



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E A INDETERMINAÇÃO
DA SUA DURAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO**

RAYSSA FÉLIX DE SOUZA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de concentração: Direitos Humanos
(Trabalho para Defesa)

João Pessoa/PB
2023

RAYSSA FÉLIX DE SOUZA

**O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E A INDETERMINAÇÃO
DA SUA DURAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direitos Humanos

Linha de pesquisa: Fundamentos Teórico-filosóficos dos Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho

João Pessoa/PB
2023

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S729i Souza, Rayssa Félix de.

O instituto da prisão preventiva no Brasil e a
indeterminação da sua duração : uma análise a partir da
teoria do direito penal do inimigo / Rayssa Félix de
Souza. - João Pessoa, 2023.

109 f.

Orientação: Enoque Feitosa Sobreira Filho.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Prisão preventiva. 2. Direito penal do inimigo.
3. Ausência de prazo legal. 4. Direitos humanos. I.
Sobreira Filho, Enoque Feitosa. II. Título.

UFPB/BC

CDU 343.126(043)

Rayssa Félix de Souza

**O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E A INDETERMINAÇÃO
DA SUA DURAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho

A banca examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado e julgou o seu trabalho nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL:

Professor Dr. – ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO (Presidente / Orientador – PPGCJ/UFPB

Julgamento:_____Assinatura:

Professora Dra. – LORENA DE MELO FRETAS – PPGCJ/UFPB – Examinadora Interna

Julgamento:_____Assinatura:

Professor Dr – ROBSON ANTÃO - PPGCJ/UFPB – Examinador Interno

Julgamento:_____Assinatura:

Professor Dr – GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA – Examinador Interno – PPGCJ/UFPB

Julgamento:_____Assinatura:

Professora Dra – LENILMA C. S. DE F. MEIRELLES – Examinadora Externa ao PPGCJ/UFPB

Julgamento:_____Assinatura:

João Pessoa/PB, 23/02/2023

Coordenador do PPGCJ/UFPB – Prof. Dr. Gustavo Mesquita

Aos (meus) maiores exemplos de força, caráter e dignidade: Edite (*in memoriam*), Maria, Bruno e Rany. Dedicarei sempre.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e, principalmente, por me sustentar nos dias difíceis.

À minha avó, Edite (*in memoriam*), pela força e pelo amor a mim dedicados.

À minha mãe, Maria, pelo amor incondicional e por todo suporte (material e imaterial), que me permitiram percorrer o caminho do conhecimento e do saber.

Aos meus irmãos, Bruno e Rany, pela fonte de fé e pelos incentivos diários, que sempre me conduziram – e me conduzem – a não desistir de concretizar meus sonhos.

Ao meu sobrinho, Pedro, pela esperança carregada no olhar e no sorriso puros.

Ao Professor Doutor Enoque Feitosa, orientador da presente pesquisa, por todo o aprendizado que adquiri durante essa caminhada, iniciada ainda durante a minha graduação, e por quem nutro admiração e carinho inesgotáveis.

À Professora Doutora Lenilma Meirelles, pelas pílulas de conhecimento contumazes, que em muito contribuíram para o desenvolvimento da presente pesquisa, bem como pela fonte de inspiração que é para mim (e para tantos outros discentes).

Aos Professores Doutor Gustavo Barbosa, Doutora Lorena Freitas e Doutor Robson Antão, pelas orientações e sugestões quando da banca de qualificação, que, sem dúvidas, foram cruciais para o desfecho deste trabalho.

Ao Doutor Augusto Meirelles, profissional e ser humano inestimável, pelas compreensão e paciência.

Ao corpo docente e aos funcionários do PPGCJ, especialmente aqueles que integram a secretaria, sempre dispostos a (me) ajudar.

Aos meus amigos, em especial: Anne, Ana, Luiz, Rebecca, Esley, Alex, Mariana, Luiza, Ohana, Fernanda, Seu João e Maria, sobretudo pelo apoio.

À Melissa, culturalmente e juridicamente considerada um ser *senciente*, mas, para mim, mais que isso, um anjo da guarda, pelos companheirismo e amor integrais, especialmente durante a escrita deste trabalho, e que só um animal (não humano) é capaz de proporcionar ao ser humano.

“[...] É preciso
arrancar alegria
ao futuro.
Nesta vida
morrer não é difícil.
O difícil
é a vida e seu ofício.”¹

¹MAIAKOVSKI, Vladimir. **A Sierguei Iessiên (1926)**. In *Maiakovski: Poemas*. Tradução de Haroldo Campos. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, pp. 109-114.

RESUMO

FÉLIX DE SOUZA, Rayssa. “**O Instituto Da Prisão Preventiva No Brasil E A Indeterminação Da Sua Duração: Uma Análise A Partir Da Teoria Do Direito Penal Do Inimigo**”. 2023. 109f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, 2023.

O **objeto** da presente dissertação consiste em examinar a justificativa que sedimenta a indeterminação de prazo legal para a duração da prisão preventiva, hoje, no Brasil. Correlaciona-se o referido exame com o fenômeno do Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida, preliminarmente, pelo jurista alemão Gunther Jakobs e cujo viés central é desenvolvido a partir de uma reflexão sobre política criminal. Note-se que a principal característica dessa formulação teórica é estabelecer a distinção entre pessoa (o ‘cidadão’) e não-pessoa (o ‘inimigo’) e, em consequência dessa divisão prévia, defender a existência de dois tipos de Direito Penal: de um lado, um direito penal humanista ou garantista; e do outro, um direito penal bélico ou securitário. Uma das características desse direito penal bélico incide, por exemplo, no amplo adiantamento da punibilidade, que é, na atualidade, um dos aspectos constructivos da prisão preventiva, no Brasil. Assim, o objetivo deste trabalho é, portanto, identificar se, e em que medida, a teoria do direito penal do inimigo condiciona, no ordenamento jurídico pátrio, a ausência de prazo de uma modalidade de prisão cautelar, tendo em vista a existência de um Estado Democrático de Direito e se com ele se coaduna. A problemática, isto é, aquele campo de reflexão que norteia o trabalho e lhe confere sentido, referenciando a dissertação, recai sobre a legitimidade (ou ilegitimidade) de um direito penal inumano que, em contrapartida, enfraquece os direitos humanos na medida em que estabelece e reconhece a distinção entre pessoa e não-pessoa. Exsurge, a partir daí, o problema de pesquisa, qual seja, a ausência de prazo da prisão preventiva, nos dias atuais, constitui uma omissão que viola categoricamente a Ordem Constitucional vigente, especialmente no que diz respeito à efetiva proteção dos Direitos Humanos? A hipótese formulada é a de que a lacuna, objeto da presente pesquisa, constitui um corolário do denominado triunfo paradoxal dos direitos humanos, a partir do qual tais garantias fundamentais são eficazes para uns, e para outros não e, portanto, meras garantias formais, carentes de qualquer concretização, isto, ante a incorporação do Direito Penal do inimigo enquanto possível mecanismo de *Jus puniendi*. No tocante à metodologia, considera-se a pesquisa como exploratória e qualitativa, bem como documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Prisão Preventiva. Ausência de prazo legal. Direitos humanos.

RESUMEN

FÉLIX DE SOUZA, Rayssa. **“El Instituto de Prisión Preventiva en Brasil y la Indeterminación de su Duración: Un Análisis a Partir de la Teoría del Derecho Penal del Enemigo”**. 2023. 109f. Disertación (Maestría en Derecho) – Programa de Posgrado en Ciencias Jurídicas, Universidad Federal de Paraíba, João Pessoa/PB, 2023.

El objeto de esta disertación es examinar la justificación que sustenta la indeterminación del plazo legal para la duración de la prisión preventiva, hoy, en Brasil. Este examen se correlaciona con el fenómeno del Derecho Penal del Enemigo, teoría desarrollada, preliminarmente, por el jurista alemán Gunther Jakobs y cuyo sesgo central se desarrolla a partir de una reflexión sobre la política criminal. Cabe señalar que la característica principal de esta formulación teórica es establecer una distinción entre una persona (el 'ciudadano') y una no persona (el 'enemigo') y, como resultado de esta división previa, defender la existencia de dos tipos de Derecho Penal: por un lado, un derecho penal humanista o garantista; y por el otro, una ley penal militar o de seguridad. Una de las características de este belicoso derecho penal se centra, por ejemplo, en el amplio avance de la pena, que es, hoy en día, uno de los aspectos constructivos de la prisión preventiva en Brasil. Así, el objetivo de este trabajo es, por tanto, identificar si, y en qué medida, la teoría del derecho penal del enemigo condiciona, en el ordenamiento jurídico nacional, la inexistencia de una pena de una modalidad de prisión cautelar, en vista de la existencia de un Estado Democrático de Derecho y si es compatible con él. La problemática, es decir, ese campo de reflexión que orienta el trabajo y le da sentido, referenciando la disertación, recae sobre la legitimidad (o ilegitimidad) de un derecho penal inhumano que, por otra parte, debilita los derechos humanos en la medida en que establece y reconoce la distinción entre persona y no persona. De allí surge el problema de investigación, es decir, la ausencia de un período de prisión preventiva, en la actualidad, ¿constituye una omisión que vulnera categóricamente el Ordenamiento Constitucional vigente, especialmente en lo que se refiere a la tutela efectiva de los Derechos Humanos? La hipótesis formulada es que la brecha, objeto de esta investigación, constituye un corolario del llamado triunfo paradójico de los derechos humanos, a partir del cual tales garantías fundamentales son efectivas para unos, y para otros no y, por tanto, meras garantías formales, carentes de toda concreción, esto es, en vista de la incorporación del Derecho Penal del enemigo como posible mecanismo del Jus puniendi. En cuanto a la metodología, la investigación se considera exploratoria y cualitativa, así como documental y bibliográfica.

Palabras clave: Derecho Penal del Enemigo. Prisión Preventiva. Ausencia de término legal. Derechos humanos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLA

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADPF – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

ART – ARTIGO

CP – CÓDIGO PENAL

CPP – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CADH – CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA)

CEDH – CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

CIDH – COMISSÃO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

CIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CRFB – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL

DH – DIREITOS HUMANOS

DUDH – DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

DP – DIREITO PENAL

DPI – DIREITO PENAL DO INIMIGO

DPP – DIREITO PROCESSUAL PENAL

EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

IBCCRI_m – INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA

INFOPEN – LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS

HC – HABEAS CORPUS

LCP – LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS

LEP – LEI DE EXECUÇÃO PENAL

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

PP – PRISÃO PREVENTIVA

RDD – REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

SL – SUSPENSÃO DE LIMINAR

SPT - SUBCOMITÊ PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA E OUTROS

TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS E DEGRADANTES

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TEDH – TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
1.1. COMPREENDENDO O ENFOQUE DA PESQUISA.....	14
1.2. DOS PROBLEMAS E DOS OBJETIVOS ENFRENTADOS NESTA DISSERTAÇÃO	22
1.3. DA METODOLOGIA APLICADA	26
1.4. ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO	28
2. O INSTITUTO DA PRISÃO (NO BRASIL)	30
2.1 CONCEITO E HISTÓRICO	33
2.1.1 <i>Modalidades da Prisão</i>	41
2.2 DA PRISÃO PREVENTIVA	45
2.2.1 <i>Características e aspectos fundamentais</i>	48
2.2.2 <i>Pressupostos e fundamentos legais para a sua decretação</i>	51
2.3 DA AUSÊNCIA DE PRAZO PARA A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	57
2.3.1 <i>O Código de Processo Penal e o papel do Estado</i>	61
3. O FENÔMENO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	64
3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA CONSTRUÇÃO DE GUNTHER JAKOBS	65
3.1.1 <i>Características</i>	66
3.1.2 <i>Fundamentos De Legitimidade</i>	69
3.2 A “EVOLUÇÃO” E DEFINIÇÃO DE INIMIGO: PESSOA OU NÃO PESSOA?	72
3.2.1 <i>O aspecto da periculosidade e o inimigo no contexto latino americano</i>	74
3.3 O RECONHECIMENTO DO DPI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	76
3.3.1 <i>Exemplos legais</i>	78
4. A RELAÇÃO ENTRE A AUSÊNCIA DE PRAZO LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	82
4.1 SIMILITUDES ENTRE A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O DPI	82
4.1.1 <i>Antecipação da punição</i>	84
4.1.2 <i>Desproporcionalidade das penas</i>	85
4.1.3 <i>Supressão de garantias constitucionais</i>	86
4.2 O DEBATE ENVOLVENDO OS DIREITOS HUMANOS	87
4.2.1 <i>A inconstitucionalidade da ausência de prazo legal da prisão preventiva enquanto desdobramento do direito penal do inimigo</i>	90
4.3 BREVES CRÍTICAS AO DPI E A NECESSIDADE DE UM PRAZO LIMITE À PP	94
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	100

1. INTRODUÇÃO

“É preciso bater cem vezes e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. *Serpes nisi comederit non fit draco*: a serpente que não devora a serpente não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força.”²

Tobias Barreto

1.1. COMPREENDENDO O ENFOQUE DA PESQUISA

Nunca é demasiado frisar que o Direito Penal e o Processo Penal atuais evidenciam uma forte e inquietante crise, qual seja, ambos são utilizados como instrumentos de expressão não apenas do poder político estatal, mas do poder enquanto poder de classe ou de um bloco de classes hegemônicas e tendo – com isso - cada vez mais, uma atuação deturpada no que diz respeito às suas reais funções e finalidades sociais. Tudo isso na tentativa e em nome de combater o crescente aumento da criminalidade, a partir de uma crença fixada de representar e, supostamente, atender os anseios de uma sociedade que clama progressivamente por segurança e justiça.

Diante desse cenário, por um lado, verifica-se a expansão de um direito punitivo³, caracterizado por uma dogmática tacanha e estreita voltada tão somente para a punição e que tem conduzido à imposição de uma obediência cega por parte dos destinatários, sendo obrigatória e soberana para uns, e inúteis para outros. Tudo isso sob um capote *positivista* descomedido.

Não se pode olvidar, todavia, que o positivismo jurídico legalista⁴, ou mesmo o legalismo exacerbado⁵, encontra-se (aparentemente) superado e ultrapassado, sobretudo em razão da *Constitucionalização do Direito*⁶. Esse fenômeno pode ser compreendido como, em

2 BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia I**. Rio de Janeiro: Laemmert & C. 1892. p. 354.

³ Nesse sentido cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 40 e ss.

⁴ Expressão cunhada e recorrentemente utilizada pelo professor Luiz Flávio Gomes, na obra *O Direito Penal na Era da Globalização* (2002), especialmente para tecer críticas acerca da hipertrofia irracional (caos normativo) do direito penal. GOMES, Luiz Flávio, & BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização...** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ Expressão extraída da afirmação do jurista espanhol García de Enterría de que “(...) *el legalismo exacerbado ha matado definitivamente al positivismo*.” Cf. nesse sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Madrid: Civitas. 2000. p.103.

⁶ Sobre o fenômeno da Constitucionalização do Direito, cf. os diversos artigos que compõem a coletânea organizada por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto. SARMENTO, D. & SOUZA NETO. C. P de.

apertada síntese, a difusão das normas e valores constitucionais, mormente aqueles que tratam dos direitos fundamentais, para todos os setores do ordenamento jurídico. Neste caso, princípios que irradiam, notadamente, para o direito penal e o direito processual penal, ramos diretamente responsáveis pela materialização dos direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, observa-se uma celeuma no que se entende por um déficit na concretização dos Direitos Humanos, de modo que não é surpresa a afirmação de que, na atual época, testemunha-se mais violações de seus princípios do que qualquer uma das épocas anteriores e *menos iluminadas*⁷: ao passo em que essas violações se acendem, a concretização dos direitos humanos se apaga.

Embora muito se fale – e pouco se reflita – acerca da importância dos direitos humanos nos dias de hoje, sobretudo em razão de que, ao longo da história das civilizações e da humanidade, houve uma série de violações abundantes e absolutas à dignidade de indivíduos que sequer eram considerados como pessoas; embora haja o reconhecimento da existência de direitos inerentes a todas as pessoas, sem qualquer distinção; embora pense-se nos horrores da Segunda Guerra Mundial ou dos regimes escravocratas, numa tentativa de “reparação”; a transgressão ou a falta de concreto alcance dos direitos humanos não permaneceram no passado. Ao revés, é possível constatar, ainda hoje, inúmeras ofensas aos direitos humanos e em diferentes setores – seja no plano nacional, seja no plano internacional.

No contexto internacional, por exemplo, observa-se uma das maiores crises migratórias da história da humanidade, decorrente dos conflitos armados no Oriente Médio⁸, como o caso da Guerra Civil da Síria, cujo início seu em meados de 2011. Ou mesmo os recentes ataques da Rússia aos territórios ucranianos, inclusive com bombardeios à capital Kiev⁹. Em ambos os episódios, os desdobramentos (as violações) desses conflitos são vários¹⁰: preconceito sofrido pela população migrante em determinados países, fome, privação da liberdade, falta de atendimento a necessidades básicas, etc.

No cenário da América Latina, a crise humanitária, política, migratória e socioeconômica enfrentada pela Venezuela é um forte – e infeliz – exemplo de graves e generalizadas violações aos direitos humanos, situação essa agravada pela pandemia da Covid-

A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁷ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p.18.

⁸ Para conferir maiores informações, acessar: <https://news.un.org/pt/story/2022/11/1805262>.

⁹ Para conferir maiores informações, acessar <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/entenda-a-guerra-da-ucrania-em-10-pontos/>

¹⁰ Informações extraída do sítio: <https://sul21.com.br/em-destaqueultimas-noticiasinternacional/2015/12/refugiados-em-busca-de-um-futuro/>. Acesso em 21 de nov. 2022.

19, no ano de 2020¹¹. A escassez de alimentos, a ausência de insumos básicos, as tentativas de migração que acarretam(ram) em mortes¹² (por afogamento, acidentes rodoviários...), etc., são “amostras” do denominado *triunfo paradoxal dos direitos humanos*, e que não se esgotam aí.

No Brasil não é diferente. Constata-se uma gama de ofensas envolvendo os mais diversos tipos de direitos humanos. Violações de direitos que tratam de questões de saúde mental – principalmente de usuários de drogas; questões referentes à diversidade sexual e direitos LGBTQIAPN¹³; caos orçamentário e insegurança pública que, por sua vez acarretam na violação/ descumprimento de direitos referentes à educação, saúde, moradia, etc.; questões envolvendo povos indígenas, comunidades tradicionais e refugiados; violência policial; disputas fundiárias e tantas outras violações que, apesar da vasta proteção legislativa (nacional e internacional), põem em risco a concretização de direitos fundamentais. Nesse ponto, direitos e garantias de determinados grupos ou destinatários.

No que diz respeito à presente pesquisa, cita-se uma das principais inquietações acerca do (desrespeito) aos direitos humanos no Brasil, qual seja, àquela voltada para a crise no sistema prisional, cujas implicações e causas são diversas. É o caso do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, que o sistema carcerário vive em estado de coisas inconstitucional (ADPF 347). Isso, logo após as rebeliões ocorridas no ano de 2017, nos Estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte, cujo massacre totalizou mais de 128 mortos¹⁴.

Um dos motivos que ensejam a musculatura da atual crise do sistema penitenciário brasileiro é o elevado índice de encarceramento Brasil. Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil tem 909.061 pessoas privadas de liberdade (set./2022), sendo, desse total, 44,5% presos provisórios. Ou seja, em média 404.452 pessoas encarceradas sem condenação.

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça e o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), entre o período de julho a dezembro de 2019, o mais recente da instituição, o Brasil totalizava um montante de 748.009 presos, sendo 222.558 provisórios. Em junho de 2016, o relatório indicava uma população carcerária de 726.712 pessoas, ou seja, uma taxa de ocupação carcerária de 197,4%,

¹¹ Para maiores informações cf. <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>

¹² Informações oriundas dos órgãos de proteção. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/08/1683791>. Acesso em 21 de nov. 2022.

¹³ Trata-se de uma sigla que abrange pessoas que são lésbicas, gays, bi, trans, queer/questionando, intersexo, assexuais/aromânticas/agênero, pan/poli, não-binárias e mais. Para maiores informações cf. <https://orientando.org/o-que-significa-lgbtqiap/>.

¹⁴ LÉPORE, Paulo; & DEL PRETI, Bruno. **Manual de Direitos Humanos**. Salvador: Juspodivm, 2020, p.26.

consistindo em 292.450 presos provisórios, representando, portanto, 40,2% da população carcerária.

Relatório¹⁵ do Subcomitê para a Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes (SPT) da Organização das Nações Unidas (ONU), publicado em janeiro de 2017, informou, dentre outros pontos constantes no documento, um encarceramento em massa e a dificuldade do Estado em manter o controle das unidades prisionais. Tais informações já haviam sido publicadas, também pela ONU, no ano de 2014, tendo o Brasil ocupado o terceiro lugar no ranking mundial dos países com elevado número de pessoas presas; e o primeiro lugar entre os países da América Latina.

Ainda segundo o relatório do SPT da ONU, de 2017, constatou-se a ausência de condições e atendimento a necessidades básicas, além dos problemas na prestação de serviços de saúde e as restrições a visitas, bem como a violência e abusos ocorridos antes da prisão. Verificou-se que boa parte da população carcerária é constituída por negros e pobres, personagens inseridos em um contexto – a partir de seletividade da atuação judicial – de criminalização das drogas.

Um estudo da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro demonstrou que as leis são mais severas para os negros, que correspondem a quase 80% das pessoas presas em flagrante, configurando a existência de um sistema seletivo¹⁶. Para tanto, foram entrevistadas 23.497 pessoas presas em flagrante entre setembro de 2017 e setembro de 2019, correspondendo a 77,4% (16.364) dos pretos ou pardos.

A pesquisa acima corroborou o entendimento de que são os negros os que mais sofrem o reflexo da lei, inclusive, tendo 32% mais chances de permanecerem presos após audiências de custódia. Conforme o estudo, correspondentes a 22% (4.698) do total, os brancos são os que mais acabam respondendo aos processos em liberdade: 30,8%, contra 27,4% dos negros. Além disso, de acordo com o 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, que reflete dados de 2018 e 2019, o percentual de pessoas negras (pretas e pardas) no sistema prisional brasileiro é de 66,7%.

Os dados e relatórios supramencionados atestam não apenas o uso indiscriminado das prisões cautelares – denominadas de processuais ou provisórias (subdividas em temporária e

¹⁵ O relatório teve como base a realização de visitas a 22 unidades, localizadas no Rio de Janeiro, Manaus, Recife e Brasília, e ocorridas entre 19 e 30 de outubro de 2015.

¹⁶ Cf. <https://www.geronomero.media/reportagens/audiencias-de-custodia-reforcam-racismo-da-justica-brasileira/>. Acesso em 10 de dezembro de 2022.

preventiva) – mas, também, evidenciam a existência de destinatários específicos dessas prisões, que, em sua maioria, mais de 60% são negros e pobres.

Toda essa celeuma, que precede outro problema – o da superlotação carcerária, é oriunda das inúmeras condutas criminosas, cada vez mais crescentes – no Brasil e no mundo – e cuja delinquência violenta sofreu um *boom* desde o ano de 2001, com o ataque terrorista às Torres Gêmeas, na ilha de Manhattan, em Nova York, EUA. A partir de então, a criminalidade aumentou substancialmente, de modo que a sociedade – ou a população como um todo – suplicasse por medidas emergentes para combater o referido aumento, exigindo do Estado, inclusive com o apoio da mídia, medidas de enfrentamento/diminuição.

Esse clamor é, por sua vez, o principal oponente dos Direitos Humanos, sobretudo por incidir em campos cujas questões, que envolvem o direito penal, o processo penal, políticas criminais, etc., demandam respostas urgentes. E é nesse contexto que, conforme dito em linhas preliminares, tais ramos passam a sofrer uma inquietante crise e deturpação de suas reais funções. Na mesma medida em que esses setores “do direito” são utilizados como instrumento de poder em prol ou em desfavor de determinado grupo ou classe, os direitos humanos constituem também um discurso e uma prática de poder capaz de reforçar, por exemplo, a distância entre pobres e ricos¹⁷.

Nesse sentir, a prisão preventiva, enquanto modalidade da prisão provisória, constitui uma “solução”, funcionando com efeito sedante e *justiça sumária*¹⁸, no que diz respeito à necessidade de (supostamente) conter criminosos e, conseqüentemente, reduzir a criminalidade. Tal medida, adotada pelo Estado, traz à sociedade uma aparente sensação de tranquilidade, satisfação e eficiência do sistema penal, cuja resposta foi célere e dura.

Ocorre que a prisão preventiva não possui um prazo determinado no que diz respeito à sua duração, diferentemente do que ocorre com a prisão temporária, cujo período máximo encontra-se devidamente estabelecido em lei. Assim sendo, a referida modalidade de prisão cautelar, ante a ausência de um prazo objetivo para o seu limite, pode durar enquanto o “Estado” achar necessário. Um infeliz (e não isolado) exemplo é o caso do Habeas Corpus nº 715224- PE (2021/0407129-0), em que os réus, acusados do crime de tráfico de drogas e associação criminosa, permaneceram presos preventivamente durante 11 anos. O relator, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti, notadamente, entendeu pela concessão do relaxamento da prisão e criticou a flagrante ilegalidade, sobretudo pela

¹⁷ DOUZINAS, op cit. p. 20 e ss.

¹⁸ Expressão utilizada pelo Professor Roberto Delmanto. Para tanto, cf. DELMANTO, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p 11.

desproporcionalidade do tempo de prisão. O mandado de prisão foi expedido em 23.11.2010. A decisão do ora Ministro ocorreu em 08.03.2022.

