

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO:
ASPECTOS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA**

**CRIMINAL LAW OF THE ENEMY IN BRAZILIAN POSITIVE LAW: ASPECTS OF
PREVENTIVE PRISON**

Débora Barboza de Oliveira

Aluna do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos, Brasil

Igor Rogério Prates Marques

Aluna do Curso de Direito da Faculdade Antônio Carlos, Brasil

Geraldo Guilherme Ribeiro de Carvalho

Professor de Direito Constitucional e Filosofia da Universidade Presidente Antônio
Carlos, Brasil

Email guilhermeribeirocarvalho@hotmail.com

Recebido: 20/05/2021 – Aceito: 20/05/2021

RESUMO:

O presente trabalho busca fazer uma análise sobre as características do Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida por Günter Jakobs, bem como sua expansão no ordenamento jurídico, com enfoque na prisão preventiva. É abordado o momento histórico, os aspectos filosóficos e as características da teoria. A teoria é de natureza política criminal, na qual se estabelece a diferença entre a pessoa – cidadão – e não pessoa – inimigo –, fazendo a defesa da existência de dois tipos de direito penal. Será analisada a prisão preventiva e sua relação com o Direito Penal do inimigo, bem como o princípio constitucional da presunção de inocência. A Metodologia a ser utilizada na construção do artigo científico será um estudo exploratório buscando fontes de pesquisa que dialoguem com o tema proposto, sendo assim, serão utilizados, livros, artigos, documentos, legislações e pesquisas de dados disponíveis na internet.

Palavras-Chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Princípio da Inocência. Prisão Preventiva.

ABSTRACT: This paper seeks to analyze the characteristics of the Criminal Law of the Enemy, a theory developed by Günter Jakobs, as well as its expansion in the legal system, with a focus on preventive detention. The historical moment, the philosophical aspects and the characteristics of the theory are approached. The theory is of a criminal political nature, where it establishes the difference between the person (citizen) and non-person (enemy), defending the existence of two types of criminal law. Pre-trial detention and its relationship with the enemy's criminal law will be analyzed, as well as the constitutional principle of the presumption of innocence. The Methodology to be used in the construction of the scientific article will be an exploratory study looking for research sources that dialogue with the proposed theme, therefore, books, articles, documents, legislation and data research available on the internet will be used.

KEYWORDS: Criminal Law. Criminal Law of the Enemy. Principle of Innocence. Preventive Prison.

1 Aluna do Curso de Direito da Faculdade Alfaunipac. E-mail:

2 Aluna do Curso de Direito da Faculdade Alfaunipac. E-mail:

3 Professor de Direito Constitucional e Filosofia da Universidade Presidente Antônio Carlos, campus Teófilo Otoni, Minas Gerais. E-mail: guilhermeribeirocarvalho@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A sociedade evolui, e com isso, há a necessidade do ordenamento jurídico acompanhar o desenvolvimento social em todos os seus aspectos para tutelar a vida em sociedade.

A evolução social altera tendências, costumes e traduz a ideia exagerada de competitividade em razão dos avanços da tecnologia, com a frequente evolução social. Dentro desse turbilhão de acontecimentos, não é visto um tratamento isonômico na sociedade mundial.

Os parâmetros socioeconômicos são fundamentos para se fazer a definição de grau de comportamentos perante a sociedade, estabelecendo-se onde cada ser humano será inserido e tratado como marginais. Eis que na sociedade do consumo atual não há lugar sadio para pessoas feias, negras, deficientes físicos, etc. Embora, a política do Ocidente seja de inclusão social, em verdade o percebido é a exclusão social.

Tais pessoas, discriminadas pelo sistema social que adotou o padrão da beleza ditada pelas multinacionais, são incompatíveis com o convívio sadio da sociedade, insertos no mundo do crime, no qual se impera a lei daquele que é mais forte

economicamente, sendo vivenciada a dor e a precariedade na vida existencial dos excluídos, que buscam inutilmente uma forma melhor de sobreviver.

Nessa linha de raciocínio (BERMAN, Marshall, 1986. p. 15.) elucida os paradoxos da modernidade no ocidente:

(...) A modernidade anula todas as fronteiras geográficas e raciais, de classe e nacionalidade, de religião e ideologia: nesse sentido, pode se dizer que a modernidade unie a espécie humana. Porém é uma unidade paradoxal, uma unidade de desunidade, a modernidade nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição de ambigüidade e angústia. Ser moderno é fazer parte de um universo (...) no qual “tudo o que é sólido desmancha no ar” (...). Grifo.

