



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

MARIA EDUARDA DE ALMEIDA SIQUEIRA SILVA

**A ABSTRAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO ART. 312 DO CPP À LUZ DA TEORIA DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO**

**JOÃO PESSOA
2024**

MARIA EDUARDA DE ALMEIDA SIQUEIRA SILVA

**A ABSTRAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO ART. 312 DO CPP À LUZ DA TEORIA DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo B. De Mesquita Batista

**JOÃO PESSOA
2024**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

S586aa Silva, Maria Eduarda de Almeida Siqueira.

A abstração dos critérios do art. 312 do CPP à luz
da Teoria do Direito Penal do Inimigo / Maria Eduarda
de Almeida Siqueira Silva. - João Pessoa, 2024.
67 f.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito Penal do Inimigo. 2. Prisão Preventiva.
3. Estado Democrático de Direito. I. Batista, Gustavo
Barbosa de Mesquita. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 343

MARIA EDUARDA DE ALMEIDA SIQUEIRA SILVA

**A ABSTRAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO ART. 312 DO CPP À LUZ DA TEORIA DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo B. De Mesquita Batista

DATA DA APROVAÇÃO: 14 DE OUTUBRO DE 2024

BANCA EXAMINADORA:

Gustavo Barbosa H. Batista
Prof. Dr. Gustavo B. De
Mesquita Batista
(ORIENTADOR)

Profº. Drª. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
(AVALIADORA)

Prof. Dr. Rômulo Rhemo Palitot Braga
(AVALIADOR)

À minha avó, Maria do Socorro Nunes, e à
minha tia, Edvoneide Mary Nunes (*in
memoriam*), para sempre presentes em meu
coração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Edvaldo Nunes e Rosineide Almeida, por todo o amor, apoio e confiança em mim depositados durante toda a minha vida; pela possibilidade de vir a João Pessoa e à Universidade Federal da Paraíba; por todo o esforço que ambos sempre empenharam; por serem os maiores incentivadores da minha educação e os melhores exemplos que eu poderia ter. Sem vocês, nada disso seria possível.

Ao meu irmão, Luiz Eduardo Almeida, por ser o melhor amigo e companheiro de vida que eu poderia ter. Aos meus primos – e irmãos mais velhos – Isabella Almeida e Luiz Barros, por sempre acreditarem em mim. A Isabella, particularmente, agradeço por ter oportunizado a minha primeira atuação profissional, desde o 3º período do curso de Direito até o momento, e por me inspirar diariamente como mulher e advogada.

À minha (grande) família – avó, tias, tios e incontáveis primos – por todos os momentos de diversão, festas de aniversário e memórias especiais.

Particularmente, agradeço à minha avó, Maria do Socorro Nunes, e à minha tia, Edvoneide Mary Nunes (*in memoriam*), das quais recordo todos os dias em uma mistura difícil de amor e saudade.

Aos meus amigos da graduação, José Jonas Mangueira, Maria Thereza Henriques, Mariana Gerjoy e Yasmin Mero, por todos os cafés e por terem tornado toda essa jornada mais leve, prazerosa e enriquecedora, bem como, em especial, à minha amiga Bárbara Fialho, por ter me acompanhado ainda mais de perto durante toda a produção deste trabalho, sendo sempre suporte e orientação, bem como pelas nossas conversas, treinos e *dates*.

Aos meus amigos de infância, de escola e de vida, Ana Luisa Brito, Maria Luiza Santana, Maurício Nunes, Anne Santana, Gabriela Andrade, Gislaine Queiroz e tantos outros que me proporcionaram inúmeros sorrisos e recordações inesquecíveis.

A Filipe Falcão, meu companheiro no amor, por ter ouvido todas as minhas reclamações durante a produção e por todo o carinho recebido durante este processo e fora dele.

Aos meus filhos felinos, Lilica, Aninha, Dudu, Lula e Frajola, que tornam a vida mais leve todos os dias.

Aos professores, servidores e terceirizados do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB, que tanto fazem pela excelência da universidade pública. Aos projetos de extensão “É Preciso Falar de Política” e “CIPOMUN: Cidadania e Política no Mundo Virtual”, coordenados respectivamente pelos queridos professores Anne Augusta Alencar Leite Reinaldo e Paulo Henrique Tavares da Silva, aos quais agradeço por terem me oportunizado criar e compartilhar ricos aprendizados acerca da cidadania e da política durante minha extensa participação, em 2020, 2021, 2023 e 2024.

À professora Márcia Glebyane, que tanto se empenha, todos os semestres, na cooperação com os alunos para a entrega deste trabalho e conclusão do curso. Ao meu orientador e à banca avaliadora, pela oportunidade de defender este trabalho e finalizar este ciclo.

Por fim, à Universidade Federal da Paraíba e ao Centro de Ciências Jurídicas – que entregam excelência mesmo diante de tantos desafios sociais, econômicos e políticos – aos quais me dediquei grandemente durante cinco enriquecedores anos.

“Os bons e os maus resultados dos nossos ditos e obras vão-se distribuindo, supõe-se que de uma forma bastante uniforme e equilibrada, por todos os dias do futuro, incluindo aqueles, infindáveis, em que já cá não estaremos para poder comprová-lo, para congratular-nos ou pedir perdão, aliás, há quem diga que isso é que é a imortalidade de que tanto se fala.”

José Saramago

RESUMO

A prisão preventiva é uma das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal Brasileiro, notadamente em seu art. 312. Desse modo, por ser uma excepcionalidade frente à regra presente no Estado Democrático de Direito – o estado de liberdade e os direitos fundamentais dos indivíduos – deve ser concebida de maneira essencialmente fundamentada para que possua legitimidade para limitar a liberdade do indivíduo em momento anterior à sentença condenatória transitada em julgado. Os requisitos legalmente previstos para a sua decretação, entretanto, são reconhecidamente abertos e vagos pela doutrina. Sendo assim, o trabalho analisa a possibilidade de tomada de decisões nessa seara em consonância com o direito penal do inimigo, teoria não compatível com os fundamentos de um processo penal democrático. Ademais, será explanado o modo como ocorre a valoração prática dos elementos do dispositivo mencionado, sobretudo com relação à prisão preventiva dos acusados pelo delito de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006. Com a utilização do método hipotético-dedutivo, foi realizado um trabalho de pesquisa hermenêutica e bibliográfica. Concluiu-se pela necessidade de melhor adequação da norma do art. 312 do CPP às disposições constitucionais e àquelas em matéria de direitos humanos, para que se possa conceber, na prática, uma melhor eficiência do estado de liberdade, pressuposto do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Prisão preventiva. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

Preventive detention is one of the precautionary measures provided for in the Brazilian Code of Criminal Procedure, notably in its Article 312. As such, being an exception to the rule present in a Democratic Rule of Law — the state of liberty and the fundamental rights of individuals — it must be conceived in a fundamentally reasoned manner to ensure its legitimacy in limiting an individual's freedom prior to a final and unappealable conviction. However, the legally prescribed requirements for its issuance are widely recognized by scholars as broad and vague. Thus, this paper analyzes the possibility of decision-making in this area in alignment with enemy criminal law, a theory incompatible with the foundations of a democratic criminal process. Moreover, the practical assessment of the elements of the aforementioned provision will be explored, especially in relation to the preventive detention of those accused of drug trafficking, as typified in Article 33 of Law 11.343/2006. Using the hypothetical-deductive method, a hermeneutic and bibliographic research was conducted. The study concluded that there is a need for better alignment of Article 312 of the Code of Criminal Procedure with constitutional provisions and human rights standards to ensure, in practice, greater efficiency of the state of liberty, a cornerstone of the Democratic Rule of Law.

Key-words: Enemy Criminal Law. Preventive detention. Democratic Rule of Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	13
2.1 Breve evolução histórica do Processo Penal Brasileiro.....	13
2.2 Os princípios do devido processo legal e a presunção de inocência no processo penal democrático.....	17
2.3 O respeito à liberdade individual no processo penal brasileiro e sua adequação ao Estado Democrático de Direito	19
3 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: ANÁLISE CRÍTICA DA ABORDAGEM DE GÜNTHER JAKOBS E SUAS IMPLICAÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	21
3.1 Origem e conceituação da teoria do direito penal do inimigo.....	21
3.2 Problemáticas da teoria do direito penal do inimigo	25
3.3 O direito penal do fato como perspectiva inerente ao Estado Democrático de Direito.....	29
3.4 A construção do inimigo no direito penal brasileiro.....	31
4 ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	39
4.1 Os requisitos do art. 312 do CPP: análise crítica	40
4.2 A interpretação subjetiva dos requisitos pelo Judiciário à luz da teoria do direito penal do inimigo	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso propõe-se a investigar a abstração dos critérios previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), analisando-os à luz da Teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs. O artigo 312 do CPP, ao prever os requisitos para a decretação da prisão preventiva, tem como objetivo garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

No entanto, tais critérios, frequentemente vagos e indeterminados, suscitam questionamentos quanto à sua aplicação prática e à possibilidade de serem manipulados em função de uma percepção subjetiva de periculosidade do réu. Esse cenário é potencialmente agravado pela adoção de perspectivas antidemocráticas, como as propostas pelo Direito Penal do Inimigo, que tendem a flexibilizar garantias processuais e antecipar a punição.

Nesse sentido, a teoria de Günther Jakobs (2012) divide o Direito Penal em duas esferas: uma voltada aos "cidadãos", que, mesmo cometendo crimes, ainda mantêm sua condição de sujeitos de direitos; e outra dedicada aos "inimigos", indivíduos cuja personalidade, dotada de elevada periculosidade, coloca em risco a estrutura social e as instituições estatais, justificando, assim, medidas mais severas e a suspensão de suas garantias processuais, mediante projeções de fatos futuros que poderiam vir a cometer. Com base nisso, o problema de pesquisa que orienta este trabalho é: A vagueza conceitual dos critérios do artigo 312 do Código de Processo Penal possibilita a adoção de perspectivas aliadas ao Direito Penal do Inimigo na decretação ou manutenção da prisão preventiva?

Trata-se de um questionamento relevante, especialmente, em um contexto no qual a prisão preventiva, medida legalmente cautelar e excepcional, é causa de quase 30% dos encarceramentos no Brasil (SENAPPEN, 2024). O objetivo geral do trabalho é, portanto, investigar se a perspectiva do Direito Penal do Inimigo influencia as decisões judiciais relativas à decretação ou manutenção da prisão preventiva. Para isso, serão analisados aspectos teóricos e empíricos sobre a aplicação dos critérios do art. 312 do CPP, com vistas a compreender se essas decisões violam os princípios constitucionais, como a presunção de inocência.

Destarte, entre os objetivos específicos, tem-se: (i) compreender como o processo penal brasileiro, em um Estado Democrático de Direito, deve ser pautado

pelo sistema acusatório e pelo respeito à presunção de inocência; (ii) analisar criticamente a Teoria do Direito Penal do Inimigo e suas implicações no contexto de um Estado Democrático de Direito; (iii) investigar se o conceito de "inimigo" é aplicado na prática penal brasileira, especialmente na valoração dos critérios de prisão preventiva; e (iv) realizar uma análise crítica dos requisitos do art. 312 do CPP, buscando identificar possíveis distorções na sua aplicação.

A justificativa para o presente estudo reside na necessidade de explorar o modo como os critérios da prisão preventiva são aplicados, principalmente em casos envolvendo indivíduos pertencentes a grupos marginalizados, como ocorre no contexto do tráfico de drogas, crime que lidera as estatísticas de encarceramento no Brasil (SENAPPEN, 2024).

Em termos metodológicos, o trabalho será conduzido sob o método hipotético-dedutivo, de Karl Popper, utilizando-se de uma abordagem qualitativa. A pesquisa será baseada em revisão bibliográfica e análise crítica de decisões judiciais a título exemplificativo, com o objetivo de verificar se há uma distorção na aplicação dos requisitos do art. 312 do CPP, levando à violação de direitos fundamentais. Desse modo, a abordagem será hermenêutica, com foco na análise legal e jurisprudencial. Servirão a título de referencial teórico as obras de Aury Lopes Júnior, notadamente, Prisões Cautelares (2024) e Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica (2024), diante da sua abordagem crítica acerca da decretação da prisão preventiva em paralelo com a necessidade e coexistência para com o princípio da presunção de inocência. No que se refere ao estudo da perspectiva do direito penal do inimigo, a obra de Günther Jakobs (2012) aliada à obra de E. Raul Zaffaroni, O Inimigo no Direito Penal (2014) são referenciais basilares. Por fim, para fins de compreensão da origem e configuração do racismo no Brasil, será utilizado o livro "Racismo brasileiro: uma história da formação do país", por Ynaê Lopes dos Santos (2022), aliado à obra "Racismo Estrutural", de Silvio Luiz de Almeida (2019), que abordam de maneira rica, dentre outros pontos, o processo de construção de estigmas atrelados a grupos racializados, inclusive no contexto da justiça, o que se faz necessário diante do fato de que, no Brasil, a maioria dos encarcerados são pertencentes à população negra - pretos e pardos (SENAPPEN, 2024).

Para tanto, o trabalho será dividido em três capítulos, de modo que o primeiro oferecerá um panorama sobre o processo penal brasileiro dentro do Estado Democrático de Direito, abordando sua evolução histórica e os princípios que o regem.

Serão explorados temas como o devido processo legal e a presunção de inocência, além da importância do respeito à liberdade individual no contexto do processo penal. O objetivo é contextualizar a aplicação da prisão preventiva à luz dos princípios constitucionais. em seu turno, o segundo capítulo tratará da Teoria do Direito Penal do Inimigo, discutindo suas origens e conceitos centrais, além das problemáticas que ela apresenta no contexto de um Estado Democrático de Direito. Além disso, será traçado um panorama acerca da construção de um "inimigo" no sistema penal brasileiro. O direito penal do fato será contraposto ao direito penal do inimigo, visando destacar a importância de um sistema punitivo baseado na proteção efetiva dos bens jurídicos, em detrimento da mera prevenção voltada a fatos futuros. Já o terceiro capítulo abordará de maneira crítica os requisitos para a decretação da prisão preventiva, conforme estabelecido no art. 312 do CPP, investigando como tais critérios são interpretados de forma subjetiva pelo Judiciário. A análise será complementada com a verificação de decisões judiciais, com o fim de esclarecer se a decretação da prisão preventiva tem sido usada como mecanismo de controle social e antecipação da pena, violando garantias processuais fundamentais.

Portanto, a estrutura proposta permitirá ao leitor uma compreensão gradual e aprofundada da relação entre os critérios do artigo 312 do CPP e a Teoria do Direito Penal do Inimigo, oferecendo uma base sólida para a análise dos efeitos práticos dessa aplicação no sistema de justiça criminal brasileiro. Assim, espera-se que a pesquisa possa contribuir de forma crítica para o debate sobre a utilização da prisão preventiva e suas implicações para o Estado Democrático de Direito.

2 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado é o detentor exclusivo do *jus puniendi*, ou seja, o direito abstrato de punir. Diz-se abstrato, pois deve ser genérico e impessoal, voltado a qualquer um que pratique fato definido como infração penal. Nesse contexto, surge o direito processual, ramo do direito público que se traduz no compilado de normas e princípios que disciplinam o modo pelo qual se dão os litígios penais, através da aplicação do direito penal objetivo (Capez, 2024).