A partir do cenário acima narrado, várias e gritantes são as violações a direitos humanos, garantias fundamentais e mesmo às legislações infraconstitucionais. Cita-se como exemplo o princípio da excepcionalidade, cujo amparo é o dispositivo 282, §6º do Código de Processo Penal (CPP)¹⁹; o direito à duração razoável do processo, prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁰, adotado pelo Brasil no ano de 1992, e também consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 enquanto princípio²¹; a presunção de inocência (ou da não culpabilidade), que possui guarida também na CRFB²² e consagrado na Declaração de Direitos do Homem e Do Cidadão de 1789²³, ou mesmo no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁴; e tantos outros, que serão melhores trabalhados no capítulo 4.

Soma-se ao referido embaraço legal acerca da ausência de prazo da prisão preventiva e os desdobramentos de sua (pré e pós) decretação, conjuntamente, o surgimento de postulados de política criminal, dentre os quais se destaca o chamado “Direito Penal do Inimigo”, concebido pelo jurista alemão Gunther Jakobs. Tal formulação teórica, diretamente associada ao expansionismo penal²⁵ e não obstante ter surgido pela primeira vez em meados da década de 80 do século passado, é hodiernamente um dos assuntos mais polêmicos na seara jurídica e tem a sua incidência reconhecida no ordenamento jurídico de alguns países ocidentais, incluindo o Brasil.

Jakobs²⁶ defende a existência de dois tipos de Direito Penal: de um lado, um direito penal (do cidadão) que oferece todas as garantias materiais e processuais para o infrator da norma tido como *cidadão*; do outro lado, um direito penal (do inimigo) que não confere sequer

¹⁹ Dispõe o referido dispositivo: “Art. 282 § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. DECRETO-LEI Nº 3.689/41. BRASIL, 1941.

²⁰ Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, dispõe que qualquer pessoa presa deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

²¹ Artigo 5º, LXXVIII, da CRFB/1988 - *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

²² Artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988 - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*”

²³ Art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual **todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado** e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

²⁴ Art. 14, item 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que **toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.**”

²⁵ SILVA SANCHEZ, op. cit. pp 33 e ss.

²⁶ Nesse sentido cf. JAKOBS, Günther MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 21 e ss.

as mais básicas garantias individuais constitucionais ao infrator considerado *inimigo*. A partir disso, estabelece-se uma distinção, qual seja, aquela entre pessoa e não-pessoa.

O inimigo, em apertada síntese, é aquele que se afasta do Direito de maneira permanente e não oferece quaisquer garantias de que se manterá fiel a norma. A principal característica do indivíduo assim considerado é a periculosidade, que é demonstrada através do seu comportamento incompatível com o complexo social/normativo do meio em que vive e, por isso, só lhe cabe um tipo de tratamento: o de “guerra”.

Portanto, o inimigo é aquele que viola a norma e, ao demonstrar não ser leal a esta, permanece com atos de reincidência²⁷. Nesse caso, são exemplos, os terroristas, os que cometem crimes sexuais, os criminosos econômicos, mas também ao lado desses, a partir de uma análise dos países americanos²⁸, os pobres e desvalidos, cuja criminalização é abordada por WACQUANT, em ‘As prisões da miséria’ e ‘Punir os pobres’. Daí a narrativa (e realidade) de destinatários específicos.

Para atingir seu desiderato, a política do ‘direito penal do inimigo’ se vale de uma “legislação de guerra” baseada em três elementos fundamentais, quais sejam, a) o amplo adiantamento da punibilidade, b) penas previstas desproporcionalmente altas e c) garantias processuais suprimidas. E é no bojo dessa discussão que se busca depreender o fundamento para a ausência de prazo legal da prisão preventiva, ainda que o atual panorama seja incompatível para que tal omissão ainda subsista.

E é levando em conta sua relevância que, para tanto, esse assunto será melhor trabalhado em um capítulo específico, qual seja, o capítulo 3º. Contudo, para uma melhor compreensão do que foi dito até aqui, oportuno se faz tecer algumas breves considerações acerca da prisão preventiva e, por conseguinte, entender qual a sua relação com o DPI.

A prisão preventiva, como prevista nos artigos 311 ao 316 do Código de Processo Penal, constitui uma modalidade de prisão cautelar cuja natureza é processual. E é como medida cautelar que ela visa prevenir a ocorrência de danos enquanto não encerrado o processo penal, ou seja, visa tutelar o processo e, portanto, destina-se a garantir a prova ou a eficácia da aplicação da lei penal. Isso resulta numa instrumentalidade que se dirige à garantia do normal desenvolvimento do processo e, em decorrência, a eficácia do poder de penar.

Com a nova redação dada pela Lei nº 13.964 de 2019, o artigo 311 passou a dispor que só caberá a prisão preventiva – a ser decretada pelo juiz, em qualquer fase da investigação

²⁷ Ibid., p. 35.

²⁸ ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 29 e ss.

policial ou do processo penal, desde que a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. O que expõe, notadamente, e mais uma vez, o caráter excepcional da referida modalidade de prisão provisória que, antes da respectiva alteração, poderia ser decretada de *ofício* pelo magistrado.

Todavia, em contrapartida, na prática, o que ocorre é que as prisões preventivas estão sendo decretadas como um verdadeiro instrumento de combate à criminalidade, conforme dito alhures, e assumindo características tais quais de “antecipação penal” e de “supressão de garantias”, por exemplo, sendo essas, também, características do Direito Penal do Inimigo.

Busca-se, mediante a indeterminação de prazo da prisão preventiva, eliminar, afastar, isolar... esses indivíduos “previamente” considerados culpados e que, antes de qualquer julgamento, que não seja o da mídia, ou sem condenação definitiva, são considerado inimigos. Daí que a posterior neutralização – daqueles considerados perigosos, asseguraria (uma falsa) segurança aos (ditos) cidadãos.

É possível notar, nesse sentido, que o respectivo fenômeno irradia pelos ordenamentos jurídicos do mundo, especialmente em países periféricos²⁹, e busca legitimidade principalmente no discurso positivista de resolução das problemáticas voltadas para um suposto controle social. Aqui, contrapõem-se ou assemelha-se – de maneira inversamente proporcional – ao que se entende pelo êxito – paradoxal – mais uma vez, citemos Douzinas, dos direitos humanos.

É nesse ponto que incide o problema e a problemática da presente dissertação, no tópico a seguir trabalhado, pois, como destacamos já ao início, aqui se busca, no que concerne a aludida problemática, enquanto campo de reflexão que norteia o trabalho e lhe confere sentido, pensar sobre a legitimidade (ou ilegitimidade) de um direito penal inumano que, em contrapartida, enfraquece os direitos humanos na medida em que estabelece e reconhece a distinção entre pessoa e não-pessoa. E, por isso, naquilo que concerne ao problema de pesquisa indagar se a ausência de prazo da prisão preventiva, nos dias atuais, constitui uma omissão que viola categoricamente a Ordem Constitucional vigente, especialmente no que diz respeito à efetiva proteção dos Direitos Humanos.

Questões como essas são relevantes posto que, ao analisar uma teoria cuja natureza é de política criminal, nos obriga a verificar sua incidência em um determinado ordenamento jurídico, nesse caso, o brasileiro e exige compreender se sua aplicação está alinhada com o Estado Democrático de Direito e, notadamente, com o que se entende, historicamente e

²⁹ JAKOBS, op. cit. pp. 70 e ss.

atemporalmente, por Direitos Humanos³⁰. Além do mais, torna-se relevante ante a necessidade de direcionar os olhos para aqueles que não são vistos – e nem ouvidos. A pesquisa visa, de alguma forma, dar vozes aos excluídos.

Nesse aspecto, objetiva-se identificar quais as condicionantes que exsurtem a problemática de não reconhecimento ou de não aplicação dos direitos ditos humanos, a fim de compreender o porquê de sua não efetivação e, assim, buscar corrigi-la ou sugerir correções. Especialmente, no tocante à presente pesquisa, a concretização e respeito ao direito à liberdade. Por isso, questões como essa sobrepõem necessárias para o desenvolvimento desta pesquisa, principalmente visando compreender o porquê de uma prisão cautelar não possuir um prazo determinado, em pleno século XXI, considerada, repita-se, a era dos direitos humanos, cuja dignidade da pessoa humana é o núcleo destes e, ainda assim, é absolutamente agredida.

Logo, a presente dissertação busca apontar que os países que passaram a adotar medidas legislativas extremamente repressivas e restritivas de direitos, tolhendo a liberdade individual de determinadas pessoas, não têm como fazer isso sem a ampliação de um poder punitivo feroz, ou de exceção, legitimado pela urgência de enfrentar o perigo representado pela figura do dito inimigo.

1.2. DOS PROBLEMAS E DOS OBJETIVOS ENFRENTADOS NESTA DISSERTAÇÃO

Conforme extrai-se do tópico anterior, observa-se que a presente dissertação tem como finalidade, ao analisar a teoria do Direito Penal do Inimigo a partir da concepção do seu precursor, o jurista alemão Gunther Jakobs, identificar até que ponto essa formulação teórica, cuja natureza é de política criminal, sedimenta, ainda nos dias atuais, a ausência de prazo legal para a duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao passo que referida premissa é verificada, evidenciar-se-á que sua justificativa paira sob o que Douzinas denomina de um triunfo paradoxal dos direitos humanos³¹, haja vista, parece-nos, tratar-se de um ideal a ser concretizado, especialmente, para o presente estudo no que diz respeito à falta de um prazo determinado para fins de prisão cautelar em um país cujo

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 31.

³¹ Douzinas afirma que “O registro das violações dos direitos humanos desde as suas alardeadas declarações ao final do século XVIII é estarrecedor. (...) Se o século XX é a era dos direitos humanos, seu triunfo é, no mínimo, um paradoxo. Nossa época tem testemunhado mais violações de seus princípios do que qualquer uma das épocas anteriores e menos iluminadas. O século XX é o século do massacre, do genocídio, da faxina étnica, a era do Holocausto.” DOUZINAS, op. cit. p. 20.

rompimento com diplomas legais autoritários – o papel do Estado, anteriores à Constituição de 1988, se deu de maneira substancial, mormente no que concerne ao direito à liberdade (direito fundamental da primeira geração dos Direitos Humanos), tornando-se o que se intitula de Estado Democrático de Direito³².

A *priori*, cumpre reforçar que o tema dessa dissertação é transversal, ou seja, é filosófico, jurídico e sociológico e, por si só, enfrenta dificuldades próprias ao esforço e ao desenvolvimento interdisciplinar. O alcance, ou melhor, a abrangência do assunto requer o enfrentamento de desafios que perpassam desde a delimitação do objeto a ser pesquisado até a superação do dualismo entre teoria e prática, ou mesmo de uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse ponto, ambos assumem o mesmo significado no sentido de constituir um conjunto normativo que visa resguardar e garantir os direitos dos cidadãos.

Assim sendo, a pesquisa pretende compreender quais as condicionantes que ainda mantêm uma lacuna, na legislação brasileira, no tocante à indeterminação de prazo da prisão preventiva, considerando, nesse aspecto, que, após tantos acontecimentos – anteriores – de cunho ou origem totalitarista³³, o século XX passou a ser considerado como a era dos direitos humanos. E isto na medida em que o Brasil tornou-se signatário de diversos diplomas internacionais de direitos humanos os quais, por sua vez, repudiam a privação de liberdade longínqua antes do trânsito em julgado, por exemplo.

Não há, pois, como ignorar que a finalidade da prisão cautelar não é, ou melhor, não deveria ser, de antecipação punitiva, ou de desproporcionalidade das penas, ou ainda de supressão de direitos e garantias tão caras à humanidade. Nesse aspecto, a maior e principal condicionante possui guarida no denominado Direito Penal do Inimigo, constituindo, tal ausência periódica, um possível seguimento desse fenômeno que, notadamente, é incompatível (teoricamente ou do ponto de vista do discurso) com o que se entende por direitos humanos, bem como com a CF de 1988.

Explica-se que a incompatibilidade “teórica” ou “discursiva” ora mencionada é uma das lentes do presente trabalho pois este assume uma visão crítica dos direitos humanos, não no sentido histórico ou fundante destes, o que, aliás, não se buscará estudar ou tratar nesta

³² SILVA, José Afonso da; **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

³³ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: tradução Roberto Raposo. — São Paulo : Companhia das Letras, 2012, p 355.

pesquisa, mas, sim, no que diz respeito a sua prática, materialização e alcance. Por isso a relação – material e paradoxal – entre o DPI, prisão e os DH.

Questionar-se-á se o direito penal do inimigo está inserido no que Costas Douzinas³⁴ e Lorena Freitas³⁵ defendem, isto é, que não há direitos em geral e tampouco direitos humanos em geral. Nesse viés, objetiva-se evidenciar que o que há são direitos humanos concretos que podem agir a favor de uns e contra outros a depender da forma como são interpretados ou aplicados³⁶. E esse fato – ou mecanismo de poder – que permite, por exemplo, que o ora instituto (DPI) seja validado, sobretudo em países centrais e periféricos. É aqui que a ausência de prazo legal da prisão preventiva aufere espaço enquanto desdobramento do DPI, bem como enquanto fruto do “triunfo paradoxal” dos Direitos Humanos.

Os direitos humanos, por sua vez, podem ser entendidos, de maneira bastante simplória e para melhor compreensão do enredo desta pesquisa, como os direitos correspondentes à dignidade dos seres humanos. Dessa forma, são direitos que possuímos não porque o Estado assim decidiu ou determinou, por meio de suas leis, ou porque os homens assim o fizeram, através dos acordos, por exemplo. Direitos humanos, por mais pleonástico ou redundante que isso possa parecer, são direitos que possuímos pelo simples fato de que somos humanos.³⁷

Dessa forma, o problema incide, em linhas gerais, no seguinte questionamento: a ausência de prazo da prisão preventiva, nos dias atuais, constitui uma omissão que viola categoricamente a Ordem Constitucional vigente, especialmente no que diz respeito à efetiva proteção dos Direitos Humanos? A problemática, nesse sentir, recai sobre a legitimidade de um direito penal inumano³⁸ que, em contrapartida, enfraquece os direitos humanos na medida em que estabelece e reconhece a distinção entre pessoa e não-pessoa. A este, assim considerado, ceifa-se sua liberdade – e demais direitos oriundas desse valor mor – sem qualquer juízo devidamente acurado.

É a partir daí que busca-se investigar, frente ao objeto a ser pesquisado (a indeterminação de prazo de duração da prisão preventiva), a insuficiência prática dos Direitos Humanos no cenário brasileiro ao ponto de uma política criminal, o Direito Penal do Inimigo,

³⁴ DOUZINAS, op. cit., p 23.

³⁵ Nesse sentido cf. FREITAS, Lorena. **Uma Análise Pragmática dos Direitos Humanos**. In: FREITAS, L; FEITOSA, E. (Orgs. Marxismo, Realismo e Direitos Humanos. João Pessoa: UFPB, 2012, p. 232.

³⁶ Id., p. 232.

³⁷ Cf., nesse sentido, de modo didático o artigo de Edurado Rabenhorst. RABENHORST, Eduardo. **O que são direitos humanos?** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01_rabenhorst_oqs_dh.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2022.

³⁸ ZAFFARONI, E. R. (2015). **Ensayo introductorio: Derecho penal humano o inhumano?**. Revista De La Secretaría Del Tribunal Permanente De Revisión, 27–47. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.27>. Acesso em 27 de dez. 2022.

dissonante de um Estado Democrático de Direito, ganhar cada vez mais adeptos e espaço na legislação de países centrais e periféricos.

Objetiva-se, pois, demonstrar o reconhecimento e a aplicação, na legislação penal brasileira, do DPI, ainda que haja uma veemente incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, bem como com o Direito penal democrático³⁹, sendo a dignidade da pessoa humana o princípio frente aos fundamentos da Carta Constitucional Brasileira de 1988, previsto no artigo 1º, inciso III⁴⁰.

Deve-se observar, doutra banda, que o valor da pessoa humana deve prevalecer sobre qualquer argumento totalitário, impondo-se limites ao direito de punir do Estado. Daí a reflexão quanto ao papel a ser desempenhado – ou melhor, reconhecido – dos direitos humanos num cenário deste: É o de mera garantia formal? É o de ser um ideal a ser alcançado? Reflexo disso é a ausência de um prazo para uma prisão cuja medida seria (ou deveria ser) de cautelaridade?

São dessas questões, enquanto desdobramentos do problema principal posto nessa dissertação, que se pretende tratar. E um desdobramento dessa problemática consiste justamente em reconhecer a aplicação do DPI na legislação penal brasileira, especificamente no que diz respeito à decretação e consequente (falta) de prazo da prisão preventiva.

A par disso, defende-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, um direito penal humano cuja legitimação só ocorre a partir do respeito aos direitos e garantias fundamentais de qualquer e toda pessoa. Assim sendo, a supressão e relativização de garantias fundamentais, a exemplo da liberdade, que despersonalizam o ser humano, mormente aquele que está facilmente propenso a ser assim reconhecido – aqueles que se encontram *à deriva* da sociedade, não é minimamente compatível com o histórico, lutas e conquistas em prol de uma sociedade mais justa e igualitária.

Por isso tratar a inserção de um contexto voltado para o Direito Penal do Inimigo e, por conseguinte, constatar que os direitos humanos não passam de garantias meramente formais que, por sua vez, só são capazes de concretização a depender do seu destinatário final. Urge esclarecer quem são esses destinatários finais frente à realidade brasileira. Nesse ponto, não é difícil recordar um passado de trevas e injustiças, no qual cidadãos eram privados da condição

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20ª Ed. Revista, Ampliada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

⁴⁰ CF/1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

de pessoa tão somente em razão de suas características ou de sua personalidade. Esse ponto será melhor esmiuçado em capítulo específico.

Frente ao já explanado, urge considerar que o objetivo geral consiste justamente em analisar até que ponto a formulação teórica denominada de Direito Penal do Inimigo, cuja natureza é de política criminal, incompatível com um Estado Democrático de Direito, sedimenta, ainda nos dias atuais, a ausência de prazo legal para a duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro. A partir daí, tem-se como objetivos específicos: traçar um estudo objetivo sobre o instituto da prisão preventiva no Brasil, de modo a apresentar a relação existente entre o seu fundamento e o Direito Penal do Inimigo; apontar as vertentes filosóficas do DPI em conjunto com os Direitos Humanos, a fim de identificar quais as (in)compatibilidades existentes; Realizar uma análise comparada do direito penal do inimigo e os direitos humanos sob o prisma da sua materialização e, por fim, identificar o avanço e o retrocesso da prisão preventiva, mediante uma análise histórica e evolutiva, a fim de demonstrar quais pontos ainda ensejam a ausência de prazo para fins de sua decretação.

Observa-se, portanto, que a necessidade de estudo do tema ultrapassa os muros da academia, demonstra uma importância a nível mundial e, em especial, repita-se, constitui uma preocupação nacional cujos desdobramentos – negativos – são diversos (superlotação carcerária, racismo estrutural, crise penitenciária, etc.), sendo relevante o conhecimento minucioso sobre o assunto na tentativa de encontrar soluções a fim de “desobstruir” o sistema e ajudar as pessoas afetadas por tais medidas desproporcionais e, muitas das vezes, desumanas.

1.3. DA METODOLOGIA APLICADA

A metodologia científica utilizada e aplicada ao desenvolvimento da presente pesquisa, de modo a possibilitar a sistematização do problema ora apresentado, será a pesquisa exploratória qualitativa, de procedimento técnico (coleta de dados) de caráter bibliográfico e documental, com o diálogo das fontes de pesquisa no direito, na sociologia e na filosofia, a fim de atender os objetivos propostos.

A eleição, quanto aos objetivos, constitui de pesquisa do tipo explicativa, uma vez que se propõe a identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos apresentados.

A base lógica da investigação desta pesquisa será pautada numa abordagem do método hipotético-dedutivo, principalmente em virtude da pesquisa almejar a identificação de justificativa, a partir proposições hipotéticas, da indeterminação de prazo da prisão preventiva nos dias atuais, considerando os inúmeros avanços na proteção efetiva aos direitos humanos acerca da liberdade e da dignidade humana. As hipóteses de construção estão submetidas ao estudo e análise de uma teoria político criminal cuja raiz é totalitária.

Aborda-se um caráter realista e descritivo, visto que, a partir de fatos – excesso na duração da prisão preventiva, por exemplo - para deles produzirmos nossas conclusões. As análises têm como referenciais teóricos as análises e teses de Costas Douzinas e Gunther Jakobs, com o que a construção das hipóteses, portanto, será feita através de uma cadeia de raciocínio crescente, reiteremos – dos fatos e normas para as derivações teóricas a partir da experiência e para servir a experiência jurídica.

Partindo de uma premissa menor, a análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo e do seu reconhecimento na legislação penal brasileira, especificamente enquanto fundamento de uma omissão (ausência de prazo da prisão preventiva) e confrontando com o real papel dos Direitos Humanos, buscar afirmar uma hipótese de validade geral e que tenha potencial heurístico de esmiuçar e criticar a formulação de um direito penal do/para o inimigo.

No que concerne à classificação com relação ao objetivo geral, ter-se-á uma pesquisa cuja abordagem é descritiva, considerando que a mesma explorará a realidade atual do instituto da prisão preventiva e seus aspectos relacionados ao Direito Penal do Inimigo e aos Direitos Humanos. Todas as questões trazidas incidem no campo do “ser”, e não do “dever ser”.

Sob a forma de abordagem do problema, esta pesquisa será qualitativa. Conforme dito introdutoriamente, o presente estudo assim se classifica porque, além de atribuir importância à descrição e explicação de institutos caros ao Direito, procurará avaliar, sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade e necessidade de se estabelecer um prazo para fins de prisão cautelar – e o porquê, mormente a fim de materializar o que se entende por direitos humanos, ainda que nos pareça se tratar mais de um ideal a ser alcançado do que, verdadeiramente, garantir sua concretização.

A técnica de pesquisa seguida ao longo do presente trabalho será a documental. Proceder-se-á, portanto, a um levantamento bibliográfico e documental a partir de fontes das mais variadas, a exemplo de livros da área, periódicos, revistas, produções acadêmicas e legislações. Além da análise de julgados dos Superiores Tribunais.

Para tanto, utilizar-se-á como referenciais teóricos, não se esgotando nestes, para o embasamento da presente dissertação: Costas Douzinas, Norberto Bobbio, Giorgio Agambem, Gunther Jakobs, Cancio Meliá, Luigi Ferrajoli, Eugenio Raul Zaffaroni, Loic Wacquant, Ingo Sarlet, Cristina Rauter, Augusto Thompson, Ana Messuti, Cezar Roberto Bittencourt, Lenilma Cristina Meirelles, Elizabeth Cancelli, Gizlene Neder, Paula Bajer, Claus Roxin, Marcelo Semer, entre outros.

1.4. ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Diante da metodologia e objetivos traçados, e frente ao já explanado, a dissertação está construída em três capítulos principais – além do presente capítulo introdutório e das notas conclusivas. Vejamos.

- a) Inicialmente, o primeiro capítulo objetivou tratar de aspectos importantes do instituto da prisão, discorrendo acerca, ainda que brevemente, da sua origem e histórico – no Brasil. Ainda nesse Capítulo, com foco no instituto da prisão preventiva, é realizada uma sucinta exposição sobre os tipos de prisões: cautelares e pena, para, só em seguida, tratarmos de modo mais específico e pormenorizado a respeito da prisão preventiva. Momento em que são analisadas suas principais características – incluindo a indeterminação de prazo, seus pressupostos e sua finalidade. Isso, perpassando por questões tais quais o papel do Estado e a lei n. 13.964/2019.
- b) Em seguida, no terceiro capítulo, são trazidas discussões acerca do Direito Penal do Inimigo, tendo como objetivo explicar o surgimento e desenvolvimento do referido fenômeno, necessariamente sob a ótica de Gunther Jakobs, e de que maneira essa política criminal encontra-se inserida na legislação penal brasileira; Analisar-se-á os fundamentos de legitimidade, as fases e os conceitos mais cruciais para o entendimento da referida teoria, tal qual o conceito de “inimigo” e “pessoa”.
- c) No último e quarto capítulo, buscou-se trazer a relação entre a ausência de prazo legal da prisão preventiva no Brasil, o direito penal do inimigo e os direitos humanos. Nesse capítulo, passou-se a analisar as incompatibilidades com o estado democrático de direito, a violação de direitos fundamentais e a privação de liberdade injustificada, a partir de quem é o inimigo: sujeito (ou não) de

direitos? o estereótipo criminal. Buscou-se expor a inconstitucionalidade da ausência de prazo legal da prisão preventiva enquanto desdobramento do direito penal do inimigo e frente o cenário constitucional.

- d) Por fim, à guisa de conclusão, são tecidas algumas críticas quanto ao instituto do Direito penal do inimigo e à falta de prazo para fins de decretação da prisão preventiva, evidenciando a necessidade de mudança nos três poderes.

2. O INSTITUTO DA PRISÃO (NO BRASIL)

Oh senhor cidadão, / Eu quero saber, eu quero saber / Com quantos quilos de medo, / Com quantos quilos de medo / Se faz uma tradição? / Oh senhor cidadão, / Eu quero saber, eu quero saber / Com quantas mortes no peito, / Com quantas mortes no peito / Se faz a seriedade? (...) Oh senhor cidadão, / Eu quero saber, eu quero saber / Se a tesoura do cabelo / Se a tesoura do cabelo / Também corta a crueldade.⁴¹

Tom Zé

O presente capítulo inaugural tem por objetivo realizar, em um primeiro momento, algumas explanações acerca do instituto da prisão no Brasil, a título meramente introdutório e metodológico, para, em seguida, tratar de modo mais específico sobre a prisão preventiva e a indeterminação de prazo da sua duração. Posteriormente, tratar-se-á de questões oriundas do ora objeto de pesquisa.

O tema referente à prisão sempre enseja duros e necessários debates, seja pelo seu caráter punitivo complexo, seja pelo seu contexto frente à história das ideias penais, seja pelas inúmeras consequências oriundas de sua aplicação, tais quais superlotação nos presídios e condições indignas para os encarcerados. Não à toa, a maioria das críticas e questionamentos voltados à prisão diz respeito à impossibilidade – quase absoluta – de alcançar algum efeito positivo ou ressocializador sobre o preso/apenado⁴².