A modernidade com as suas contradições ou paradoxos, conforme visto acima, remete a sociedade a uma dinâmica social contraditória, “uma unidade de desunidade”, evidentemente que neste mundo não haverá lugar jamais aos excluídos.

À medida que se expande a população atual, no Ocidente, ela se multiplica em uma multidões de fragmentos e perdem a sua capacidade de organização e identidade.

Com ausência total de organização e identidade a população excluída descamba para o submundo do crime, nesse passo, a sociedade demonstra-se inconformada com a onda de criminalidade existente, tendo em vista que as pessoas que convivem harmoniosamente em sociedade se sentem como reféns daqueles cidadãos em conflito com a norma jurídica – excluídos; desorganizados e sem identidade nacional –.

Com a insatisfação da sociedade, com o aumento da criminalidade e com o sentimento de impunidade, em (1985, Gunter Jakobs), orquestrou a teoria do Direito penal do inimigo baseando em políticas públicas de combate ao criminoso e puni-lo.

Vale lembrar, os mecanismos utilizados à época da Lei do Talião, com a privação de direitos, restaram ineficazes no combate à criminalidade. As medidas rigorosas são atos de ludibriar o problema vivenciado pela insegurança.

A teoria do direito penal do inimigo é preconizada de tratamento aos inimigos, não como pessoas, sendo retiradas as garantias estatais nem observando o devido processo legal. Com o objetivo de esclarecer quem é o inimigo do estado, foram feitos diversos estudos e conceitos como o da premissa de periculosidade.

Dessa forma, sendo o Estado brasileiro regido pela Constituição da República Federal de 05 de outubro de 1988 em seu artigo 1º, seus (5) cinco incisos e seu

parágrafo único (Brasília, SENADO FEDERAL, 2019), anunciam os fundamentos do Estado Democrático de Direito, e, deveria estar em conformidade com o que está preconizado no texto constitucional, sendo considerado inconstitucional qualquer texto em desconformidade com o estabelecido na Magna Carta.

O objetivo geral deste trabalho é o estudo do tema direito penal do inimigo e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro fazendo sua análise juntamente com o sistema de políticas públicas relacionadas ao avanço da criminalidade. Explicando a teoria utilizada por Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, traz o conceito da figura do inimigo, sendo demonstradas suas características, tanto a do inimigo quanto da teoria. No tópico subsequente serão vistos os aspectos e a criação do Direito Penal do Inimigo.

2.ALGUNS ASPECTOS SOBRE A CRIAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Observa-se a carga axiológica de essencialidade no cotidiano da cultura jurídica social no Ocidente ao se fazer um recuo investigativo no tempo. Em conformidade com a Filosofia Ocidental, as leis jurídicas foram produzidas em escalonamentos progressivos e caráter valorativos desde a Magna Grécia, ou Período Clássico da Filosofia grega até os dias atuais (REALE e ANTISERI, (2003).

Dessa forma, leis são criadas para fazerem com que os indivíduos reja sua vida de acordo com o que é preceituado pelo Estado.

Sabe-se que nem sempre a sociedade foi regida pelo Estado Democrático de Direito, sendo este uma conquista da sociedade que foi consolidada através de muitas lutas sociais contra a tirania estatal, surgindo seus ideais a partir da Revolução Francesa, (ALBUQUERQUE *et al.* 1982).

Exemplificando, no século XII, inúmeras atrocidades aconteceram durante o período da Santa Inquisição, onde pessoas foram presas e condenadas e também queimadas em praças pública com o fundamento de atentarem contra a fé, a Igreja Católica e o Santo Ofício.

Aos indiciados pela santa inquisição não eram observadas nenhuma garantia, sequer era falado em contraditório e ampla defesa, bem como o Devido Processo Legal. Foi marcado pela Revolução Francesa o período de nascimento do Constitucionalismo. (OLIVEIRA, 2011)

O constitucionalismo tinha por seu objeto o oferecimento de oferecer aos Estados uma Constituição Escrita, aduzido por Ferdinand Lassale, sendo assim, as

primeiras constituições dos EUA, no ano de 1787 e a Francesa no ano de 1789. (OLIVEIRA, 2011).

No ano de 1985, Gunther Jakobs, discípulo de Welzel criou a teoria do Direito Penal do Inimigo sendo esta teoria baseada em políticas públicas de combate a criminalidade e controle penal.

Essa teoria encontra respaldo no chamado funcionalismo sistêmico, criado pelo próprio Jakobs, leciona que o Direito Penal tem função inicial de proteção da norma jurídica e tutelar os bens jurídicos caracterizados como fundamentais.

