujeito se condenado for, irá para a cadeia. Aqui, têm-se como grande exemplo o próprio Direito Penal do Inimigo. Ou seja, nos casos “abraçados” pela teoria de Jakobs, terão por muitas vezes garantias processuais penais e penais totalmente flexibilizadas, não nos esqueçamos que no direito penal do inimigo pune-se inclusive a fase preparatória, como já explicado anteriormente, neste artigo.

Por fim, a quarta velocidade está muito ligada ao direito penal internacional, ou seja, atinge-se essa velocidade nos casos de chefes de Estado que, por exemplo, ferem tratados internacionais de Direitos Humanos.

Sobre a terceira velocidade, como já vimos anteriormente, Jakobs admite em determinados casos, que aos inimigos nem direito a constituição de advogados esses terão, inclusive contra esses, existe a possibilidade de meios coercitivos mais enérgicos, e também admitisse a medida de segurança aplicada por via de prisões cautelares.

Ou seja, as prisões cautelares, mais especificamente a preventiva, não terá mais a sua essência de exceção e sim, de medida de segurança, uma simples medida de contenção do indivíduo infrator nas prisões. O que vemos de semelhança no Brasil? Quase metade da parcela dos detentos no sistema carcerário brasileiro ainda aguarda julgamento, recolhido de forma cautelar, temos no Estado de Sergipe, oitenta e dois por cento da população carcerária em regime de cautelar. Não nos esqueçamos, prisão preventiva em regra é cadeia, é regime fechado.

[...] os imputados (medida de segurança ou cautelar preventiva), na medida em que intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. (GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 38)

(Aqueles Estados) não tem ocorrido nada comparável, destruir as fontes dos terroristas e dominá-los, ou, melhor, mata-los diretamente, assumindo, com isso, também o homicídio de seres humanos inocentes, chamado de dano colateral. (GÜNTHER JAKOBS, 2018, p. 39)

Sobre o possível uso da medida de segurança revestida de medida de cautelar, no direito penal dos países latino americanos, também é abordada por Zaffaroni em sua obra:

O sistema penal na América Latina se caracteriza por valer-se de um segmento que configura seu sistema penal cautelar, que proporciona ao conjunto das pessoas às quais submete a processo (ou seja, em relação às quais põe em marcha o processo de criminalização secundária) limitações e confinamento cautelares, constituindo, este último, um puro confinamento de contenção. (ZAFFARONI, 2011, p. 114)

Aury Lopes Jr. também aborda esse mesmo tema em uma de suas obras, mais especificamente quando a decretação da prisão preventiva é justificada pela questão da garantia da ordem pública, vejamos:

Em outros casos, a prisão para garantia da ordem pública atende a uma dupla natureza: pena antecipada e medida de segurança, já que pretende isolar um sujeito supostamente perigoso. (LOPES JR., 2017, p. 118)

Percebe-se, então, que no sistema judiciário brasileiro assim como em outros países latino americanos, a tentação de uma expansão penal descabida e de um clamor muitas vezes da mídia e da sociedade, para a punição do indivíduo criminoso, e também por justiça, acaba por, aparentemente, contaminar os próprios aplicadores das leis, e que por vezes, através de adiantamentos de penas, e decisões, por muitas vezes, acabam por (coincidentalmente) tendo um caráter seletivo, caracterizando a justiça por muitas vezes como injusta.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este presente artigo, teve como principal objetivo tratar sobre a possível influência da teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs, na decretação das prisões preventivas a partir da justificativa da garantia da ordem pública no judiciário brasileiro.

O fenômeno (e não é um fenômeno qualquer) do Direito Penal do Inimigo é uma discussão mundial entre os principais doutrinadores e estudiosos do mundo. As suas ideias parecem ser tentadoras para tempos cada vez mais violentos e perigosos. Porém, não cabe ao Estado e seus órgãos judiciais e policiais serem contaminados por toda essa aclamação de grande parte da sociedade. Isto porque, ao Estado não cabe tomar medidas emocionais e açodadas, cabendo a este ter razão e nunca emoção.

Como bem disse Manuel Cancio Meliá, em sua obra (em conjunto com o próprio Jakobs) de noções e críticas ao Direito Penal Inimigo – aquilo que pode denominar-se de Direito Penal do Inimigo não pode ser Direito – mas sim, algo distinto. Em especial, deve-se reconhecer que o grande papel de Jakobs talvez seja trazer à tona uma discussão sobre o futuro (ou seria o presente?) do Direito Penal aplicado em especial no Ocidente, valendo-se de possíveis limitações do Direito Penal vigente, tendo como grande exemplo o terrorismo e as organizações criminosas, “entidades” paralelas ao Estado democrático de Direito e demandam, uma solução, e isso só poderá acontecer a partir de discussões autocriticas de todos envolvidos, autoridades

judiciárias, policiais, políticos, e principalmente catedráticos como Günther Jakobs e Raúl Zaffaroni.