Discorrer sobre a prisão é, pois, de alguma maneira, falar sobre violência. Essa, por sua vez, assume um duplo papel: ora por que é causadora e responsável por alimentar o sistema penitenciário brasileiro⁴³, ora por que constitui uma das principais consequências da aplicação da prisão.

Há muito o Brasil vive um cenário de pânico social, marcado pelo fenômeno da violência, cujos desdobramentos são marcados por discursos de punição e severidade⁴⁴, de apelo ao Estado para a instalação da ordem, sobretudo através de medidas mais repressivas, tal qual àquela que priva o indivíduo de sua liberdade: isolando-o, neutralizando-o, segregando-o.

⁴¹ TOM ZÉ. **Senhor Cidadão** (1972). Álbum “Se o Caso é Chorar”. Brasil, 1972. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zLTMM3r8wYI>. Acesso em 05 jan. 2023.

⁴² BITENCOURT, op. cit., p. 611.

⁴³ MAIA, Clarissa Nunes. NETO, Flávia de Sá. COSTA, Marcos. BRETAS, Marcos Luiz. **História das prisões no Brasil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p 8.

⁴⁴ KARAM, Maria Lucia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Luam Ed., 1991, p. 68.

O que antes exigia uma conduta humana⁴⁵ respaldada mediante a *vingança privada*⁴⁶, hoje, possui a chancela do Estado⁴⁷, o qual, aliás, o monopólio dos meios de coerção surgiu com o direito canônico e com o Estado absoluto⁴⁸. Tudo isso para supostamente atender os anseios da sociedade e estabelecer a ordem social.

Nesse ponto, esclareça-se que as prisões – provisórias ou definitivas – são penas⁴⁹. No que diz respeito às prisões provisórias, são penas porque impõe-se ao investigado ou acusado privações austeras antes mesmo de qualquer juízo – de culpa – definitivo. As definitivas, por sua vez, desde o seu cerne, como se sabe, possui a finalidade (*necessária*) de pena, cuja natureza é de sanção a ser plicada a um indivíduo considerado culpado pelo prática de uma infração penal. É, pois, a pena, segundo Muñoz Conde⁵⁰, indispensável para a convivência na sociedade de nossos dias. No mesmo sentido, para Cezar Bittencourt⁵¹, a pena de prisão constitui uma exigência amarga, mas imprescindível.

Considerada como um mal necessário⁵², a prisão possui, em sua essência, questões controversas difíceis de serem respondidas. Isso porque, especialmente a partir da onda Iluminista e da propagação das ideias de reformadores como Beccaria⁵³ e Bentham⁵⁴, a crise no que diz respeito à sanção penal (pena) passou a ganhar espaço⁵⁵. Embora a pena, nesse período, tivesse a finalidade de intimidar ou de corrigir o criminoso, tais intentos são se concretizavam. Ao revés, gerava reincidência e aumento da delinquência. Por isso, a pena de prisão falhava em todas as suas finalidades explicitadas⁵⁶.

⁴⁵ CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 76.

⁴⁶ María José Falcon e Fernando Falcon explicam que “‘Durante milênios o castigo dos atos criminais se levava a cabo mediante a vingança privada. A intervenção da coletividade se dava somente para aplacar a cólera de um deus que se supunha ofendido. Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução o talião supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente.” Nesse sentido cf. FALCÓN Y TELLÁ, María José; FALCON Y TELLÁ, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?**, p. 97

⁴⁷ Explica Rogério Greco que “em um último estágio, o Estado chamou para si a responsabilidade de não somente resolver esses conflitos, como também a de aplicar a pena correspondente ao mal praticado pelo agente. Era, portanto, o exercício da chamada jurisdição, ou seja, a possibilidade que tinha o Estado de dizer o direito aplicável ao caso concreto, bem como a de executar, ele próprio, as suas decisões.” Cf. GRECO, ROGÉRIO, **Sistema prisional - colapso atual e soluções alternativas**, 2. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 51.

⁴⁸ BAJER, op. cit., p. 21.

⁴⁹ Cf. explicação de QUEIROZ, Paulo. **Direito Processual Penal** – Introdução. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p 239.

⁵⁰ CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, Boch, 1975, p. 33.

⁵¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**, p. 39.

⁵² *Ib.*, p. 39.

⁵³ Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIPRO, 1. Ed., 2013.

⁵⁴ Cf. BENTHAM, Jeremias. **Teorías de las penas y las recompensas**. Paris, 1826.

⁵⁵ BITTENCOURT, op. cit. p. 610.

⁵⁶ Cf. POLA, Giuseppe Cesare. **Commento ala Legge sulla Condanna Condizionale**. Torino, Fratelli Boca, 1905, p. 58.

Todavia, o recolhimento ao cárcere e, conseqüentemente, o “tempo enquanto pena”⁵⁷ nem sempre esteve no seio da discussão acerca das finalidades da penas. Foucault⁵⁸ explica, por exemplo, que a punição, em Paris de 1757 (século XVIII), tinha como principal meio a adoção de castigos físicos, que envolviam desde o dilaceramento de corpos, por vários métodos, até à queima de partes do corpo daquele considerado culpado/criminoso/delinquente, resultando, notadamente, na sua morte.

No Brasil do século XVIII, por exemplo, vigia o Direito Português, especificamente as Ordenações Filipinas, cujas penas consistiam, entre outras, na amputação de membros, marcação de ferro em brasa e pena de morte. A pena de prisão, adotada como medida de coerção, tinha como objetivo apenas o de impedir que o indivíduo acusado fugisse antes do seu julgamento (e condenação), sendo esse o seu caráter “preventivo”, além do fator segregação⁵⁹.

Esclareça-se que não se busca, aqui, aprofundar ou adentrar no assunto referente às teorias da finalidade da pena (teoria absoluta – e o seu caráter retributivo; teoria relativa – e o seu caráter preventivo, que subdivide em geral e especial, ambas se subdividem em positiva e negativa; e a teoria mista – cujo caráter é de uma dupla finalidade⁶⁰). Tampouco buscar-se-á tratar sobre a longínqua história da legislação penal e dos métodos punitivos cuja expressão de poder regulamentou e implementou o sistema de repressão à delinquência: “do suplício dos corpos até as atuais instituições correicionais”⁶¹.

Nesse sentir, apesar de, por muito tempo, terem perdurados as penas corporais e infamantes, regadas por crueldade e sofrimento em demasia, durante o Brasil-Colônia, estando, em alguma medida, associadas ao surgimento do cárcere; modernamente, é o tempo de (na) prisão a medida de pena mais severa – e mesmo desumana. Nesse ponto, sobretudo quando uma das principais conseqüências é o controle social de determinados grupos cujos integrantes são considerados “incorrigíveis”, “inimigos” ou, a depender da narrativa, “dispensáveis”, cuja segregação “se justificaria”.

⁵⁷ Cf. MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

⁵⁸ Cf. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Trad. Raquel Ramalhete. 20ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. P. 11-12. Disponível em: https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf. Acesso em 30 de novembro de 2022.

⁵⁹ Cf. WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁶⁰ Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**. Madrid: Civitas, 1997. tomo I, p. 91.

⁶¹ Nesse sentido, cf. GAULIA, Cristina Tereza. **Apresentação da obra Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões**. <https://core.ac.uk/download/pdf/19082807.pdf>. Acesso em 21 de dezembro de 2022.

2.1 CONCEITO E HISTÓRICO

A palavra prisão tem origem do latim *prensione*, que vem de *prehensionem*, e significa prender⁶². Indica, na legislação atual⁶³, a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples), a captura em decorrência de expedição de mandado judicial, prisão em flagrante, custódia (que consiste no recolhimento de indivíduo ao cárcere) e, ainda, o estabelecimento em que o preso fica segregado⁶⁴.

Em termos processuais penais, pode ser compreendida como:

A privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei^{65, 66}

Para Nestor Távora, a prisão consiste no cerceamento da liberdade de locomoção, isto é, no encarceramento, que pode advir de uma decisão condenatória transitada em julgado, denominada de prisão pena, ou ainda, advir no curso da persecução penal, dando ensejo à prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou/e processual⁶⁷.

Embora exclua-se, da presente pesquisa, como dito anteriormente, o estudo sobre as penas e suas finalidades, oportuna trazer à baila algumas informações de ordem descritiva normativa acerca das suas espécies, especialmente para fins de enquadramento da prisão no contexto da legislação atual, bem como para uma melhor compreensão do que será tratado em linhas futuras.

Na legislação penal brasileira, a punição, para quem comete alguma infração penal, está tipificada em três espécies, quais sejam, penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e multas. A pena privativa de liberdade⁶⁸, na qual a prisão está inserida, é àquela que consiste na constrição do direito de ir e vir, recolhendo o condenado em estabelecimento

⁶² Significado extraído de: <https://diariodeumlinguista.com/2022/10/03/o-vocabulario-da-prisao/>

⁶³ Exemplos: CF/88, art. 5º: LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; Código de Processo Penal, art. 288. Ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora.

⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único**. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2020, p. 963.

⁶⁵ CF/88, ART. 5º: (...) 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;

⁶⁶ LIMA, op. cit., p 963.

⁶⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. – Salvador: Editora Podivm, 2009, p 237.

⁶⁸ Art. 33, do Código Penal brasileiro.

prisional com a “finalidade” de, futuramente, reinseri-lo na sociedade, bem como visa prevenir a reincidência. Os tipos de pena privativa de liberdade são a reclusão – para crimes graves, a detenção – para crimes menos graves, e a prisão simples – para as contravenções penais). Há também os regimes de cumprimento, definidos como fechado (presídio de segurança máxima), semiaberto (colônia agrícola, industrial ou equivalente) e aberto (casa de albergado ou similar).

A pena restritiva de direito⁶⁹, também denominada de pena “alternativa”, como o próprio nome sugere, consiste numa alternativa à prisão, ao substituir o encarceramento, os condenados passarão a sofrer limitações em alguns direitos como forma de cumprir a pena. Para tanto, o Código Penal dispõe sobre a necessidade de preenchimento de alguns requisitos para fins de aplicação das penas alternativas, que são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade, e interdição de direitos⁷⁰. A pena de multa, por sua vez, cuja natureza é patrimonial, está prevista no artigo 49 do Código Penal e “consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa”.

Seguindo o entendimento de Paulo Queiroz, ainda que não estejam enquadradas nas espécies de penas, as prisões provisórias também são uma forma de pena, haja vista a imposição ao investigado e acusado da grave privação de sua liberdade⁷¹. Ademais, embora exista alguma contradição na jurisprudência pátria, a tendência que tem se observado, especialmente pelos estudiosos da área, é a de admitir a prisão depois de improvida a apelação da defesa, ainda que pendente de julgamento algum recurso (extraordinário ou especial). Daí mais uma justificativa para o entendimento de ser a prisão provisória um tipo de pena⁷².

Fala-se de prisões provisórias, processuais, cautelares ou precautelares quando, fundamentada por motivos excepcionais de caráter preventivo, são admitidas e decretadas no curso (ou antes) da investigação ou do processo, antes da condenação definitiva. No sistema brasileiro atual são quatro: prisão em flagrante, temporária, preventiva e prisão decorrente da execução antecipada da pena⁷³.

Considerando que as prisões cautelares são decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal, inobstante a presunção de inocência⁷⁴, muito se discute na doutrina – e fora dela – acerca da compatibilidade de tais medidas com o devido processo legal e com o sistema de

⁶⁹ Artigo 43 e ss, Código Penal brasileiro.

⁷⁰ Artigo 43 do Código Penal.

⁷¹ QUEIROZ, op. cit., p 239.

⁷² Id., 241.

⁷³ Id., p. 241.

⁷⁴ CF/1988, ART 5, (...) LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

garantias. Sobre o tema, Ferrajoli afirma ser a prisão – provisória ou definitiva – uma contradição institucional e que, portanto, sua reforma é urgente:

Com a prisão, o condenado é muito frequentemente jogado num inferno, vale dizer, numa sociedade selvagem, abandonada ao jogo livre de relações de força e poder entre os presos. Com a prisão, o condenado é muito frequentemente jogado num inferno, vale dizer, numa sociedade selvagem, abandonada ao jogo livre das relações de força e de poder entre os presos e ao desenvolvimento de uma criminalidade prisional incontrolada, que é imposta sobre os presos mais fracos e indefesos. Dentro dos muros da prisão, todo arbítrio, toda violência, toda violação de direitos e toda lesão da dignidade humana das pessoas são possíveis. De fato, na maioria das prisões, os presos estão literalmente em condições de sujeição – aos carcereiros e ao grupo de poder que se forma entre os reclusos – e toda a vida é disciplinada por regras e práticas em parte escritas e em grande parte não escritas, que fazem de qualquer prisão uma prisão completamente diversa de outra, de toda pena uma pena diversa de outra, de cada preso um preso diversamente discriminado ou privilegiado relativamente aos demais: pela diferença em matéria de espaços comuns, de habitabilidade das celas, de duchas, de horários e de pátio, de ar, de condições higiênicas e sanitárias. Em suma, a prisão é sob diversos aspectos uma contradição institucional.

(...).

É uma instituição criada pela lei, mas na qual se desenvolve o próprio governo das pessoas. É um lugar confiado ao controle do Estado, mas em cujo interior não vigoram controles legais, mas sobretudo a lei do mais forte: a lei da força pública dos agentes penitenciários e a força privada dos presos prepotentes e organizados. É uma instituição pública dirigida à custódia dos cidadãos, mas que não consegue garantir os direitos fundamentais mais elementares, a começar pelo direito à vida. Cria uma vida completamente artificial produzida pelo direito, mas que de fato reproduz no seu interior o estado de natureza, sem regras e sem direito, onde sobrevive o *homo homini lupus* e onde a máxima segurança externa é acompanhada da máxima insegurança interna.⁷⁵

Nas palavras de Paulo Queiroz, “a pena de prisão é a mais violenta forma de intervenção sobre a liberdade do indivíduo, razão pela qual a sua imposição somente deveria ocorrer em casos extremos, isto é, quando não fossem suficientes outras medidas menos lesivas e mais adequadas”. Nesse ponto, não obstante a reforma no Código de Processo Penal no ano de 2011, especialmente a partir do advento da Lei nº 12.403/2011, que incorporou mais de dez medidas cautelares diversas da prisão⁷⁶, tornando esse instituto, ainda mais, uma exceção, sendo

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicion y ejecucion penal la Carcel: una contradicción institucional**. In Revista Crítica Penal y Poder 2016, nº 11 Septiembre (pp.1-10) Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.

⁷⁶ Código de Processo Penal brasileiro: Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

admitido apenas em casos de absoluta necessidade, a prisão assumiu – e continua assumindo – um papel de protagonista no sistema penal brasileiro.

Todavia, nem sempre foi assim. Pouco antes, até o século XV, por exemplo, o encarceramento não era uma forma de pena e sim um meio de custódia de acusados. Acerca da definição de prisão enquanto pena, essa só começou a ser usada durante a Idade Média, nos mosteiros⁷⁷. O objetivo era punir os membros do clérigo (monges, por ex.) que não cumpriam corretamente as suas funções. Para tanto, a Igreja forçava os acusados ao recolhimento em celas para que pudessem meditar e arrepender-se, aproximando-se mais de Deus. A primeira prisão inspirada nessa proposta – de recolher acusados – foi erguida em Londres entre os anos de 1550 e 1552, a *House of Correction*⁷⁸. Mas, segundo Mirabete, a sua expansão só ocorreu de modo mais notável no século XVIII.

Durante séculos, na Idade Antiga, a prisão ou o cárcere também não tinha como caráter o de pena, mas o de garantir o acusado sob domínio ou controle físico, para o exercício da punição – muitas das vezes públicas. Ou seja, funcionava com o objetivo de custódia e tortura. Tal medida serviu como mecanismo de controle – ou de regulamento – para as civilizações mais antigas, a exemplo do Egito, Pérsia, Babilônia, Grécia, etc. Geralmente, os locais utilizados para o dito encarceramento, sobretudo para fins de suplícios, eram calabouços, ruínas e torres de castelos. Notadamente, eram lugares nocivos, sem as mínimas condições de (sobre)vivência: sem iluminação, sem higiene, insalubres. Por vezes, os presos adoeciam e eram levados à morte antes mesmo do julgamento e condenação. Não muito distante da atual realidade brasileira. Veja-se, estamos falando de um momento histórico totalmente distante do atual, hoje considerada a 4ª Revolução Industrial, e, ainda assim, no que diz respeito ao sistema prisional, poucos aspectos (ou quase nenhum) mudaram. As prisões⁷⁹, portanto, quando de seu

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

⁷⁷ MIRABETE, op. cit., p. 95.

⁷⁸ Id., p. 96.

⁷⁹ Afirma-se que a primeira instituição de natureza, durante a antiguidade, foi o Hospício de San Michel, em Roma, nomeada como “Casa de Correção” e tinha como objetivo encarcerar os “meninos incorrigíveis”.

surgimento, eram caracterizadas como um mero acessório do processo punitivo que tinha como fundamento o tormento físico.

Durante a Idade Média, caracterizada pela economia feudal e pelo ápice da Igreja Católica, os cárceres também eram locais de custódia, sendo utilizado apenas para manter o acusado que seria submetido a castigo físico e à pena de morte. O que garantiria que as referidas punições fossem cumpridas. No período medieval, as punições consistiam em amputações, dilaceramentos, forcas, suplícios na fogueiras, guilhotina, e tantas outras formas cruéis e de extrema dor.

No que diz respeito ao Brasil, o início do sistema penitenciário no Brasil se deu a partir da Carta Régia de 8 de julho de 1796 que determinou a construção da Casa de Correção da Corte. Contudo, foi só no ano de 1834, após a Proclamação da Independência (1822), que começaram as construções da Casa de Correção na capital do país, na época, o Rio de Janeiro. Antes desse período, embora influenciado pelo direito português⁸⁰ (o que vige até os dias atuais), as normas que vigoravam no Brasil Colonial eram determinadas, notadamente, pela metrópole portuguesa.

Nesse contexto, sobre o cenário brasileiro, alguns esclarecimentos históricos merecem o registro.

O Tribunal da Inquisição do Santo Ofício instalou-se em Portugal, em 1536, estando vinculado ao rei. Os juízos secular e eclesiástico também existiam. Eram estas as três esferas de aplicação da justiça e que, apesar de independentes, possuíam regras jurídicas semelhantes. Uma mesma infração, a bigamia por exemplo, poderia estar submetida às três esferas⁸¹. Embora o respectivo Tribunal não tenha se instalado em terras brasileiras, a Inquisição permeou o Brasil, através dos enviados de Portugal e pela remessa de processados brasileiros à Lisboa.

Quando o Brasil, que já era colônia (1500) de Portugal, surgiu, obteve um sistema jurídico já estabelecido⁸². Nesta época vigiam as Ordenações Manuelinas, que substituíram, em 1521, as Ordenações Afonsinas – que não foram efetivamente aplicadas no Brasil e continham disposições do Direito Medieval⁸³. Àquelas que foram realmente aplicadas em *terrae brasilis*, a partir de 1603, foram as Ordenações Filipinas.

Cabe elucidar que as Ordenações do Reino constituíam compilações das leis de Portugal e fundamentaram a estrutura judiciária do Antigo Regime. Elas não sedimentaram regras

⁸⁰ NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

⁸¹ BAJER, op. cit., p. 14.

⁸² BAJER, op. cit., p. 11.

⁸³ BAJER, op. cit., p. 16.

diferentes daquelas fixadas pelo direito canônico, pelo contrário, reproduziam-nas, de maneira preponderante, por um longo período⁸⁴. Assim, coexistiam as normas canônicas e as do poder secular. Este, por exemplo, executava a pena de morte para o juízo eclesiástico, após a condenação, haja vista que o sangue desagradava a Igreja, nos termos do Título I do Livro V das Ordenações Afonsinas⁸⁵.

O Código Afonsino, o primeiro de todos, por sua vez, era avançado para a época em que vigorava e teve como método acolhido e utilizado o compilado de normas jurídicas do Papa Gregório IX (1227-41), fato este que apenas corrobora a “intervenção” das normas canônicas na legislação, sobretudo penal. O Livro V tratava dos delitos e das penas, cujas disposições visavam combater a vingança criminal. Nas três Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), o Livro V é o dedicado à matéria criminal⁸⁶.

Ao analisar a obra de Ana Miranda (1989)⁸⁷, “Boca do Inferno”, por exemplo, é possível imaginar como funcionava o aparato judiciário na época do Brasil colonial do século XVII, constituído por um direito que, segundo a referida autora, variava entre regras de viver e a definição de pecado. O ora romance narra as implicações políticas ao tratar da história do assassinato do alcaide-mor Francisco Teles de Menezes, na Bahia colonial, e tem como personagens envolvidos o poeta Gregório de Matos e o Padre Vieira. Há, inclusive, um capítulo intitulado de “A devassa”, que é o nome dado pelas Ordenações do Reino às investigações que eram realizadas pela autoridade para a descoberta de crimes.

Para tanto, veja-se o seguinte trecho extraído do referenciado capítulo:

O código que regia as tramitações do direito na colônia, o mesmo de Portugal, era uma recompilação das Leis extravagantes de direito canônico e das Ordenações afonsinas e Manuelinas. Esse sumário resultou nas Ordenações Filipinas, assim chamadas por terem sido publicadas no tempo de Filipe I de Portugal — e III da Espanha. Os juristas brasileiros, ouvidores e procuradores, os corregedores, bacharéis, desembargadores, juizes, viviam numa conjuntura sombria e atrasada. Predominava uma mistura incoerente de princípios romanísticos, bárbaros e canônicos. O direito variava entre regras de viver e a definição do pecado⁸⁸. (MIRANDA, 1989, p.179).

Outro exemplo capaz de suscitar a compreensão do processo criminal incorporado ao Brasil, e conseqüentemente o instituto da prisão, ainda quando àquele era colônia e, portanto, submetido ao direito português, não deixando de considerar as múltiplas temporalidades que

⁸⁴ BAJER, op. cit., p. 11.

⁸⁵ Texto disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>.

⁸⁶ BAJER, op. cit., p. 12.

⁸⁷ MIRANDA, Ana. **Boca do Inferno**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

⁸⁸ Id., p. 179.

percorrem a história das inquisições, seja ela na Espanha, na Itália ou mesmo em Portugal⁸⁹, é o de Tiradentes, à época, 1792, acusado de lesa-majestade e condenado à forca. Em Vila Rica e Rio de Janeiro foram instauradas as devassas, tendo Lisboa enviado para o Brasil um Tribunal para o julgamento⁹⁰. Entre 12 condenados, apenas Tiradentes teve a sentença executada: foi enforcado e esquartejado. Note-se que há muito existe a distinção daqueles considerados “amigos” e “inimigo” do sistema/Estado.

Nesta mesma época, as Ordenações que estabeleciam as regras penais e processuais penais no Brasil eram as Filipinas, cujas penas eram mais cruéis e as normas repressivas atroz. Isto, sobretudo, porque havia várias formas da pena de morte ser aplicada, como já dito em outros, o fogo, o enforcamento e a tortura.

Os tormentos eram utilizados quando havia algum “indício” ou prova contra o indivíduo que insistia em negar a culpa. A finalidade era provocar a confissão que, por si só, bastaria para condenar – se reiterada em juízo, sendo assim considerado o local diverso daquele em que as torturas eram praticadas, e desde que a dor tivesse sanado⁹¹. Após a adoção de tais medidas, considerava-se a confissão como verdadeira, ou melhor, como verdade absoluta, situação similar à época da inquisição medieval.

Só após a vinda da Família Real para o Brasil, no ano de 1808, é que as normas passaram a ser editadas no país. Contudo, foi apenas em 1830, num contexto de Brasil Império, após a Assembleia Constituinte de 1823, revogadas as Ordenações Filipinas, em parte, e com a Constituição brasileira de 1824, é que surgiu o primeiro Código Penal brasileiro, denominado de Código Criminal do Império do Brasil:

(...) Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, primeiro código autônomo da América Latina. Destacava Aníbal Bruno que o novo texto fundou-se nas ideias de Betham, Baccaria e Mello Freire, no Código Penal Francês de 1810, no Código de Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819 e no Projeto de Livingston de 1825. Todavia, não se filiou a qualquer deles, tendo sabido mostrar-se original em mais um ponto (BITENCOURT, 2006, p. 90).

Quanto ao primeiro Código de processo penal brasileiro, este surgiu somente no ano de 1932, e era denominado de Código de Processo Criminal de Primeira Instância, considerado liberal e possuindo diversas garantias de defesa aos acusados. Outrossim, a legislação processual penal foi unificada com a Carta de 1934, e, a partir do surgimento da Carta Constitucional de 1937, providenciou-se a promulgação do atual Código de Processo Penal,

⁸⁹ BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

⁹⁰ BAJER, op. cit., p. 13.

⁹¹ BAJER, op. cit., p. 13.

que surgiu no ano de 1941. Ante a importância desse tema, foi dedicado um tópico específico mais adiante.

Ainda acerca do surgimento das prisões, no Brasil, cumpre pontuar que só ocorreu, com celas individuais e com a estrutura apropriada para a finalidade de pena, a partir do século XIX. Isso por que, conforme mencionado, o Brasil era uma colônia portuguesa e não possuía um Código Penal próprio, razão pela qual se submeteu às denominadas Ordenações do Reino.

No ano de 1828, com a insalubridade das penitenciárias brasileiras, a Lei Imperial determinou que uma comissão visitasse as prisões militares, civis e eclesiásticas com a finalidade de realizar um estudo para relatar ao estado e articular as melhorias que deveriam ser feitas. O primeiro relatório foi feito em São Paulo em 1829 e já tratava de problemas vivenciados hoje, como a superlotação de celas⁹².