O Direito Penal do inimigo possui uma relação de forma direta com o Direito Penal simbólico, isso deriva da aplicabilidade de se poder usá-lo na infringência do dano concreto com a pena estabelecida.

Essa teoria expressa um paradigma de Direito Penal de exceção, mencionando a utilização de mecanismos excepcionais nos tempos de paz, defendendo a priori a efetividade da norma jurídica.

2.1 ASPECTOS FILOSÓFICOS

O homem é livre, mas para que o Estado salvaguardasse a paz social o homem abdicou de parte de sua liberdade, concedendo-a ao soberano para que ele regulasse a vida social.

Becaria ensina que:

O homem sacrifica parte de sua liberdade por interesses pessoais, tendentes a satisfazer suas necessidades, desta forma, a melhor maneira de apaziguar suas necessidades, com segurança, é viver em grupos. Mas para pacificar os conflitos, inerentes ao ser humano, é necessário seguir condições, ou seja, leis, capazes de garantir as tais necessidades. (BECCARIA, 2001, p.10).

O conjunto de normas estabelecidas no ordenamento jurídico compõe o Direito, que tem o escopo de estabelecer direitos e obrigações na ordem jurídica social, na visão do Direito Penal do inimigo, este não é observado pelo Direito.

Os principais pensadores acerca do assunto que são Jean Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, Immanuel Kant e Thomas Hobbes, esses pensadores fundamentaram estritamente o Estado, entendiam que quem tentasse contra a pátria, dissolveria a relação jurídica com os demais membros da sociedade e não mais faria jus aos benefícios concedidos aos cumpridores das cláusulas definidas no pacto social.

Dessa forma, Jakobs expõe:

Não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo o caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seus atos. (JAKOBS, 2010, p.38).

Para os pensadores que Jakobs confrontou, todo e qualquer delinquente é um inimigo do Estado. Na questão restritiva apresentada pelos pensadores, Jakobs continua:

A guerra não é, pois uma relação de homens, porém de Estado a Estado; só acidentalmente nela são inimigos os particulares, não como homem ou mesmo cidadãos, mas como soldados, não como membros da pátria, mas como defensores dela. Cada Estado, enfim, só pode ter por inimigo outro Estado, e não homens, visto que entre coisas de diversa natureza não há verdadeira relação. Até esse princípio está de acordo com as máximas estabelecidas em todos os tempos e com prática constantes de todos os povos civilizados. As declarações de guerra são mais advertências aos vassalos que às potências. O estranho que furta, mata ou prende os vassalos sem declarar guerra ao príncipe, ou seja, rei, ou particular, ou povo, não é um inimigo, mas um ladrão [...] Sendo o alvo da guerra a destruição do país contrário, há direito de matar seus inimigos, enquanto tiverem na mão as armas; apenas se as depõem e se rendem, cessam de ser inimigos, ou instrumentos do inimigo, tornando-se meramente homens, e já não se tem direito sobre sua vida. (JAKOBS, 2010, p.63).

Dessa forma, Jakobs sobre suas políticas publica de combate ao criminoso estabelece que a função da pena é a coação, devendo castigar o inimigo e intimidar outras pessoas na sociedade para que não cometam os mesmos delitos, propondo que o perigo seja eliminado.

3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA EXPANSÃO NO DIREITO POSITIVO Os meios de comunicações massivos influenciam o modo de pensar da sociedade, informações como as práticas delitivas de grande reprovação social tem levantando alguns debates pelos acontecimentos ao longo dos anos. De forma contemporânea, instituiu-se a sociedade industrial de risco que acumulou a materialização de acúmulos de conhecimentos tecnológicos que prendem a atenção da sociedade sobre todos os aspectos dos acontecimentos ocorridos no mundo.

Nesse aspecto, acerca do tipo de sociedade, Oliveira descreve:

A sociedade industrial de risco é a antítese da sociedade industrial clássica. Enquanto esta era uma sociedade de classes, que traçava uma linha distintiva entre sociedade e natureza, acreditando na ciência como o motor do progresso, a sociedade de risco não é caracterizada por classes econômicas (barreiras inúteis diante da dimensão e alcance dos riscos modernos) e também não faz distinção entre sociedade e natureza, ao

contrário, considera esta última como estrutura interna da sociedade, uma vez que as “destruições da natureza, integradas à circulação universal da produção industrial [...] passam a ser elemento constitutivo da dinâmica social, econômica e política. (OLIVEIRA, 2018, p.25).