Quanto a teoria Jakobiana, esta estabelece-se como uma alternativa ao direito penal normal e se propõe a somente entrar em cena em casos específicos, quando requisitada. Porém, como Zaffaroni explica, essa tensão entre o Estado de polícia e o Estado direito, é normal, porém quando a tentativa de escape do Estado de polícia se possibilita através do campo penal, é esse o muro mais fraco do Estado de direito.

Por fim, deve-se levar em conta que a principal (e mais danosa) característica do Direito Penal encampado por Günther Jakobs que é a seletividade. Essa seletividade representada por Jakobs em sua teoria tem como marco inicial a própria definição de um grupo de criminosos, sendo esses, inimigos. Esse tratamento diferencial para um grupo de criminosos não pode ser eficaz, visto que, como afirma Zaffaroni, não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo.

No Brasil, essa seletividade parece estabelecer-se no tratamento aos autores de crimes patrimoniais onde pode-se conferir, também neste trabalho, a disparidade entre a quantidade do recolhimento prisional cautelar dessa categoria em conjunto com crimes relacionados ao uso ou tráfico de drogas (62%), ao mesmo tempo a porcentagem de prisões cautelares num país com taxas altíssimas de homicídios por ano não chega nem perto da categoria anterior (13%).

Esse é o grande perigo da teoria de Jakobs, um Estado de polícia expansionista com a pretensão de torna-se absoluto, a partir daí têm-se um campo de ação do Poder Punitivo arbitrário, seletivo e voraz.

## 5. REFERÊNCIAS

C. P. P. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.n.], decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 26 Junho 2018.

CLARISSA ECKERT BAETA NEVES, F. M. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. **SciELO**, Junho 2006. ISSN 1807-0337. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222006000100007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000100007&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 17 Setembro 2018.



CNJ. **Choque de Jusiça, relatório final**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, p. 80. 2017. (4).

CNJ. **Reunião Especial de Jurisdição**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, p. 61. 2017.

FONSECA, G. A. C. D. O Direito Penal do Inimigo e sua incidência na decretação de prisões preventivas e no regime disciplinar diferenciado. **PUC - Rio de Janeiro**, 2015. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26076/26076.PDF>>. Acesso em: 22 Maio 2018. No prelo.

GOMES, L. F. DIREITO PENAL DO INIMIGO (OU INIMIGOS DO DIREITO PENAL). **Portal LFG**, 27 Setembro 2004. ISSN 2. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798)>. Acesso em: 12 Setembro 2018.

GÜNTHER JAKOBS, M. C. M. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6º. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, v. Volume Único, 2018. 118 p. ISBN 978-85-7348-792-3. Acesso em: 10 Setembro 2018.

JR., A. L. **Prisões Cautelares**. 5º. ed. São Paulo: Saraiva, v. Único, 2017. 208 p. ISBN 978-85-472-1562-0. Acesso em: 10 Setembro 2018.

LARIZZATTI, R. P. AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O "DIREITO PENAL DO INIMIGO". **Conteúdo Jurídico**, 2009. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032976.pdf>>. Acesso em: 13 Maio 2018.

LEI Nº ,11.343. Brasília: [s.n.], DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 10 Agosto 2018. No prelo.

LFG. 1º Congresso Internacional - Crime, Justiça e Violência. **LFG**, 2 Setembro 2007. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=y8Oue6SgTuw>>. Acesso em: 5 Setembro 2018.

ORTS, M. P. **Lições de direito penal do inimigo**. 1º. ed. São Paulo: Editora LiberArs Ltda, v. Único, 2014. 194 p. ISBN 978-85-64783-27-0. Acesso em: 10 Setembro 2018.

SOUSA, K. K. S. N. D. A LEI DE DROGAS À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: o usuário como cidadão e o traficante como inimigo. **UniCEUB**, 2012. Disponível em:

<[http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/605/3/20766213\\_K%C3%A1rita%20Souza.pdf](http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/605/3/20766213_K%C3%A1rita%20Souza.pdf)>. Acesso em: 15 abril 2018. No prelo.

SOUZA, P. D. A. E. O Direito Penal do Inimigo e o Garantismo Penal. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**, 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/paulaandradesouza.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/paulaandradesouza.pdf)>. Acesso em: 20 Agosto 2018.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 5°. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, v. I, 2011. 224 p. ISBN 85-7106-358-3. Acesso em: 10 Setembro 2018.