Interessante destacar, ainda, que Foucault (2001) descreve o processo penal como uma instituição que visou a transformação da vingança privada em pública, dotada de procedimentos mais racionais.

Assim, no cenário brasileiro, o direito processual penal deve estar alinhado com os ditames do Estado Democrático de Direito, servindo não como instrumento repressor, mas sim como garantia contra o arbítrio estatal através da satisfação a direitos humanos fundamentais (Cruz, 2019). Necessário, portanto, analisar brevemente o histórico do sistema de justiça criminal brasileiro, até a adoção, com a Constituição Federal de 1988, do sistema acusatório.

Em seguida, cumpre destacar os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal relacionados à temática da prisão preventiva e do processo penal. Por fim, analisar-se-á a constitucionalidade do Processo Penal Brasileiro e sua adequação ao Estado Democrático de Direito.

2.1 Breve evolução histórica do Processo Penal Brasileiro

A evolução histórica do processo penal brasileiro reflete a transformação da sociedade, na medida em que o sistema de justiça criminal surge sem qualquer correspondência com a moral e a realidade local. Inicialmente, era apenas baseado em difundir instituições e regulamentos portugueses preexistentes, de modo que o Estado antecedeu a organização da própria sociedade (Ribeiro; Duarte, 2011). De maneira atípica, as instituições do Brasil foram gradualmente se adaptando aos costumes locais, sendo antes oriundas apenas das demandas sociais dos colonizadores (Shirley, 1987).

Na época moderna, assim como ocorreu em países como França, Inglaterra e Alemanha, Portugal adotava o sistema inquisitivo, que acabou também vigorando no Brasil no período colonial (Seabra, 2002).

Assim, com a Independência em 1822, o Brasil iniciou um processo de gradual modernização das suas instituições, incluindo o sistema de justiça penal, sendo somente com o Código de Processo Criminal de 1832 que o país passou a adotar normas e princípios contrários ao sistema inquisitorial (Seabra, 2002).

O Código representou uma tentativa de modernizar a justiça criminal no Brasil, tendo a liberdade como princípio estruturador dos sistemas jurisdicionais. Entre as inovações mais importantes, destaca-se a separação das funções de investigação, acusação, julgamento e defesa, com a atuação do juiz de paz, na fase de instrução; do promotor, na acusação; do juiz de direito e do tribunal do júri popular, na decisão de denúncias e queixas (Gaya; Nogueira, 2022).

Dessa forma, não obstante ter uma estrutura burocrática e até confusa em sede de primeira instância, bem como contar com conceitos de ordem pública e paz influenciados pela classe dominante, o Código de Processo Criminal de 1832 teve sua importância na evolução do sistema de justiça criminal brasileiro por iniciar a instrumentalização do devido processo legal, prezar pela ampla defesa e descentralizar as funções, representando significativo avanço para a época diante da aparente adoção a um sistema acusatório (Gaya; Nogueira, 2022).

O advento da República em 1889 e a promulgação da Constituição de 1891 trouxeram novas mudanças, mas o verdadeiro marco na evolução do processo penal brasileiro ocorreu com o Código de Processo Penal de 1941. Tem-se que o contexto do seu nascimento era de forte ditadura no chamado “Estado Novo”, que se iniciou em 1937 e teve fim somente em 1945, de modo que o Código Rocco de 1930, oriundo da Itália Fascista, influenciou o legislador brasileiro (Giacomolli, 2015).

O cenário europeu pós Primeira Guerra, marcado por condições precárias de desemprego e inflação, bem como o temor da implantação de um regime socialista russo, abriu margem para o nascimento de ideologias totalitárias. Ademais, o crescimento do totalitarismo europeu se intensificou com a crise estadunidense de 1929 (Giacomolli, 2015).

Assim, com o advento da Segunda Guerra Mundial, a ideologia comum aos governos totalitários, sobretudo no fascismo italiano e no nazismo alemão, era a imposição de ordem na sociedade, reprimindo tudo que fosse contra o Estado. No

processo penal, isso se reflete no combate à pessoa do acusado, que seria automaticamente um inimigo do Estado, concebendo-se que, através do cárcere, a sociedade estaria livre do mal e do crime. Foi esta a ideologia fascista que estruturou o Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Giacomolli, 2015).

Destarte, o contexto brasileiro, com a outorga da Constituição Federal de 1937 em meio à ditadura, foi marcado pela concentração dos poderes na mão do Executivo, intolerância à oposição política e conservadorismo. Desse modo, uma das formas de controle da população era através do sistema criminal, escanteando ideários de Estado de Direito, direitos fundamentais, democracia e dignidade (Giacomolli, 2015). Tal ambiente, somado à influência europeia, foi o de concepção do Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente no Brasil.

Como resultado, o CPP de 1941 foi estruturado para reforçar o poder estatal sobre os indivíduos, utilizando o sistema criminal como uma das principais ferramentas de controle social. O autoritarismo presente no Código é evidente em vários aspectos, como a ampliação dos poderes do juiz, que passou a ter um papel central e ativo no processo penal.

Giacomolli (2015) observa que a ideologia da busca da verdade material justificava a atuação ex officio do magistrado, permitindo-lhe, entre outras coisas, requisitar inquéritos policiais, determinar a produção de provas e decretar prisões preventivas.

Essa postura ativa do juiz reforçava a característica inquisitorial do processo, no qual o magistrado não apenas julgava, mas também conduzia a investigação, não obstante existirem nuances acusatórias nas fases de produção de prova, defesa e julgamento (Ribeiro; Duarte, 2011).

Posteriormente, a partir da década de 1960, com a ascensão do regime militar, o processo penal brasileiro foi marcado por vários retrocessos, com a ampliação dos poderes do Executivo federal, a restrição das garantias individuais e, sobretudo, com o combate aos supostos subversores do Estado. Trata-se daqueles que, ao participarem de partidos e movimentos sociais e políticos de oposição ao regime, eram equiparados a organizações criminosas e combatidos sem o acesso total ou parcial às garantias formais típicas do processo penal regular (Paulino; Batista, 2015).

Assim, a ditadura militar cometeu diversas violações a direitos, com destaque para a tortura, as prisões arbitrárias e até o desaparecimento dos opositores,

que, considerados inimigos da pátria, eram privados do status de cidadãos. Para que obtivessem um amparo legal para tais atos, os militares criaram normativas com previsões que asseguravam o funcionamento da política criminal por eles desenvolvida, a exemplo da Lei de Segurança Nacional de 1969 e dos Atos Institucionais Normativos (Paulino; Batista, 2015).

Nessa seara, pode-se destacar o Ato Institucional n.^º 5, que consagrou a adoção de um “direito penal do autor” que prescindia dos fatos. Como exemplo de previsão nesse sentido, Paulino e Batista (2015) destacam o poder do Presidente da República de suspender direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos, além de cassar mandatos eletivos de todos os entes federativos, e a suspensão do direito de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a política criminal brasileira encaminhou-se para a verdadeira adoção a um sistema acusatório, fundado nos princípios do Estado Democrático de Direito. No dizer de Carvalho (2014), a nova Carta Magna significou uma mudança no se e no como punir, afinal, consagrou direitos e garantias fundamentais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. O artigo 5^º, inciso LVII, estabeleceu que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", reforçando a necessidade de um processo justo e equilibrado.

Além disso, a Constituição de 1988 ocupou-se com a tutela de direitos fundamentais de terceira geração, de natureza transindividual, algo que influenciou o direito penal, na medida em que o legislador passou a se preocupar mais com a tutela de bens trans individuais, a exemplo da fauna, igualdade racial, relações de consumo, etc., inaugurando assim um Estado de direito penal máximo (Copetti, 2004).

Todavia, conforme ensina Neto (2016), o processo penal brasileiro enfrenta atualmente uma dualidade, na medida em que a Constituição possui, ainda que tacitamente, uma estrutura acusatória, devido (i) à separação das funções de acusação, julgamento e defesa (vide arts. 129, I; 92 e seguintes; 133, 134 da CF/88, respectivamente); (ii) aos ditames do devido processo legal; e (iii) à presunção de inocência, em que o acusado é tutelado como sujeito de direitos e não objeto processual. Além disso, como data de período pós-ditatorial, a Constituição foi forjada com vistas a constituir o Brasil um Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida, como já estudado, o Código de Processo Penal de 1941 é characteristicamente autoritário e afeiçoadão ao modelo inquisitorial, tendo sido elaborado visando tutelar os interesses do Estado, o que se contrapõe à Constituição da República, que tem como centro o indivíduo e os direitos fundamentais (Neto, 2016).

Na mesma linha, Ribeiro et al. (2010) entende que o atual sistema de justiça brasileiro é um misto de inquisitorialidade com acusatoriedade, devido ao fato de que as diversas alterações legislativas sofridas pela legislação processual penal não lograram êxito em alterar suas características substantivas, sendo resultado apenas de pressões por uma maior eficiência e celeridade ao sentenciar.

Mesmo diante de diversas reformas, o CPP não logrou êxito em se desprender de suas raízes inquisitoriais, a exemplo da gestão probatória concentrada nas mãos do juiz, vide art. 156 do CPP; condenação o acusado mesmo com o Ministério Público se manifestando pela absolvição, vide art. 385 do CPP; e possibilidade de decretar de ofício a prisão preventiva, antes da reforma dada pela Lei n.º 13.964/2019 (Brasil, 1941). As alterações trazidas por este diploma, entretanto, não alcançaram os requisitos abstratos do art. 312 do CPP, permitindo, na prática, a continuidade da discricionariedade judicial na decretação da segregação cautelar, conforme há de ser estudado nos próximos capítulos.

2.2 Os princípios do devido processo legal e a presunção de inocência no processo penal democrático

Diversos são os princípios constitucionais e garantias fundamentais aplicáveis ao processo penal. Neste trabalho, insta destacar o Devido Processo Legal e a Presunção de Inocência, a fim de entender se e como se relacionam com a prisão preventiva, bem como para compreender, posteriormente, se a norma do art. 312 do Código de Processo Penal contraria tais princípios.

Na lição de Passos (1987) apud Carvalho (2014), a Suprema Corte Americana define devido processo legal como sendo o reconhecimento efetivo de um direito natural das pessoas a um processo judicial pautado em princípios de justiça, assegurando não apenas a justiça formal, mas também a justiça substancial. Na Constituição brasileira, está previsto no inciso LIV do art. 5º: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (Brasil, 1988).

Assim, em se tratando da sua dimensão estritamente processual, o devido processo legal exige a rigorosa observância das normas processuais, de modo que o processo penal assegure iguais oportunidades às partes, garantindo a ampla defesa com todos os recursos disponíveis, o contraditório, além das demais garantias do juiz natural, publicidade e fundamentação dos atos judiciais (Carvalho, 2014).

Por outro lado, o aspecto substantivo do devido processo legal se traduz na possibilidade de o aplicador da lei aferir, conforme a razoabilidade e a proporcionalidade, se a imposição da medida coercitiva se faz necessária, justificável e devidamente motivada. Dessa forma, pensando na prática das prisões cautelares e definitivas à luz deste princípio, somente se admite a manutenção da custódia no exato limite do devido processo legal, de modo que devem ser rejeitadas pelos tribunais, diante de flagrante constitucionalidade, caso se demonstrem desarrazoadas (Carvalho, 2014).

Previsto no inciso LVII da CFRB/88, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Brasil, 1988), o princípio da presunção de inocência tem por natureza a função de limitar as possibilidades de prisão processual, que passam a ter caráter de excepcionalidade. Trata-se de inovação trazida pela nova Constituição, responsável por dotar o direito processual da função de guardião da liberdade individual, na medida em que ela se compromete a romper com o padrão autoritário existente anteriormente no país (Carvalho, 2014).

Dada a excepcionalidade da segregação imposta pelo princípio, tem-se que somente são admitidas no sistema processual brasileiro duas modalidades de prisão – a definitiva, oriunda de condenação, e a cautelar, que se propõe a resguardar os fins do processo e da pena. Esta segunda modalidade guarda como características fundamentais a presença do *fumus commissi delicti* – prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria – e do *periculum libertatis* - perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado.

Como bem entende Lopes Júnior (2024), o princípio da presunção de inocência é um componente basilar de um modelo de processo penal que preze pelo respeito à dignidade e aos direitos fundamentais da pessoa humana, ligando-se ao próprio fim do processo: a verificação da ocorrência do fato e sua autoria. Pode-se afirmar, inclusive, que ele é responsável por posicionar o estado de liberdade como regra no contexto do ordenamento jurídico pátrio.

Segundo o autor, ele se manifesta em três dimensões: como norma de tratamento – na medida em que se deve tratar o réu como inocente, no processo, limitando a aplicação das segregações cautelares, e fora dele, protegendo-o contra a estigmatização –; norma probatória – afinal, a carga da prova é somente do acusador, que deve ser lícita, suficiente e afastada da mera suspeita, opinião ou investigação que extrapole os limites legais –; e norma de julgamento – na medida em que, atuando na esfera subjetiva do julgador, impõe a aplicação e respeito aos princípios do *in dubio pro reo*, exigindo assim suficiência probatória para a condenação.

Ademais, o autor defende que a ideia de Estado de Direito impõe a adoção de um processo penal acusatório, sendo a presunção de inocência um pressuposto necessário (Pisani, 1965 apud Lopes Júnior, 2024).

Pode-se destacar, ainda, que o princípio se relaciona com o próprio dever constitucional de motivação das decisões contido no inciso LXI do art. 5º da CF/88, afinal, somente através da devida fundamentação é que será possível averiguar o respeito à presunção de inocência (Lopes Júnior, 2024).

2.3 O respeito à liberdade individual no processo penal brasileiro e sua adequação ao Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito possui como um de seus mais importantes pressupostos a liberdade individual (Lopes Júnior, 2024). Assim, é característico do constitucionalismo decorrente deste Estado Democrático a necessidade de justificação, limitação e legitimação do poder de punir e limitar a liberdade.

Nesta linha, comprehende-se que o processo penal calcado em um Estado Democrático não serve como instrumento para o exercício desenfreado do poder punitivo estatal, justamente em virtude do fato de que se propõe, antes, a assegurar garantias individuais ao indivíduo submetido a tal poder, adequando-se aos ditames constitucionais. O direito cuida-se, sobretudo, de um instrumento de políticas sociais, estando aí abrangida a política criminal, em coexistência com o respeito à dignidade humana, afinal, tal perspectiva de Estado não possui um fim em si mesmo, mas sim na tutela do homem e do bem comum (Dallari, 2003).

Ademais, não obstante a liberdade individual estar consagrada tanto pela Constituição quanto por tratados internacionais, constituindo um valor essencial no

Estado Democrático de Direito, observa-se um crescente movimento que tenta subverter essa premissa, tratando a liberdade como um direito provisório e, paradoxalmente, consolidando a prisão como uma regra no âmbito processual penal (Lopes Júnior, 2024).