Com o primeiro Código Criminal (1830) instituído, a prisão como forma de pena foi implementada de duas maneiras, a prisão simples e a prisão com trabalho. Agora, com influência das ideias reformistas, partindo-se da ideia de constituir uma punição moderna, adotou-se a condenação de pena de prisão com trabalho, que tinha o objetivo de reprimir e reabilitar os presos. Foi apenas depois da metade do século XIX, com a construção da Casa de Correção da Corte, localizada no Rio de Janeiro, capital do Império, que este modelo de punição, dito em outrora, foi colocado em prática.

Sobre o tema, Foucault⁹³ explica que:

[...] as práticas punitivas se tornam pudicas. Não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente [...] a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, [...] a deportação [...] são penas físicas [...] Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era na época dos suplícios.

(...)

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata [...] É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir. [...] O essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, “curar”; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores.

Acerca da implementação de novas espécies de pena de prisão, isso só foi possível com a criação do Código Penal de 1890⁹⁴. As penas de prisão foram limitadas em restritivas de liberdade individual de no máximo 30 anos, prisão disciplinar, prisão celular, prisão com

⁹² MIRABETE, op cit. p. 75.

⁹³ FOUCAULT, op. cit., p. 13.

⁹⁴ MIRABETE, op. cit. 71.

trabalho obrigatório e reclusão. Momento em que foram abolidas as penas de morte, as penas perpétuas ou coletivas. Conforme já visto, atualmente, de acordo com o artigo 32 do Código Penal, o Brasil tem 3 tipos de pena: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa.

Autores como Cezar Roberto Bitencourt, Foucault e Carvalho filho, sustentam que o surgimento da pena privativa de liberdade se dá de modo mais acentuado com o surgimento do capitalismo, especialmente em face do surgimento de maior valorização dos bens e da propriedade. Com tais mudanças, e com o passar dos séculos, percebeu-se que as penas voltadas para o castigo físico eram injustas e inaceitáveis. Surge, a partir daí, a falsa percepção de humanização. Momento em que, nas palavras de Michel Foucault, a pena deixa de atingir o corpo – através da dor física, e passa a atingir a alma. Nesse aspecto:

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos —daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou —é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma⁹⁵.

O surgimento da prisão durante a Idade Moderna, pois, coincide com marcantes mudanças sociais. Nesse sentir, as prisões modernas surgem como alternativa para coibir a vadiagem (até hoje prevista na lei de contravenções penais⁹⁶), bem como para “educar” o trabalhador no mundo industrial. Mas, foi a partir do discurso humanista, preponderante após absolutismo e que, aparentemente, combatia as atrocidades decorrentes desse período, sendo o principal personagem responsável pela unificação da sanção penal, “reduzindo-a” à pena de prisão, que até hoje é o sustentáculo do sistema punitivo.

2.1.1 Modalidades da Prisão

O estudo acerca da origem da prisão perpassa por vários momentos históricos, e possui um viés múltiplo, abordando questões sociais, econômicas e políticas. Requer um maior desdobramento, especialmente aliado ao estudo das evoluções históricas do direito penal e do direito processual penal. Além disso, as obras que tratam da prisão, no Brasil, e do seu histórico,

⁹⁵ FOUCAULT, op. cit., p. 20.

⁹⁶ DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAS: Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

são escassas. Em face disso, e diante da necessidade de focar no objeto da presente pesquisa, foi realizada síntese anterior.

Nesse mesmo sentido, o presente tópico tem como objetivo explicar, ainda que sem maiores aprofundamentos, acerca das modalidades de prisão vigentes no ordenamento jurídico pátrio. Essa necessidade se dá em razão de ser, a prisão preventiva, uma subespécie desse gênero.

Há, fundamentalmente, três espécies de prisão, hoje, no Brasil: a) a prisão extrapenal, que tem como subespécies a prisão civil e a prisão militar; b) a prisão penal, que é aquela decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado; e, c) prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena, que tem como subespécies a prisão em flagrante, cuja natureza jurídica é, ainda, controversa⁹⁷, a prisão preventiva e a prisão temporária.

Com a reforma ocorrida no ano 2008, oriunda do advento das leis nº 11.689/08 e 11.719/08, as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível foram expressamente extintas, antes previstas como modalidades da prisão cautelar. No ano de 2011, quando a Lei nº 12.403 entrou em vigor, reiterou esse entendimento na redação ao artigo 283, caput, do Código de Processo Penal. Todavia, com o “Pacote Anticrime”, isto é, a Lei nº 13.964/2019, o referido dispositivo foi novamente alterado, passando a dispor: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado⁹⁸.”

A prisão penal, também denominada prisão-pena ou *carcer ad poenam*, consiste na espécie resultante de sentença condenatória com o trânsito em julgado, impondo-se a aplicação da pena privativa de liberdade. Logo, só pode ser imposta – e cumprida – após um “devido processo penal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão.” Expressa, dessa forma, a satisfação da pretensão punitiva ou mesmo a realização do Direito Penal objetivo⁹⁹, tendo como principal característica o caráter definitivo. Sobre:

Apesar da clareza dessa distinção teórica, na prática, as diferenças entre a prisão como pena e a prisão como medida de cautela processual não são visíveis, tanto assim que o próprio legislador prevê a detração do tempo de prisão provisória (art. 42 do

⁹⁷ LIMA, op. cit., p. 961.

⁹⁸ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

⁹⁹ Id. p. 963.

CP) e determina, além disso, a aplicação das normas de execução ao preso provisório (art. 2º, parágrafo único, da LEP).¹⁰⁰

A prisão cautelar (*carcer ad custodiam*), por sua vez, é decretada antes do trânsito em julgado da sentença, tendo a possibilidade de ser decretada antes do processo ou mesmo antes da conclusão do inquérito, e visa assegurar a eficácia das investigações ou do processo. Acerca das prisões cautelares ou provisórias, ensina Lenilma Meirelles, ao tecer explanações sobre a prisão em flagrante – que, como dito, tem natureza jurídica controversa na doutrina brasileira (não sendo necessária maiores discussões sobre o tema):

As prisões provisórias, também designadas de prisões processuais ou cautelares apresentam-se como gênero, das quais, consoante o direito brasileiro, são espécies: a prisão temporária e a prisão preventiva. Dentre estas, não se inclui a prisão em flagrante delito, embora tradicionalmente seja mencionada nos manuais de processo penal brasileiro como espécie de prisão cautelar. A razão da exclusão se deve, primeiramente, ao fato de que a sua existência se justifica apenas por curto período de duração, mais precisamente, por 24 horas, tempo necessário para análise formal por parte da autoridade judiciária e verificação da necessidade ou não de decretação da prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa da prisão. Em segundo lugar, não ostenta natureza de medida cautelar, por ausência, *ab initio*, de participação da autoridade judiciária em sua formação, visto que tanto pode ser efetuada pelo delegado de polícia, como também por qualquer particular, nos termos do art. 301 do CPP, conquanto se submeta, *a posteriori*, ao controle jurisdicional.

Nestes termos, a prisão em flagrante constitui-se em medida pré-cautelar⁴, de natureza pessoal, cuja principal característica é possibilitar à autoridade judiciária instrumentalizar medida cautelar, seja de caráter real ou pessoal, não podendo em nenhuma hipótese se sustentar de *per se*, para além das 24 horas, em face de sua absoluta precariedade. Com efeito, a prisão em flagrante, como a própria denominação deixa entrever, atende a finalidades específicas: evitar a consumação do delito ou seu exaurimento, além de permitir o imediato encarceramento durante ou logo após a prática do crime. Constitui também escopo de tal medida a colheita de provas dotadas de grande verossimilhança, pois adquiridas no momento e no calor da infração. Importa destacar mais uma vez que, lavrado formalmente o auto de prisão, se o juiz verificar a necessidade de manutenção do encarceramento e a existência dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, deve converter o flagrante em prisão preventiva, visto que a essa altura, o flagrante já terá cumprido sua missão, não o fazendo, deve relaxá-lo, se ilegal, ou conceder ao acusado a liberdade, com a consequente revogação da prisão. Por isto, ausente o decreto de prisão preventiva ou temporária é inviável a manutenção de prisão em flagrante durante o trâmite processual, servindo o flagrante como iter ou caminho, na medida em que funciona apenas como prelúdio de eventuais medidas coativas pessoais ou reais.¹⁰¹

A prisão temporária, por sua vez, enquanto subespécie da prisão provisória, encontra-se regulamentada pela lei n. 7.960/89, e consiste em forma de privação de liberdade em caráter

¹⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas cautelares e princípios constitucionais**. In: FERNANDES, Og. (org.). *Medidas cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

¹⁰¹ MEIRELES, Lenilma C. S. de Figueiredo. **A Indeterminação Do Tempo Na Prisão Preventiva: Análise Constitucional À Luz Da Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2020. Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa. Lisboa: 2020, pp. 19-20.

extraordinário para fins de efeito de investigação criminal. Assim sendo, sua utilização só pode ocorrer na fase pré-processual – ou seja, só pode ser decretada durante a investigação, e não pode ser determinada de ofício. Logo, oferecida a denúncia, a autoridade competente terá o direito de pleiteá-la precluso. Surgiu em um contexto de práticas/abordagens policiais irregulares, cuja fundamentação era “a prisão para averiguações¹⁰²”. Hoje, para tanto, obedece um rol taxativo constante na referida legislação¹⁰³.

Diferente da prisão preventiva, que será tratada no tópico a seguir, a prisão temporária possui prazo máximo de 5 (cinco) dias, prorrogável por mais 5, desde que apresentada a necessidade da medida. Na lei de crimes hediondos¹⁰⁴, esse prazo limite é de 30 (trinta) dias, também prorrogáveis por igual período ante o surgimento de sua necessidade. Considerando que constitui uma medida, de fato, de exceção/excepcional, só pode ser decretada diante do preenchimento de alguns requisitos – previstos em lei, bem como, repita-se, conforme o rol taxativo de delitos previstos. Nas lições de Aury Lopes:

A prisão temporária não foi, diretamente, modificada pela Lei n. 12.403/2011, mas sublinhamos a importância do art. 282, que se aplica a qualquer medida cautelar, inclusive para a prisão temporária, embora prevista em lei apartada. Significa o estabelecimento de novos parâmetros sobre os quais deve especial atenção o juiz ao decretar a prisão temporária: necessidade e adequação. Além de observar se a medida realmente é necessária para a investigação e a coleta dos elementos probatórios buscados, deve verificar se a prisão temporária é adequada à finalidade apontada pela autoridade policial. Em última análise, estamos tratando da proporcionalidade da prisão, que adquire especial relevância agora com o amplo rol de medidas cautelares diversas, previstas no art. 319. Deve o juiz verificar, portanto, se os objetivos buscados não podem ser alcançados por meio de medidas cautelares diversas e menos gravosas para o investigado.¹⁰⁵

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, ao julgar as ADI's 3360 e 4109, entendeu pela exigência cumulativa dos requisitos previstos:

“(...) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (periculum libertatis), a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, sendo proibida a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação e quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (fumus comissi delicti), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); não

¹⁰² JÚNIOR, op. cit., p. 340.

¹⁰³ LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989. Dispõe sobre a prisão temporária.

¹⁰⁴ LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

¹⁰⁵ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 163.

for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP)”¹⁰⁶

Segundo Ferrajoli, um Estado o qual o princípio da presunção de inocência é consagrado, o correto, consoante tal preceito, seria que esse tipo de privação somente fosse viável por força de uma prisão-pena, à luz do trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁰⁷. Todavia, Renato Brasileiro explica que “entre a prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado”¹⁰⁸.

No tocante à prisão preventiva, espécie de medida cautelar pessoal, que, assim como a prisão temporária, recai sobre a pessoa, essa modalidade de prisão (provisória) só pode ser determinada pelo juiz ou tribunal, desde que devidamente preenchidos os requisitos exigidos no Código de Processo Penal. Com a nova redação dada pela Lei n. 13.964/2019, não mais se admite sua decretação de ofício, isto é, pelo próprio juiz sem que haja o requerimento do órgão do Ministério Público, do querelante, do assistente ou por representação da autoridade policial¹⁰⁹.

Utilizada de modo massificado ou generalizado, um dos maiores problemas em torno da prisão preventiva, quicá o maior, é a indeterminação de um prazo limite objetivo para fins de sua duração. Considerando a importante discussão sobre essa temática para a presente dissertação, passa-se a tratar da referida prisão no tópico a seguir.

2.2 DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva encontra-se prevista entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) e, como já visto, constitui uma modalidade de prisão cautelar cuja natureza é processual. Como medida cautelar, tem como objetivo prevenir a

¹⁰⁶ Para Cf. na íntegra o voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes, acessar: <https://drive.google.com/file/d/1URN4aYbPKvsQBuJrX2NQmrUOOA3aydjh/view>

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Direito E Razão. **Teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tradução de Fauzi Hassan Choukr, 2002, pp. 446 e 449.

¹⁰⁸ LIMA, op. cit., p 972.

¹⁰⁹ CPP. Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

ocorrência de danos enquanto não encerrado o processo penal, ou seja, visa tutelar o processo e, portanto, destina-se a garantir a prova ou a eficácia da aplicação da lei penal.

Entendida como uma instrumentalidade que se dirige à garantia do normal desenvolvimento do processo e, portanto, em decorrência, a eficácia do poder de penar, pode ser decretada na fase pré-processual e durante a instrução criminal. Essa *cautelaridade* pode ser compreendida, inicialmente, a partir da leitura de alguns dispositivos constitucionais que se aplicam ao tema. Para tanto, vejamos o disposto no art. 5º, incisos LVII e LXI da Constituição Federal de 1988:

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.

Extrai-se do o art. 5º, LVII, o princípio da presunção da inocência, o qual determina, enquanto regra, a liberdade do acusado durante todo o processo. Sendo assim, somente é possível considerar o réu culpado e restringir a sua liberdade após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com efeito, o art. 5º, LXI prevê a possibilidade de prisão mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Trata-se, claramente, de autorização dada pela Constituição para a decretação de prisões preventivas.

Por outro lado, o dispositivo deve ser interpretado conjuntamente o com o inciso LVII, que garantiu ser a liberdade individual do acusado regra frente ao processo penal. Assim, repita-se, a medida tem caráter excepcional, somente podendo ser adotada mediante decisão judicial concretamente fundamentada.

Paulo Queiroz ensina que, de todas as medidas cautelares pessoais, “a prisão preventiva é a mais violenta forma de intervenção sobre a liberdade, razão pela qual a sua decretação – e manutenção – só poderá ocorrer em *ultima ratio*, isto é, quando forem insuficientes, e enquanto o forem, outras medidas de coação menos lesivas e mais adequadas”. No mesmo sentido, em caráter até mais “radical”, Ferrajoli propôs a abolição da prisão preventiva:

Um processo sem prisão preventiva. Portanto, essa contradição nos termos, que é a prisão sem sentença definitiva, pode, pelo menos até o primeiro grau de jurisdição, ser suprimida. O imputado deve comparecer *livre* perante seus juízes, não só para que lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por *necessidade processual*: para que ele esteja em situação de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em

condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costa¹¹⁰.

Inserida em um contexto, hoje, de urgência, continua Ferrajoli ao afirmar que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição. Sobre o tema:

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.¹¹¹

Para o professor Aury Lopes, que no mesmo sentido tece críticas acerca do aplicação da prisão preventiva nos dias atuais:

No Brasil, as prisões cautelares são excessivamente banalizadas, a pronto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois se prende para investigar (...). Infelizmente, as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. Conclui-se, portanto, que o problema não é legislativo, mas cultural¹¹²,”

O Brasil está, nos dias atuais, entre os países que mais encarceram, tendo atualmente, segundo dados do CNJ, 900 mil presos recolhidos e, na maioria dos casos, em estabelecimento prisionais precários, superlotados e sem quaisquer estrutura que atenda às mínimas necessidades. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em razão desse cenário, no julgamento da ADPF nº 347, que, diante de tal quadro, de superlotação, condições desumanas, violação massiva, insuficiência de políticas públicas, etc. que o sistema carcerário nacional pode ser caracterizado como um “estado de coisas inconstitucional”, exigindo a atuação de todos os

¹¹⁰ Op. cit., 2014, p.515.

¹¹¹ 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 de março de 2021.

¹¹² LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011. pg. 72 e 73.

poderes. Sobre esse aspecto, e no que interessa para o momento, veja-se o seguinte trecho extraído da decisão:

Claro que há outras reclamações. Muitos juízes, por exemplo - e é um ponto que tocaria aqui -, apontam que não podem lançar mão, em determinados estados, do uso da tornozeleira eletrônica, por exemplo, que seria uma alternativa, porque delas não dispõem, o sistema não está à disposição. Portanto, em crimes com alguma gravidade, em que poderiam usar essa alternativa, acabam por não o fazer, valendo-se, então, da prisão preventiva¹¹³.

Registre-se que, para a escolha e adoção das medidas cautelares, o Magistrado deve guiar-se pelo princípio da proporcionalidade, sobretudo tratando de uma modalidade de cautelar que, em tese, deve ser a última opção a ser cogitada e aplicada pelo grau de incidência nos direitos e garantias fundamentais, tais quais a liberdade e o princípio da inocência. Em contrapartida, a prisão preventiva, que deveria ser a última medida cogitada pelo juiz, assume o papel de instrumento social protagonista, coexistindo, muitas vezes, não apenas uma série de violações oriundas dessa decisão – mas o reflexo do que há muito representa o cárcere no Brasil e no mundo.

2.2.1 Características e aspectos fundamentais

Aprioristicamente, com o intento de reforçar a distinção entre a prisão temporária e a prisão preventiva, embora ambas sejam modalidades de prisão provisórias, traça-se as seguintes diferenças, à luz dos ensinamentos de Renato Brasileiro¹¹⁴:

A prisão preventiva não se confunde com a prisão temporária, pelos seguintes motivos: a) a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase pré-processual (Lei nº 7.960/89, art. 1º, incisos I, II e III); a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo (CPP, art. 311); b) a prisão temporária só é cabível em relação a um rol taxativo de delitos, listados no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos e equiparados); não há um rol taxativo de delitos em relação aos quais seja cabível a decretação da prisão preventiva, bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do CPP; c) a prisão temporária possui prazo pré-determinado: 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei nº 7.960/89, art. 2º); 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em se tratando de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), findo o qual o preso será colocado imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará

¹¹³ ADPF nº 347.

¹¹⁴ Op. cit., pp. 1056 – 1057.

de soltura pelo juiz, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva. De seu turno, a prisão preventiva não tem prazo pré-determinado.

A prisão preventiva está caracterizada pela restrição da liberdade, de forma cautelar, ou seja, sua natureza não é de pena. Tal instituto é aplicado para assegurar o andamento da ação penal em razão da existência de algum motivo que possa dar a entender ao juiz que restaria prejudicada a ação, caso o querelado permanecesse livre.

Tem natureza temporária, podendo encerrar em virtude de decisão condenatória, na qual o condenado passaria de prisão preventiva para pena restritiva de liberdade, se o caso, e só então começaria a cumprir a pena estabelecida. Por sentença de absolvição, em que o réu seria libertado, pois não restariam verificados indícios de autoria e materialidade. Por estarem presentes os requisitos da liberdade provisória, podendo responder em liberdade até a ocorrência do julgamento, ou por outro motivo que permita a liberdade do preso preventivamente.

A doutrina afirma que a prisão preventiva surgiu no Brasil em 23 de maio de 1821, por meio de Decreto. Isso porque, conforme tratado no início desse capítulo, durante o Brasil colonial, adotava-se o Direito Português, por meio das Ordenações. Ocasão em que a prisão – ou o carece preventivo –, na época, tinha o caráter de custódia, controle sobre o acusado para, só em seguida, este se punido através de castigos físicos ou morte. Resquícios também das civilizações mais antigas, cuja fonte, sem dúvidas, partiu da religião e moral. Desde muito tempo, tendo como finalidade a exclusão, o afastamento social.

Para tanto, no Brasil, dois motivos foram apontados como decisivos para a regulamentação da prisão preventiva – em meados de 1821: primeiro, para garantir a segurança das pessoas; e segundo, para que não houvessem prisões determinadas por motivos arbitrários, visto que os juízes, magistrados e governadores mandavam prender com frequência por mero descontentamento¹¹⁵.

O Decreto supramencionado previa que:

[...] nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente. Ordeno em segundo logar, que nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição summaria de tres testemunhas, duas das quaes jurem contestes assim o facto, que em Lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutoria que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente (BRASIL/1821).

¹¹⁵ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a Contramão da Modernidade**. 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Assim, o disposto no Decreto promulgado em 1821 pretendeu regular a prisão para que não fosse decretada de forma arbitrária, inclusive, estipulando que três testemunhas fossem ouvidas para formar uma “culpa”, para só então expedir ordem de prisão, que só pode ser estipulada por meio de sentença interlocutória. No entanto, havia previsão de que essa prisão decretada fosse mantida em segredo até que a ação ocorresse e o réu fosse declarado culpado ou inocente. Esse dispositivo é nitidamente contrário ao estabelecido na Constituição de 1988 que preceitua o princípio da publicidade como fundamento essencial a ser observado nos atos emitidos pelas instituições estatais, excepcionada apenas “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL/1988), em comparação.

A Constituição do Império de 1824 trouxe dispositivo que afirmava que ninguém seria preso a menos que houvesse culpa formada, com exceções a serem previstas em lei. O Código de Processo Criminal de 1832, por sua vez, estabelecia o que seria a culpa formada e permitia a prisão antes de formação de culpa dos indiciados em crimes sem que fiança estivesse prevista, devendo ser decretada por autoridade legítima, com exceção da prisão em flagrante delito. A culpa formada prevista no Código de Processo Criminal de 1832 era composta pelo conjunto de provas originadas de documentos, perícias, oitivas e interrogatório.

Posteriormente, o Decreto nº 4824 de 1871 estipulava que antes de iniciada a formação de culpa ou qualquer outra diligência, o juiz, de ofício, o membro do Ministério Público, a autoridade policial ou o ofendido poderiam solicitar a prisão preventiva do réu indiciado por crime inafiançável, cuja necessidade seria determinada por meio da tomada de depoimento de duas testemunhas ou da confissão do réu. O Decreto 2110 de 1909 estendeu a possibilidade deste tipo de prisão para os crimes que permitem fiança, desde que o réu fosse vagabundo, não possuísse profissão lícita e domicílio certo. O Decreto 4780 de 1923 repetia a previsão do Decreto anterior.

Com o Código de Processo Penal de 1941, o momento da decretação da prisão preventiva foi ampliado, podendo ocorrer desde o início do inquérito policial até a conclusão da ação penal, com determinação pelo juiz, de ofício, requerimento do Ministério Público, pelo querelante ou por representação da autoridade policial.

O CPP de 1941 previa, ainda, a decretação de prisão preventiva de forma obrigatória para os crimes com pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos. Além do caso facultativo, para os crimes inafiançáveis com pena inferior a dez anos ou nos crimes afiançáveis caso o réu ou indiciado fosse vadio ou com identidade não comprovada, e em crimes dolosos afiançáveis por réu que já fora condenado com sentença em trânsito julgado por crimes de mesma natureza.

Nesse caso, a aplicação da prisão preventiva estava resguardada em critérios objetivos, como a quantidade de pena atribuída, a possibilidade de concessão de fiança e características do réu. A lei nº 5349 de 1967 dá nova redação ao Código de Processo Penal e modificara justamente o capítulo que trata sobre prisão preventiva, tornou facultativa a decretação da prisão preventiva e ampliou as hipóteses de cabimento do instituto, que serão explicitadas adiante.

A lei nº 6416 de 1977 traz modificações ao Código de Processo Penal e ao Código Penal retirando, especialmente, a importância da afiançabilidade dos crimes e incluindo os crimes puníveis com reclusão e detenção. A lei nº 12.403 de 2011 também modificou vários dispositivos do CPP, realizando alterações e inclusões ao capítulo III, que trata da prisão preventiva.

Com as modificações trazidas por meio da Lei 12.403/11, o CCP passou por uma significativa reforma e em ampla escala, visando atender-se prioritariamente aos direitos e às garantias constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência. Não há dúvidas de que a referida norma atentou-se, naquele momento, ao grande número de pessoas presas provisoriamente-preventivamente, que somam mais de 200.000 (duzentos mil) presos. Buscou-se, por meio dela, dar efetividade à Constituição Federal, no sentido de conferir ao magistrado amplo rol de opções cautelares diversas da prisão.

Ainda assim, para além de todo aparato constitucional e histórico sobre a privação de liberdade, sob a vigência da lei supramencionada, a prisão preventiva continuou e continua sendo banalizada, tornando-se um mecanismo de controle social cautelar, de seletividade de grupos sociais, e com a suposta sensação de satisfação/segurança.

2.2.2 Pressupostos e fundamentos legais para a sua decretação

Atualmente, a prisão preventiva está regulamentada pelo Código de Processo Penal, entre os artigos 311 a 316 (abaixo mencionados), com pontuações necessárias para a sua respectiva compreensão, associadas a princípios e normativas constantes em outros diplomas legais e na Carta Magna:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial¹¹⁶.

Neste dispositivo estão presentes os legitimados a decretar e a solicitar a aplicação da medida cautelar da prisão preventiva. Antes da vigência da Lei nº 13.964/19, era possibilitado ao juiz, no curso da ação penal, a determinação, de ofício, da prisão preventiva. Tal permissão acabava por mitigar o princípio do contraditório, pois apenas com as provas presentes no inquérito policial ou na ação penal há valoração da condição do réu e consequente decretação da medida. Além disso, essa possibilidade era *contrario sensu* ao sistema acusatório que é o aplicado no Brasil que coloca o juiz na situação de sujeito imparcial do processo que só pode atuar diante da provocação das partes e não de ofício. Esta previsão colocava o juiz num limite entre a arbitrariedade, que por motivos externos ao processo pode decretar a prisão, e a real necessidade de sua aplicação.