O progresso social aconteceu sem a devida observação de cuidados, sendo analisado que a dificuldade de conhecimento em um determinado setor social atingia outro, por exemplo, a engenharia de alimentos atingia a industrialização dos mesmos, a produção massiva industrial afetava os empregos e assim, com a redução de emprego aumentou a criminalidade, trazendo consequências negativas diretas à sociedade.⁴

Dessa forma, foi importante o controle realizado pelo Direito Penal para poder efetivar a conservação da ordem pública. Contudo, com o surgimento de novos riscos à sociedade foi necessária uma postura mais rigorosa por parte do ente estatal, no que tange a assuntos nunca antes idealizados, como é o caso do terrorismo.

Assim, Rassi assevera que:

Assim, quando transportada para o direito penal, os efeitos da sociedade do risco são as tendências modernas de aumento do número de leis penais para tentar frear o aumento de riscos, aumento nos aparatos de segurança pública, elevação das penas previstas para os delitos já existentes, e criação de novas figuras delitivas.(RASSI, 2015, p.99).

O que acontecia na época da sociedade industrial de risco, criou uma grande expansão do Direito Penal, com fulcro no anseio social por uma maior segurança, especificamente nos crimes de maior amplitude social, como os crimes contra a economia, ambientais, bem como os crimes políticos.

Assim, é perceptível uma crise ao Direito Penal garantista, tendo em vista que, de forma simultânea, a expansão veio devida às respostas sociais, causada pelos transtornos que a sociedade vivenciava em razão dos delitos cometidos.

O Direito penal da sociedade risco é demonstrado como uma forma de censurar e restringir o Direito Penal garantista. O Direito penal do inimigo tem fulcro no Movimento de Lei e Ordem, preceituado no ordenamento jurídico americano, com escopo de prevenir a norma, fazendo com que sua tutela seja estendida a bens jurídicos individuais e colocando sob sua ótica a proteção penal às searas anteriores ao resultado danoso, sendo restringida as regras de causalidade, normas penais em branco e tipos abertos.

Nesse sentido, Oliveira leciona:

Assim, se o indivíduo não oferece uma segurança cognitiva sobre sua conduta porque não reconhece o ordenamento jurídico como algo válido e que deve ser respeitado, ele passa a ser considerado um inimigo e não apenas um transgressor. O criminoso comum não nega a validade do

ordenamento, apenas o infringe e acaba por sofrer uma pena que revalida contrafaticamente todo o sistema. No caso do inimigo, o ordenamento não é apenas infringido, mas é considerado inválido e por isso torna-se impossível

4 BRASIL ESCOLA. **Direito Penal do inimigo**. Disponível em:<
<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/direito-penal-inimigo.htm>> Acesso em 28 de out.2020
reafirmar contrafaticamente a sua validade sobre aquele que não o reconhece. (OLIVEIRA, 2018, p.25).

Assim, o Direito Penal do inimigo tem por sua finalidade separar o cidadão de bem e o inimigo, é preconizado ao cidadão de bem o direito penal do cidadão com todos os instrumentos garantistas, com penas restritivas dado a ele o direito de reintegração social. Ao inimigo, é trazido consigo uma carga muito negativa com estereótipos como um tipo de pessoa que não consegue se adaptar à vida normal em sociedade.

Com o direito penal do inimigo, é aplicada a norma penal sem dialogar com a pessoa em conflito com a lei, com a principal finalidade de combater diretamente a pessoa que contrariar a norma jurídica. No subtópico à frente será analisado o conceito do Direito Penal do Inimigo do Estado.

3.1 O CONCEITO: Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal do inimigo é caracterizado por ser um direito penal de exceções, trata-se de um instrumento elaborado na diferenciação de cidadãos e aqueles chamados de não cidadãos.

A referida teoria faz uma divisão, distinguindo-se o cidadão de bem e o delinquente, pessoa que transgrede a norma jurídica, sendo este considerado contumaz, sendo elaboradas dois tipos de sanções, uma direcionada ao cidadão de bem e outra direcionada ao inimigo do Estado.

Para Rogério Greco, O direito penal do inimigo “só se mostra legítimável como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional”, e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação. (GRECO, 2005, p.07).

De um lado o Direito penal do cidadão aplica as punições aos delitos cometidos pelos cidadãos de forma incidental, ou seja, aqueles que representam um mero exagero nas relações da sociedade, sem relevâncias negativas com o cometimento do delito.

Ao contrário, o direito penal do inimigo é atribuído àqueles que de forma clara desejam continuar a transgredir a norma jurídica imposta, sendo retirado deste o status de pessoa e de cidadão.