Tal questão remonta, indiscutivelmente, ao fato de que o Código de Processo Penal de 1941, nascido durante a ditadura do Estado Novo e utilizado durante o golpe militar, carrega as marcas de um período autoritário, no qual a liberdade era concebida como uma exceção no processo penal.

Dessa forma, o próprio conceito de "liberdade provisória" exemplifica essa concepção, na qual a liberdade é condicionada e tratada como temporária, enquanto as medidas punitivas, como a prisão cautelar, ganham protagonismo. Esse quadro revela uma distorção no entendimento do papel do processo penal em um Estado Democrático de Direito, pois, ao invés de garantir a máxima proteção dos direitos individuais, o sistema parece inclinar-se cada vez mais para um caráter punitivista e repressivo (Lopes Júnior, 2024).

Diante disso, torna-se evidente que, em uma sociedade, o atendimento à liberdade individual e à presunção de inocência dos indivíduos tem o poder de mensurar a maior ou menor adequação ao Estado Democrático. Ambos os fundamentos são pilares do que se concebe por regime de liberdade no processo penal, algo que, idealmente, seria a única regra durante o curso da instrução, anteriormente à sentença transitada em julgado.

Logo, não se pode anular, sob uma perspectiva constitucionalista e democrática, tal estado de liberdade sem um convencimento pleno acerca de tal necessidade, jamais objetivando sedar o anseio popular do senso comum sob o falacioso argumento do combate à impunidade ou de satisfação do poder punitivo estatal.

Portanto, com vistas a adequar o sistema de justiça criminal ao projeto constitucional de maximização dos direitos fundamentais e limitação do arbítrio estatal, é imprescindível que o processo penal brasileiro seja ressignificado à luz dos princípios constitucionais, assumindo seu papel como instrumento de limitação do poder punitivo e de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

3 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: ANÁLISE CRÍTICA DA ABORDAGEM DE GÜNTHER JAKOBS E SUAS IMPLICAÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste capítulo, busca-se abordar a relação entre o Processo Penal Democrático, fundado nos princípios do Estado de Direito, e a teoria do Direito Penal do Inimigo, a fim de analisar o modo pelo qual ambas as abordagens se apresentam em confronto. Ademais, a fundamentação teórica proposta neste capítulo será estendida para discutir como ocorre a construção do "inimigo" no Direito Penal Brasileiro, a partir de dados estatísticos acerca da população carcerária, desafiando os preceitos garantistas do Processo Penal Democrático.

3.1 Origem e conceituação da teoria do direito penal do inimigo

O funcionalismo penal foi um movimento iniciado na Alemanha, a partir da década de 1970, tendo como objetivo possibilitar ao tipo penal o desempenho da função de garantidor da paz social e aplicador da política criminal. Nele, concebia-se o direito como regulador da sociedade e rompendo com o tecnicismo que visava meramente a adequação típica, a partir da aplicação à risca do texto legal, típico dos sistemas clássico e finalista (Masson, 2024).

Assim, havendo uma mitigação da lei, caberia ao intérprete encontrar a sua real vontade ao aplicá-la, havendo uma cisão no funcionalismo no que concerne aos limites dessa mitigação: por um lado, o funcionalismo moderado de Claus Roxin; e de outro, o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs (Masson, 2024).

Desse modo, o movimento partia do princípio de que a dogmática penal deveria se voltar à finalidade primordial do direito penal: a política criminal. Tal finalidade, entretanto, encontra diferentes concepções nas teorias dos autores mencionados.

Claus Roxin, representante da Escola de Munique, revolucionou o Direito Penal ao conceber a política criminal como fundamento central na construção dogmática, desafiando as abordagens ontológicas do causalismo e finalismo, e deslocando o foco da análise puramente sistemática da teoria do delito. Em sua obra principal, "Política Criminal e Sistema de Direito Penal" (1970), Roxin defende que o sistema jurídico-penal deve ser guiado pelas finalidades específicas do Direito Penal,

reintroduzindo o conceito de imputação objetiva na tipicidade e estabelecendo a teoria do domínio do fato na autoria (Masson, 2024).

Assim, sua principal contribuição reside na ênfase sobre a necessidade de que a construção dogmática do Direito Penal esteja a serviço da resolução dos problemas da vida social, contrapondo-se à tendência de priorizar dilações teóricas desconectadas da realidade prática. O autor vincula os elementos do delito a valores predominantes: na tipicidade, à conformidade com o princípio da reserva legal; na ilicitude, à resolução social dos conflitos; e na culpabilidade, à necessidade da pena com finalidade preventiva, propondo um conceito bipartido do delito, composto pelo injusto penal (fato típico mais ilicitude) e pela responsabilidade (culpabilidade), reforçando a função prática e social do Direito Penal na sociedade contemporânea (Masson, 2024).

Em seu turno, Günther Jakobs, importante penalista alemão, é professor emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn. Conforme ensina Masson (2024), ele foi responsável pelo desenvolvimento do funcionalismo sistêmico, segundo o qual o direito penal é um sistema autônomo, autorreferente e autopoietico, sendo determinado pela função que cumpre no sistema social. Nessa linha, sua perspectiva normativista está assentada na função preventiva geral da pena e na proteção das normas jurídico-penais.

Desse modo, uma vez que um sujeito descumpe tais normas, deverá ser punido de maneira eficaz, a fim de assegurar a autoridade da lei penal através da sua rígida aplicação, afinal, na teoria de Jakobs, a função maior do Direito penal seria fazer valer reiteradamente a incidência da norma penal (Masson, 2024).

Jakobs desenvolve, como consequência do funcionalismo sistêmico, a teoria do direito penal do inimigo, segundo a qual o Direito penal é dividido em dois sistemas distintos: aquele voltado para os cidadãos, e o voltado aos inimigos. Para os primeiros, estão voltados os princípios democráticos do Direito Penal do fato, centrado na culpabilidade; já para os segundos, há o Direito Penal do autor, voltado para a periculosidade (Santos, 2012).

Nessa linha, Jakobs distingue inimigos e cidadãos a partir de algumas perspectivas. Para o cidadão autor do delito, tomado como pessoa, o fato do crime significa uma rejeição à norma e à sua validade, de modo que a pena se prestaria a combater o fato. Nesse contexto, a norma continua inalterada, assim como a configuração da sociedade (Jakobs, 2012).

Em seu turno, para o inimigo, a pena se dirige, sobretudo, ao fato futuro, de modo que se procede a partir de uma medida de segurança preventiva, de modo a combater o perigo gerado pelo indivíduo (Jakobs, 2012). Aqui, Jakobs diferencia a pena em duas dimensões: contradição a fatos passados, para os cidadãos; e segurança contra o fato futuro, para o inimigo.

Isso se justifica diante da diferença dos fatos cometidos por cada um desses autores, a partir das suas qualidades pessoais distintas. Os fatos ilícitos cometidos pelos cidadãos não possuem o fim de acabar com o Estado ou suas instituições. Trata-se de uma pessoa que danificou transitoriamente, com sua conduta, a vigência da norma, cabendo à pena compensar esse dano (Jakobs, 2012). O autor destaca que esse sujeito será chamado coativamente pelo Estado, relativamente ao fato passado, como um cidadão capaz de se orientar segundo a norma, e não como um inimigo que precisa ser aniquilado.

Já o comportamento do inimigo, segundo Jakobs (2012), não proporciona uma mínima garantia cognitiva necessária a um tratamento de pessoa. Isso porque o fato ilícito cometido por ele significa uma lesão duradoura à validade da norma, a exemplo dos crimes de terrorismo político, criminalidade organizada e crimes sexuais. Assim, a reação do Direito frente a essa criminalidade está caracterizada pela eliminação do perigo do dano futuro, não ocorrido.

Ademais, a teoria comporta um duplo sistema de imputação penal e processual penal no sistema de justiça criminal. Tem-se que o sistema penal, como já visto, seria calcado na culpabilidade pelo fato passado, para aqueles que seriam cidadãos; ou na prevenção, a partir do uso de medidas de segurança diante dos fatos futuros, para os inimigos.

Em seu turno, o sistema processual penal também se divide em diferentes aplicações conforme o destinatário. Para Jakobs (2012), o processo penal para o cidadão é marcado pelo reconhecimento e respeito aos direitos processuais fundamentais, tratando o imputado como um verdadeiro sujeito processual. Neste modelo, o imputado participa ativamente do processo, sendo protegido por uma série de garantias que visam assegurar um julgamento justo e equitativo. Entre essas garantias estão o direito à tutela judicial, o direito de solicitar a produção de provas, de assistir aos interrogatórios, dentre outras.

Em tal enfoque, que se difere, segundo o autor, do processo penal inquisitivo, o imputado é visto como uma pessoa dotada de direitos que precisam ser

respeitados e protegidos durante todo o procedimento penal. A função do processo é, portanto, estabelecer a verdade e aplicar a justiça de forma imparcial, sem tratar o imputado como uma ameaça a ser controlada, mas como um participante do processo com o direito de se defender e ser ouvido (Jakobs, 2012).

Por outro lado, o processo penal que surge para o inimigo se afasta do modelo tradicional de garantias processuais oferecidas ao imputado como sujeito de direitos. Em vez de tratá-lo como um participante com direitos fundamentais, como o direito à defesa, à produção de provas, e à proteção contra a coerção, o imputado inimigo é submetido a uma série de medidas coercitivas que visam controlar o risco que ele representa para a ordem pública e a segurança do processo (Jakobs, 2012).

Assim, medidas como a prisão preventiva são aplicadas como uma forma de coação física para assegurar a continuidade do processo, tratando-o como uma ameaça que deve ser neutralizada. Para Jakobs (2012), no âmbito do Direito Processual Penal do inimigo, o foco é na eliminação de ameaças, mesmo que isso implique na supressão dos direitos fundamentais do imputado, justificando juridicamente a exclusão de direitos como uma forma de gestão de risco e controle sobre o inimigo, permitindo-se a sua perseguição com medidas que podem incluir até o homicídio de inocentes – o que o autor chama de dano colateral.

Merece destaque a análise de Santos (2012), segundo o qual, no duplo sistema de imputação de Jakobs, o processo penal está fundado no princípio acusatório, para o cidadão, e inquisitório, para o inimigo. O autor destaca, ainda, que esse sistema suprime garantias seculares constitucionais, típicas de um Estado Democrático de Direito, na medida em que o processo contra o inimigo não tem forma de justiça, mas sim de guerra.

Ademais, Santos (2012) afirma que a desigualdade formal que Jakobs faz entre cidadãos e inimigos contradiz os princípios democráticos de igualdade formal perante a lei, inspirados pelas revoluções burguesas. Ele alerta que essa abordagem autoritária compromete a consolidação do Estado Democrático de Direito, especialmente na América Latina e no Terceiro Mundo, ao invés de fortalecer as promessas constitucionais de democracia real. O autor critica, ainda, a comparação feita por Jakobs entre criminosos comuns e figuras como Hitler, sugerindo que essa ideia pode refletir nostalgias de regimes autoritários como o nazismo.

Portanto, pode-se sintetizar a teoria do direito penal do inimigo, de acordo com Meliá (2012), em três elementos: adiantamento da punibilidade, partindo o

ordenamento jurídico de uma perspectiva prospectiva; penas desproporcionalmente altas, diante do fato de que a punição antecipada não serve para reduzir a pena cominada; e relativização ou supressão de garantias processuais.

Em se tratando do suporte filosófico da teoria, Jakobs (2012) demonstra certa influência de filósofos contratualistas como Rousseau e Fichte, que concebem o Estado mediante um contrato, de modo que o delinquente que o infringe já não é mais participante dos benefícios deste, sendo excluído da relação jurídica com os demais. Assim, todos os delinquentes seriam classificados como inimigos e, consequentemente, excluídos do contrato social.

Porém, o autor encontra nas obras de Hobbes e Kant um maior suporte, na medida em que, ambos concebem tanto o direito penal dos cidadãos – que mantêm seu status de pessoa e não possuem a delinquência permanente como um princípio – quanto o dos inimigos – que anulam seu status de pessoa, sendo designados de réus de alta traição, por Hobbes, e de ameaça permanente, por Kant (Jakobs, 2012). Consoante as teorias moderadas destes filósofos, o delinquente mantém sua função de cidadão enquanto não atenta, com sua conduta, contra a existência do próprio Estado.

À guisa de conclusão, o direito penal do inimigo estabelece radical distinção entre o tratamento penal e processual penal de cidadãos e inimigos. Embora tal abordagem possua influências filosóficas contratualistas e busque, mediante a relativização de direitos e garantias fundamentais, a proteção do Estado contra ameaças futuras, não pode prosperar dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, afinal, especialmente no âmbito brasileiro, tem-se consagrados os princípios da igualdade, presunção de inocência e devido processo legal na CF/88, que conflitam frontalmente com a teoria.

3.2 Problemáticas da teoria do direito penal do inimigo

A teoria do direito penal do inimigo foi amplamente debatida na doutrina nacional e internacional, de modo que as contribuições de Sánchez (2013) e Zaffaroni (2014) merecem destaque.

A obra de Jesús María Silva Sánchez, professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra em Barcelona, é reconhecida por sua contribuição à compreensão das transformações do Direito Penal nas sociedades contemporâneas.

No livro "La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Sánchez apresenta a teoria das velocidades do Direito Penal, que trata da aplicação da lei processual penal em diferentes ritmos, no contexto de expansão deste ramo na sociedade moderna (Brito; Deodato, 2022).

Tal expansionismo penal seria gerado pelo surgimento de novos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal - as novas realidades -, bem como novos riscos e inseguranças, avanços tecnológicos, descrédito em outras instâncias de proteção e altas variações no âmbito econômico. Como consequência, o Estado terminaria por buscar no plano simbólico, através da legislação penal, a solução para os problemas sociais, ao invés de chegar à resolução no plano da instrumentalidade, descaracterizando o princípio do direito penal como *última ratio* (Sánchez, 2013).

Nessa linha, a primeira velocidade do Direito Penal refere-se ao Direito Penal tradicional ou "da prisão", no qual há uma rigorosa observância dos princípios político-criminais clássicos, das regras de imputação e dos princípios processuais, mantendo-se um elevado nível de garantias para o acusado, dado o impacto significativo da pena de prisão sobre o direito fundamental à liberdade (Sánchez, 2013).

Já a segunda velocidade do Direito Penal aborda um regime penal menos rigoroso em comparação ao modelo tradicional, voltado para delitos que não envolvem penas privativas de liberdade, mas sim sanções como restrições de direitos ou multas. Nela, há uma flexibilização proporcional dos princípios político-criminais e das garantias processuais, justificando-se pela menor intensidade e impacto dessas sanções sobre o indivíduo (Sánchez, 2013).

Por fim, a terceira velocidade do Direito Penal, relacionada ao direito penal do inimigo, representa uma fase ainda mais controversa e punitiva do sistema penal, onde há a aplicação de penas privativas de liberdade acompanhadas por uma significativa relativização das garantias político-criminais e processuais (Sánchez, 2013). Nesse modelo, observa-se um afastamento das rígidas proteções e princípios clássicos em nome de uma resposta mais severa e imediata a delitos considerados altamente lesivos à sociedade (Brito; Deodato, 2022).