A prisão preventiva constitui a única modalidade de prisão passível de ser determinada no curso do processo (e também no inquérito), visto que as demais (temporária e em flagrante) só são decretáveis na fase de investigação¹¹⁷. Poderá ser decretada: 1) de modo autônomo ou originário (CPP, arts. 311); 2) como conversão da prisão em flagrante ou temporária; 3) em caráter subsidiário, isto é, em substituição à medida cautelar injustificadamente descumprida (CPP, art. 282, §4º). Explica Aury Lopes Jr. que também é possível a decretação da prisão preventiva após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória recorrível. Mesmo em fase recursal, havendo a necessidade que justifique a aplicação da medida cautelar, poderá ser utilizada com fundamento na garantia da aplicação da lei penal¹¹⁸.

O art. 312 do CPP elenca os requisitos e pressupostos para fins de decretação da prisão preventiva, lembrando que essa só pode ser aplicada no caso de urgência e em *ultima ratio*:

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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que

¹¹⁶ Antes da lei 13.964/19, a redação era: Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

¹¹⁷ QUEIROZ, op. cit., p. 240.

¹¹⁸ LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 201.

justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Nesse sentido, Gustavo Badaró¹¹⁹ reforça que o juiz deverá justificar e fundamentar porque nenhuma das medidas alternativas à prisão é, no caso concreto, adequada para a necessidade cautelar que se apresenta. Logo, não será suficiente a mera repetição dos termos da lei para afirmar que nenhuma outra medida é adequada. O magistrado terá que demonstrar, de acordo com elementos concretos, que cada uma das medidas menos gravosas que a prisão não se mostra suficiente para eliminar a hipótese de necessidade (CPP, art. 282, caput, I) que exige a imposição de uma medida cautelar.

O art. 312 traz as hipóteses de cabimento da medida cautelar, cujos aspectos a serem valorados são dotados de elevada abstração e de conteúdo indeterminado, que concedem ao juiz alto grau de discricionariedade ao avaliar a possibilidade de aplicação da prisão preventiva e que se encontra em tênue limiar com a ilegalidade/arbítrio da decretação e a necessidade.

A garantia da ordem pública, por exemplo, tem sido aplicado diante de crimes graves, como sinônimo de realização de justiça e tem sido aplicado como um dos fundamentos de demonstração do *periculum libertatis*¹²⁰. As garantias de ordem econômica e da ordem pública são dotadas de indeterminação e amplitude tão vasta que corroboram para a compreensão de que são capazes de desvirtuar a natureza da prisão preventiva, podendo ser utilizado para atender os ensejos do magistrado e discriminar pessoas.

A conveniência da instrução criminal, por sua vez, se justifica em situações como a possibilidade de perda da prova, pois se o réu/indiciado permanecer solto, pode constranger testemunhas, conseguir eliminar provas, a depender de sua influência em relação aos sujeitos envolvidos no processo.

Com fins de assegurar a aplicação da lei penal, pois o réu pode vir a tentar fugir, como forma de evitar a prisão após a determinação de sua responsabilidade, bem como quando de crimes praticados com violência contra a mulher, por exemplo, para evitar que o agressor venha a querer vingar-se por suas ações estarem sendo investigadas.

Para a aplicação dos quatro requisitos mencionados é necessária, ainda, a prova do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, o primeiro se caracteriza por indícios de autoria e de materialidade do delito, enquanto o segundo se refere ao risco ao andamento do processo.

¹¹⁹ 19 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

¹²⁰ JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais, 2015, online.

Por descumprimento do estabelecido para qualquer medida cautelar, pois o juiz estipula obrigações ao réu quando do andamento das investigações ou da ação penal para o devido andamento do processo, podendo ser substituídas as obrigações, decretadas medidas cautelares diversas da prisão e apenas em último caso ser decretada a prisão preventiva.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Enquanto que o previsto no art. 313 traz critérios mais objetivos para a aplicação da medida, caso da estipulação de sua aplicação a depender da vontade presente no momento da realização da conduta ilícita e pela quantidade de aplicação abstrata do crime, além do reincidente nos crimes com as características mencionadas no período anterior.

Como também em crimes contra pessoas que por sua condição de estágio evolutivo ou por motivos de gênero, nas relações domésticas e familiares, para a garantia da aplicação da medida protetiva necessária ao caso, com observância de dois importantes princípios previstos na Carta Magna, a garantia da vida que compreende o direito de se manter vivo e direito a uma vida digna. E a dignidade da pessoa humana que deve proporcionar a todos os seres sua dignidade enquanto ser humano com direitos inerentes a sua condição.

Ao fim, caso não seja possível a determinação da identidade civil do acusado, cuja situação de liberdade poderia prejudicar a posterior responsabilização do condenado pela prática de crime, nem seja capaz de produzir provas suficientes para a identificação, com a peculiaridade de cessa a prisão preventiva quando for provada a identidade do réu/investigado.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos

incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.¹²¹

O art. 314 traz exceção à aplicação da medida em análise, caso o crime tenha sido praticado sob amparo de causa de exclusão de ilicitude, pois não haverá crime nesses casos e o réu será absolvido. As causas de exclusão são: estado de necessidade (prática para salvar-se de perigo atual que não provocou), legítima defesa (quem age para repelir injusta agressão atual ou iminente), estrito cumprimento do dever legal (segue os ditames previstos na regulamentação da profissão que exerce) ou no exercício regular de um direito (exerce de forma regular direito pessoal).

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada;

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6581) (Vide ADI 6582)

Os dois últimos dispositivos que regulam a prisão preventiva no CPP afirmam que para sua decretação resta necessário que a decisão judicial seja motivada e fundamentada, aspecto reforçado pelo Pacote Anticrime, característica essencial que pretende que hajam ao

¹²¹BRASIL/1941.

menos indícios fortes de materialidade do delito e determinação da autoria do crime, sem o que, o Judiciário ficaria completamente desacreditado pela irregularidade de seus atos.

Ainda, é estipulado o princípio da provisoriedade da medida cautelar em debate, pois a menos que os motivos para a sua decretação persistam, não deve subsistir a prisão, sob pena de grave atitude contrária às leis penais e ao disposto na Constituição Federal, podendo ser redetretada caso os motivos que a ensejaram ou outros ensejadores venham a acontecer.

Para a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a prisão preventiva, para ser decretada, deve observar os princípios da necessidade, suficiência e adequação, bem como restar demonstrado o motivo que impede a conversão por medidas cautelares diversas da prisão. A decisão liminar (HC 603.989) teve como relator o Ministro Antônio Saldanha Palheiro:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECRETO MOTIVADO. CONTEMPORANEIDADE DEMONSTRADA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. PROPORCIONALIDADE, SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO DIANTE DA EXCEPCIONALIDADE DO CASO. FIXAÇÃO QUE SE IMPÕE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. 2. No caso, a prisão preventiva foi decretada (e mantida) para assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que o agente empreendeu fuga após o delito, permanecendo foragido por 19 anos, obstando, inclusive, a citação pessoal, motivo pelo qual foi determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional. Tais circunstâncias justificam a necessidade da atuação cautelar do Estado para garantir a aplicação da lei penal e a instrução criminal. Ademais, tendo a custódia sido decretada em 2001, ou seja, logo após a prática do delito em comento, a regra da necessária contemporaneidade entre os fatos narrados e a decretação de custódia preventiva foi observada. 3. Todavia a custódia cautelar é providência extrema que, como tal, somente deve ser ordenada em caráter excepcional, conforme disciplina expressamente o art. 282, § 6º, do Diploma Processual Penal, segundo o qual “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Assim, na hipótese, mesmo levando em conta a idônea motivação declinada no decreto prisional, as particularidades do caso demonstram a suficiência, a adequação e a proporcionalidade da imposição das medidas menos severas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, já que se está diante de réu idoso e portador de cegueira, não podendo ser ignorado, ainda, que atualmente o processo em primeiro grau aparenta se encontrar estagnado. 4. Importante frisar que, em razão da atual pandemia pela Covid-19 e ante os reiterados esforços do Poder Público para conter a disseminação do novo coronavírus, inclusive nas unidades prisionais, esta Casa vem olhando com menor rigor para casos como o presente, flexibilizando, pontualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cabendo destacar que se está diante de fato ocorrido há quase duas décadas e sem nenhuma indicação de posterior reiteração delitiva por parte do paciente, devendo ser sopesado, ainda, como dito, a situação de saúde do paciente, o qual integra o grupo de risco da Covid-19. 5. Ordem parcialmente concedida a fim de substituir a custódia preventiva do paciente por medidas cautelares diversas da prisão, as quais deverão ser fixadas pelo Juízo de primeiro grau.¹²²

¹²² HC 603.989; Órgão julgador: Sexta Turma; Relator(a): Min. Antonio Saldanha Palheiro; Julgamento: 15/12/2020; Publicação: 17/12/2020.

O requisito da garantia de aplicação da lei penal tem por escopo garantir o direito de punir do Estado, sendo cabível nas situações em o sujeito acusado / agente delinquente pretende se evadir do local de aplicação da sanção penal. Ou seja, o temor à futura condenação temendo futura condenação no processo. Distinguindo-se do critério da conveniência da instrução criminal, cujo objeto, dito alhures, consiste em preservar as provas (meios ou instrumentos) para que se possa chegar ao resultado final do processo, a garantia de aplicação de lei penal é um requisito que visa garantir os fins do processo, ou seja, a aplicação da lei penal. Nos termos de Gustavo Badaró: “assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento condenatório que se mostra provável, diante do *fumus comissi delicti*. Tal situação tem sido denominada prisão cautelar final”.¹²³

2.3 DA AUSÊNCIA DE PRAZO PARA A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Diferentemente do que ocorre com a prisão temporária, conforme já exaustivamente retratado, inexistente um prazo determinado para a duração dessa modalidade de prisão cautelar. A regra, segundo a doutrina¹²⁴ e a legislação vigente, é a de que a prisão preventiva só deve perdurar até quando entender por sua necessidade, durante o curso do processo (ou na fase pré-processual), não podendo, notadamente, exceder eventual decisão absolutória – que encerra os motivos determinantes de sua decretação – bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória. Nesse último caso, estar-se-á diante da denominada prisão-pena.

Observou-se que a prisão preventiva tem por escopo assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo prolongar-se de modo indefinido, por culpa do juiz ou por provocação do órgão acusatório. Dentro da proporcionalidade e da razoabilidade e havendo necessidade, entende o “Estado” não estipular um prazo fixo para o término da instrução, como ocorria no passado, mencionando-se como parâmetro o cômputo de 81 dias¹²⁵, que constituía uma somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal para fins de colheita da prova se encerrasse. Não sendo esse o cenário da realidade carcerária brasileiro.

¹²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

¹²⁴ NUCCI, 2020, *e-book*.

¹²⁵ Baseado em um caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi criado o critério dos 81 dias. “Os 81 dias decorrem da soma do prazo de todos os atos da persecução penal, desde o início do inquérito policial ou da segregação do acusado, até a prolação da sentença, no procedimento comum ordinário” (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 101).

Considerando que a prisão preventiva não possui qualquer limite temporal objetivo, ora determinado na legislação, ficando a cargo do Magistrado, enquanto agente do Estado, avaliar se há ou não razões para revogá-la. Ou para analisar os motivos de sua decretação ou conversão. A questão que envolve essa indeterminação periódica é um dos maiores problemas, quiçá o maior, do sistema penal cautelar brasileiro. Isso por que, frente aos dados prisionais:

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*¹²⁶.

Verifica-se que um dos fatores que ensejam prisões preventivas absurdamente longas é a morosidade do sistema judiciário brasileiro aliada ao discurso de combate à criminalidade, inclusive, podendo manter o acusado preso cautelarmente por tempo maior do que o determinado por sua condenação. Ou mesmo se o réu for absolvido. De imediato, é evidente a flagrante violação dos direitos fundamentais dos encarcerados em que a origem do instituto, de natureza inquisitória, foi uma das razões não apenas para uma pensar num forma de “humanização da punição”, como também ensejou diversos documentos e atuação de órgãos internacional e nacional para celebrar e reconhecer os direitos humanos.

Surge, a partir da ausência da prazo da prisão preventiva, outra problemática, que ultrapassa e ultrapassou a história da humanidade: a segregação/exclusão social. Para tanto, de acordo com dados do Infopen¹²⁷, de junho a dezembro de 2019, 49,88% dos presos se declaram pardos; 32,29% brancos; 16,81% negros; 0,8% amarela e 0,21 indígena. Ainda de acordo com o levantamento: 317.542 – não completaram o Ensino Fundamental; 101.793 – não completaram o Ensino Médio; 18.711 – são Analfabetos; 66.866 – completaram o Ensino Médio; 4.181 – têm Ensino Superior completo.

Nesse sentido, segundo Foucault:

[...] detenção legal [...] encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos¹²⁸.

¹²⁶ LOPES JR., op. cit., p. 483.

¹²⁷ Dados extraídos:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoib2ZlZWZmNzktNjRlZi00MjNiLWFhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

¹²⁸ FOUCAULT, M. (1979). **Microfísica do poder**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, p.

Em verdade, a história em torno do sistema prisional brasileiro desvela que, desde o começo, a prisão, na maioria das vezes, foi um local de exclusão social. Há muito essa situação é perpetuada no cenário nacional e internacional. No que diz respeito ao Brasil, uma das principais causas das superlotações dos presídios brasileiros e da seletividade social, além dos efeitos da lei antidrogas, é justamente o excesso de prisões provisórias, especialmente a preventiva – e a sua duração prolongada.

Isso ocorre, em certa medida, em razão de algumas práticas enraizadas no sistema judicial brasileiro que, a cada dia, tornam-se mais intensas. Cita-se como exemplo fato de ter como destinatário de todas as exigências da opinião pública, especialmente no que diz respeito à crescente violência, o direito penal e o processo penal¹²⁹. Inserida nesse campo, a prisão preventiva assume um caráter de antecipação punitiva, numa falha tentativa de, através dela, e de seus mais variados desdobramentos, reduzir ou prevenir os riscos causados ante a prática do(s) crime(s).

A questão em torno da decretação desenfreada da prisão preventiva, para além de constituir uma problemática também cultural, é se a sua ausência de prazo viola e corrompe direitos fundamentais. A resposta, para um primeiro momento e a partir de uma breve análise dos dados prisionais, é de que, sim, sobre aquele que diz respeito ao princípio da presunção de inocência. Tal princípio, previsto e consagrado na Constituição, art. 5º, inciso LVII, no art. 8, §2º, também é esculpido na Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 14, §1º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e reflete a exigência constitucional e convencional do tratamento da condição de inocente. Serve – ou deveria servir, o respectivo aparato legislativo, somado à dignidade da pessoa humana, como bússola axiológica-normativa do processo penal. Sua função, ou melhor, finalidade, consiste em ser uma vedação a qualquer medida que possa ser traduzida em antecipação penal e/ou de pré-juízos discriminatórios.

Ocorre que essa exigência não é cumprida quando, verificada a realidade do sistema prisional brasileiro, trata-se da decretação da prisão preventiva. E isso ocorre, sobretudo, em face de sua indeterminação periódica, podendo se arrastar por anos – o que efetivamente acontece, sob o fundamento da periculosidade, reiteração delitiva, ameaça ao processo e garantia da ordem pública. Nesse último, aliás, a manutenção da referida prisão cautelar se apoia no sentido de encontrar a possibilidade de fundamentação com base em argumentos genéricos e midiáticos acerca do possível risco causado se o indivíduo permanecer livre.

¹²⁹ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: AdHoc, 2003, p. 57.

Presume-se, aí, um juízo de culpa prévio que, notadamente, afetará, por exemplo, a imparcialidade do magistrado durante todo o processo. Fala-se, nesse ponto, acerca da teoria da dissonância cognitiva¹³⁰.

Ademais, a importância haver uma duração razoável da prisão cautelar é objeto de discussões no mundo todo, de cunho doutrinário e jurisprudencial, além dos julgados envolvendo Tribunais Superiores e decisões de organismo internacionais, como os exemplos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). O que, mais uma vez, evidencia a incompatibilidade da ausência de prazo da prisão preventiva não apenas com o Estado Democrático de Direito, mas, sobretudo, com os direitos humanos.

Diante de tal cenário jurídico, considerar a prisão preventiva como um instrumento de banalização é uma mácula que demonstra a insuficiência dos direitos humanos, reflexo, em muitos casos, do processo criminal típico de regimes autoritários¹³¹. Nesse aspecto, prudente se faz a leitura de Cordero¹³², no mesmo sentido de Hassemer, ao definir a lei processual penal e o modo de aplicá-la como um dos fenômenos mais importantes no contexto democrático, sobretudo por, através dela, demonstrar o grau de civilidade de uma sociedade e de respeito às garantias fundamentais.

Com a promulgação Lei n.º 13.964/2019, que incluiu o parágrafo único no art. 316 do Código de Processo Penal, verificou-se uma certa preocupação acerca do instituto, passando a dispor sobre a revisão periódica, *in verbis*:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Vê-se que o Poder Legislativo editou a mencionada norma tendo como objetivo “forçar” o Poder Judiciário a reavaliar a necessidade da respectiva medida extrema, para assim poder evitar que indivíduos permanecessem no cárcere inconstitucionalmente/irregularmente. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, fixou entendimento de que a ausência da reavaliação

¹³⁰ Para compreender o tema referente à Teoria da Dissonância Cognitiva incorporada ao processo penal brasileiro, recomenda-se a leitura do artigo do professor Aury Lopes. LOPES JR. Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. CONJUR, 2014. Disponível em? <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>

¹³¹ ZAFFARONI, op. cit.

¹³² CORDERO, Franco. Procedura penale. Milão: Giuffrè, 2012. p. 17.

da prisão preventiva no prazo de 90 dias não implica a revogação automática da custódia. Isso por que aplicou-se o precedente firmado no julgamento da Suspensão de Liminar (SL) 1395, em que se estabeleceu que o dispositivo questionado não estabelece um prazo máximo para a prisão preventiva, mas constitui um dever geral e periódico de fundamentação, pelo magistrado, das razões da sua decretação.

2.3.1 O Código de Processo Penal e o papel do Estado

No que diz respeito à problemática acerca da indeterminação de prazo para a prisão preventiva, oportuna trazer à baila algumas informações sobre o Código de Processo Penal e de que maneira – ou até em que medida – suas origens influenciaram ou influenciam na referida omissão.

O primeiro Código de processo penal brasileiro surgiu somente no ano de 1932, e era denominado de Código de Processo Criminal de Primeira Instância, considerado liberal e possuindo diversas garantias de defesa aos acusados, considerando-se, sobretudo, um cenário de pós-colônia. Outrossim, a legislação processual penal foi unificada com a Carta de 1934, e, a partir do surgimento da Carta Constitucional de 1937, providenciou-se a promulgação do atual Código de Processo Penal.

O atual CPP foi instituído por meio do Decreto-lei 3.689 de 1941, e criado sob a vigência da Constituição de 1937, também denominada de Constituição Polaca. Com a abolição das penas de torturas e outras penas cruéis, durante o ápice da segunda guerra mundial, surge o então Código de Processo Penal, no dia 3 de outubro de 1941, criado no Governo de Getúlio Vargas, especificamente durante o período do Estado Novo, cujas origens fascistas tiveram como inspiração o Código de Processo Penal Italiano, chamado de *Codice Rocco*. Não obstante a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como as inúmeras reformas legislativas, a legislação processual penal atual possui em suas raízes matrizes ideológicas autoritárias. O que é perceptível, aliás, a partir da leitura da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.¹³³

¹³³ Trecho exemplificativo: “O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades [...]”. Disponível em https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf.

Sobre o tema, Giacomolli¹³⁴ faz pertinentes análises, isso por que, o fascismo tinha como objetivo impor a ordem e a disciplina na comunidade. Para percorrer essa finalidade, o respectivo regime totalitário e ditatorial não acreditava na paz, mas na guerra. Ou seja, no combate, na luta, no enfrentamento, no jogo. Não à toa, a percepção propagada no Código de Processo Penal, bem como observada pela criminologia, é no sentido de construir a classificação de humanos entre próprios e estranhos¹³⁵, surgindo o paradigma de combater o acusado, o estranho, o inferior. Daí a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade¹³⁶.

Esse cenário, infelizmente, só poderia resultar em um código de processo com resquícios inquisitoriais, cujo prisma é pela relação autoritária entre Estado e cidadão, segundo a qual este último é um objeto a sofrer rígido controle estatal. Esse controle se dá, sobretudo, através da decretação da prisão preventiva e sua ausência de prazo legal como meios supostamente legítimos. Apesar de tais origens, o CPP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e vem sendo, ao longo do tempo, objeto de reformas graduais, de modo a adequá-lo à nova constituição vigente, aproximando-se ainda mais de um sistema processual penal acusatório. Um exemplo dessa reforma foi a supressão, dada pela Lei n. 13.964/19 ao dispositivo 311 do Código de Processo Penal, da atuação do magistrado para, de ofício, decretar a prisão preventiva.

Reporta-se que em um sistema inquisitivo o suspeito não é um sujeito de direito, mas, ao revés, assume um papel de objeto processual. Esse sistema reúne, ainda, as funções de acusar, julgar e defender o investigado em um só sujeito: o juiz, também responsável por gerir as provas.

Para Marcelo Semer¹³⁷, a prisão provisória é um dos pontos fulcrais da estrutura do processo penal “que mais remetem à reminiscência da matriz histórica dos modelos autoritários”. Isso ocorre, sobretudo, pelos traços inquisitoriais encontrados no Código de Processo Penal, dentre ao quais, cita-se: a possibilidade de o juiz condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), a viabilidade de o juiz dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), a possibilidade de recurso de ofício, mesmo que a

¹³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

¹³⁵ ZAFFARONI, op. cit., online.

¹³⁶ JAKOBS, op. cit., p. 55.

¹³⁷ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/pt-br.php>. Acesso em: 06 jan. 2023.

acusação não tenha interposto o recurso cabível (artigos. 574 e 746 do CPP) e, antes da recente reforma, a decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP, redação antiga). Sobre o assunto:

Inevitavelmente pautada em um sistema inquisitório criou todos os institutos de forma déspota, com os olhos fincados, apenas para os atos do criminoso, tendo como exemplo, o tratamento dado ao tema inerente à prisão preventiva, considerando-a como verdadeiro instrumento persecutório e, por consequência lógica, ao revés de dispensar tratamento de caráter excepcional para a prisão cautelar, considerando-a como efetiva exceção à regra que é a liberdade¹³⁸.

Por essa razão, incluindo a lógica inserida ao CPP – a partir da origem – a respeito da função do cárcere, de segregar, aniquilar o “estranho”, a prisão processual passou a ser a regra e não uma exceção.

¹³⁸ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2015, p. 103.

3. O FENÔMENO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

“(...) Já não me convém o título de homem.
Meu nome novo é coisa.
Eu sou a coisa,
Coisamente.”¹³⁹

Carlos Drummond de Andrade

O que se denomina de Direito Penal do Inimigo, surge, com essa terminologia, pela primeira vez, a partir de meados da década de 80. Nessa época, Jakobs adota uma postura descritiva do DPI, e apropria-se do termo “inimigo”. Este, em linhas gerais, seria o indivíduo que não possui direitos e garantias em razão do seu comportamento (supostamente).

Nota-se, em um primeiro momento, que essa conceituação nos parece demasiado familiar. Isso porque tal “particularidade” é presença constante na história das civilizações e das sociedades, desde às mais primitivas até as mais contemporâneas. Nesse sentido, um cenário no qual extrai-se a existência de categorias humanas, dentre as quais se encontram indivíduos que são privados da condição de pessoa e, em razão disso, recebem um tratamento distinto-negativo pelos - mais variados setores da sociedade, não é uma novidade desse século ou do século passado. Infelizmente, não o é.

O inimigo é caracterizado pelo perigo que oferece à sociedade¹⁴⁰, sobretudo segundo a ótica da coletividade (e do Estado). Ao ser assim reconhecido, justifica-se a privação de alguns direitos e garantias, principalmente se comparados com os cidadãos, isto é, “pessoas”. Legitima-se, portanto, a atuação de um Estado autoritário a fim de que se garanta uma suposta segurança aos cidadãos – ou pessoas propriamente ditas e que, portanto, não oferecem risco à ordem pública nem à manutenção pacífica social.

Esse postulado de política criminal ganha uma maior força nas últimas décadas, em decorrência, sobretudo, dos ataques terroristas e do aumento do crime organizado, os quais geraram uma onda de insegurança e de medo em proporção mundial. Nesse aspecto, o autor menciona o fatídico atentado terrorista contra às Torres Gêmeas nos EUA, ocorrido em 11 de setembro de 2001¹⁴¹.

¹³⁹ ANDRADE, Carlos Drummond. **Eu, Etiqueta**, in *Corpo*. Rio de Janeiro: Record, 1984.

¹⁴⁰ GÜNTHER, Jakobs, **Direito Penal no inimigo: noções e críticas** - Günther, Jakobs., Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 3. ed. – Porto Alegre: Livrado do Advogado Ed. 2008. p. 36.

¹⁴¹ Id., p. 37.

Em razão dessa conjuntura, mormente ao passo em que a criminalidade e a violência crescem de maneira desordenada e o Estado falha na contenção ou diminuição dessa problemática, o Direito Penal e o Direito Processual penal ganha, em seu âmbito, uma nova roupagem. Ou melhor, ganha um maior protagonismo sobretudo no que diz respeito ao surgimento de políticas criminais com característica de expansionismo penal¹⁴², objetivando atender os anseios da sociedade por mais proteção e segurança estatais, por exemplo.

Com isso, extrai-se que os países passaram a adotar medidas legislativas extremamente repressivas e restritivas de direitos, tolhendo a liberdade individual de determinadas pessoas, sendo impossível não admitir a ampliação de um poder punitivo feroz, legitimado pela necessidade de se enfrentar o *perigo* representado pela figura do *inimigo*. Trata-se, sem pairar dúvidas, de um fenômeno que aparece de forma bastante acentuada nos dias de hoje. Para tanto, a fim de uma melhor compreensão, passa-se a tratar, a seguir, do desenvolvimento da respectiva teoria.