Sobre as finalidades da pena ao cidadão e ao inimigo, Natália Berti faz a seguinte colocação:

No Direito Penal dos cidadãos, o delinquente, que mantém a qualidade de cidadão, comete uma comunicação defeituosa. Seu fato delitivo é um deslize reparável, uma irritação social da comunidade. Com o crime o delinquente manifesta simbolicamente sua não aceitação da norma vigente, afirmando que a norma infringida não lhe compete. Por sua vez, o Estado, com a imposição da pena, manifesta simbolicamente que a norma segue sendo vigente [...]. Contudo, para o Direito Penal do inimigo, a pena [...] é tão somente coação física, pois enquanto o Direito Penal do cidadão visa manter e reafirmar a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo objetiva combater perigos, tornando inócua a ação de agentes perigosos [...]. Em função deste significado neutralizador da pena em relação aos inimigos, há, como consequência, a generalização e o aumento substancial da pena privativa de liberdade e, simultaneamente, uma restrição aos benefícios penitenciários. (BERTI, 2012, p.93).

Assim, quando quem comete o crime for um cidadão de bem, e sua conduta for de baixa reprovação social, não terá o mesmo tratamento que aquele que é reincidente nas práticas delitivas. Quanto aos elementos dessa teoria, Jakobs manifesta:

O Direito Penal do Inimigo 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 [...]. Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas [...]. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. (JAKOBS, 2010, p.90).

Assim, o Direito Penal do inimigo representa uma máxima repressão, assim, as punições têm o escopo de garantir que exista uma segurança maior e uma resposta estatal mais eficaz para aqueles que cometem crimes demasiadamente.

Pela teoria, a pessoa do inimigo não deve ser punido pela sua culpabilidade no delito, mas sim, por sua periculosidade, a punibilidade encontra respaldo no fato de que determinadas pessoas exercem atividade criminosa com habitualidade.

3.2 A EXPANSÃO NO DIREITO POSITIVO

O grande crescimento na criminalização é derivado de uma sensação da sociedade de insegurança, influenciada de forma direta pela mídia, com a exigência de uma resposta imediata por parte do Estado.

Nesse sentido, Rossato demonstra:

Existe um grande clamor social pela atuação do direito penal, o qual decorre

principalmente da impossibilidade do controle através dos outros meios, podendo ser afirmada aqui a incompetência política de gestão. Pode-se perceber que toda essa dificuldade de controle dos novos riscos apresenta-se nas propostas de expansão do direito penal. (ROSSATO, 2010).

Na imediatez do clamor e fortes emoções sociais; procura-se por punição de determinados crimes, o legislador com o objetivo em satisfazer à ressonância social cria, e o Presidente da República sanciona determinadas leis para dar uma impressão de segurança. Assim, com alguns movimentos populares a favor da segurança, alimentados pelos mecanismos de comunicação são criadas leis com a falsa percepção de segurança para a sociedade.

Assim, Oliveira explana:

Os novos campos de periculosidade, com suas inéditas características, conduzem a atividade legislativa ao constante emprego dos crimes de perigo abstrato e de normas penais em branco [...] dentre outros instrumentos jurídicos. O Direito Penal acaba sendo adaptado à ótica da sociedade do risco, visando à sua minimização e à produção de segurança, apresentando-se cada vez mais expansivo, com a proteção de novos bens jurídicos e adiantamento das barreiras da punibilidade - crimes de perigo - e com a mudança de paradigma da lesão do bem jurídico para a periculosidade da ação, dentre outras manifestações contemporâneas. (OLIVEIRA, 2011).

Pode-se observar no ordenamento jurídico reflexos dessa teoria, como a prisão preventiva ou medida cautelar utilizada no curso de um processo, fundamentada no combate a um perigo (de fuga, de cometimento de outros crimes, de alteração das provas etc.); medidas processuais restritivas de liberdades fundamentais, como a interceptação das comunicações telefônicas, cuja produção se dá sem a comunicação prévia ao investigado ou acusado, e a gravação ambiental; possibilidade de decretação da incomunicabilidade de presos perigosos; a tipificação penal para o crime de detenção de apetrecho para falsificação de moeda previsto no art. 291 do Código Penal; a criminalização do porte ilegal de armas de fogo, constante no art. 16 da Lei nº 10.826 (ALBUQUERQUE, 2011, p.60).