Tem-se aqui em evidência um movimento expansionista do Direito Penal, caracterizado pelo ressurgimento do punitivismo e pela erosão de direitos processuais, refletindo uma tentativa de atender ao clamor social por segurança e justiça mais enérgica frente à criminalidade moderna. Assim, o Direito Penal da

terceira velocidade se distingue pela sua inclinação a sacrificar algumas garantias fundamentais em prol de uma resposta penal mais drástica e efetiva contra crimes de alto impacto social (Brito; Deodato, 2022).

Sánchez (2013) analisa, por fim, a questão da legitimidade do direito penal do inimigo – a terceira velocidade – afirmando que a sua existência deveria ser absolutamente subordinada à necessidade, subsidiariedade e eficácia, incidindo somente em um contexto excepcionalmente grave, sem contaminar o que chama de “direito penal da normalidade”. Todavia, opina que tais requisitos não se verificam na atuação dos Estados modernos, de modo que o direito penal do inimigo tende a crescer ilegitimamente.

Igualmente imprescindíveis são as valorações feitas por Zaffaroni (2014), em sua obra “O inimigo no direito penal”, na qual o autor apresenta contundente crítica ao direito penal do inimigo, com enfoque na desumanização inherente à teoria, destacando as implicações e os perigos que tal concepção representa para o Estado de Direito e para a dignidade humana.

Assim, para Zaffaroni (2014), a figura do inimigo consiste em um ente desprovido da condição de pessoa, sendo tratado como uma entidade cuja periculosidade justifica a privação de direitos individuais, perspectiva incompatível com os princípios fundamentais de um Estado de Direito, afinal, a coisificação de seres humanos leva à sua segregação e possível eliminação, afetando não apenas o indivíduo, mas a sociedade em sua totalidade.

Além disso, o tratamento diferenciado que transforma o inimigo em um não-sujeito, algo que só seria admissível em contextos de coerção direta, administrativa, inevitável e extremamente transitória, como durante um ato de agressão ou imediatamente antes dele, visando impedir um dano iminente (Zaffaroni, 2014).

Dessa forma, estar-se-ia colocando a segurança pública acima de qualquer consideração individual, utilizando a suposição de condutas futuras como um pretexto para legitimar um controle social punitivo desproporcional e abusivo (Zaffaroni, 2014).

Zaffaroni (2014) argumenta ainda que, historicamente, na modernidade, o inimigo foi mantido fora do campo do direito penal tradicional, que pressupõe a liberdade da vontade e a autoconsciência dos indivíduos, sendo, ao invés disso, submetido a medidas policiais, dado que sua periculosidade é vista como inherente à sua personalidade, não se baseando em ações específicas.

Assim, essas medidas de segurança não se dirigem a punir uma conduta culpável, mas a conter um estado de ser, o que é incompatível com o direito penal da culpabilidade, focado no ato, e se alinha mais ao direito penal do autor, centrado na periculosidade do indivíduo (Zaffaroni, 2014).

Nessa linha, é válido ressaltar que o próprio Jakobs (2012) destaca que o direito penal do inimigo é uma linha na qual se combate o indivíduo por sua periculosidade, interceptando-o no estado prévio e punindo-o no âmbito da preparação, algo completamente incompatível com o direito penal do fato, perspectiva inerente ao Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, Meliá (2012) defende a incompatibilidade do Direito Penal do inimigo com o princípio do direito penal do fato, afinal, aquele não visa a estabilização da norma, mas sim a demonização de determinados grupos de infratores, e isso se demonstra no plano fático não necessariamente através da letra da lei; esse, em contrapartida, é um princípio que exclui da responsabilização criminal os meros pensamentos, a mera “atitude interna” – periculosidade – do autor. Afinal, é necessário que o fato esteja caracterizado como o conteúdo central da norma penal.

Em continuidade ao pensamento de Zaffaroni, essas medidas de segurança, teorizadas no final do século XIX e início do século XX, resultaram em um direito penal cindido: de um lado, penas retributivas aplicáveis aos iguais (pessoas); de outro, medidas de contenção voltadas para sujeitos considerados perigosos, ou seja, os inimigos. Este modelo não oferece as garantias e os limites das penas tradicionais, instaurando uma forma de punição que, na prática, tem em vista eliminar ou neutralizar os inimigos, sem considerar a proporcionalidade em relação aos atos cometidos, mas sim a um estado de periculosidade subjetiva e presumida (Zaffaroni, 2014).

Não se pode deixar de destacar o contexto latino-americano, no qual as medidas de contenção para os inimigos ocupam grande parte do espaço repressivo do sistema penal, manifestando-se principalmente através da prisão cautelar, à qual está submetida a maioria dos presos na região. Nesse sistema, prevalece a gravidade da suspeita de um delito - diante, inclusive, da sua gravidade abstrata - e a suposta periculosidade do suspeito como critérios para a detenção, reforçando a lógica de um direito penal que prioriza a contenção do inimigo em detrimento de um julgamento justo e proporcional (Zaffaroni, 2014).

Por fim, Zaffaroni adverte que a aceitação jurídica deste conceito excluente de inimigo representa o primeiro passo para a destruição autoritária do Estado de Direito. A partir do momento em que se legitima a existência de um inimigo que não é pessoa, abre-se espaço para um incremento indiscriminado do poder estatal, transformando o exercício do poder punitivo em uma questão de quantidade e não de qualidade, rompendo com os limites e garantias que deveriam reger a relação entre o Estado e o indivíduo e renunciando-se a pilares fundamentais característicos de uma sociedade democrática e justa (Zaffaroni, 2014).

3.3 O direito penal do fato como perspectiva inerente ao Estado Democrático de Direito

No contexto do Estado Democrático de Direito, o direito penal do fato se posiciona como uma resposta oposta ao direito penal do inimigo, centrando-se na punição de condutas objetivas que lesam bens jurídicos, ao invés de focar nas características pessoais ou na suposta periculosidade do autor. Essa abordagem, adotada pelo Brasil e outras democracias, está enraizada em princípios fundamentais como o da lesividade, que limita a intervenção penal a comportamentos que efetivamente prejudicam terceiros, garantindo assim a proteção dos direitos fundamentais e a dignidade humana.

Nilo Batista (2007) ressalta que, no direito penal do fato, apenas ações que causam danos concretos a bens jurídicos protegidos podem ser objeto de sanção penal. Para Claus Roxin (1981, p. 98), citado por Batista (2007, p. 91), o comportamento dito pecaminoso ou imoral não pode ser castigado, mas sim aquele que lesione, de fato, direitos de outras pessoas – bens juridicamente tutelados –, afinal, a legitimação do direito penal é para resguardar a ordem pacífica da sociedade, não sendo adequado para a educação moral dos cidadãos. Dessa forma, tem-se que condutas puramente internas ou individuais, como pensamentos, intenções ou atitudes imorais, não justificam a intervenção penal, pois lhes falta a lesividade necessária.

Essa concepção é refletida na legislação penal brasileira, que adota um modelo orientado para a ação, a exemplo da não punição de atos preparatórios para o cometimento de crimes, pois somente se pune a tentativa a partir do início da execução (art. 14, inc. II do Código Penal), bem como a não penalização do simples

conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime, desde que não esteja configurada a tentativa (art. 31 do Código Penal).

De igual forma, o princípio da lesividade fundamenta parcialmente a impunibilidade do chamado crime impossível (art. 17 do Código Penal), em que a tentativa é punida apenas quando há um risco real e concreto para o bem jurídico protegido (Batista, 2007). Aqui, observa-se que o Código Penal Brasileiro adotou a Teoria Objetiva Intermediária, segundo a qual a ineficácia do objeto e a improriedade do objeto, quando absolutas, justificam a impunibilidade do crime impossível, e não a Teoria Sintomática, relacionada diretamente ao direito penal do autor, que legitima a punição do autor do crime impossível, diante da periculosidade que a sua conduta demonstra, ainda que não haja consumação (Cunha, 2020).

Na mesma linha, Rogério Sanches Cunha (2020) reforça essa perspectiva ao discutir o princípio da materialização do fato (*nullum crimen sine acto*), segundo o qual o Estado só pode incriminar condutas humanas voluntárias e externas, excluindo punições baseadas em estados internos ou condições existenciais.

Ainda, o autor destaca o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, ao declarar a constitucionalidade do art. 25 da Lei de Contravenções Penais, enfatizou que punir a posse de instrumentos de crime por indivíduos com antecedentes, sem prova de uso ilegítimo, ultrapassa a proteção do bem jurídico "patrimônio" e adota um modelo de direito penal do autor, refletindo a necessidade de um sistema penal que não penalize a mera condição pessoal do indivíduo, mas sim seus atos concretos (Cunha, 2020).

No entanto, para autores como Cunha (2020) e Assis Toledo (1994), mesmo no Brasil, o direito penal do fato não é completamente puro, afinal, embora o sistema penal brasileiro esteja baseado predominantemente em fatos e não em perfis psicológicos dos autores, elementos relacionados à personalidade e aos antecedentes do agente são considerados na dosimetria da pena e na análise da culpabilidade.

Toledo explica que, no estudo da culpabilidade, existem duas correntes: a culpabilidade pelo fato do agente, em que o juízo de culpabilidade não se desliga do fato em momento algum, e a culpabilidade pelo agente do fato, que foca na conduta de vida e na personalidade do agente, ainda que o fato seja o ponto de partida (Toledo, 1994).

Conforme Toledo (1994), apesar dessa consideração dos aspectos pessoais na fase de aplicação da pena, o direito penal moderno, aqui incluso o contexto brasileiro, continua sendo um direito penal da culpa e do fato, alinhando-se aos princípios do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Sendo assim, para garantir a legitimidade e a segurança jurídica próprias de um Estado de Direito, as punições devem ser baseadas em atos concretos e específicos, evitando-se a incerteza e a subjetividade que poderiam advir da consideração exclusiva da personalidade ou do caráter do agente. Toledo adverte, ainda, que os pressupostos e limites da coação estatal perderiam sua efetividade se estivessem fundamentados em conceitos variáveis e pouco seguros, como o caráter e a personalidade do autor (Toledo, 1994).

Portanto, o direito penal do fato se configura como uma coluna de sustentação essencial do direito penal de índole democrática, garantindo que as punições sejam proporcionais, justas e fundamentadas em condutas objetivas, respeitando a autonomia moral dos indivíduos e evitando práticas discriminatórias ou baseadas na perigosidade, que caracterizam o direito penal do autor.

Assim, o modelo adotado pelo Brasil e por outras democracias reflete um compromisso com a dignidade da pessoa humana, com a previsibilidade das normas penais e com a limitação da intervenção punitiva ao estritamente necessário para a proteção objetiva dos bens jurídicos essenciais à convivência pacífica em sociedade.

3.4 A construção do inimigo no direito penal brasileiro

No sistema de justiça criminal brasileiro, é possível debater a construção do "inimigo" a partir da análise do perfil da população carcerária nos âmbitos estadual e federal, conforme revelam os dados do RELIPEN: Relatório de Informações Penais do 15º ciclo do SISDEPEN (Sistema Nacional de Informações Penais), referente ao segundo semestre de 2023, por se tratar de estatísticas que revelam a seletividade do encarceramento e desigualdades estruturais, fatores que demarcam como o Estado lida com os diferentes segmentos da população.

Inicialmente, destaca-se o número alarmante da população carcerária total, com 850.377 pessoas sob custódia do sistema prisional brasileiro. Destas, 643.008 estão em celas físicas, enquanto 201.380 cumprem prisão domiciliar, com ou sem

monitoramento eletrônico. Entre os regimes de cumprimento de pena, observa-se que 344.972 pessoas estão em regime fechado (SENAPPEN, 2024).

Além disso, os presos provisórios somam 175.315, aproximadamente 27,26% dos presos em celas físicas, número expressivo que expõe o uso excessivo da prisão preventiva no Brasil, contrariando o caráter de excepcionalidade da norma (SENAPPEN, 2024).

Isso se confirma com a análise das estatísticas do Sistac – Sistema de Audiências de Custódia, disponibilizadas em painel do CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Os dados apontam que, de um total de 134.906 audiências de custódia realizadas em casos de prisão em flagrante, no primeiro semestre de 2024 nos âmbitos federal e estadual, a prisão preventiva foi decretada em 68.779 casos, representando um total de 49,40% (Conselho Nacional de Justiça, 2024).

Outrossim, ao se analisar os tipos penais que mais encarceraram, o crime de tráfico de drogas lidera, somando 167.936 pessoas presas (SENAPPEN, 2024). Tal dado evidencia a centralidade, na expansão da população prisional, de uma política de guerra às drogas que não possuía, até recentemente, quaisquer critérios objetivos para a diferenciação do usuário e do traficante.

Nessa linha, sendo o delito que mais contabiliza prisões, faz-se pertinente analisar brevemente o crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico brasileiro. Tal delito, tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006, é um tipo penal que comporta dezoito núcleos, consistindo em um crime de ação múltipla, instantâneo ou permanente, no qual a prática de mais de um dos seus verbos em relação a um mesmo objeto material – que é a droga em si – caracteriza somente um delito.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (Brasil, 2006)

Salienta-se que, consoante o caput do dispositivo mencionado, não se exige que a conduta seja desempenhada a título oneroso. Pode figurar como sujeito ativo deste delito qualquer pessoa, ressalvadas as hipóteses em que se pratica a conduta de prescrever, limitada ao médico ou ao dentista (Masson, 2021).

Quanto ao sujeito passivo, comprehende-se toda a coletividade, dado o fato de que a saúde pública seria, supostamente, o bem jurídico protegido. Ademais,

imprescindível a existência do dolo como elemento subjetivo para haver a tipicidade da conduta, de modo que somente a conduta culposa dos núcleos prescrever e ministrar caracterizam crime diverso, previsto no art. 38 da Lei 11.343/2006 (Masson, 2021).

A problemática surge quando se debate a similaridade do artigo que tipifica o tráfico e aquele que tipifica o uso de drogas - art. 28 da Lei 11.343/2006 - afinal, basicamente, os dois tipos penais se diferenciam apenas pelo dolo específico do agente de destinar a droga ao seu consumo pessoal, já que as condutas de adquirir, ter em depósito, transportar, guardar e trazer consigo aparecem nos dois artigos.

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

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.(Brasil, 2006)

Assim, conforme ensina Carvalho (2016), não restando comprovado tal fim específico de agir, qualquer outra intenção, ainda que não tenha objetivo comercial, direcionaria à adequação da conduta ao disposto no art. 33.

Ademais, o parágrafo segundo do art. 28, em aparente tentativa de diminuir a abstração da norma, traz que “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (Brasil, 2006).

Observa-se uma norma de caráter aberto com inclinações claras ao chamado direito penal do inimigo, já que a subjetividade do indivíduo é um dos parâmetros que podem ser avaliados pelo agente aplicador da norma, que também possuía discricionariedade, até recentemente, para decidir acerca da quantidade e natureza da substância que caracterizaria o uso.

Além disso, conforme exposto, o direito penal do fato está conectado ao princípio da lesividade, tendo em vista que o direito somente possui legitimidade para atuar em face de verdadeiros atentados aos bens jurídicos. Assim, não havendo verdadeira lesão à saúde pública com a atitude do indivíduo, a condenação de um usuário às penas do crime de tráfico afilia-se à teoria de Jakobs na medida em que se

está punindo o sujeito pela sua suposta periculosidade e reprovabilidade social – aos olhos do julgador – de sua conduta.