3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA CONSTRUÇÃO DE GUNTHER JAKOBS

Em 1985, em um congresso realizado na cidade de Frankfurt, Gunther Jakobs utiliza a expressão *direito penal do inimigo* pela primeira vez. Na ocasião, o jurista manifesta um posicionamento crítico ao instituto em questão. Ele demonstra, inclusive, uma certa preocupação em razão da tendência à punição por antecipação, em se tratando o agente de um inimigo¹⁴³, naquela época. O professor alemão expõe aos presentes no evento que, na Alemanha, já existia o Direito Penal do Inimigo, pois a aplicação de várias leis não respeitava os princípios básicos do direito penal.

A partir desse momento, distintas construções teóricas são desenvolvidas a respeito do que se consideraria Direito Penal do Inimigo, inclusive, pelo próprio Jakobs que, em 1999, em um seminário em Berlim, declara que unicamente aqueles que se comportam como *pessoas* poderão ser tratados como cidadãos. Aduz que aquele que tiver um comportamento contrário, deverá ser privado da cidadania, de modo a ser transformado em inimigo. Isto é, não-pessoa.

A partir de então, de maneira mais contundente no ano de 2003, após o atentado

¹⁴² MELIÁ, op. cit., p. 61.

¹⁴³ SILVA, Ivan Carlos da. **O direito penal do inimigo**. Disponível em: <http://unisinos.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 1 de abril de 2021.

terrorista às torres gêmeas nos EUA, pelo grupo Terrorista Al-Qaeda, em 11 de setembro de 2001, Jakobs passa a legitimar e justificar a aplicação de direito penal do inimigo¹⁴⁴, determinando duas categorias de seres humanos e reafirmando esse posicionamento ao definir vagamente o que é e quem é o inimigo.

3.1.1 Características

Oportuna registrar que o Direito Penal surge como instrumento de controle social que objetiva resolver os conflitos na mesma medida em que procura evitá-los¹⁴⁵. Possui, por sua vez, como verdadeira finalidade a proteção dos bens jurídicos considerados essenciais e relevantes para a sociedade, de modo que essa proteção esteja em total consonância com o respeito à dignidade da pessoa humana (SANTOS, 2009). Depreende-se o que se denomina Direito Penal Democrático.

Uma das mais importantes características do direito penal é justamente o seu caráter fragmentário, isto é, o de ser aplicado em último caso, apenas quando todos os demais ramos do direito forem insuficientes para a solução do conflito. Representando-se enquanto *ultima ratio*, ainda, pela forma como exercita essa solução e proteção dos bens e interesses da sociedade e do indivíduo, caracterizando-se, quanto à forma, pela aplicação de sanções específicas conforme a culpabilidade do agente¹⁴⁶.

Para Jakobs, o Direito Penal é um instrumento de manutenção da ordem jurídica, assim como a pena é sempre uma reação frente à violação da norma. Ele sustenta, nesse aspecto, que a função precípua do direito penal é a de justamente proteger a norma e só subsidiariamente tutelar os bens jurídicos mais fundamentais¹⁴⁷. Essa premissa é fruto da radicalização sistêmica funcional proposta por Jakobs numa perspectiva diferente daquela que é apresentada por Roxin, ainda que – para ambos – a concepção de direito penal esteja estritamente relacionada à norma.

A tese funcionalista criada por Jakobs e que possui suas raízes no funcionalismo sistêmico do sociólogo Niklas Luhmann, consiste, em suma, em considerar que a função, ou melhor, a finalidade do direito penal é a manutenção da vigência da norma – através do

¹⁴⁴ Op. cit., p. 74.

¹⁴⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 43.

¹⁴⁶ Id., p. 44.

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal), 2010. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal,29698.html>>. Acesso em: 23 de mar. 2019.

comportamento esperado conforme as expectativas sociais. Nesse ponto, a norma passa a ser a autoridade máxima do direito penal, devendo ser respeitada em sua integralidade.

É através do respeito à norma e da validade fática desta, que a proteção aos bens jurídicos relevantes ao indivíduo e à sociedade é atingida. A própria compreensão do direito penal é levada aos extremos quando o conceito de bem jurídico perde, de maneira substancial, o seu conteúdo e função.

Nessa ótica, para Jakobs, o fim da pena é o de manter a vigência da norma. Para tanto:

A pena é coação; é coação – aqui só será bordada de maneira setorial- de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato d e pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.¹⁴⁸

Surge, nessa esteira, um direito de repressão capaz de relativizar determinadas garantias de sujeitos específicos. É o chamado Direito Penal do Inimigo, um novo modelo punitivo proposto por Jakobs capaz de distorcer a função garantista do direito penal. Como já tratado, a Teoria do Direito Penal do Inimigo fundamenta-se necessariamente na separação que há entre o Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, isto é, fazendo uma distinção entre pessoas e não pessoas, sujeitos de direitos e sujeitos de não direitos.

Uma característica predominante da teoria em questão é exatamente a neutralização de determinados indivíduos¹⁴⁹, que seriam os denominados de “não-pessoas” ou de “inimigo”, assim considerados por não oferecer garantias cognitivas suficientes de comportamento dentro do ordenamento jurídico. Em poucas palavras, o inimigo é aquele que se afasta do Direito, violando a norma e demonstrando não ser fiel a esta, principalmente em face da reincidência. Nesse caso, são exemplos, os terroristas, os que cometem crimes sexuais e os criminosos econômicos. O autor, a propósito, cita o fatídico ataque terrorista às Torres Gêmeas nos EUA, ocorrido em 11 de setembro de 2001, como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo.

Ademais, a referida teoria se fundamenta em três elementos essenciais que caracterizam

¹⁴⁸JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 22

¹⁴⁹ Nesse sentido cf. SANTOS, Admaldo Cesário dos. Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal: o problema da responsabilidade pelo livre-arbítrio, Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 25.

a sua personificação, quais sejam, a) a antecipação da tutela penal e a punição dos atos preparatórios; b) a relativização das garantias penais e processuais; e, a) a desproporcionalidade das penas. A seguir definidos.

Acerca do amplo adiantamento da punibilidade presente na teoria de Jakobs, há de se mencionar a perspectiva do ordenamento jurídico-penal desenvolvida por ele no sentido de ser prospectiva, e não retrospectiva. Para Jakobs, o ponto de referência não é o fato passado, mas os fatos futuros. A punição antecede o fato pois aplica-se em caso de situações que venham/possam ocorrer. Há, nesse aspecto, o adiantamento ou antecipação da tutela penal a atos tão somente preparatórios.

Contudo, o ora autor legitima essa conduta frente à necessidade de garantir – principalmente – proteção e segurança ao cidadão. Essa punibilidade reconhecida antecipadamente está associada à inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva, de medidas de flexibilização da prisão em flagrante, e com o uso desmedido de ações preventivas e cautelares.

A supressão ou relativização de garantias diz respeito ao cerceamento de determinados direitos constitucionalmente previstos ao indivíduo considerado inimigo. Este, por sua vez, fica privado de direitos e garantias, sejam elas materiais ou processuais. Não apenas no cumprimento da pena ele é tratado diferentemente, mas, também, durante todo o processo de conhecimento. O próprio Estado assim o reconhece. Afinal, a maior pretensão deste é eliminar o perigo, o risco. Nesse ponto:

De novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas. Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com o seu defensor, evitando-se riscos para a vida e integridade física ou liberdade de uma pessoa. Agora, este somente é um caso extremo, regulado pelo Direito positivo.¹⁵⁰ *(grifo nosso)*

No tocante às penas desproporcionais, é importante relembrar que, para Jakobs, pena é coação. A partir disso, a pena para ele não possui fins sociais mas sim o de desempenhar a função garantidora das expectativas normativas. É diante desse fundamento que o Estado adota as medidas tanto preventivas, no sentido da punição antecipada, como altas, e de penas severas e desproporcionais frente à gravidade do fato praticado ou prestes a ocorrer.

Por outro lado, se faz prudente apresentar, resumidamente, as características e os desdobramentos práticos do instituto do Direito Penal do Inimigo à luz do entendimento de

¹⁵⁰ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 40.

Luiz Flávio Gomes:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.¹⁵¹

À luz do que se narra supra, é possível afirmar que O Direito Penal do Inimigo busca, pela *eleição* – e posterior neutralização – de indivíduos considerados perigosos, assegurar (uma falsa) segurança aos cidadãos, quando, em realidade, retiram-se os direitos fundamentais destes. Inegavelmente, esse fenômeno se irradia pelos ordenamentos jurídicos do mundo, mormente em países periféricos, e busca legitimidade principalmente no discurso positivista de resolução das problemáticas voltadas para um suposto controle social.

3.1.2 Fundamentos De Legitimidade

Ao justificar a aplicação do direito penal do inimigo enquanto mecanismo de contenção de novas ameaças e redução de violência frente ao mundo globalizado¹⁵², o professor alemão, Jakobs, busca apoiar-se em bases filosóficas de natureza contratualista, as quais fundamentam as perdas de garantias em razão do descumprimento normativo. Antes mesmo de iniciarmos a discussão sobre o suporte filosófico de Jakobs para fins de justificativa do uso do DPI, faz-se necessário tecer algumas considerações.

¹⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal), 2010. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal,29698.html>>. Acesso em: 27 de abril de 2022.

¹⁵² Sobre essa terminologia, necessariamente frente ao Direito Penal, cf. GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização**. BIANCHINI, Alice. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Inicialmente, quando o ser humano deliberou viver em sociedade, submeteu o seu comportamento pessoal a um conjunto de normas positivas, aptas a regular sua vida social, por consequência, e garantir os valores essenciais para a harmonização dessas relações. Assim ensina Beccaria:

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.¹⁵³

A par disso, extrai-se que o conjunto de normas encontradas no ordenamento jurídico integram o que se denomina Direito, que, por sua vez, tem a função (ou finalidade) de estabelecer um vínculo entre os titulares de direitos e deveres. Em contrassenso, o Direito penal do inimigo estabelece a relação com o denominado “inimigo” que não é norteadada pelo Direito, mas pela autorização do Estado para empregar a coação. E a coação mais contundente do Direito é aquela que diz respeito ao campo penal e processual penal, notadamente.

O raciocínio-lógico estabelecido por Jakobs é totalmente distinto daqueles conferidos ao sistema penal atual. Contudo, a construção da sua teoria possui raízes filosóficas que visam justificar, bem como fundamentar a sua legitimidade.

Jakobs dedica um tópico específico em sua obra¹⁵⁴ ao fazer menção aos filósofos que seriam os precursores do DPI. O primeiro filósofo a ser citado é Rousseau, que afirma que qualquer infrator que ataque o direito social deixa de ser automaticamente membro do Estado, mormente por estar contra ele ao infringir o contrato. Nesse sentido:

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão¹⁵⁵.

Na mesma linha de pensamento, Jakobs invoca Fichte que afirma, em sentido restrito, que aquele que abandona o contrato cidadão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, passando para um estado de ausência completa de direitos. Contudo,

¹⁵³ BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. 2001, p.10.

¹⁵⁴ GÜNTHER, Jakobs, **Direito Penal no inimigo: noções e críticas** - Günther, Jakobs,, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 3. ed. – Porto Alegre: Livrado do Advogado Ed. 2008. pp. 25 e ss.

¹⁵⁵ Id. Ibid., p. 25-26.

Jakobs afirma não seguir a linha de raciocínio de ambos os filósofos. Isso porque a sua tese mantém dentro do Direito o criminoso, uma vez que o delinquente poderá voltar a adequar-se com a sociedade, devendo proceder à reparação dos danos causados, daí o amparo em mantê-lo dentro da órbita jurídica. No caso do delinquente considerado cidadão. Para tanto, vejamos:

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.¹⁵⁶

Em outra esfera, Jakobs cita Hobbes, afirmando que este tinha consciência da situação supramencionada. Para Hobbes, o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, esses status, exceto no caso de alta traição. Este motivo ensejaria uma mudança brutal na situação e o traidor deveria ser castigado como um inimigo:

De maneira plenamente coerente com isso, HOBBS, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, o seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos.¹⁵⁷

Outra roupagem filosófica utilizada pelo professor alemão é a concepção Kantiana, que constitui o seguinte: quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, ou seja, quem não aceita um estado comunitário-legal, mas, sim, age em um estado de natureza, deve ser tratado como inimigo.

Na vertente kantiana, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra a entrar numa constitucional cidadã. Dessa maneira, quem não participa das exigências do Estado, ou melhor, de um estado comunitário legal, deve retirar-se, significando que deve fatalmente ser expelido, ou – como pontua Jakobs¹⁵⁸, impelido à custódia de segurança, não tratado como pessoa, mas sim como inimigo (em razão da inobservância contratual).

Além dessa excursão filosófica para fins de legitimidade da aplicação e do reconhecimento do direito penal proposto por Jakobs, qual seja, o direito penal que se divide

¹⁵⁶ Id. Ibid., p. 26.

¹⁵⁷ Id. Ibid., p. 27.

¹⁵⁸ Id. Ibid., p. 28.

em dois tipos, um para o cidadão, e o outro, para o inimigo, faz necessário pontuar a semelhança entre essas linhas filosóficas e o postulado jakobsiano aqui discutido:

Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. O Direito Penal do Cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o direito penal do inimigo é o Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. (...)

O Direito Penal do Cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. (grifo nosso)¹⁵⁹

Passa-se, a seguir, a tratar acerca do conceito de inimigo e de que maneira torna-se, para o autor, uma não- pessoa.

3.2 A “EVOLUÇÃO” E DEFINIÇÃO DE INIMIGO: PESSOA OU NÃO PESSOA?

Em linhas gerais, para Jakobs o inimigo é aquele que não se submete ou não admite “integrar” o Estado e, por esse motivo, não deve usufruir do status de cidadão, fazendo com que seus direitos e garantias sejam relativizados. Por esse motivo que, o fato de um indivíduo assumir um comportamento dissonante com o comando dispositivo, acarreta, na ótica jakobsiana, em: antecipação da punição; desproporcionalidade das penas e relativização de certas garantias processuais; e, conseqüentemente, a criação de leis que sejam mais severas direcionadas a atingir o “inimigo”.

Nota-se, em um primeiro olhar, que o que é combatido não é o fato ou o comportamento em si, mas o sujeito. Seria, na fala do professor Luiz Flávio Gomes como bem sublinhado por Cancio Meliá¹⁶⁰, para além de um direito penal simbólico, um exemplo (ou ressurgimento) de Direito Penal do Autor, que pune o agente pelo o que ele é em contraposição com o Direito Penal do Fato, que pune o agente pelo o que foi praticado/cometido.

Vê-se, dessa forma, a diminuição do espaço do sistema punitivo garantista para aquele indivíduo que não permite ingressar no estado de cidadania. Se não é uma “pessoa” ou “amigo do Estado” ou “cidadão”, não poderá usufruir dos benefícios advindos desses conceitos.

¹⁵⁹ Id. Ibid., p. 30.

¹⁶⁰ Ob. Cit., p. 64 e ss.

Logo, o inimigo não é um sujeito processual e, portanto, não conta com direitos processuais, como por exemplo, o de se comunicar com o seu advogado.

Segundo Jakobs:

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa, sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o adversário.¹⁶¹

Esse pensamento é, adiante, corroborado, na sua obra *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*, afirmando, por sua vez, que:

quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas” [...] “Como já se tem indicado, Kant exige a separação deles, cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos.¹⁶²

Nesse contexto, o cidadão, segundo Jakobs, pode cometer delitos de maneira incidente e da mesma maneira manifestar reprovação de condutas no seio social em que vive, entretanto, permanece vinculado às normas. Ao oferecer segurança cognitiva suficiente através de seu comportamento pessoal, esses indivíduos são considerados *pessoas* e, portanto, devem usufruir desse status por meio das garantias e direitos que lhes são inerentes.

Assim, aquele que infringe a lei e é chamado para restaurar o equilíbrio da vigência normativa, o que se dá por meio de sua submissão a uma sanção penal, reafirma a finalidade da norma, logo, não é tido como perigoso.

Percebe-se, nesse esteio, que nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico, pois mesmo tendo praticado um delito a pessoa que é capaz de prestar um comportamento esperado pela sociedade, não se afastando do Direito e, portanto, não representado um perigo para o Estado. A esse, seus direitos são mantidos. Inclusive, aplicando a pena. Ao inimigo, aplica-se medida de segurança – o que Jakobs denomina de custódia de segurança. Logo, é verificada a violação a vários princípios norteadores do processo penal, tais quais os que reafirmam que sua natureza não é tão somente instrumental¹⁶³.

¹⁶¹ JAKOBS, G. *Sociedade, norma e pessoa*. 2003, p.175.

¹⁶² JAKOBS; MELIÁ, op. cit., p. 42.

¹⁶³ LOPES JR., op. cit., p. 37.

3.2.1 O aspecto da periculosidade e o inimigo no contexto latino americano

O Direito é ramo da ciência que coloca como um de seus preceitos a regulamentação da sociedade, com a garantia de direitos e deveres. Com o desenvolvimento do Estado de Direito em que ao mesmo tempo que os criadores desenvolvem seus preceitos, estão submetidos a eles, há uma promessa de imparcialidade dos sujeitos responsáveis por garantir e dar continuidade ao que dispõe seu regramento.

Entretanto, tem se observado ao longo da história que por vezes o Direito é, na verdade, instrumento de dominação das classes sociais mais abastadas em relação à população mais pobre, em que os magistrados julgam diferentemente a depender da classe social e da cor do réu, uma verdadeira seletividade de aplicação da medida cautelar da prisão preventiva.

Em mapeamento realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, nos Estados de Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, foi analisada a relação prisão/liberdade *versus* raça/cor. Nos quatro Estados a população negra foi presa de forma majoritária, com a menor taxa em São Paulo, com 60, 28% e a maior em Pernambuco, com incríveis 92,39% de negros presos. Observa-se essa realidade retratada na doutrina:

[...] quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em sequestros para fins de extorsões... E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. [...]. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido pelas garantias conquistadas ao longo dos anos.

Nessa toada, a segregação cautelar que existe desde os primórdios da humanidade, possui um caráter obrigatório para crimes graves – focando na lesividade da conduta - e seu uso frequente em crimes leves - com vistas à periculosidade do agente que reitera na senda delitiva. Daí as legislações acima retratadas, direcionadas a determinadas camadas da sociedade. Assim também é com outras legislações brasileiras, em que é possível reconhecer essa característica.

Franz Von Liszt¹⁶⁴, penalista expoente do século XIX, período em que o uso abusivo do direito penal era alarmante¹⁶⁵ (não diferente dos dias atuais), defendia a existência de três

¹⁶⁴ 11LISZT, Franz Von. A ideia do fim do direito penal. Editora Rideel. São Paulo, trad. Hiltomar Martins Vieira – 1ª edição. Pp. 58 e ss.

¹⁶⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 71.

tipos de delinquentes e que para cada um deles era necessário o estabelecimento de uma pena diferente, considerando “a pena correta, vale dizer, a pena justa, é a pena necessária”.

Assim sendo, aos delinquentes ocasionais, por exemplo, “isto é, aqueles para quem o delito em que incorreram constitui um episódio, ou uma aberração atribuível principalmente a influências exteriores”, defendia-se, na perspectiva do ora autor, a mera intimidação enquanto pena suficiente para restaurar a autoridade da norma violada.

Quanto aos delinquentes necessitados de correção, sendo esses “aqueles com disposição hereditária ou hábito adquirido de propensão ao crime, mas ainda não irremediavelmente perdidos”, afirmava o autor que esses principiantes do crime, recorrentemente podem se salvar, sempre e quando forem submetidos a uma disciplina séria e contínua:

“Por isso, o mínimo da pena não deveria baixar, em meu conceito, a menos de um ano de reclusão. Não há nada mais desmoralizante e insensato dos que nossas penas de privação de liberdade por tempo curto, aplicadas ao aprendiz no caminho do delito. É aí, exatamente, onde a sociedade arca com a parte leonina da culpa a cujo peso deve sucumbir o futuro criminoso habitual. Pelo lado prático teria de se proceder assim: por motivo do primeiro e do segundo cometimento de um dos delitos acima enumerados, o tribunal deve decretar a internação em um estabelecimento de correção.”

Note-se que o critério periculosidade há muito é utilizado como meio para fins de pena. A culpabilidade, por sua vez, é deixada de lado. No bojo dessa imprecisão material, o princípio da legalidade é desrespeitado em sua integralidade, uma vez que não é possível delimitar a conduta a ser incriminada pois busca-se punição direta à pessoa e pela pessoa, e não pelo ou ao fato. Ao considerar que os termos são vagos, possibilita a interpretação extensa e, por sua vez, discricionária da autoridade que venha a enquadrar ao fato praticado.

Por outro lado, para Jakobs, não seria possível especificar na legislação quem são os inimigos que, por sua vez, merecem tratamento diferenciado do sistema penal/criminal. Sobre isso, o próprio autor é impreciso ao referir-se ao conceito de inimigo:

(...) indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.¹⁶⁶

Sob essa linha de pensamento, repita-se que não é reprovada a culpabilidade do indivíduo, mas sim o perigo que ele apresenta. Desta feita, a pena e a medida de segurança

¹⁶⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. Ob. cit., p. 35.

deixam de ser realidades distintas, haja vista que para JAKOBS, a pena se aplicaria ao cidadão e a medida de segurança ao inimigo.

Sobre isso, Luis Greco esclarece:

De um ponto de vista semântico, sim: o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que **não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo**. Mas se o conceito é claro do ponto de vista semântico, permanece ele deveras obscuro no que diz respeito ao seu significado pragmático, isto é, às finalidades ou funções que se tentam alcançar com sua utilização no discurso científico. A rigor, podem-se almejar ao menos três finalidades com o conceito de direito penal do inimigo, o que levará a três conceitos de direito penal do inimigo.¹⁶⁷

Extrai-se que, além da natureza simbólica do direito penal, nesses casos, uma vez que passa a ser aplicado a fim de aplacar ou servir como efeito sedante da população, tomadas de decisões que visam punir o agente pela periculosidade que apresentam excluem todo o caráter proporcional que essas medidas devem ter.

Assim sendo, a prática incessante de decretação prisão preventiva, embora ocorra antes do devido processo penal -, evidencia que os suspeitos são classificados como criminosos, mesmo sem comprovação do suposto ato ilícito, sendo tratados com termos pejorativos, como “*marginal*” e “*vagabundo*”. Não por acaso, o perfil dos personagens retratados é coincidente: jovens negros, pobres e de bairros periféricos, considerados *facilmente* como os “inimigos do Estado” e, por assim serem definidos, ter os seus direitos relativizados¹⁶⁸.

Desta feita, defender um Direito Penal do Inimigo, produto de um direito penal simbólico e do punitivismo, é contribuir para que haja a manifestação de políticas criminais de emergência, em que o Estado utiliza-se de meios sedantes para tratar de uma anomalia social da sociedade contemporânea cujo fruto é a criminalidade desenfreada.

3.3 O RECONHECIMENTO DO DPI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

¹⁶⁷ GRECO, Luis. **Sobre o Direito Penal do Inimigo**, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7. 2005, p.225.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, op. cit., p 255.

A partir das premissas anteriormente estudadas, acerca dos aspectos e características que configuram a denominada teoria do direito penal do inimigo a partir do seu precursor, Gunther Jakobs, e diante da realidade brasileira já retratada, passa-se, agora, a identificar a respectiva política criminal na legislação penal brasileira.

Apesar do Brasil ser um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF/88), sendo dever do Estado garantir o respeito às liberdades civis, prezando pela efetividade e aplicabilidade dos direitos humanos e das garantias fundamentais, através da proteção jurídica, verifica-se que, conforme mencionado no Capítulo da Prisão Preventiva, muitos aspectos da nossa legislação são marcados por entrelinhas inquisitoriais. Isso ocorre, sobretudo, por que o poder punitivo corresponde a um modelo que, nas palavras de Zaffaroni, terá por função a eliminação dos inimigos, daqueles considerados “estranhos”.

Essa finalidade, de eliminação, afastamento daquele considerado “menos humano” perpassa por todos os poderes, desde a atuação legislativa até o papel desempenhado pelas instituições jurídicas/de persecução penal. Trazendo um exemplo relativamente recente, sem maiores delongas, o artigo 28-A¹⁶⁹ do Código de Processo Penal, incorporado a partir da Lei nº 13.964/2019, dispõe sobre a possibilidade do acordo de não persecução penal que, por sua vez, contempla determinados sujeitos considerados cidadãos em razão do requisito acerca da abrangência do acordo - infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, e exclui tantos outros, especialmente àqueles acusados dentro do contexto da lei de drogas.

Inclusive, a própria política de “guerra às drogas”, incorporada pelo Brasil a partir dos movimentos ocorridos nos Estados Unidos, é um reflexo visível de como a inserção do DPI ganha contornos cada vez mais revestidos de justificativa da recuperação da ordem ou de controle social. Para tanto, o público dessa política, moradores de favelas e marginalizados, são os principais alvos desse instrumento de “cultura do controle” sob o discurso de enfrentamento ao tráfico – e aos traficantes. Tais ações ou práticas denominadas por operações com denominações literárias são legitimadas, para além do viés do clamor público, pela própria legislação.

Sem maiores aprofundamentos, e sem a tentativa de esgotar o tema, vejamos alguns exemplos de como ordenamento jurídico pátrio tem incorporado, em sua legislação penal,

¹⁶⁹ Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

aspectos do DPI, para além do contexto (e prática) que retrata os potenciais indivíduos a tornarem-se “inimigo”.

3.3.1 Exemplos legais

Observar-se-á o reconhecimento e o reflexo do Direito Penal do Inimigo, para o que interessa nesse momento: no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei que trata do Abate de Aeronaves, na Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), na Lei de Crimes Hediondos, na Lei Antitóxicos – também conhecida por Lei de Drogas ou Antidrogas, na Lei do Crime Organizado, na Lei do Terrorismo e na recente Lei Anticrime.