Dessa forma, no ordenamento jurídico, existem leis que possuem características marcantes do direito penal do inimigo, através do apelo maior. São vários os elementos do direito penal do inimigo que podem ser encontrados no ordenamento jurídico. A seguir será vista a relação entre o instituto da prisão preventiva com a teoria do inimigo do Estado.

4. INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva tem a sua previsão nos artigos 311 e seguintes, do Código

de Processo Penal brasileiro, constituindo uma modalidade de prisão cautelar sendo de natureza processual.

Como uma espécie de medida cautelar, a prisão preventiva tem como escopo a prevenção da ocorrência de danos enquanto não se finda o processo penal, assim, tutelando o processo, garantindo a prova, bem como a efetivação da aplicabilidade da lei penal. (LOPES JUNIOR; DA ROSA, 2019).

O instituto tem previsão no artigo 5º, incisos LVII e LXI, da Constituição Federal de 1988.

Artigo 5º -
(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

(BRASIL,1988).

Dessa forma, pode-se extrair do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência, que em regra determina a liberdade do acusado durante o curso do processo, sendo possível falar que o réu é culpado apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (SOUZA, 2019, p.21).

Da interpretação conjunta de ambos os dispositivos constitucionais, percebe-se, portanto, que o instituto: Jamais poderá colocar o acusado em uma posição jurídica que o faça presumir culpado pela prática dos crimes a ele imputados, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência. Assim, não pode a prisão preventiva conter qualquer juízo antecipado de culpabilidade em sua fundamentação, ante a expressa imposição constitucional (SOUZA, 2013, p.15).

Assim, pode-se entender que a prisão preventiva apresenta uma mera natureza cautelar, uma vez que no instituto não se analisa o mérito da demanda. A decretação desta medida caracteriza um sumário juízo de culpa e antecipa a pena.

Sobre a prisão ter um caráter de antecipação da pena, Aury Lopes Junior entende que:

A prisão preventiva acabou sendo inserida 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 um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. O problema, portanto, não é legislativo,

mas cultural, em decorrência da mentalidade inquisitorial e do espetáculo que permeia os atores jurídicos. (JUNIOR, MORAIS, 2019).

Fernando Capez, entende que “trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena” (CAPEZ, 2005, p.228).

Como uma medida cautelar, a prisão preventiva preenche os preceitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Assim, se tratam de perigo da demora na prestação do Estado. O referido perigo está relacionado ao artigo 312, do Código de Processo Penal:

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. (BRASIL, 1941).

Dessa forma, Tourinho Filho ensina que:

Cabe ao juiz, em cada caso, analisar os fatos e perquirir se existem provas capazes de afirmar pelo menos um dos fundamentos, não bastando a mera presunção, devendo a decisão ser fundamentada, haja vista que se a Constituição proclama a ‘presunção de inocência do réu ainda não definitivamente condenado’, como pode o juiz presumir que ele vai fugir, que vai prejudicar a instrução, que vai cometer novas infrações? (...) É preciso que haja nos autos prova que leve o magistrado a tais informações. (FILHO, 2001, p.576).

Percebe-se que a finalidade da prisão preventiva não é outra senão resguardar a execução das penas. Tal modalidade de prisão é a exceção. Sua existência se justifica para evitar uma fuga do condenado, e do réu. Contudo, é de bom tom refletir que risco futuro de fuga não pode ser por conjecturas, ou conclusões antecipadas fundadas em suposições ou quimeras. Para a configuração dessa medida cautelar extrema há que se comprovar os fatos e não supor ou presumir.

Sobre a falta de conteúdo cautelar em decisões que decidem sobre prisão preventiva como um instrumento que visa garantir a ordem pública, pode-se perceber que a expressão “garantia da ordem pública”, por si só, consiste em uma forma vaga.

A conceituação de ordem pública preceituado no artigo 312, do Código de Processo Penal, é subjetivo e abstrato, não sendo um conteúdo claro e definitivo, como é explanado por Camile Eltz de Lima:

Por conter um evidente juízo de valor, dada a ambiguidade da expressão, a decisão que decreta a prisão preventiva com base neste fundamento é (sempre) autoritária, vez que tal locução não é suscetível de prova ou de refutação. Por tais razões, ofende os axiomas (garantistas) da *nulla accusatio sine probatione* – não se pode admitir uma segregação que não esteja embasada num fundamento concreto e que não esteja definido pela legislação – e da *nulla probatio sine defensione* – não há possibilidade de se exercer a defesa pela impossibilidade de se realizar contraprova. (LIMA, 2003, p.95).

A prisão preventiva traz uma ofensa ao princípio da legalidade, que no processo penal faz imposição a taxatividade dos momentos em que a liberdade do acusado será afetada.