Nesse sentido, é imprescindível destacar que, até a famigerada decisão do STF, no RE 635.659, julgado em 26 de junho de 2024, não havia no Brasil critério definidor da quantidade e natureza da droga que serviria para diferir o usuário do traficante. Tal julgamento decidiu pela constitucionalidade do art. 28 da Lei de drogas, afastando os seus efeitos penais (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Desse modo, nela definiu-se por maioria que, com fundamento nos direitos à privacidade e à liberdade individual (art. 5º, X da CF), que a quantidade de 40 gramas de cannabis sativa e de seis plantas fêmeas foi estabelecida como critério para diferenciar o usuário do traficante, diante do fato de que, ao tratar o uso de maconha como crime, ocorre um incentivo às atividades criminosas associadas ao tráfico sem, no entanto, reduzir o consumo. Ao usuário, aplicar-se-ão as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 sem repercussão criminal, em procedimento de natureza não penal (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Outrossim, entre os fundamentos da decisão, tem-se que a falta de um critério claro resulta em uma aplicação desigual da lei, afinal, jovens brancos e de classe média costumam ter mais chances de serem considerados usuários, enquanto é mais frequente que jovens negros, pardos e de classes sociais mais baixas sejam vistos como traficantes (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Apesar de se tratar de claro avanço, em matéria que já deveria ter sido objeto de normatização, dado o encarceramento em massa promovido contra os acusados arbitrariamente por tráfico, destaca-se que a decisão somente abrange a maconha, sem debater sobre quantidades de outras drogas, e não se trata de critério absoluto, mas sim de presunção relativa que pode ser afastada caso o flagrante também apresente itens como embalagens, balanças, etc., valendo até o Congresso Nacional editar nova lei sobre o assunto. Dessa forma, pode a autoridade policial e seus agentes realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Na sequência, vale analisar o perfil demográfico dos encarcerados. A maior parte da população encarcerada é masculina, com 615.615 homens em celas físicas, em contraste com 26.876 mulheres, sendo a maior parte dos presos pertencente à faixa etária de 35 a 45 anos. No entanto, chama atenção o elevado número de jovens

encarcerados, especialmente nas faixas de 18 a 24 anos e de 25 a 29 anos, que, somadas, totalizam 258.856 pessoas (SENAPPEN, 2024).

Outro fator que contribui para a compreensão desse panorama é o grau de escolaridade da população carcerária. Em celas físicas, o maior contingente de presos tem apenas o ensino fundamental incompleto, totalizando 286.601 pessoas, seguido por aqueles com ensino médio incompleto, que somam 109.269 (SENAPPEN, 2024).

No que diz respeito aos dados de cor e raça, a seletividade penal também se expressa evidentemente: pretos (98.183) e pardos (303.202) juntos formam a maior parte da população encarcerada em celas físicas, totalizando 401.385 pessoas, ou 62,42%. Em contrapartida, a população branca encarcerada soma 179.156, enquanto indígenas e pessoas amarelas representam 1.281 e 6.084 pessoas, respectivamente (SENAPPEN, 2024).

Nota-se que estas, especificamente, são estatísticas que só podem ser analisadas de forma relacionada à pauta do racismo estrutural no Brasil, responsável pela maior vulnerabilidade da população negra no sistema de justiça criminal. Silvio Almeida (2019) conceitua raça como sendo uma relação social, se manifestando mediante concretos em uma estrutura social. Nessa linha, para o autor a raça opera como característica biológica, em que se atrela a identidade racial aos traços físicos, e como característica étnico-cultural, associando-se a fatores como origem geográfica, costumes, religião e língua.

Nessa toada, ao debater o racismo, Almeida (2019) apresenta-o a partir de três concepções: individualista, institucional e estrutural, sendo esta última a que melhor elucida a questão da seletividade penal baseada na raça.

Para a concepção individualista, o racismo surge como uma anormalidade de caráter ético ou psicológico, inerente a indivíduos ou grupos isolados. Nesse sentido, a discriminação racial seria fruto de comportamentos pessoais irracionais, de modo que a solução para tais comportamentos estaria na aplicação de sanções civis ou penais, focando na responsabilização individual (Almeida, 2019).

Ocorre, entretanto, que essa perspectiva negligencia a dimensão política e coletiva do racismo, tratando-o como uma questão de preconceito pessoal, sendo notadamente limitada ao não considerar que a desigualdade racial é moldada também no plano social e institucional.

Já a segunda concepção, institucional, é mais ampla ao considerar o racismo como um fenômeno intrínseco ao funcionamento das instituições que, ao

operarem com regras, normas e padrões estabelecidos por determinados grupos hegemônicos, acabam por reproduzir desigualdades raciais, direta e indiretamente, a exemplo do sistema de justiça. O racismo institucional, portanto, não surge de intenções individuais, mas sim da forma pela qual as instituições absorvem e perpetuam conflitos sociais e raciais já existentes, inerentes à organização política e econômica da sociedade (Almeida, 2019).

Finalmente, a concepção estrutural oferece uma compreensão ainda mais abrangente, ao considerar que o racismo é um elemento constitutivo da própria estrutura social, se expressando concretamente como desigualdade jurídica, política e econômica, bem como garantindo a perpetuação da discriminação racial de maneira sistemática e profunda, que resultante em exclusão e marginalização de grupos racialmente identificados (Almeida, 2019).

Sob essa ótica, os comportamentos individuais e as práticas institucionais derivam de uma sociedade estruturada pelo racismo, sendo necessário transformar profundamente as relações sociais, políticas e econômicas para haver mudança nesse panorama, uma vez que as soluções meramente jurídicas – como a responsabilização individual – ou institucionais são insuficientes para fazer progredir uma sociedade que funciona como uma máquina produtora de desigualdade racial. Portanto, na lição de Almeida (2019), a concepção estrutural destaca a dimensão mais ampla e profunda do racismo.

Nesse âmbito, Ynaê Lopes dos Santos (2022), ao afirmar que não há história do Brasil sem o racismo, traz que o sistema de justiça também é forjado sob a ótica racista, na medida em que ele não surge acima da sociedade, mas é parte constitutiva dela.

Para a autora, essa ação sistêmica do racismo, que se traduz na seletividade penal, propiciou a ideia de que todo negro é um criminoso em potencial, inviabilizando a ressocialização e a garantia de direitos da população carcerária, que é majoritariamente negra (Santos, 2022).

Assim, na medida em que é mantido como engrenagem social, o racismo faz da raça uma categoria normativa, de modo que os aplicadores da lei e da justiça correlacionam a negritude e a criminalidade, afinal, não é demais ressaltar que o judiciário brasileiro é historicamente ocupado, em sua maioria, por homens brancos (Santos, 2022). Dados do Justiça em Números de 2024, relatório organizado pelo CNJ, apontam que, atualmente, 86,67% dos magistrados do Brasil são brancos. No

âmbito da Justiça Estadual, o percentual é de 73,99%, e na Justiça Federal, contabilizam-se 71,44% (Conselho Nacional de Justiça, 2024)

Nessa pauta, faz-se ainda indispensável ressaltar a lição de Foucault (2005), segundo o qual o discurso racista é o discurso revolucionário, porém ao contrário. O autor explora a relação entre o conceito de biopoder e o racismo como mecanismos fundamentais de controle estatal a partir do século XIX. Biopoder, por ele introduzido, seria o poder que se exerce sobre a vida, não somente retirando-a, mas também a prolongando, regulando e disciplinando, a exemplo do que ocorre nas políticas de saúde pública e saneamento.

Ocorre que o biopoder também se revela na função de “deixar morrer”, sendo essa a seara que o racismo surge como componente essencial, possuindo aí duas funções, sendo a primeira a fragmentação do contínuo biológico da humanidade, criando divisões e hierarquias entre grupos humanos, categorizando raças superiores e inferiores, legitimando, assim, a distinção entre quem merece viver e quem pode ser deixado para morrer. Tais divisões servem ao Estado na manutenção de um poder sobre a vida, fortalecendo a noção de que determinados grupos são descartáveis ou “degenerados”. Assim, sob o biopoder, o racismo permite que o Estado exerça a soberania de morte, justificando a violência e a exclusão como formas de garantir a saúde e o vigor do grupo dominante (Foucault, 2005).

A segunda função do racismo, conforme Foucault (2005), é criar uma relação positiva com a morte do outro, visto como inferior, algo que seria um ato biológico e normativo, que visa à purificação e fortalecimento da raça dominante. Desse modo, o racismo torna-se a condição que legitima a soberania do Estado de continuar exercendo seu poder de morte dentro da lógica do biopoder.

Em síntese, as evidências expostas reafirmam a intersecção entre o racismo estrutural e o sistema penal brasileiro, demonstrando que a seletividade penal se manifesta de forma nítida nas disparidades raciais observadas na população carcerária, na medida em que o racismo é uma engrenagem fundamental que estrutura as dinâmicas de poder e controle social.

Desse modo, a predominância da população negra no sistema prisional não pode ser compreendida isoladamente, mas sim como parte de um mecanismo mais amplo de controle racial que perpetua desigualdades sistêmicas por meio da criminalização e marginalização de corpos negros. Assim, o racismo, ao operar como categoria normativa, molda as práticas judiciais e as medidas punitivas, o que se

evidencia na disparidade racial de duas searas opostas proporcionalmente: o encarceramento e a composição majoritariamente do judiciário.

Portanto, os dados apresentados pelo SISDEPEN permitem inferir que o retrato do inimigo no direito penal brasileiro é de um jovem, negro e de baixa escolaridade. Qualquer tentativa de reformar o sistema de justiça criminal deve partir, primeiramente, de uma mudança estrutural, desmontando os pilares do racismo enraizado a partir de uma articulação entre mudanças políticas, sociais e institucionais profundas. Observa-se também a problemática da utilização da prisão preventiva em caráter não excepcional, contrariando ditames constitucionais, pauta que merece destaque justamente por se tratar de medida inerente ao direito penal do inimigo.

4 ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O instituto da prisão preventiva no processo penal brasileiro, modalidade de prisão processual de natureza cautelar, está disciplinado entre os artigos 311 e 316 do CPP, tendo sido significativamente alterado pela Lei 13.964/2019 – Pacote Anticrime. Trata-se de medida que pode ser decretada pelo juiz, mediante requerimento expresso do Ministério Público, querelante ou assistente, bem como por representação de autoridade policial, durante o curso da investigação preliminar ou do processo (art. 311, CPP). Pode, ainda, ocorrer após a sentença condenatória recorrível e até mesmo na fase recursal (Brasil, 1941).

A partir do Pacote Anticrime, o mencionado artigo foi alterado no sentido de não mais admitir a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz, representando clara adequação ao sistema acusatório. Trata-se, ademais, de modalidade de prisão cautelar essencialmente excepcional, vide art. 286, §6º do CPP, sobretudo com o advento da Lei 12.403/2011. O referido artigo foi também alterado pelo Pacote Anticrime, dispondo atualmente que a decretação da prisão preventiva somente se justifica quando não for possível a substituição por outra medida cautelar, de modo que tal impossibilidade deverá ser justificada e fundamentada conforme os elementos presentes no caso concreto, a partir de análise individualizada (Brasil, 1941).

Nesse sentido, o STF, vide HC 191.886 AgR-AgR / PR, entende atualmente pela impossibilidade da decretação da prisão preventiva e aplicação de medidas cautelares diversas de ofício, afinal, o sistema acusatório, elemento fundamental da dogmática processual penal, pressupõe a separação das funções de acusar e julgar, algo indispensável para a efetividade da imparcialidade. De acordo com o voto do relator, a decretação de prisão de ofício pelo juiz aproxima-o do campo de atuação das partes, afetando sua atuação imparcial (Brasil, 2021).

Destaca-se que, na lição do art. 313, §2º, a prisão preventiva não servirá como antecipação de cumprimento de pena, tampouco decorrerá automaticamente de investigação criminal, da apresentação ou do recebimento da denúncia (Brasil, 1941).

Foi com o advento do Pacote Anticrime que o legislador passou a exigir o binômio concretude-atualidade dos fatos justificadores da medida. Tem-se, portanto, que a segregação cautelar não pode estar simplesmente assentada em suposições,

exigindo elementos concretos justificadores da imposição de medida tão excepcional e extrema (Lopes Júnior, 2024).

Ademais, a medida pode ser decretada em caso de descumprimento das cautelares diversas da prisão, devendo haver contraditório, mediante audiência (art. 282, §3º CPP). Todavia, não se dispensa o uso da proporcionalidade na avaliação feita pelo juiz, que poderá, por exemplo, decretar medida cautelar mais gravosa e ainda diversa da prisão, caso se demonstre adequado à tutela do caso concreto (Lopes Júnior, 2024).

No que concerne aos requisitos para a sua decretação, estes não se confundem com aqueles inerentes às medidas cautelares do processo civil – *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. No entendimento de Lopes Júnior (2024), por se tratar de fenômeno diverso, faz jus a categorias jurídicas próprias, constantes no art. 312 do CPP, que devem estar simultaneamente presentes: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Assim, na lição de Nucci (2024), os requisitos se dividem em genéricos e específicos. Dizem-se genéricos os requisitos da prova da existência do crime (materialidade), sendo inadmissível a privação provisória da liberdade diante de dúvidas em relação à própria existência do fato típico; indício suficiente de autoria, não se exigindo prova plena, mas sim a suspeita fundada; e a adequação a uma das situações descritas no art. 312 do CPP.

Já os requisitos específicos seriam a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, garantia de aplicação da lei penal e fatos novos ou contemporâneos (Nucci, 2024), a serem detalhados em subtópico próprio.

4.1 Os requisitos do art. 312 do CPP: análise crítica

Passando-se à análise dos requisitos existentes no art. 312 para a decretação da prisão preventiva, Lopes Júnior (2024) observa-se que, mesmo com os avanços trazidos pelo Pacote Anticrime, os conceitos jurídicos indeterminados da “ordem pública” e da “ordem econômica” foram mantidos.

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.

§ 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).

§ 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 justifiquem a aplicação da medida adotada. (Brasil, 1941)

Conforme já mencionado, tem-se o *fumus commissi delicti* - traduzido na expressão “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” - que requer um juízo de probabilidade, diante do altíssimo custo que a prisão preventiva significa para o acusado, pois a mera possibilidade é suficiente apenas para a imputação, não bastando para qualquer prisão cautelar (Lopes Júnior, 2024).

No que diz respeito ao indício suficiente de autoria, apesar de não se exigir, em fase anterior ao julgamento de mérito, certeza acerca da culpabilidade, carece-se, de uma alta probabilidade em relação à culpabilidade do sujeito – razoáveis provas de que a conduta é, aparentemente, culpável, ilícita e típica – e não somente do que frequentemente se nomeia de “indícios suficientes”. Do contrário, estaria se considerando a prisão preventiva como regra no curso do processo, aplicável cegamente a todos os casos em que há acusação (Lopes Júnior, 2024).