No tocante ao Código Penal: cita-se como exemplo a análise das circunstâncias judiciais na dosimetria penal (quantificação penal estabelecida na primeira fase do cálculo da pena). Aspecto oriundo de um Direito Penal do Autor, com viés puramente subjetivo, em que o juiz analisa a personalidade do agente, e que está associada a um discurso dominante. Isso porque o contexto de vida do indivíduo e suas características pessoais e comportamentais são, até hoje, determinantes para criminalizá-lo e endurecer a pena cominada:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]

Sobre a Lei nº 9.614/98, essa dispõe, a partir da previsão legal constante no Decreto 5.144/2004, acerca da possibilidade de abater aeronaves hostis suspeitas do tráfico de drogas. O artigo 4º deste Decreto, que regulamentou o artigo 303¹⁷⁰ do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86), modificado pela Lei do Abate de Aeronaves quando sancionada, possui a seguinte redação: “A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição”¹⁷¹. Nesse exemplo, verifica-se à violação do direito à vida (supressão de garantias) diante da antecipação da pena através da autorização para aniquilar o inimigo, isto é, aquele indivíduo “suspeito”.

¹⁷⁰ “Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: (omissis) § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. § 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório.”

¹⁷¹ Decreto 5.144 de 16 de julho de 2004.

Outro potencial exemplo: O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), previsto na Lei nº 10.792/2003, que incidiu na LEP (Lei de Execuções Penais - Lei nº 7.210/1984) e no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) e constitui uma das principais legislações mencionadas na literatura jurídica brasileira acerca de uma manifestação do DPI no ordenamento jurídico. Sua previsão é oriunda do artigo 53 da Lei de Execuções Penais, e prevê o isolamento do preso diante dos demais apenados diante de alguns fatores. Cita-se como exemplo desse reflexo o artigo 52 do RDD, fruto de modificação pela Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime (que alargou o tempo do regime para até dois anos e as visitas, que passam de semanais para quinzenais, além das comunicações monitoradas e correspondências fiscalizadas):

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência;

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

§ 2º (Revogado).

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso:

I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade;

II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.

§ 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.

§ 6º A visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário.

§ 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos.

Observa-se que Regime Disciplinar Diferenciado¹⁷² não constitui necessariamente uma sanção (de cunho administrativo-disciplinar), mas, pela leitura dos seus dispositivos, trata-se, em verdade, de uma resposta à periculosidade ficta do preso, que passa a ser submetido a um estilo mais enrijecido de cumprimento de pena, além de ter flexibilizadas suas garantias fundamentais, sobretudo a partir da imprecisão terminológica que permeia a legislação, possibilitando uma interpretação subjetiva e discricionária a respeito do preso – já considerado inimigo.

Já mencionada e cujo estudo, por si só, seria o tema de uma nova dissertação, a Lei n. 11.343/2006¹⁷³, conhecida como lei de antitóxicos ou antidrogas, constitui um exemplo

¹⁷² Mirabete elucida que “ Pela lei nº 10.792, de 1º-12-2003, foi instituído o regime disciplinar diferenciado, que não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei. Op. cit., 2014, p. 50.

¹⁷³ Salo de carvalho explica que “[...] a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre

hialino da absorção das características do DPI à legislação brasileira. Ao traficante, assim escolhido ou denominado, distinguindo-se do usuário – esse, amigo do Estado –, o “carimbo” de inimigo ao prever variados tipos mistos alternativos para a sua incriminação. Essa distinção inicial é evidenciada, por exemplo, diante da ausência do quantitativo de tóxicos para a diferenciação entre tráfico ou uso pessoal.

Outro exemplo do reflexo da teoria do DPI enquanto política criminal – na legislação brasileira – é a lei nº 12.850/2013, que dispõe sobre a organização criminosa. Caracteriza-se, assim, pela criação de dispositivos que elevam a mitigação de garantias, tal qual a proporcionalidade. Nesse ponto, uma pena de reclusão cominada entre 03 a 08 anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes aos demais delitos associados, para um delito de periculosidade abstrata.

O crime de associação à organização criminosa constitui um crime de perigo, de modo que não é condicionante ou imprescindível a prática de um crime em concreto para a incidência do respectivo tipo penal. Nesse ponto, veja-se a seguinte narrativa dada pelo Jakobs:

[...] não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos. [...] o ponto de partida ao qual se ata a regulação é a conduta não realizada, mas só planejada, isto é, não o dano à vigência da norma que tenha sido realizado, mas o fato futuro. [...] ¹⁷⁴

Vários outros dispositivos e aspectos da supra referenciada legislação evidenciam a mitigação de garantias constitucionais, como é o caso daquela referentes à privacidade e ao sigilo. No mesmo sentido, é a Lei do Terrorismo, nº 13.260/2016, cujo objeto é demasiado familiar para o Direito Penal do Inimigo, sobretudo porque a “aceitação” e aplicação da respectiva teoria por parte do seu precursor, e mais doutrinários, se deu a partir do atentado terrorista ocorrido em setembro de 2001, já tratado em momento oportuno.

5 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas. Fundamental perceber, portanto, para que se possa dar a real dimensão às novas respostas punitivas trazidas pela Lei 11.343/06, que, apesar da crítica criminológica relativa ao fracasso da política hemisférica de guerra às drogas, não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas variáveis é mantida, como são aumentadas substancialmente as penas e restringidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais.

¹⁷⁴ Op. cit. p. 35.

4. A RELAÇÃO ENTRE A AUSÊNCIA DE PRAZO LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

“(…) Propriamente, já não havia direito. A lei fora transgredida, a lei velha e sonolenta, imóvel carrancismo exposto em duros volumes redigidos em língua morta. Em substituição a isso, impunha-se uma lei verbal e móvel, indiferente aos textos, caprichosa, sujeita a erros, interesses e paixões. E depois? Que viria depois? O caos, provavelmente. Se os defensores da ordem a violavam, que devíamos esperar? Confusão e ruína.”¹⁷⁵

Graciliano Ramos

4.1 SIMILITUDES ENTRE A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O DPI

Inicialmente, a origem do termo “ordem pública”, um dos principais fundamentos para fins de decretação (e manutenção) da prisão preventiva, remonta à Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava uma espécie de autorização geral e aberta para prender os contrários ao regime e às minorias que os governantes declararam guerra e dizimou durante a Segunda Guerra Mundial¹⁷⁶. Além disso, é frequentemente confundida, com claros objetivos:

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explorasse, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento)¹⁷⁷.

A aplicação do ora requisito tem estado intrinsecamente relacionada à repercussão do crime pela mídia ou pela opinião popular, que se reflete nos programas de televisão policiais que condenam os indiciados e realizam verdadeiras incitações ao crime.

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de *risco de reiteração de delitos*, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do

175 RAMOS, Graciliano. **Memórias do Cárcere**. Editora Record. Disponível em: <https://joaocamillopenna.files.wordpress.com/2015/03/ramos-graciliano-memc3b3rias-do-carcere-vols-i-e-ii.pdf>. p. 126. Online: p. 58. Acesso em 14 dez. 2022.

¹⁷⁶ JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais/2015, online.

¹⁷⁷ JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais/ online.

processo penal. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros¹⁷⁸.

Pontuação necessária é o argumento de que a garantia da ordem pública se relaciona ao risco de reiteração de delitos do réu, numa verdadeira antecipação de fatos que podem vir ou não a ocorrer e numa contraposição ao princípio da presunção da inocência, atentando, na verdade, a uma verdadeira presunção de culpabilidade, presente no sistema inquisitório que não é o previsto no Brasil.

Os indivíduos envolvidos pelas expressões “reiteração delitiva” e “periculosidade do agente” alimentam a decretação da prisão preventiva. Surge, a partir dessas “características”, a “necessidade” de antecipação de pena e à adoção da medida cautelar com fim punitivo que, por sua vez, acarreta no alargamento exorbitante da prisão preventiva. Isso resulta em três consequências: antecipação da punibilidade, desproporcionalidade da pena e relativização das garantias constitucionais e processuais.

Nesse ponto, temos o seguinte caso, mencionado introdutoriamente, cuja prisão preventiva durou 11 anos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO FEITO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM. EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS. COMUNICAÇÃO À CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. 1. A Constituição da República incorporou em seu texto, por meio da Emenda Constitucional 45/04, o inciso LXXVIII ao art. 5º, que assim dispõe: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. **Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), vigente entre nós por força do Decreto n. 678, de 06/11/92, confere à pessoa acusada em processo criminal o "[...] direito a ser julgada dentro de um prazo razoável [...]" (art. 7º, item 5).** 2. O paciente e outros investigados tiveram sua prisão preventiva decretada, pela suposta prática dos crimes de tráfico de drogas, associação para o narcotráfico e associação criminosa. O mandado de prisão expedido em desfavor do ora postulante foi cumprido em 23/11/2010. 3. Não se olvida que, tal como ressaltado pelas instâncias ordinárias, devem ser sopesadas, no exame do tempo decorrido para a instrução processual, as particularidades do caso concreto, como o elevado número de réus e de testemunhas, a formulação de sucessivos pedidos pelas defesas dos acusados e a suspensão dos atos processuais em razão da pandemia do coronavírus. 4. Todavia, **não se mostra razoável que, com base em tais circunstâncias, seja mantida a custódia cautelar do acusado, sem julgamento sequer em primeiro grau, pelo astronômico prazo de mais de 11 anos, superior ao somatório das penas mínimas previstas para cada um dos delitos imputados ao réu (que totaliza, na espécie, 10 anos e 4 meses).** 5. Especificamente quanto à situação acarretada pela Covid-19, vê-se que a prisão provisória do paciente ocorreu quase 10 anos antes do início da pandemia, de modo

¹⁷⁸ Id., online.

que não se pode admitir que se utilize tal circunstância para justificar o exacerbado tempo decorrido para que se conclua a instrução processual. Na verdade, chega a ser desrespeitosa à inteligência tal pretendida justificativa para o longo atraso da origem. 6. A despeito da indicação do número de réus no feito de origem e da necessidade (...) [HABEAS CORPUS Nº 715224 - PE (2021/0407129-0) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. JULGAMENTO 08.03.2022]

Note-se, pois, as características da teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvidas por Jakobs, sendo o norte da prisão preventiva – “legitimando”, assim, a indeterminação do seu prazo. São elas, para lembrar: a antecipação da punibilidade, que transfere um fato futuro para um presente recriminável, sem a existência efetiva de um fato concreto; a exacerbação punitiva na forma de incremento de penas, ocasionando na desproporcionalidade; e a flexibilização/anulação de garantias constitucionais e processuais.

4.1.1 Antecipação da punição

Conforme pontua Luiz Regis Prado¹⁷⁹, o Direito Penal do inimigo tem como uma de suas principais características o combate a *perigos*, e, neste ponto, para muitos casos, consiste em uma antecipação de punibilidade, na qual o indivíduo “inimigo” é interceptado em um estado inicial, considerando-se, como dito em outrora, o caráter da (possível) periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade. Isso por que, para Jakobs, não é mais o homem (= pessoa de ‘carne e osso’) o centro de todo o Direito, mas sim o sistema, puramente sócionormativo. É nesse mesmo sentido que a utilização da prisão preventiva vem ocorrendo de maneira desenfreada: para “retirar” o perigo das ruas.

Fundamenta-se, para tanto, no argumento de “garantia da ordem pública”, pressuposto regado pelo subjetivismo que é capaz de possibilitar a segregação pela simples presunção de perigo, constituindo uma possibilidade de se aplicar um “estado de exceção”¹⁸⁰ com base em possibilidades e não em fatos sólidos, o que verifica-se a partir da análise dos dados prisionais do Brasil. Considerando a garantia da ordem econômica, também como meio para a adoção e manutenção da referida prisão cautela, tal fundamento também constitui evidente antecipação da pena, considerando sua finalidade meramente substancial.

Um exemplo que evidencia não apenas a antecipação da pena, mas tantos outros

¹⁷⁹ Op. cit., p. 45.

¹⁸⁰ AGAMBEM, op. cit., p. 178.

institutos do direito processual penal, é o julgamento histórico do Caso Escola Base¹⁸¹, hoje, objeto de estudo em várias grades curriculares dos cursos de graduação (direito, psicologia, jornalismo...) e considerado como o *maior crime da imprensa*, tendo em vista que “os donos de uma escola infantil, bem como o motorista do transporte escolar e um casal de pais de um aluno, foram acusados por duas mães de abuso sexual e que, sem maiores provas, porém, com a cobertura da imprensa junto à conduta precipitada da polícia, os suspeitos foram “condenados” antes mesmo do julgamento.

4.1.2 Desproporcionalidade das penas

Fala-se em desproporcionalidade, especialmente acerca entre a medida de prisão preventiva e a provável pena que será decretada ao indivíduo pelo suposto delito cometido. Em caso de condenação, na maioria dos casos, por levantamento feito pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, o regime aplicado é mais leve daquele oriundo da prisão preventiva, sendo comum ser menos severo que o da própria prisão cautelar.

Fala-se em desproporcionalidade, ainda, quando verifica-se um tempo inferior, no caso de condenação, em relação ao tempo cumprido na prisão provisória. Situação essa confirmada pela pesquisa acima mencionada. Ademais surge, nesse contexto, todas as angústias e agruras oriundas do tempo perdido “como uma forma pena”¹⁸². Isso se dá, sobremaneira, ante o caráter punitivista de um Estado que busca, a todo custo, “combater” o crescente aumento da violência.

É esse o mesmo pensamento de Jakobs, no sentido de manter o inimigo encarcerado por mais tempo ou mesmo por tempo indeterminado. Para tanto, ele defende a imposição de medida de segurança, em que não há prazo limite para sua aplicação, para os acusados

¹⁸¹ “A notícia foi veiculada no Jornal Nacional, da Rede Globo. A mídia, no geral, sensacionalizava o fato, explorando o sofrimento das mães e deixando de lado a ética jornalística. Atenta-se que, até esse momento, os suspeitos sequer havia prestado depoimento à polícia. A pressão da imprensa foi tanta que Richard, um americano que não possuía qualquer ligação com o caso, foi preso, ainda que tenha sido solto 9 dias depois. Somente em junho do mesmo ano, o delegado Gérson de Carvalho inocentou os acusados envolvidos e o inquérito policial foi arquivado. Porém, a imprensa já havia culpabilizado todos eles, embora tenha iniciado a sua série de retratações – nunca na mesma potência – focando nas verdadeiras vítimas. Nesse momento, os danos já haviam sido feitos e os acusados tiveram suas reputações destruídas. A indenização, assinada pelo governador Mário Covas, que o Estado de São Paulo deveria pagar aos seis acusados era de R\$ 457 mil. A Rede Globo deveria pagar cerca de R\$ 1,35 milhão aos donos e o motorista da Escola Base, porém entrou com recurso. O caso tornou-se referência obrigatória nas discussões em cursos de Direito e Jornalismo. O jornalista Alex Ribeiro escreveu sobre no livro “Caso Escola Base: Os abusos da imprensa”, lançado em 2003”. SÃO PAULO, 1994.

¹⁸² MESSUTI, op. cit.

considerados altamente perigosos.

4.1.3 Supressão de garantias constitucionais

Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça¹⁸³ expõe que decorre do princípio constitucional da proporcionalidade, o fato de que não é possível permitir a proteção deficiente ou insuficiente aos direitos fundamentais. Ocorre que, assim como constitui um aspecto do DPI, a inobservância do princípio da proporcionalidade, permitindo situações de abuso ou de manifesto desequilíbrio entre a medida cautelar e o provimento final, é constante no instituto da prisão preventiva. Sobre o tema:

a prisão preventiva também nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física. Isso, não porque o imputado deve assistir ao processo – também participa no processo uma pessoa imputada, e, por convicção, mas porque é obrigado a isso mediante seu encarceramento. Esta coação não se dirige contra a pessoa em Direito – esta nem oculta provas nem foge- mas contra o indivíduo, quem, com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo.¹⁸⁴

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior¹⁸⁵:

“sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos, baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu o delito; a segunda, de que, em liberdade, e sujeita aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado (...). Com a referida *presunção de reiteração*, restariam violadas, portanto, as garantias de desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5º, §2º, c/c os arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, LVII), *in as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 179, 2ª edição, Renovar, S. Paulo, 2001.

Pertinente se coloca o apontamento da Ministra Cármen Lúcia em voto proferido no julgado HC 89429/RO¹⁸⁶, o qual serve de direcionamento para o tópico a seguir, *in verbis*:

Vivemos, nos tempos atuais, o Estado espetáculo. Porque muito velozes e passáveis, as imagens têm de ser fortes. A prisão tornou-se, nesta nossa sociedade doente, de mídias e formas sem conteúdo, um ato de grande teatro que se põe como se fosse

¹⁸³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Gen/Método, 2011, pp. 258/260.

¹⁸⁴ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 40.

¹⁸⁵ DELMANTO JR., op. cit.

¹⁸⁶ Para conferir o julgado, acessar: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759884/habeas-corpus-hc-89429-ro/inteiro-teor-100476049?ref=juris-tabs>

bastante a apresentação de criminosos e não a apuração e a punição dos crimes na forma da lei. Mata-se e esquece-se. Extinguiu-se a pena de morte física. Mas instituiu-se a pena de morte social.

Note-se que a partir da decretação da prisão preventiva, desde a sua fundamentação até as consequências seguintes, que incide em presídios superlotados, propagação de doença, exposição midiática, inúmeros direitos e garantias processuais são relativizadas, seguindo o mesmo entendimento defendido por Jakobs. Se o agente é inimigo, a ele, aplicando-se uma legislação de guerra, também a ele serão retirados ou relativizados direitos materiais e processuais.

4.2 O DEBATE ENVOLVENDO OS DIREITOS HUMANOS

Ao identificar a sua aplicação na legislação penal brasileira, de imediato, verifica-se a incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, bem como com o Direito penal democrático. Aquele, por sua vez, é o princípio frente aos fundamentos da Carta Constitucional Brasileira de 1988, previsto no artigo 1º, inciso III.

Desta feita, não é possível vislumbrar que um indivíduo venha a ser tratado simplesmente como um objeto de direito e não como um sujeito de direito. Da mesma forma, tratar um criminoso como inimigo, suprimindo-lhe garantias fundamentais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal é absolutamente contrário a um Estado Democrático de Direito que é guiado, principalmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Aplicar ou reconhecer um Direito Penal do Inimigo é voltar ao período primitivo, é voltar à época da inquisição, cujo cenário punitivo é tortuoso, doloroso e inconcebível.

Sobre o tema, Ferrajoli:

a razão jurídica do Estado de Direito não conhece inimigos e amigos, e sim apenas culpados e inocentes, de modo que quando se fala em direito penal do inimigo se está a se falar de um oximoro, de uma contradição terminológica, a qual representa, de fato, a negação do direito penal: a dissolução de seu papel e de sua íntima essência.

Deve-se observar, além do mais, que o valor da pessoa humana deve prevalecer sobre qualquer argumento totalitário, impondo-se limites ao direito de punir do Estado. Extraí-se, nesse espectro, as seguintes críticas feitas por Cancio Meliá, cuja síntese é da autoria de Luiz Flávio Gomes:

- a) O Direito Penal do Inimigo ofende as Constituições dos Estados democráticos, pois estas não admitem que alguém seja tratado pelo Direito como mero objeto de coação, despido de sua condição de pessoa ou de sujeito de direitos.
- b) O modelo decorrente do Direito Penal do inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade.
- c) O fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do inimigo não significa que ele possa existir conceitualmente.
- d) Os chamados "inimigos" não possuem a "especial periculosidade" apregoada pelos defensores do Direito Penal do inimigo, no sentido de praticarem atos que põem em risco a existência do Estado. A imponderação que esses "inimigos" produzem dá-se mais no plano simbólico do que no real.
- e) A melhor forma de reagir contra o "inimigo" é confirmar a vigência do ordenamento jurídico é demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (ou "cidadão").
- f) O Direito Penal do Inimigo, ao retroceder excessivamente na punição de determinados comportamentos, contraria um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do direito penal do fato, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos (ou a "atitude interna" do autor).

Em suma, a lógica da guerra adotada pela teoria de Jakobs ocasiona excessos por parte do Estado, levando-se a um punitivismo exacerbado e desarrazoado, o que destrói diversos preceitos constitucionais, além de colocar em xeque o próprio alicerce do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, ainda, importante é o olhar crítico de Raul Zaffaroni que afirma que ao admitir a figura do inimigo, identifica-se o traço característico do Estado absoluto, violador de direitos e garantias individuais, nos quais não se perfaz a existência de limites frente à atuação repressiva desempenhada pelas agências que compõem o denominado poder punitivo. Nesse aspecto:

A partir de uma visão estática do poder – ou seja -, da fotografia – é possível pensar que, se concedermos um espaço limitado ao direito penal do inimigo, ou seja, se entregarmos um grupo de pessoas ao poder conforme o modelo do Estado de polícia, e de forma limitada, as pulsões deste modelo cessarão. Todavia, não é isso que acontece na realidade dinâmica do poder, no qual todo espaço que se concede ao Estado de polícia é usado por este para estender-se até chegar ao Estado absoluto.

É por meio dessa visão que o sistema de direito penal de Jakobs é aberto no sentido de se vislumbrar vários canais para a instalação de um Estado autoritário. Se o Estado tem legitimidade para perseguir e punir – sem limites – terroristas, abre-se a oportunidade para que esse comportamento ou controle se repita frente a outros grupos de pessoas consideradas inimigas da sociedade ou da convivência harmoniosa social. Para tanto, alguns instrumentos são utilizados para este fim e um deles é justamente a indeterminação de prazo legal da prisão preventiva.

Zaffaroni explica que:

o direito penal deve sempre caminhar para o ideal do estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o estado de polícia avança. trata-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos –, renuncia ao princípio do estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o estado de policial.¹⁸⁷

Admitir que o Estado atue dessa maneira é, indubitavelmente, desvirtuar a finalidade do direito material e processual, uma vez que:

o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com a impunidade, e, jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Lenio Streck na mesma esteira:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.¹⁸⁸

O problema, pois, é ainda maior, haja vista que a respectiva violação ocorre de forma sistemática, reiterada e ostensiva de uma série de outros direitos fundamentais igualmente importantes. Para tanto, a seguir.

¹⁸⁷ ZAFFARONI, op. cit., p. 172.

¹⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, p. 180.

4.2.1 A inconstitucionalidade da ausência de prazo legal da prisão preventiva enquanto desdobramento do direito penal do inimigo

O capítulo em testilha é dedicado a demonstrar as principais violações oriundas da indeterminação de prazos da prisão preventiva enquanto um desdobramento do direito penal do inimigo, encontrando neste, a referida omissão, legitimidade para sua perpetuação. Nesse contexto, adotou-se um caráter descritivo-normativo.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, erigiu a vida como objeto de direito fundamental inviolável, cuja natureza ultrapassa o sentido biológico e integra-se de elementos materiais e imateriais¹⁸⁹, devendo o Poder Público atuar positivamente na garantia e proteção desse direito, sobretudo por constituir a fonte primária de todos os outros (direito à dignidade da pessoa humana, direito à privacidade, direito à honra, direito à imagem, direito à integridade física e moral etc.).

Logo, integridade física e moral dos presos é um direito humano protegido pela Constituição da República e por Tratados Internacionais e, portanto, constitui-se de características tais quais a universalidade, a indivisibilidade, a inter-relação, a interdependência e a inalienabilidade. Para tanto, diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil são corroborados em nossa Constituição Federal e na legislação doméstica em matéria de proteção à dignidade da pessoa humana e de respeito à integridade *lato sensu* dos privados de liberdade, dentre os quais se pode citar, a título exemplificativo, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da ONU (1955, atualizada em 2016).

O artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica), por sua vez, estabelece o direito à integridade física, psíquica e moral, inclusive dos indivíduos privados de liberdade, o qual está previsto no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal Brasileira, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. A referida Convenção (artigos 7º e 8º) assegura, ainda, os direitos pertinentes à liberdade pessoal e garantias judiciais que guardam relação com os incisos LIII (princípio do juiz natural), LIV (princípio do devido processo legal), LV (princípios do contraditório e da ampla defesa) e LVII (princípio da inocência) do artigo 5º da nossa Carta Maior, e que, portanto, um dos desdobramentos de tais preceitos é justamente o de que a pessoa acusada de um delituoso tem

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 196/197.

o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada (de acordo com a lei).

A presunção de inocência constitui um direito fundamental do homem, e foi proclamada aos 26 de agosto de 1789, em Paris, na "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", sendo fruto de uma árdua conquista histórica permeada de percalços e violações de direitos individuais indisponíveis, constituindo, principalmente dos dias de hoje, elemento essencial da e para a democracia.

Na data de 22 de novembro de 1969 foi realizada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre direitos humanos em San José da Costa Rica, tendo o Brasil aderido ao pacto pelo decreto legislativo 27, de setembro de 1992. E, neste pacto, o art. 8º, II, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Cita-se como exemplo o Caso J. vs Peru¹⁹⁰ (2013), o qual, em suma, a Sra. J., ao ser apresentada perante a imprensa como terrorista e “sendera”, teve sua culpabilidade presumida pela sociedade peruana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Peru por violação ao estado de inocência, previsto no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, condição de inocência é inerente à pessoa humana e que, por este princípio, toda pessoa deve ser considerada inocente até que, após o devido processo legal e seu trânsito em julgado, sobrevenha a sentença penal condenatória. Dessa forma, constitucionalmente falando, a presunção de inocência é mantida não apenas se não houver

190 Caso J. vs. Peru: A Sra. J. foi presa durante o cumprimento de medida de busca e apreensão residencial. Processada criminalmente por terrorismo e associação ao terrorismo, em virtude de suposta vinculação com o grupo armado Sendero Luminoso, foi absolvida em junho de 1993. Logo após ser solta, deixou o território peruano. Em dezembro do mesmo ano, a Corte Suprema Peruana cassou a sentença absolutória, determinou um novo julgamento e decretou sua prisão. Para a CIDH, os distintos pronunciamentos públicos das autoridades estatais, sobre a culpabilidade de J. violaram o estado de inocência, princípio determinante que o Estado não condene, nem mesmo informalmente, emitindo juízo perante a sociedade e contribuindo para formar a opinião pública, enquanto não existir decisão judicial condenatória. Para a Corte, a apresentação da imagem da acusada para a imprensa, escrita e televisiva, ocorreu quando ela estava sob absoluto controle do Estado, além de as entrevistas posteriores também terem sido levadas a cabo sob conhecimento e controle do Estado, por meio de seus funcionários. - A Corte acentuou não impedir o estado de inocência que as autoridades mantenham a sociedade informada sobre investigações criminais, mas requer que isso seja feito com a discrição e a contextualização necessárias, de tal modo a garantir o estado de inocência. Assim, fazer declarações públicas, sem os devidos cuidados, sobre processos penais, gera na sociedade a crença sobre a culpabilidade do acusado. Extraído de LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, ed. 5ª, 2017, p. 46.

trânsito em julgado em sentido contrário, mas também se no processo tiverem sido asseguradas todas as garantias materiais e processuais¹⁹¹.