Dessa forma, a forma em que o instituto da prisão preventiva está inserto na legislação processual brasileira, como um mecanismo de garantir a ordem pública acaba sendo uma cláusula aberta usada pelos tribunais. Sendo uma cláusula aberta, a Teoria do Inimigo do Estado aproveita-se dessa abertura para capturar e atar de modo firme o inimigo do Estado.

Torna-se mais descomplicado tratar como inimigo do estado o indiciado, ou o réu que colide com as normas da Ciência Penal e o ordenamento jurídico pátrio. Executa-se ou obtém sem dificuldade a prisão de tal pessoa.

Isso porque, conforme se viu a Teoria do Inimigo do Estado é uma tese na qual não há humanismo ao transgressor, que oferece imenso perigo à sociedade, conforme a Teoria mostrada.

O objetivo do texto é mostrar um possível liame entre as decisões judiciais que decretam a prisão do criminoso por questões de somenos importância. Haveria, nessas decisões ações preenchidas pela ideologia da tese da teoria do inimigo do estado?

Mais importante do que oferecer respostas, é levantar questões. Exercer uma ação ou influência psicológica, ou uma ascendência sobre alguém que se encontra subjugado não é difícil, notadamente nas sociedades dos grandes espetáculos e com prateias animadíssimas, como é o caso do Brasil. No país das celebridades, os parâmetro da ordem pública, e a avaliação ou a escolha da personalidade do acusado, isto é suas características psicológicas que determinam os seus padrões de agir, sentir e pensar, isto é, o seu comportamento e vida pregressa seriam critérios, realmente, científicos para se justificar uma prisão preventiva? Ou medida extrema?

Através da doutrina foi exposto modestas contribuições científicas que abordam o tema proposto na introdução. Por outro lado, as decisões judiciais precisam necessariamente, serem fundamentadas racionalmente, com rigor científico. Conforme se observa no Recurso em Habeas Corpus nº 103.902. 2018/0261669-1 RS. Em suas linhas entendeu-se que:

“(...) do fato praticado e narrado nestes autos, que é flagrantemente atípico, e não a vida do autor, o que somente seria possível em um direito penal do inimigo, não aceito pelo ordenamento jurídico (...)”.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/637939960/recurso-em-habeas-corporis-rhc-103902-rs-2018-0261669-1>. (Acesso em 19. Nov.2020) Veja-se que o “inimigo do estado” é tese não admitida pelo S.T.J., eis que tal tese considera o réu um objeto a receber sanção.

A Teoria do Inimigo do Estado é uma tese que não possui solidez científica. Essa tese revela-se inconstitucional, porque medidas extremas exigem momentos históricos excepcionais. Uma decisão judicial há que se ter a faculdade de discernir e de identificar a verdade real; através do discernimento da razão. A pena possui caráter ético e ressocializador. Em face do exposto a seguir serão levadas a cabo as considerações finais do trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conceituação do que seja o inimigo, apesar de surgir para o mundo jurídico nos anos 80, reflete uma presença constante na sociedade mundial, desde as mais antigas até os tempos atuais.

Dessa forma, sistematizando o axioma do tema, de fazer o emprego da terminologia de inimigo, Günter Jakobs unificou por intermédio de determinados indivíduos com base no preceito histórico bem como o cultural, restritos de sua condição de pessoa, recebendo um tratamento desigual.

O inimigo tem por sua característica, a negação da humanidade, estes representam um risco a ordem social e a coletividade, sendo analisados somente no fator de risco que essas pessoas podem proporcionar no âmbito social.

A característica do risco de perigo à ordem social a paz na sociedade, faz com que a pessoa considerada inimigo, seja restrita de direitos e garantias individuais inerentes aos demais cidadãos de bem.

É perceptível no ordenamento jurídico brasileiro que o Direito Penal, de forma constante é afetado com as regras do Direito Penal do Inimigo, como citado na parte do trabalho que fala sobre a expansão da teoria no ordenamento jurídico e na prisão preventiva.

Foi exposto que a prisão preventiva é decretada como garantia da ordem pública, fundamentando-se no seu conceito vago, sendo violado o princípio da legalidade.