Ademais, é fundamental a análise do elemento subjetivo do tipo - dolo ou culpa - afinal, não cabe prisão preventiva para crimes culposos. Em síntese, deverá o juiz analisar todos os elementos que integram o tipo penal, ou seja, conduta humana voluntária e dirigida a um fim, presença de dolo ou culpa, resultado, nexo causal e tipicidade.

Não obstante a doutrina majoritária entender pela suficiência da mera prática de um fato aparentemente típico, Lopes Júnior (2024) defende que devem ser consideradas, além da tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, afinal, o conceito formal de crime comprehende os três elementos. Inclusive, o art. 314 surge no sentido de estabelecer incompatibilidade entre a prisão preventiva e a existência de causa de exclusão de ilicitude.

O *periculum libertatis*, em seu turno, é constituído pelas expressões “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”, de modo que basta a ocorrência

fática da necessidade de proteção a uma delas para justificar-se a prisão preventiva (Lopes Júnior, 2024).

Desse modo, qualquer que seja o requisito configurado no caso concreto, é imprescindível a existência de prova razoável, não sendo suficientes meras presunções. Assim, o estado de liberdade do imputado deve gerar perigo real, certo e contemporâneo (Lopes Júnior, 2024). Cabe, por conseguinte, analisar cada um deles.

A prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública é alvo de amplos debates doutrinários. Conforme destacado por Lopes Júnior (2024), o conceito de ordem pública é notoriamente vago e indeterminado, facilitando sua utilização arbitrária e a ocorrência de interpretações amplas, tornando-o o “fundamento preferido” para a prisão preventiva, diante da falta de consenso claro sobre o seu significado ou extensão.

De maneira recorrente, a ordem pública é equiparada ao “clamor público” ou abalo social causado por crimes que geram grande comoção. Tal interpretação, no entanto, traz o risco de distorção do instituto, especialmente quando a gravidade ou brutalidade do delito são utilizadas como justificativa para a prisão, algo que, como aponta o autor, revela uma confusão conceitual (Lopes Júnior, 2024).

Esse conceito, frequentemente confundido com a opinião publicada pela mídia, presta-se a justificar a prisão como uma resposta imediata a pressões sociais e midiáticas, sobretudo em casos de grande repercussão. Como consequência, tem-se o desvirtuamento do verdadeiro caráter cautelar da medida, transformando-a em uma ferramenta de satisfação popular, em vez de um mecanismo processual legítimo (Lopes Júnior, 2024).

Nesse contexto, a prisão preventiva acaba se confundindo com uma punição antecipada, o que, como aponta Cruz (2023), é uma percepção comum entre a população, que não distingue tecnicamente a prisão cautelar da prisão decorrente de condenação.

Além disso, há argumentações no sentido de que a prisão preventiva, ao garantir a ordem pública, serve para preservar a credibilidade das instituições estatais, pois, para o imaginário comum, a omissão do sistema de justiça frente a crimes graves poderia resultar em perda de confiança da sociedade no Poder Judiciário, na Polícia e no Ministério Público, de modo que a prisão seria uma espécie de reafirmação do poder estatal, restabelecendo a crença no sistema repressivo. Contudo, tal perspectiva desvia o foco do caráter cautelar da medida para um viés punitivo, visando

mais a satisfação da opinião pública do que a proteção do processo judicial em si (Lopes Júnior, 2024).

Outro uso comum do requisito é para referir-se ao risco de reiteração criminosa, segundo o qual a prisão preventiva impediria que o agente, já imputado por diversos crimes, voltasse a delinquir. Essa justificativa, embora aparentemente focada na prevenção, também se baseia em conjecturas e acaba por apelar para conceitos como “clamor público” e “periculosidade do agente”, sem amparo objetivo. O autor alerta, entretanto, que o direito e o processo penal não estão legitimados para tutelar o futuro, tratando-se de um argumento irrefutável e, portanto, inquisitório, na medida em que se torna impossível ao acusado provar que, se solto, não cometerá nenhum crime (Lopes Júnior, 2024).

Destarte, Sanguiné (2003, p. 115) apud Lopes Júnior (2024, p. 53) ensina que a prisão preventiva para garantir a ordem pública demonstra a utilização do instituto para uma função de prevenção geral, desvirtuando o seu sentido e a natureza ao atribuir-lhe a função de contribuir com a segurança da sociedade, que não lhe cabe.

Merece atenção a origem histórica do conceito de ordem pública, como ressalta Lopes Júnior (2024), que remonta à Alemanha nazifascista, sendo originalmente utilizado para justificar prisões em um contexto autoritário, servindo como uma autorização ampla e indeterminada para a detenção de indivíduos. Assim, a genética do conceito evidencia o perigo de sua aplicação desmedida, uma vez que, sob a capa de uma justificativa genérica, o instituto pode ser manipulado para finalidades que se afastam da tutela cautelar do processo e adentram o campo de controle social.

No mesmo sentido, Prado e Santos (2018) complementam essa crítica ao destacar que o conceito de ordem pública, ao ser vago e indeterminado, dificulta a verificação ou refutação objetiva no âmbito processual, afinal, os juízos de valor e as afirmações baseadas em observações subjetivas carecem de verificabilidade, o que é um aspecto essencial no contexto do processo penal. Em razão disso, a utilização de termos vagos, como ordem pública, sem a devida concretude e individualização dos fatos que o justificariam, fragiliza a argumentação jurídica e abre margem para decisões baseadas em impressões subjetivas, distantes das provas e fatos processuais.

Já a garantia da ordem econômica como requisito para a decretação da prisão preventiva, conforme ensina Lopes Júnior (2024), visa prevenir a reiteração de práticas que ameacem a credibilidade do sistema financeiro e comprometer o funcionamento do mercado de ações e valores. Na prática forense, é um fundamento pouco utilizado.

No entanto, o autor critica a utilização deste requisito, argumentando que tal medida não se qualifica como cautelar em sentido estrito. Segundo Lopes Júnior (2024), a prisão preventiva neste caso é utilizada para coibir crimes como especulação financeira e transações fraudulentas, que poderiam ser mais adequadamente enfrentados por meio de sanções à pessoa jurídica ou de intervenções do Direito Administrativo sancionador.

Nesse contexto, o autor defende que medidas como o sequestro de bens e a indisponibilidade patrimonial seriam mais eficientes para tutelar a ordem financeira e prevenir a reiteração de práticas ilícitas, já que essas medidas se prestam a obstar o acesso do agente aos recursos necessários para cometer novos delitos do gênero (Lopes Júnior, 2024).

Em síntese, a prisão preventiva para garantia da ordem econômica e ordem pública apresenta um "defeito genético", nas palavras de Lopes Júnior (2024), pois não se configura como uma medida verdadeiramente cautelar e, portanto, seria inconstitucional em essência. Apesar disso, ela continua sendo aplicada pelos tribunais, evidenciando um uso abusivo dessa ferramenta jurídica, mais por conveniência do exercício do poder do que por efetiva necessidade de proteção social ou econômica.

O elemento da conveniência da instrução criminal – a chamada tutela da prova – é, mais uma vez, um requisito que comporta termo demasiadamente aberto à ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva. Apesar disso, o requisito é dotado da cautelaridade necessária, significando que a liberdade do imputado está obstando o normal desenvolvimento do processo ou pondo em risco a coleta da prova. Na prática, observa-se a sua incidência quando há destruição de documentos, alteração do local do crime, constrangimento de testemunhas, vítimas, peritos e, até mesmo, do juiz ou do promotor (Lopes Júnior, 2024).

Todavia, ressalta o autor que a prisão do imputado com base na conveniência da instrução não se justifica quando o objetivo é forçá-lo a participar de um interrogatório ou de algum ato probatório, tampouco para obter sua confissão,

afinal, o imputado não deve ser visto como um "objeto de prova", afinal, esse momento é uma oportunidade de defesa pessoal, devendo ser resguardado seu direito ao silêncio (Lopes Júnior, 2024).

Dessa forma, caberia ao Estado, por meio de uma investigação científica eficiente, reduzir o tempo de apuração dos fatos e minimizar os riscos de manipulação, sem transferir arbitrariamente o ônus ao imputado. Além disso, o argumento do medo das vítimas e testemunhas, comumente utilizado, é uma questão de segurança pública, de modo que cabe ao Estado garantir sem distorcer o processo penal (Lopes Júnior, 2024).

Por fim, o requisito de garantia da aplicação da lei penal serviria, nas palavras de Lopes Júnior, para evitar a fuga do imputado, que tornaria inócuas a sentença penal, representando também uma medida tipicamente cautelar. Tal risco de fuga, todavia, deve se apresentar como um fato claro e não concebe qualquer hipótese de presunção arbitrária, que seria constitucional perante a presunção de inocência (Lopes Júnior, 2024).

Para legitimar a presunção de fuga, é comum a invocação de rótulos que se referem à gravidade abstrata do delito, tais como “crime hediondo”, “tráfico de substâncias entorpecentes”, “crime organizado”. Porém, como bem ensina Carnelutti (1950, p. 71) apud Lopes Júnior (2024, p. 57), o princípio da presunção de inocência impõe ao Juiz que também presuma a obediência do acusado, falando-se em restrição de liberdade somente em caso de quebra desta presunção.

Capez (2024) destaca que a medida só será aplicada quando não houver outra medida cautelar menos invasiva disponível, conforme previsto no rol do art. 319 do Código de Processo Penal (CPP). Assim, é cediço que existem, formas menos onerosas, tanto social quanto economicamente, para proteger as provas e garantir a aplicação da lei penal, tais como as medidas previstas no art. 319 do CPP, incluindo proibição de frequentar determinados lugares, de manter contato com certas pessoas, recolhimento domiciliar e monitoramento eletrônico, comparecimento periódico em juízo, proibição de ausentarse da comarca ou país, bem como medidas assecuratórias que engessam o patrimônio do imputado, como o bloqueio de contas, oferecendo alternativas à prisão cautelar com impactos significativamente menores.

Imprescindível ressaltar, por fim, que mesmo que existam *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* (art. 312), deve-se atentar aos limites do art. 313: a prisão preventiva só cabe para crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima

superior a quatro anos (inciso I); poderá ser decretada se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (inciso II); ou se o crime envolver violência doméstica e familiar, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Quanto à situação do réu reincidente em crime doloso, nota-se flagrante situação de *bis in idem*, na qual, caso seja este o único fundamento, não somente se está violando o princípio da proporcionalidade, como também exclui-se a natureza cautelar da medida (Lopes Júnior, 2024).

O legislador, assim, optou pela linha de estigmatização do reincidente, permitindo a continuidade da sua punição e segregação, excluindo-o em virtude das suas características pessoais e aplicando-lhe uma espécie de processo penal paralelo, em situação semelhante à que descreve Jakobs na teoria do direito penal do inimigo. Por isso, no plano ideal, devem ser coibidas decisões que prendam somente com base na reincidência, quando ausentes os requisitos do art. 312.

Diante do exposto, é imperioso ressaltar que as medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, têm como finalidade garantir o regular andamento do processo, não se prestando à função de "fazer justiça" ou de antecipar uma punição.

Sob essa perspectiva, Cruz (2023), ao tratar do que chama de "a lógica do sofrimento", destaca que, no imaginário popular, o simples fato de um indivíduo ser encarcerado já representa uma forma de punição, independentemente de haver uma sentença condenatória, gerando uma falsa sensação de justiça e segurança, pois a prisão imediata é vista como a única resposta eficiente do Estado diante da prática de um crime.

Nesse contexto, a manutenção da liberdade do acusado, ainda que provisória, é frequentemente associada à impunidade e à insegurança. Todavia, essa visão ignora o princípio da presunção de inocência e a função estritamente cautelar da prisão preventiva, que não deve ser utilizada para atender ao desejo de vingança ou à pressão social (Cruz, 2023).

Para Illuminati (1999, p. 92) apud Cruz (2023,p. 19)

garantir o procedimento cautelar como se fosse o juízo de mérito significa que o processo não alcança o seu objetivo senão através das medidas provisórias. [...] todo o drama da custódia cautelar reside ainda na excessiva duração dos processos, que não conseguem chegar a uma sentença em tempo razoável. Por este motivo toda a

tensão se transfere sobre o sistema das cautelares, transformado no ponto de maior relevância prática.

Ainda sob essa análise, Cruz (2023) ressalta os danos psicológicos e sociais impostos ao preso provisório, que se encontra em uma situação de extrema instabilidade, afinal, ao contrário do condenado, que já possui direitos e uma expectativa de término de sua pena, o preso preventivo vive em um estado de incerteza, sem saber se será libertado ou mantido preso, algo que intensifica a angústia e os malefícios sofridos durante o período de prisão cautelar.

Não se está, contudo, a negar a questão da desumanização do sistema prisional brasileiro em sua totalidade. Bitencourt (2017), nessa seara, aponta que a realidade atual é a desumanidade dos presídios brasileiros, nos quais não se perde somente a liberdade, mas também a identidade, a dignidade e honra, na medida em que os segregados são submetidos a humilhação, maus tratos, miséria, violência sexual, dentre outras agressões a direitos fundamentais, em um sistema penitenciário cuja responsabilidade é do Estado.

Nesse mesmo sentido, Lopes Júnior (2024) argumenta que a prisão preventiva, ao ser utilizada para isolar indivíduos supostamente perigosos e controlar o alarme social, assume uma função que é claramente constitucional. A prisão, nesse caso, serve como pena antecipada e medida de segurança, contrariando frontalmente os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Não se pode olvidar que toda a problemática da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro não pode ser analisada sem que se remonte à sua gênese. Prado e Santos (2018) atentam para o fato de que o CPP de 1941 foi fortemente influenciado pelo *Codice Rocco*, oriundo do fascismo italiano, que trouxe consigo características de um sistema autoritário. Essas influências resultaram na adoção de conceitos amplos e vagos, como o de “ordem pública”, que permitem ao juiz uma elasticidade excessiva na decretação de prisões preventivas, violando o princípio da excepcionalidade, banalizando o instituto e atentando contra o princípio do *in dubio pro reo*.

Destarte, para Choukr (2002) a prisão preventiva, quando decretada sem um julgamento justo e célere, fere gravemente o sentimento de justiça e solapa a confiança da sociedade no sistema penal. Além disso, o autor observa que a medida frequentemente coloca o acusado em uma posição de extrema vulnerabilidade,

facilitando abusos por parte da acusação e dificultando a organização de uma defesa eficaz.

Fazendo-se uma análise acerca da prisão preventiva à luz do princípio da presunção de inocência, destaca-se a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual estabelece que a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência, conforme o art. 5º, LVII, da Constituição Federal (Superior Tribunal de Justiça, 1990).

Nesse sentido, Capez (2024) ainda ressalta que a própria Constituição prevê exceções ao direito de liberdade, como nos casos de flagrante e crimes inafiançáveis, permitindo que o legislador infraconstitucional regule a prisão preventiva sem que isso constitua violação à presunção de inocência.

Assim também comprehende Avena (2023), ao sustentar que a prisão preventiva não visa à punição, mas sim a assegurar o andamento adequado do processo penal, impedindo, por exemplo, que o indivíduo cometa novos crimes ou interfira na apuração dos fatos. Dessa forma, não se configura uma violação ao princípio da presunção de inocência, uma vez que inexiste a finalidade punitiva.