Soma-se ao disposto acima o art. 5º, III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, direito corroborado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 5º e pelo Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 5º, 2, sendo, pois, **o excesso de prazo na duração da prisão preventiva tratamento desumano**.

Não à toa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no artigo 12, preceitua que “ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 agasalhou, nos incisos V e X do art. 5º, os direitos subjetivos privados relativos à integridade moral das pessoas, dentre os quais se encontram a intimidade, a honra e a imagem que, por sua vez, nada obsta salientar que são invioláveis. Repise-se: de todas as pessoas. Não há, portanto, para o Direito, pessoas de categorias distintas. Inconcebível a incorporação de um Direito Penal do Inimigo.

Todo ser humano, portanto, tem uma esfera de valores próprios que são postos em sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas, também, na convivência com os seus semelhantes, devendo-se respeitar, em razão disso, não apenas aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, mas aqueles direitos relativos, sobretudo, aos seus valores pessoais, que incidem nos seus sentimentos e nas suas relações com os seus pares. O que não ocorre quando da decretação da prisão preventiva sem qualquer estimativa de saída ou soltura, dada as imprecisões legais.

Alia-se aos *perigos* da prisão preventiva o fato de que os meios de informação desempenham uma função determinante para a politização da opinião pública e, nas democracias constitucionais, têm capacidade de exercer um controle crítico sobre os órgãos dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário. A imprensa independente, portanto, enquanto se posiciona em competição cooperativa com os órgãos do poder público, foi definida como o Quarto poder¹⁹². Por essa razão, a sua atuação também deve ser baseada no respeito aos direitos humanos. Contudo, a transmissão televisiva de grande número de programas regionais,

191 LAZARI, Rafael de. **Manual de direito constitucional**, 2 ed, Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2018, p. 406.

192 ZANONE, Valério. Quarto Poder. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 1 ed. Vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1040.

principalmente noticiosos policiais, evidenciam o contrário, de modo que estão violando sistematicamente os direitos humanos, bem como uma série de legislação esparsa. Inclusive, interferindo na decretação massiva da preventiva.

A título demonstrativo, que reflete a realidade supra, mencionam-se os casos referentes aos Estados de Alagoas, de Rio de Janeiro, do Ceará e da Paraíba. Nesse contexto, respectivamente:

“Os agentes públicos que atuam junto à Secretaria de Defesa Social e às polícias Civil e Militar de Alagoas não podem mais fazer a exposição involuntária de presos provisórios aos meios de comunicação. A decisão, proferida nesta sexta-feira (24), é do juiz Alberto Jorge Correia de Barros Lima, da 17ª Vara Cível de Maceió. *Fotos, vídeos e divulgação de nomes podem ser produzidos livremente pelos meios de comunicação, observadas as restrições legais e a responsabilidade destes veículos. O que não é possível é a colaboração dos agentes públicos com os meios de comunicação para a exposição involuntária e sensacionalista de presos que sequer tiveram suas culpas formadas*, explicou o magistrado, que acatou em parte pedido feito pela Defensoria Pública do Estado.”¹⁹³

“Pessoas presas provisoriamente no Rio de Janeiro não poderão mais ser submetidas à tradicional sessão de apresentação à imprensa — a não ser que haja uma justificativa. Foi o que decidiu o presidente do Tribunal de Justiça daquele estado, desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, ao julgar um pedido do governo estadual para suspender a liminar que proibiu a polícia de continuar com a exposição. (...)”¹⁹⁴

“O Ministério Público Federal no Ceará (MPF/CE) recomendou ao secretário de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará atenção ao divulgar notícias, resultando em matérias jornalísticas de foco policial, tanto no âmbito da polícia civil como militar. Para os procuradores da República Nilce Cunha Rodrigues e Alessandra Sales, mesmo existindo o dever de informar, a autoridade policial não pode ser levada ao descumprimento dos princípios e regras constitucionais que asseguram a proteção da dignidade da pessoa humana. O MPF/CE alerta sobre a necessidade da imagem do acusado ser preservada, devendo ser absolutamente vedado a produção de filmagens, fotos e/ou entrevistas com pessoas presas. Em operações policiais, segundo deixa frisado, quando o interesse público exigir a divulgação, a apresentação do acusado e do material apreendido deve ser realizada, de preferência, através de fotografias das pessoas investigadas e por meio de entrevista coletiva, com a presença do secretário de Segurança Pública e Defesa Social, por se tratar de porta-voz da instituição, além de contar com a presença das autoridades policiais responsáveis pela investigação. Neste caso, o MPF pretende assegurar que os veículos de comunicação recebam tratamento isonômico.”¹⁹⁵

“O Ministério Público Federal (MPF) na Paraíba ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, requerendo que a Justiça determine à TV Correio que exiba o programa ‘Correio Verdade’ somente após as 22h, em razão do conteúdo do programa ser inadequado para crianças e adolescentes. A ação foi ajuizada em 19 de setembro de 2012 contra a União, estado da Paraíba, Empresa de Televisão João Pessoa Ltda (TV Correio) e Samuel de Paiva Henrique (Samuka Duarte), apresentador do referido programa. Na ação, o MPF questiona a ofensa à honra e à imagem de pessoas detidas

¹⁹³ <http://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia¬=11343>

¹⁹⁴ <https://www.conjur.com.br/2015-out-02/tj-rj-proibe-policia-apresentar-presos-provisorio-imprensa>

¹⁹⁵ <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/2073860/mpf-ce-recomenda-que-imagem-de-presos-em-delegacias-seja-preservada?ref=serp>

– em situações de suspeita ou de flagrante; a exibição corriqueira de imagens não autorizadas de menores apreendidos em situação infracional, os quais são submetidos, com a conivência de policiais, a entrevistas vexatórias; a veiculação do programa em horário totalmente inadequado (ao meio dia); a exposição dos telespectadores, em sua maioria, jovens e adolescentes, ao material impróprio exibido e a ausência de classificação do programa, pela União, diante de seu verdadeiro conteúdo – show de auditório com ênfase em temas de violência e policiais – ao horário em que são exibidos.”¹⁹⁶

Note-se que, com base na política de “guerra às drogas”, há uma espetacularização da violência por meio do reforço da cultura do medo e da cultura da repressão, ignorando, assim, o processo penal, a presunção de inocência, o direito de defesa e outras garantias do Estado Democrático de Direito, cuja consequência, para além de tantas outras, é justamente uma visão distorcida dos Direitos Humanos pela própria sociedade. E por aqueles que deveriam assegurar e cumprir os ditos direitos.

4.3 BREVES CRÍTICAS AO DPI E A NECESSIDADE DE UM PRAZO LIMITE À PP

Inicia-se o presente tópico rememorando que a dignidade da pessoa humana, princípio pilar do ordenamento jurídico, inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança¹⁹⁷ e, portanto, independe da condição e do comportamento social do indivíduo, sendo-lhe inerente¹⁹⁸. É oportuno repetir que o ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto de direitos e garantias constitucionais.

Ter dignidade, em linhas gerais, significa ter um valor em si mesmo, estar acima de todo o preço, não ser susceptível de troca ou de transação¹⁹⁹, extraíndo-se, daí, que por mais hediondo que seja o crime praticado, e por mais censurável que seja a culpa revelada, o criminoso não perde a dignidade que adquiriu pelo *simples* fato de ser pessoa, devendo continuar a ser tratado condignamente apesar da condenação e (eventualmente) da pena a que foi ou venha a ser

¹⁹⁶ <https://www.wscom.com.br/noticia/mpf-ajuiza-nova-acao-contraprograma-de-tv-na-paraiba/>

¹⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires et al. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 237

¹⁹⁸ NEUMANN, Derecho Penal del Inimigo, in CANCIO MELLÀ; JARA-DIEZ (coords.), Derecho Penal del Inimigo, el discurso penal de la exclusion, 2º volume, ed. 8 de F., 2006, p. 408, e s;

¹⁹⁹ Assertiva que foi um dos marcos do pensamento liberal ético e jurídico liberal, preconizada por Kant, em sua famigerada obra, Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ed. Atlântida, 1960, p. 76.

sujeito²⁰⁰. A situação é ainda pior quando, não havendo condenação, o sujeito é privado da sua liberdade por tempo indeterminado.

Dito isto, o próprio Código de Processo Penal apresenta, em seu art. 282, §4º e 5º, a prisão preventiva deve ser aplicada apenas em último caso, sendo possível a liberação do réu, visto que caso seja necessária, tal medida poderá ser aplicada novamente. Estes dispositivos refletem o princípio da provisionalidade que consiste no fato da prisão preventiva está intimamente relacionada à situação fática que a decretou, uma vez cessado o fato que ensejou a aplicação da medida, deve também a prisão ser revogada. Este princípio, por si só, tem o condão de, na ponderação de princípios, ser aplicado com prevalência em relação ao princípio da presunção da inocência, determinado pela Constituição Federal, em que ninguém será considerado culpado antes que tenha ocorrido trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Aliás, ainda que a prisão preventiva seja colocada como medida cautelar, não estando caracterizada como antecipação de pena, a depender do regime de pena aplicado ao réu, caso do regime semiaberto, ao menos neste regime o preso tem o direito de trabalhar externamente ao presídio e participar de cursos regulares. Ou seja, o preso preventivamente encontra-se em situação mais gravosa do que o condenado definitivamente. Incide, nesse ponto, uma das problemáticas oriundas da ausência periódica analisada na presente pesquisa.

Nos ensinamentos de Carnelluti:

as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em moeda justa, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça de que, se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também podem ocasionar-lhe um mal mais grave; quicá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobretudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!²⁰¹

²⁰⁰ Os Criminosos são Pessoas? Eficácia e Garantias no Combate ao Crime Organizado, em Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, 2ª ed., Quartir Latin, São Paulo, 2009.

²⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, v. 2, p. 75.

O sistema penal brasileiro, após a Constituição de 1988, na qual se construiu, dentre outras, a ideia de que o direito penal é um limitador ao poder punitivo do Estado, tem como alicerce postulados garantistas, cuja premissa basilar é proteger os direitos de primeira geração, fundamentando-se nos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Cidadã.

Considerando o apresentado supra, alinhado ao garantismo penal, os direitos humanos aliados às garantias constantes na Constituição Brasileira de 1988 são incompatíveis com o que se denomina, atualmente, de Direito Penal do Inimigo. Isso porque esse “polêmico fenômeno” enxerga o indivíduo como uma ameaça em potencial ao Estado, que deve ser contido ou aniquilado antes mesmo da prática delituosa, deixando de lado sua essência humana e não sendo considerado como sujeito processual. Nega-se o valor do ser humano, afrontando preceitos constitucionais internos e elencados em Tratados Internacionais, os quais Brasil é signatário.

Nota-se que o garantismo penal e o direito penal do inimigo são antagônicos, na medida em que o primeiro garante liberdades individuais, respeito e preservação aos direitos e garantias materiais e processuais, alicerçando-se nos princípios basilares de um estado democrático de direito; e o segundo despreza direitos inerentes a qualquer pessoa, visando a soberania absoluta do Estado, sob a justificativa de eliminação/diminuição da criminalidade.

Assim sendo, a proteção dos direitos fundamentais deve ocorrer de maneira integral, surgindo o dever de proteção estatal, que se obriga a agir em defesa de todos os direitos fundamentais envolvidos²⁰². Logo, não é admissível que uma teoria que diferencia pessoas em humanas e não humanas ganhe, cada vez mais, espaço nos ordenamentos jurídicos. No Brasil, a “legitimação” de tal política criminal encontrou respaldo na indeterminação de prazo.

Não ignora-se o fato de que essa indeterminação ganha força a partir – e também - da atuação *deturpada* da mídia, que se confronta com os princípios constitucionais do processo penal, distorcendo sua finalidade e que, antes de haver *sentença*, seja ela condenatória ou absolutória, *o indivíduo cumpre uma pena*, presumindo-se culpado pela própria imprensa e sociedade.

Nessa toada, a incitação de violência, ódio e violação de direitos humanos constitui abuso do exercício da liberdade de expressão, notadamente quando lançado em emissora de radiodifusão de sons e imagens, serviço público da União. Portanto, inexoravelmente vinculado aos princípios e valores expressos na Constituição da República, que tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e

²⁰² BARATA, op. cit.

da marginalização, a promoção do bem de todos, sem preconceitos (art. 3º, I, III e IV, C.F.), regendo-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, C.F.), postura que obviamente deve-se imperar também no plano interno. Tem-se, pois, que a não regulamentação e, portanto, não cumprimento de um prazo objetivo para fins de uma prisão cautelar dá ensejo para a incitação e prática de violência em diversos setores da sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De imediato, verifica-se que a decretação da prisão preventiva a partir dos seus atuais fundamentos e finalidades é incompatível com o sistema adotado pelo Brasil no que diz respeito às garantias constitucionais. E é, principalmente, incompatível com os direitos humanos. Isso porque, a própria caracterização da medida cautelar em questão é revestida de uma roupagem cujo tecido é fabricado pelo próprio Jakobs. Isso se dá, em especial, pela ausência de prazo da referida modalidade de prisão cautelar no ordenamento jurídico.

Com isso, o entendimento verificado durante este trabalho de pesquisa é no sentido de confirmar as hipóteses suscitadas inicialmente. Ou seja, a indeterminação de prazo legal para a duração da prisão preventiva, hoje, no Brasil, encontra fundamento e legitimidade com a adoção do Direito Penal do Inimigo, teoria inserida no campo da política criminal, e de autoria de Gunther Jakobs. Essa política é inconstitucional e incompatível com o Estado Democrático de Direito na medida em que objetiva estabelecer a diferença entre pessoa e não pessoa.

A pesquisa permitiu apresentar um panorama acerca do instituto da prisão preventiva, acerca do contexto histórico, cultural e sociológico em que está inserido, de modo a evidenciar que, de fato, a sua indeterminação consiste em um problema para os direitos humanos. Foi possível verificar a influência do DPI, ainda, a partir de uma perspectiva sobre a incorporação e reconhecimento de uma teoria com viés de política criminal no processo de transição e expansão do direito penal da democracia brasileira.

O presente trabalho, ao ter investigado que o direito penal tradicional tornou-se insuficiente para atender as várias tarefas que lhes são atribuídas, identificou que a teoria proposta por Jakobs surge (e é inserida no contexto brasileiro) sobretudo enquanto uma forma de resposta à necessidade de reduzir a criminalidade ou na tentativa de atender a demanda populacional por segurança. Um desses meios é o instituto da prisão preventiva e sua aplicação em massa.

Por essa razão, a indeterminação de prazo para fins de duração de uma prisão cautelar coloca em xeque concretização dos direitos humanos e a própria supremacia constitucional. Um claro exemplo é que o princípio da presunção de inocência não é respeitado. Constatou-se que a referida omissão, por outro lado, constitui a transição (ou retrocesso) de um Estado Social para um Estado Penal, que visa admitir a flexibilização de direitos e garantias fundamentais de determinadas pessoas – os inimigos, cuja legislação a eles aplicada é a de guerra.

O procedimento de guerra identificado é baseado em três elementos fundamentais do Direito Penal do Inimigo e característicos do instituto da prisão preventiva, quais sejam, a) o amplo adiantamento da punibilidade, b) penas previstas desproporcionalmente altas e c) garantias processuais suprimidas.

Com se observa, ao adotar tais medidas, o ordenamento jurídico brasileiro divorcia-se do chamado direito penal democrático, negando brutalmente garantias que são inerentes a pessoa pelo simples fato de assim o ser. A inconstitucionalidade em estabelecer categorias de humanos é mínima frente à desumanização do outro. A história e “evolução” das sociedades e civilizações não nos deixam dúvidas de que o inimigo, muitas das vezes, é assim reconhecido por um caráter subjetivo de quem “julga”.

Ao se reconhecer, de fato, a existência de “dois tipos de pessoas”, lança-se mão para que determinados grupos, mormente os considerados vulneráveis socialmente, sejam alvo dessa legislação de guerra e, por consequência, de extermínio. E isso é muito mais veemente em países periféricos, como o caso do Brasil.

Ao tentar combater não são os fatos mas, sim, os sujeitos, evidencia-se que não há um interesse em resolver a causa, mas a consequência, o efeito. Os próprios fins do sistema punitivo são equivocadamente revertidos e permanecem em descompasso com todas as conquistas históricas até então alcançadas.

Dito isto, essencialmente para se alinhar com os preceitos fundantes dos direitos humanos e da própria Constituição, considerando a necessidade de se limitar as práticas oriundas da privação de liberdade em caráter cautelar, para minimamente, buscar concretizar direitos inseridos no campo teórico, considerando a crise do sistema prisional em que população carcerária brasileira sofre crescentes aumentos, sobretudo a partir da decretação da prisão preventiva, tendo em vista, ainda, todos os aspectos negativo advindos do cárcere, é que entende-se pela determinação de um prazo legal e objetivo para a medida cautelar em discussão.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. **Estado de exceção**: tradução de Iraci D. Poleti. - São. Paulo : Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: tradução Roberto Raposo. — São Paulo : Companhia das Letras, 2012.

BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2002.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. Coleção Pensamento Criminológico, v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia I**. Rio de Janeiro: Laemmert & C. 1892.

_____. **Menores e Loucos. Fundamento do direito de punir**. Sergipe: Ed. Do Estado de Sergipe, 1926;

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Delação premiada é favor legal, mas antiético**. CONJUR, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico>. Acesso em 27 de maio de 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial (vol. 4)**. 3ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20ª Ed. Revista, Ampliada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. Causas e alternativas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo; **Curso de Direito Constitucional**; São Paulo: Malheiros, 1994.

BONHO, Luciana Tramontin. **Noções Introdutórias sobre o Direito Penal do Inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/8439/noco-es-introductorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>>.

Acesso em: 30 de abril 2019.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.

BRUCKNER, Pascal. **O complexo de culpa do ocidente**. Portugal: Publicações Europa-América, 2008.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. **O mundo da violência: a polícia na Era Vargas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Narciso Alvarenga M. De. **Política Criminal Contemporânea e a questão do Direito Penal do inimigo**. Porto Alegre, Núria Fabris. 2010.

CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da guerra**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIAS, Augusto Silva. **Torturando O Inimigo Ou Libertando Da Garrafa O Gênio Do Mal? Sobre A Tortura Em Tempos De Terror**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 – abr. 2012. p. 235-276.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico e justificação retórica**. In: Retórica e política (MARSILAC, N., PARINI, P.) João Pessoa: UFPB, 2015.

FEITOSA, Enoque. **O discurso jurídico como justificação**. Recife: EDUFPE, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicion y ejecucion penal la Carcel: uma contradicción institucional**. In Revista Crítica Penal y Poder 2016, nº 11 Septiembre (pp.1-10) Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Buenos Aires: AdHoc, 2003.

_____; CONDE, F. Muñoz. La **Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal**. pp. 41-46_ 187-200..pdf para visualizar o arquivo. 1995.

FILHO, Paulo Silas Taporosky. **Prisão Preventiva como Injustiça Necessária? O Ponto de Vista de Ferrajoli**. Empório do Direito: 10 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/prisao-preventiva-como-injustica-necessaria-o-ponto-de-vista-de-ferrajoli-por-paulo-silas-taporosky-filho>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2019.

FOUCAULT, MICHEL, **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Original Surveiller et Punir (Editions Gallimard, 1975). Petrópolis: Vozes, 1987.

_____**Microfísica do poder**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 1979.

FREITAS, Lorena. **Uma Análise Pragmática dos Direitos Humanos**. In: FREITAS, L; FEITOSA, E. (Orgs. Marxismo, Realismo e Direitos Humanos. João Pessoa: UFPB, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas cautelares e princípios constitucionais**. In: FERNANDES, Og. (org.). Medidas cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Conteúdo Jurídico: 2010. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal,29698.html>>. Acesso em: 25 abril de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal Tradicional versus “Moderno e Atual” Direito Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo, n. 42, p. 236- 241, jan./mar. 2003.

GRECO, ROGÉRIO, **Sistema prisional - colapso atual e soluções alternativas**, 2. ed. Niterói: Impetus, 2015;

INTER-AMERICAN Commission on Human Rights. Rapporteurship on the Rights of persons Deprived of Liberty. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas** / [preparado por Relatoría sobre los Derechos de las personas privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos], 2013.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de Custódia: Panorama Nacional**. Open Society Foundations: Gestão 2016/2018. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2017/12/sumarioexecutivo_web2.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2019.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2ª Edición. Marcial Ponz: 1997.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro.

JAKOBS, Gunther. **Sobre la teoria de la pena**. 1998.

JAKOBS. ZStW, vol. 97, 1985, pp. 751ss., p. 783; idem, nota 18. pp. 51ss.; idem. In: Hsu, Yu-hsiu (org.). **Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure**. Staatlich Strafe: 2003, pp. 41ss.; idem, op. cit, pp. 40ss.

JAKOBS, Günther MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Moraes. **Crise de Identidade da “Ordem Pública” como Fundamento da Prisão Preventiva**. Conjur: 6 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 29 de abril de 2019.

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

JUNIOR, Roberto Delmanto. As **modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração** / Roberto **Delmanto** Junior. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

KARAM, Maria Lucia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Luam Ed., 1991.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Tradução de Luis Legaz Lacambra. México: Colofón, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único**. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

LOPES JUNIOR, AURY. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre, v. 2, p. 11-33, 2001.

MAIA, Clarissa Nunes. NETO, Flávia de Sá. COSTA, Marcos. BRETAS, Marcos Luiz. **História das prisões no Brasil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MEIRELES, Lenilma C. S. de Figueiredo. **A Indeterminação Do Tempo Na Prisão Preventiva: Análise Constitucional À Luz Da Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2020. Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa. Lisboa.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado: Lei nº 12.850/13**. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015a.

_____. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais** – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2015b.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**; tradução Tadeu Antônio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toleno. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**, São Paulo, editora Atlas, 2010.

MIRANDA, Ana. **Boca do Inferno**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. 22ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MUÑOZ CONDE, F. **Teoria general Del delito**. Temis, 1984.

NEDER, Gizlene. **Illuminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Julio Cezar Sanches. **A (In) Constitucionalidade da Garantia da Ordem Pública como Requisito para a Decretação da Prisão Preventiva**. Jus: fevereiro de 2019.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72099/a-in-constitucionalidade-da-garantia-da-ordem-publico-como-requisito-para-a-decretacao-da-prisao-preventiva>>. Acesso em: 29 de abril de 2022

PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PASCOAL, Janaína C. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 153, p. 8-9, 2005.

POLA, Giuseppe Cesare. **Commento ala Legge sulla Condanna Condizionale**. Torino, Fratelli Boca, 1905.

PRADO, GERALDO. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. RJ: Lumen Juris, 2006;

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a Contramão da Modernidade**. 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Processual Penal** – Introdução. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

RABENHORST, Eduardo. **O que são direitos humanos?** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01_rabenhorst_oqs_dh.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2020, às 21h9min.

RANGEL, Paulo, **Direito processual penal**. 28ª ed.- São Paulo, Atlas, 2018.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

_____, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____, Miguel. **Constituição e Direito Penal Vinte anos de desarmonia**. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160340/Constitucao_Direito_Penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 3 de janeiro de 2023.

REIS, Marcela. **Pragmatismo Político: Como reverter o quadro de superpopulação de presos no Brasil?** Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/26505-pragmatismo-politico-como-reverter-o-quadro-de-superpopulacaode-presos-no-brasil> Acesso em: 14 de nov. de 2022.

ROCCELO, Mariane. **Sistema carcerário brasileiro é filtro discriminatório “a serviço de uma sociedade desigual”**, diz coordenador da Conectas. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/26514-ultimainstancia-sistema-carcerario-e-filtro-discriminatorio>>. Acesso em: 15 de nov. de 2022

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Renovar: 2002.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SAIBRO, Henrique. **A Provisionalidade das Medidas Cautelares**. Canal Ciência Criminais: 2015. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/220922804/a-provisionalidade-das-medidas-cautelares>>. Acesso em: 29 de abril de 2019.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, p. 113-119, 2001.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Direito Penal do Inimigo e Culpa Jurídico-Penal: O Problema da Responsabilidade pelo Livre-Arbítrio**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/pt-br.php>. Acesso em: 06 jan. 2023.

SILVA, José Afonso da; **Curso de Direito Constitucional Positivo**; São Paulo: Malheiros, 2005, 25ª edição.

STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. In Revista AJURIS, Porto Alegre, nº 97, março de 2005

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1976.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2001.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o terrorismo: progresso ao retrocesso**. Ed. Almedina. 2020.

ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991;

_____. **Estructura básica del derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Pierangeli, José Henrique, vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

_____. “Sentido e justificación de la pena”, in **Jornadas sobre sistema penitenciário y derechos humanos**. Freixas, Eugenio & Pierini, Alicia (dir). Buenos Aires: Del Puerto, 1997.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Código de Processo Penal: Decreto lei nº 3689 de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Decreto de 23 de maio de 1821**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm>

BRASIL. **Lei nº 5349 de 3 de novembro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5349.htm>.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7492.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996. **Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm#art1>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal;** altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN** – Junho 2016. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacionaldeinformacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>