Dessa forma, se a prisão preventiva pode ser interpretada como um mecanismo que tutela à paz social, garantindo a ordem pública e evitando a reiteração de práticas

delituosas, deve-se reformar o texto constitucional, que não faz menção nenhuma acerca de exceção ao princípio da presunção de inocência

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Camila Menezes de. **O Direito Penal do Inimigo**. Boa Vista, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/L354844/Downloads/MONOGRAFIA-%20CAMILA%20MENEZES%20DE%20ALBUQUERQUE%20(1).pdf> Acesso em: 01.nov.2020

ALBUQUERQUE, Francisco Uchoa de. e UCHOA, Fernanda Maria. **Introdução ao Estudo do Direito**, São Paulo: Saraiva, 1982. pp. 97 a 105.

ALENCAR, Antônia Elúcia. **A inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martim Clarets, 2001.

BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: Análise e Crítica**. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <http://www.repositorio.ufsc.br/> . Acesso em: 20. out.2020.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é Sólido Desmancha no Ar: A aventura da Modernidade**. Tradução: MOISÉS, Carlos Felipe, *et al.* São Paulo: Companhia da Letras, 1986.

BRASIL ESCOLA. **Direito Penal do inimigo**. Disponível em: < <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/direito-penal-inimigo.htm> > Acesso em 28 de out.2020

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 25.out.2020.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**.

Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 27 nov. 2010. Disponível em:

<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID>. Acesso em: 05.nov.2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Algumas observações sobre o Direito Penal e a internet**. São Paulo, 2006.

GRECO, Luís. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005. Fundação Dom Cabral. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

João Daniel. A sociedade de risco, teoria dos **sistemas e o funcionalismo penal: uma aproximação teórica**. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1933>> Acesso em 29.out.2020.

JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais. **O Caso do Ex-presidente Michel Temer e a Distorção da Prisão Preventiva**. Conjur: Disponível em: . <https://www.conjur.com.br/2019-mar-29/limite-penal-michel-temer-distorcao-prisao-preventiva> Acesso em: 29. out.de 2020.

LIMA, Camila Eltz de. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva: (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. **Da sociedade de risco ao direito penal do inimigo: tendências de política criminal**. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/4233>> Acesso em 01.nov.2020

PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra**. Disponível em: < <http://www.regisprado.com.br/>> Acesso em: 20 out. 2020.

REALE, Giovanni. e ANTISERI, Dario. **HISTÓRIA DA FILOSOFIA ANTIGA: Filosofia Pagã antiga**. Tradução: Ivo Stormiolo. São Paulo: Paulus, 2003.

ROSSATO, Maurício. **A legitimidade dos tipos penais de perigo abstrato na sociedade do risco: a expansão do direito penal de silva sanchez versus o direito de intervenção de hasseme**. Disponível em: <<https://arquivo.ibccrim.org.br/artigos/2010/12>> Acesso em 01.nov.2020.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, Tradução: Luís Greco, 2002.

SALMEN, Almir Roberto. **O direito penal do inimigo segundo Gunther Jakobs.**
Disponível em:

<http://www.dpi.policiacivil.pr.gov.br/arquivos/File/odireitopenadoinimigo.pdf>. Acesso em: 17. out. 2014.

SENADO FEDERAL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Gráfica do Senado Federal. Brasília, 2019

SILVEIRA, Marcelo Eron Rodrigues da. **Os meios de comunicação como difusão do Direito Penal do Inimigo e usurpação dos atributos do Poder Judiciário.**

Disponível em:< <https://www.juriscorrespondente.com.br/correspondente/77388-marcelo-eron-rodrigues-da-silveira>> Acesso em 24 out.2020.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/637939960/recurso-em-habeas-corpus-rhc-103902-rs-2018-0261669-1>. Acesso em 19.nov2020

SOUZA, Renato Perrotta de. **A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública.** Disponível em:<

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/RenatoPerrottaSouza.pdf> Acesso em 03.nov.2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** 6ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo.** Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SALOMÃO, Pedro Emílio Amador et al. Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro. 2020.

SALOMÃO, P. E. A., Vieira, R. G. C., Leonarde, G. S. S. Labor Reform and Sucumbential Advocatory Fees: The mitigation of the constitutional guarantees of wide access to jurisdiction and free integral judicial assistance

Research, Society and Development, v. 10, n. 3, p. e4910312988, 2021.

Silva Pinheiro, A. V., de Castro Rocha, E., & Amador Salomão, P. E. (2020). LICITAÇÃO PÚBLICA: A IMPORTÂNCIA DO PROCEDIMENTO NA TRANSPARÊNCIA E COMBATE A VÍCIOS EM ATOS ADMINISTRATIVOS. Revista Multidisciplinar Do Nordeste Mineiro, 2(2). doi:10.17648/2178-6925-v2-2020-11

Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.1,

2021/01

ISSN 2178-6925