Todavia, o autor também observa que a decretação da prisão preventiva, caso esteja embasada puramente na repugnância causada pelo delito, servirá apenas como instrumento de punição antecipada, incidindo em um verdadeiro constrangimento ilegal (Avena, 2023).

Choukr (2002), fazendo um reexame histórico, traz que, com o fascismo, a presunção de inocência entrou em crise a partir da aberta e desenfreada legitimação da prisão preventiva. A medida assumia, nesse cenário, a roupagem de prevenção contra indivíduos “perigosos” e “suspeitos”, necessária para a defesa social.

À guisa de conclusão, observa-se que o instituto da prisão preventiva, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, enfrenta sérios desafios tanto em sua fundamentação quanto em sua execução. Cabe, por conseguinte, entender como se dá o dever de fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva e observar na prática como seus requisitos são valorados pelo judiciário.

4.2 A interpretação subjetiva dos requisitos pelo Judiciário à luz da teoria do direito penal do inimigo

Não obstante a abstração dos requisitos da prisão preventiva, ante o exposto, é cediço que, conforme mandamento constitucional contido no art. 93, IX da CF, toda decisão judicial deve ser fundamentada, especialmente as prisões, afinal, somente são admitidas em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, com ressalva somente para os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar - art. 5º, LXI, CF (Brasil, 1988).

Na mesma linha vai o CPP que, em seu art. 315, define que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada, com base em fatos novos ou contemporâneos (Brasil, 1941). Assim, extraindo-se o processo racional do magistrado em sua decisão, a primeira fase seria a demonstração do raciocínio lógico que levou à decretação da prisão preventiva, enquanto a segunda seria relacionar a necessidade da prisão com as provas contidas nos autos (Nucci, 2024).

Nessa seara, Nucci (2024) alerta para o fato de que não basta o juiz extrair a argumentação diretamente do parecer do Ministério Público, da autoridade policial ou de outro legitimado que requereu a prisão, mediante mera remissão. Deve, em vez disso, apresentar seu próprio raciocínio, ainda que, justificadamente, apontando o que considerou útil no parecer. Da mesma forma, em se tratando de crime com coautoria, a análise deve ser individualizada, seja na decretação ou na revogação da medida.

Em seu turno, o art. 315 do CPP procedeu com minuciosa descrição do que seria uma decisão considerada fundamentada.

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. (Brasil, 1988)

Analizando-se a letra do artigo, as decisões que decretam a prisão preventiva, para serem adequadamente fundamentadas, não podem se limitar à mera indicação, reprodução ou paráfrase de dispositivos normativos sem uma análise detalhada do caso concreto. Como exemplo, pode-se citar decisões que simplesmente mencionam o artigo de lei ou reproduzem termos genéricos como "para garantia da ordem pública", sem estabelecer uma conexão clara com os fatos dos autos, sendo necessária uma justificativa específica que relate o ato normativo à situação analisada (Nucci, 2024).

Além disso, o magistrado deve evitar o uso de conceitos jurídicos indeterminados ou abstratos de forma genérica, como justificar a prisão preventiva com base apenas na gravidade do crime ou na sensação de insegurança pública gerada por ele. O emprego de motivos genéricos, capazes de justificar outras decisões de forma automática, leva a uma argumentação padronizada e pouco reflexiva (Nucci, 2024).

Por fim, ao afastar súmulas ou jurisprudência alegada pelas partes, o magistrado deve justificar claramente sua opção, demonstrando distinções no caso ou razões para superação do entendimento anterior, afinal, a omissão nesse confronto, sem uma explicação adequada, compromete a legitimidade da decisão e pode levantar dúvidas sobre a imparcialidade do julgamento (Nucci, 2024).

É flagrante a ambiguidade de uma normativa que, ao passo que parece ser rigorosa com o dever de fundamentação das decisões que decretam a prisão preventiva, apresentando concretamente o que devem ou não conter para serem consideradas justificadas, mantém requisitos essencialmente abstratos que não se prestam a limitar, tornando menos subjetiva, a análise do julgador.

Na prática, mesmo na vigência dos mandamentos do art. 315, não é raro deparar-se com valorações que possuem aparência de fundamentação, justamente por mencionarem algum requisito do art. 312, cujo conteúdo possui margem para ser arbitrariamente criado pelo juiz de acordo com valores ilegais e antidemocráticos.

Nessa seara, é imprescindível ressaltar o ensinamento de Ferrajoli (2002), que define um termo vago como sendo aquele que não permite a determinação da sua extensão com relativa certeza. Ademais, destaca o autor que alguns termos não são somente vagos, mas também valorativos - como “perigoso”, por exemplo - que refletem as atitudes e subjetividades de quem os enuncia. Assim, valorações com tais termos são irrefutáveis e inverificáveis.

Dessa forma, aplicando-se tais conceitos à linguagem penal, Ferrajoli (2002) afirma que uma tese judicial somente é falseável e verificável se seus termos contiverem uma extensão determinada, com intenções definidas clara e precisamente.

Não é o caso, portanto, dos requisitos do art. 312 do CPP, cujo conteúdo não se pode definir com certeza, o que leva ao uso indiscriminado e contaminado pela subjetividade do julgador.

Nessa linha, faz-se necessário averiguar exemplos da aplicabilidade dos requisitos do art. 312 do CPP por parte do judiciário, à luz da teoria do direito penal do inimigo, a partir de acórdãos do ano de 2024, em matéria de habeas corpus criminal impetrados em favor de pacientes imputados pelo delito de tráfico de drogas, o que se justifica diante do amplo encarceramento que o delito comporta no sistema prisional brasileiro, tendo em vista que, conforme o exposto acerca do direito penal do fato e da necessária adequação ao sistema acusatório, decisões alinhadas à teoria de Jakobs desvirtuam o instituto da prisão preventiva e encontram-se desalinhadas aos ditames do Estado Democrático de Direito.

No Habeas Corpus Criminal n.º 0809798-21.2024.8.15.0000, do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB -, o impetrante alega a falta de requisitos autorizadores para a decretação da prisão preventiva, diante da ausência da demonstração da gravidade concreta do fato em questão. O relator afirma estar consubstanciado o indício de autoria, diante do laudo de constatação, que apontou um total de 3,052 kg de cocaína, e dos depoimentos testemunhais (Paraíba, 2024).

Ademais, a decisão que decretou a prisão preventiva, conforme destaca o relator, dispôs: “Com efeito, o crime imputado ao acusado reveste-se de gravidade. O flagranteado cometeu o delito, merecendo a conduta rigorosa atuação do Poder Judiciário, com o fim de acautelar a sociedade e a própria credibilidade da Justiça.” (Paraíba, 2024).

Nota-se que o juízo da custódia tratou a prisão preventiva como sendo de aplicação automática ao caso concreto, fazendo um antecipado julgamento de mérito, tendo se referido à gravidade do delito de maneira abstrata. Em seu turno, o relator dispôs de igual modo: justificou a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão da “periculosidade” do agente, presunção que decorre exclusivamente do seu suposto envolvimento com o tráfico de entorpecentes, denegando a ordem e mantendo a custódia cautelar (Paraíba, 2024).

No caso em comento, nota-se que não houve qualquer demonstração do *periculum libertatis* do acusado, estando a sua segregação justificada apenas na preliminar conclusão de ter ele cometido o crime. Destaca-se, assim, flagrante desvio da medida para fins de antecipação da pena, bem como estigmatização do acusado por tráfico de drogas, privado do direito a ter sua prisão fundamentada e às medidas cautelares diversas.

Já no Habeas Corpus n.º 0800036-78.2024.8.15.0000, do TJPB, o impetrante também sustenta a fundamentação inidônea da prisão preventiva. O juízo da custódia, ao converter a prisão em flagrante em preventiva, narrou que a medida se justifica para a garantia da ordem pública por ter sido o acusado flagrado com 51 trouxinhas de maconha, a quantia de R\$ 18,00 e um aparelho celular, tendo este afirmado, quando questionado, que fazia parte de facção criminosa (Paraíba, 2024).

Ao passo que delegou corretamente a análise do mérito para a instrução processual, a decisão da custódia impôs a prisão preventiva somente com base na gravidade abstrata do delito, mencionando que

A conclusão é que o delito de tráfico ilícito de droga é bastante grave, sendo depositado em tal crime, inclusive, grande parte da origem da mazela social da violência que assola o país. Na verdade, o crime de ação múltipla ou conteúdo variado de tráfico de droga demonstra, per se, a periculosidade e a ousadia do agente de modo induvidoso, posto que está diariamente estampado nas manchetes dos jornais o legado de violência e criminalidade que rodeiam os autores deste delito. (Paraíba, 2024)

Novamente, não há qualquer respaldo para o *periculum libertatis* do acusado, mas sim fundamentação genérica, na medida em que, no caso narrado e na fase processual em questão, não há variedade de droga ou multiplicidade de verbos que integram a conduta. A suposta prática do tráfico é automaticamente atrelada à “periculosidade” e “ousadia”, sustentando o instituto da prisão preventiva como medida de segurança pública. De igual modo, entendeu o relator, que, mencionando

os conceitos abstratos de “credibilidade da justiça” e o fim de “acautelar o meio social”, denegou o *writ*.

Merece também destaque o Habeas Corpus n.º 0825402-56.2023.8.15.0000, do TJPB. Nele, trata-se de pessoa flagrada com 14,40g de maconha e 14,26g de cocaína, primária e que possui residência fixa. Todavia, o juízo plantonista dispôs que o crime imputado se reveste de gravidade e “impulsiona outros crimes e tanta violência na sociedade”, bem como que a quantidade das substâncias não seria compatível com o consumo próprio, estando aí demonstrada a suposta periculosidade (Paraíba, 2024). Dessa forma, o relator demonstrou concordância com os argumentos supracitados, denegando a ordem.

No Habeas Corpus n.º 0816064-24.2024.8.15.0000, do TJPB, que também trata de réu primário e que possui residência fixa. A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva se limita a mencionar a incidência dos requisitos da garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal sem, no entanto, evidenciar as razões que levam à presunção de fuga ou de risco ao resultado do processo com a liberdade do imputado (Paraíba, 2024).

Assim, mesmo discorrendo apenas sobre a gravidade em abstrato do delito, o juízo plantonista conclui que “o custodiado demonstrou que sua personalidade revela tendência à criminalidade e que, em consequência, não está apto a conviver em sociedade”. O relator, salientando na mesma linha que o crime praticado pelo agente é grave, denegou a ordem de HC, com o fim de prevenir a reiteração criminosa e assegurar a prova criminal (Paraíba, 2024).

Igualmente alarmante é a fundamentação utilizada no Habeas Corpus n.º 3006130-18.2024, do Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP. No caso concreto, trata-se de paciente que é primária, possui bons antecedentes, exerce atividade laboral e possui dois filhos menores de 12 anos. Em que pese ter sido abordada, no ato do flagrante, com variados tipos de entorpecentes, o relator ressalta a inviabilidade do exame prematuro da matéria de mérito constante na denúncia (São Paulo, 2024).

Não obstante, a manutenção da custódia preventiva, com a denegação da ordem do habeas corpus, se deu justamente diante da variedade de drogas, afinal, segundo o relator

A conduta imputada à paciente traz perigo à ordem pública. São nefastas as consequências do tráfico de drogas, posto que motivadoras de milhares de crimes que se sucedem no cotidiano. Portanto, apresentam-se os requisitos da prisão preventiva, conforme

artigo 312 do Código de Processo Penal. Ademais disso, mesmo aquele que delinque pela primeira vez, tendo, portanto, antecedentes imaculados, residência fixa e ocupação lícita, traz o mesmo risco à ordem pública pela possibilidade de reiteração na conduta (São Paulo, 2024).

Não se vislumbra, do mesmo modo, preocupação com o *periculum libertatis*. Para o relator, qualquer acusado por tráfico de drogas, mesmo os que jamais delinquiram anteriormente e que contam com todas as condições pessoais essencialmente favoráveis, representam o mesmo risco à ordem pública que aqueles reincidentes ou portadores de maus antecedentes, pois ambos possuem em comum a probabilidade de delinquir novamente.

O que se observa no caso de delitos estigmatizados como o tráfico de drogas é uma supressão de um dos requisitos da prisão preventiva: o *periculum libertatis*, sendo suficiente o *fumus commissi delicti*. Nestes casos, as decisões não se prestam a justificar os motivos pelos quais a liberdade dos acusados poderia significar um atentado à ordem pública, à instrução processual ou à aplicação da lei penal, sendo medida automática segregá-los do convívio social diante da presunção da impossibilidade de orientação conforme as normativas impostas.

Recorda-se que as expectativas quanto à subjetividade do cidadão são a probabilidade de manter as expectativas normativas da comunidade. Quanto ao inimigo, espera-se que a sua subjetividade implique na real capacidade de produzir um estado de guerra contra a sociedade, frustrando reiteradamente a normatividade daquele ordenamento (Santos, 2012).

Ademais, Jakobs (2012) propõe as características inerentes ao direito penal do inimigo: o adiantamento da punibilidade, tendo como referência não o fato ocorrido, mas o pressuposto fato futuro; penas desproporcionalmente altas; a aplicação de medidas de segurança, como a prisão preventiva; e a relativização e supressão das garantias processuais.

Classificados como inimigos, o processo penal aplicado aos acusados nos casos expostos não visa a reparação do dano a partir da pena, mas sim a aplicação da custódia cautelar para prevenir uma reiteração delitiva puramente baseada em ilações. Ademais, em todos os habeas corpus citados, o relator dispôs não haver o que se falar em eventuais circunstâncias pessoais favoráveis para afastar a medida, diante da suposta gravidade dos fatos.

Ou seja, sendo o acusado por tráfico ou outro delito que o insira na condição de inimigo, não é possível atribuir-lhe o status de cidadão que cometeu um

erro transitório. Do contrário: presume-se a vida voltada à prática delituosa, ainda que se esteja diante de pessoa primária, de bons antecedentes, que possua ocupação lícita e residência fixa, afinal, conforme se observou na lição de Jakobs (2012), aquele rotulado como inimigo não possui condições cognitivas de orientar-se conforme a norma, sendo o fato cometido por ele um atentado contra a própria justiça e às instituições.

Outrossim, o tratamento voltado ao instituto não é de atender ao seu caráter de excepcionalidade, pois, novamente, para os inimigos tem-se um processo penal diferenciado, que extingue direitos postos.

Assim, tanto em sede de primeiro grau de jurisdição, nas decisões do juízo plantonista, quanto no segundo grau, observam-se decisões antidemocráticas e inquisitivas, na medida em que sequer há o ônus, para a acusação ou para o juiz, de demonstrar que o acusado, caso solto, não irá delinquir.

Contradicoratoriamente, impõe-se ao acusado privado de liberdade o papel de provar que não o fará, resultando, na prática, no amplo encarceramento com prazos que não obedecem à regra do art. 316, parágrafo único do CPP, segundo o qual, decretada a prisão preventiva, essa deverá ser revisada pelo órgão emissor a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal – inovação trazida pelo Pacote Anticrime.

Ocorre que, em precedente do próprio STF, no HC 191.836/SP, fixou-se a tese de que a ausência de reavaliação prevista no artigo mencionado, após o prazo legal de 90 dias, não resulta na revogação automática da prisão preventiva, de modo que, nesses casos, o juízo competente deve ser provocado a verificar a legalidade e a atualidade dos fundamentos que justificam a medida (Brasil, 2020).

Portanto, não somente o judiciário brasileiro possui o aval de segregar os indivíduos que rotula como inimigos, como também pode fazê-lo por prazo indeterminado, atendendo aos anseios dos ditos “cidadãos” que não terão que conviver com os naturalmente desviados. Mesmo com regra teoricamente objetiva, que apresenta concretamente o tempo que tal prisão pode durar, o judiciário reserva-se ao direito de discricionariedade para constatar o que seria o excesso de prazo caso a caso, resultando em clara insegurança jurídica, além de legitimar a problemática da morosidade no sistema de justiça criminal.

Assim, apesar de a única presunção passível de realização no contexto do Processo Penal e do Estado Democrático ser a presunção de inocência, aos acusados

pelo tráfico de drogas abre-se um espaço de exceção, de desnecessidade de concessão de garantias processuais. O magistrado, nos casos mencionados, orienta-se pela gravidade abstrata do delito, pelas consequências geradas à comunidade dos “verdadeiros cidadãos”, e pela periculosidade que é supostamente inerente a tais sujeitos.

Em todos esses casos, estando acobertados pelo art. 312 do CPP, que não logra êxito em garantir o respeito à liberdade e às garantias individuais dos acusados, os magistrados contam com a possibilidade de realizar prontamente a segregação de determinados indivíduos, argumentando que a subjetividade desses sempre os conduzirá a práticas criminosas.

Na jurisprudência exposta, não há respeito à garantia constitucional prevista no art. V, LXI da Constituição Federal – que garante que a ordem que decreta a prisão deverá ser fundamentada, tendo sido detalhada, em matéria processual penal, no art. 315 do CPP –, ao princípio constitucional da presunção de inocência ou ao próprio parágrafo segundo do art. 312 do CPP, que dispõe que a decisão pela decretação da prisão preventiva deve estar fundamentada em fatos contemporâneos e no fundado receio de perigo que justifiquem a adoção da medida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Trabalho de Conclusão de Curso investigou a aplicação dos critérios previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), tendo como foco central analisar se a vagueza conceitual dos requisitos estabelecidos pelo CPP abre espaço para a adoção de perspectivas punitivas antidemocráticas, aliadas à Teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, nas decisões judiciais que envolvem a decretação ou manutenção da prisão preventiva.

A pesquisa, de fato, demonstrou que os conceitos de "garantia da ordem econômica", "conveniência da instrução criminal", "aplicação da lei penal" e, principalmente, "garantia da ordem pública", são comumente utilizados para justificar a prisão preventiva a partir de um viés punitivista, tendo para com a teoria mencionada várias características em comum: antecipação da punibilidade, supressão de direitos e garantias fundamentais, como a presunção de inocência e a fundamentação das decisões, e segregação dos indivíduos tidos como "perigosos" mediante a utilização de medida cautelar coativa, por serem considerados inaptos à convivência social, diante do fato de que seus atos significam, aos olhos do judiciário, um atentado contra o Estado e a própria justiça.

Por conseguinte, não se garante que tal prisão processual seja tratada com a excepcionalidade que lhe deveria ser inerente, afinal, no Estado Democrático de Direito, somente possui natureza de regra a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Ocorre que, na prática, observa-se uma inversão de valores, de modo que a liberdade dos indivíduos presumivelmente perigosos, de acordo com a jurisprudência, é que carece de legitimação e limitação, e não o arbitrário poder punitivo do Estado.

A vagueza conceitual desses requisitos, principalmente a "garantia da ordem pública" permite interpretações discricionárias e inverificáveis, frequentemente se limitando à invocação de termos como "ordem pública" e "periculosidade". Ainda, a análise revelou que, em muitos casos, os juízes justificam a prisão preventiva com base na gravidade em abstrato do delito, de forma a tornar quase automática a sua decretação sem que sequer seja necessário alcançar a fundamentação do *periculum libertatis* do acusado, algo que ocorre no primeiro grau de jurisdição e se confirma no segundo. Esse cenário resulta na antecipação da pena, desvirtuando o caráter cautelar da prisão preventiva, que passa a ser usada como forma de coação física, tratando o acusado não como sujeito de direitos, mas sim como ameaça a ser

neutralizada, considerando-o culpado antes do momento processual apto à decisão de mérito – a exemplo da decisão constante no Habeas Corpus Criminal n.º 0809798-21.2024.8.15.0000, no qual mencionou-se, sem qualquer dúvida, que o acusado cometeu o delito – em flagrante inquisitorialidade. Assim, ao tratar determinados indivíduos como inimigos do Estado, o Judiciário brasileiro acaba por adotar uma postura punitiva, mais preocupada em atender a pressões sociais e midiáticas do que em resguardar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Outrossim, nas passagens expostas da jurisprudência, a justificativa de que o tráfico de drogas é um crime que gera grande comoção social e abala a "credibilidade da Justiça" foi utilizada de forma a desincumbir o magistrado do dever de fundamentação da decisão, que bastou estar limitada a projetar as futuras atitudes delitivas do acusado – com base apenas em “ilações fantasmagóricas”, como denomina Lopes Júnior (2024) – caso posto em liberdade, sem demonstrar qualquer respaldo fático.

Como resultado, tem-se o encarceramento em massa, sem prazo preestabelecido, particularmente prejudicial para grupos marginalizados, sobretudo para a população negra, que é a maioria nos presídios brasileiros. Tal fator, somado à problemática já exposta do tráfico de drogas, contribui para o aumento do encarceramento em massa. Nesse contexto, a prisão preventiva se torna mais uma ferramenta de perpetuação do racismo estrutural e da seletividade penal.

No segundo capítulo, foi apresentado que a teoria propõe uma divisão entre "cidadãos", que cometem crimes e ainda podem ser tratados como sujeitos de direitos, e "inimigos", indivíduos considerados tão perigosos que sua própria existência justifica a suspensão de suas garantias processuais. Ao analisar as decisões judiciais que aplicam a prisão preventiva com base em critérios abertos, observa-se que o Direito Penal do Inimigo, embora não explicitamente reconhecido como legítimo no sistema processual e constitucional brasileiro, ante a adequação desses, em regra, ao direito penal do fato, permeia a fundamentação de muitas dessas decisões. Na vivência jurídica, tem estado justificada a imposição de medidas extremas, como a prisão preventiva, sem o devido respeito aos princípios constitucionais.

Nesse sentido, é imprescindível que haja uma revisão legislativa acerca do instituto da prisão preventiva no Brasil, de modo a evitar que a opinião ou subjetividade do julgador seja justificativa suficiente, afinal, nesse cenário, sequer há como atender materialmente ao dever de fundamentação das decisões. É necessária uma melhor

adequação da norma do art. 312 do CPP às disposições constitucionais e àquelas em matéria de direitos humanos, para que se possa conceber, na prática, uma melhor eficiência do estado de liberdade, pressuposto do Estado Democrático de Direito

Assim, para futuros estudos acadêmicos, sugere-se a realização de pesquisas que utilizem a metodologia de análise de discurso como forma de investigar padrões na valoração dos requisitos do artigo 312 do CPP em um tribunal e recorte temporal específicos. Espera-se que tal metodologia permita a identificação de tendências discursivas que possam revelar a influência de concepções antidemocráticas, como as previstas pelo Direito Penal do Inimigo, na fundamentação das prisões preventivas. Além disso, futuros estudos podem expandir a análise para outros aspectos da prisão preventiva que, para além dos requisitos subjetivos, possam abrir margem para a incidência do Direito Penal do Inimigo no processo penal brasileiro, tais como a ausência de prazo para a revisão da custódia cautelar, vide a mencionada tese do STF fixada no HC 191.836/SP.

Por fim, conclui-se que a aplicação dos requisitos do artigo 312 do CPP está em desacordo com os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito. A prisão preventiva, tal como tem sido utilizada, viola a presunção de inocência, o devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa humana. O Judiciário, ao se valer de critérios subjetivos e vagos para justificar a prisão preventiva, acaba por legitimar a criação de um processo penal paralelo, aplicável àqueles considerados “perigosos”. É necessário, portanto, que o sistema penal brasileiro seja ressignificado à luz dos princípios constitucionais, mediante reforma legislativa e jurisdicional, garantindo que a prisão preventiva seja utilizada de maneira excepcional e devidamente fundamentada, em conformidade com os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal e, sobretudo, com o sistema acusatório.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 24 set. 2024.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é liberdade. **Consultor Jurídico**, [S. I.], p. 1-1, 6 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada/>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**: Código Penal, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de Outubro de 1941**: Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 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. Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 9. Impetrante: Cesare Monego; Impetrado: Presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Thibau. Brasília, DF, 06 de setembro de 1990. **Diário de Justiça**. Brasília, 12 set. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus, HC 191.886. Penal e Processo Penal. Descaminho (art. 334, caput, do Código Penal). **Prisão preventiva decretada de ofício. Impossibilidade. Separação das funções de investigar, acusar e julgar é essencial para a imparcialidade do Judiciário. Agravo regimental desprovido.** Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Luiz Fabiano de Oliveira Leite. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Sessão

Virtual de 03 a 13 de dezembro de 2021. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758921839>. Acesso em: 01 de outubro de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar, SL 1395 MC-Ref / SP. **Pedido de suspensão de medida liminar deferida em Habeas Corpus para André Oliveira Macedo, líder da organização criminosa PCC. O pedido foi apresentado pela Procuradoria-Geral da República.[...]**. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Relator do HC n.º 191.836 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux, Plenário, 15 de outubro de 2020. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439615/false>. Acesso em: 02 de outubro de 2024.

BRITO, Carlos Augusto Machado de; DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ELE ESTÁ ENTRE NÓS**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, [s. l.], v. 8, ed. 2, p. 41-56, 2022. Disponível em:
<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/9114>. Acesso em: 25 set. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553620821. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620821/>. Acesso em: 30 set. 2024.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição:** princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 9788502224308. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224308/>. Acesso em: 18 ago. 2024.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Presunção de Inocência e Garantia de Liberdade do Imputado. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. cap. O Juízo. Quando e Como Julgar, p. 441-449.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números:** Dados de Pessoal do Poder Judiciário. Brasília, 2024. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-mpm-pessoal/>. Acesso em: 25 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema de Audiência de Custódia:** Estatísticas Sobre Audiências de Custódia Nacional. [S. l.], 2024. Disponível em:
<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>. Acesso em: 30 set. 2024.

COPETTI, André. **O direito penal entre o indivíduo e a coletividade:** bases para uma política criminal adequada a países de modernidade tardia.. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - UNISINOS, [S. I.], 2004.

CRUZ, Rogerio Schiatt. **PRISÃO CAUTELAR:** Dramas, Princípios e Alternativas. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2023.

CRUZ, Rogerio Schiatti. Rumo a um Processo Penal Democrático. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, ed. 9, p. 36-54, 2019. Disponível em:
https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_36.pdf. Acesso em: 18 jul. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: NAU/PUC, 2001.

FOUCAULT, Michael. **Em Defesa da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GAYA, Leila Gomes; NOGUEIRA, Rafael Fecury. História do Processo Penal Brasileiro: Competências e Atribuições dos Atores do Sistema de Justiça do Código de Processo Criminal de 1832. **Revista Brasileira de História do Direito**, Florianópolis, v. 8, ed. 1, p. 18-29, 2022. DOI

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. I.], v. 1, n. 1, 2015. DOI: [10.22197/rbdpp.v1i1.8](https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8). Disponível em: <https://revista.ibrasapp.com.br/RBDPP/article/view/8>.. Acesso em: 2 out. 2024. <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2022.v8i1.8748>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/8748>. Acesso em: 24 jul. 2024.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas.** Organização e Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª Edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553620609. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 03 out. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786553624504. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624504/>. Acesso em: 25 set. 2024.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral (arts. 1º a 120). v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649501. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649501/>. Acesso em: 04 set. 2024.

MASSON, Cleber. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

MELIÁ, Cancio. De novo: “Direito Penal” do Inimigo?. In: JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 52-77.

NETO, José de Assis Santiago. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O (IN) DEVIDO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ENTRE A ACUSATORIEDADE CONSTITUCIONAL E O INQUISITORIAL MODELO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, [s. l.], v. 3, ed. 1, p. 164-178, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7065422.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649280/>. Acesso em: 24 set. 2024.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. Habeas Corpus Criminal, 0816064-24.2024.8.15.0000. **Habeas Corpus referente à prisão preventiva por tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Fundamentação concreta dos requisitos da custódia cautelar**. [...]. Requerente: Evandir Virgulino de Souza. Requerido: Juízo da 5ª Vara Mista da Comarca de Bayeux. Relator: Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, Paraíba, 20 de agosto de 2024. Disponível em: https://pje-jurisprudencia.tjpj.jus.br/jurisprudencia/view/AZFyBjXnqD8u_3Zz7Tpc?words=pris%C3%A3o%20preventiva%20prim%C3%A1rio. Acesso em: 01 de outubro de 2024.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. Habeas Corpus Criminal, 0825402-56.2023.8.15.0000. **Habeas Corpus. Prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. Decisão fundamentada em aspectos concretos do crime. Presença dos requisitos legais do artigo 312 do Código de Processo Penal. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada**. [...]. Requerente: Defensoria Pública do Estado da Paraíba. Requerido: Juízo da 2ª Vara de Entorpecentes da

Capital. Relator: Márcio Murilo da Cunha Ramos, Paraíba, 08 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/view/AY2K8-q1wrA0xiMfPjMb?words=tr%C3%A1fico%20preventiva%20periculosidade>. Acesso em: 01 de outubro de 2024.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. Habeas Corpus Criminal, 0800036-78.2024.8.15.0000. **Habeas Corpus. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). Prisão preventiva mantida. Alegação de ausência de fundamentação para a prisão preventiva não comprovada. Fundamentação idônea com base nos artigos 312 e 313 do CPP.** [...]. Requerente: Adailton Raulino Vicente da Silva. Requerido: Juízo da Vara Única da Comarca de Alhandra/PB. Relator: Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos, Paraíba, 11 de março de 2024. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/view/AY4vv4aEwrA0xiMfPINT?words=tr%C3%A1fico%20preventiva%20periculosidade>. Acesso em: 01 de outubro de 2024.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. Habeas Corpus Criminal, 0809798-21.2024.8.15.0000. **Processual Penal. Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Alegação de falta de fundamentação/requisitos na decisão de prisão preventiva. Denegada a ordem. Indícios de autoria suficientes com base em depoimentos e quantidade de drogas incompatível com consumo pessoal.**[...]. Requerente: Geanderson Ferreira de Lacerda. Requerido: 1ª Vara de Entorpecentes da Capital. Relator: Desembargador Joás de Brito Pereira Filho, Paraíba, 05 de junho de 2024. Disponível em: https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/view/AY_qoputchhCJC8i0zwq?words=tr%C3%A1fico%20preventiva%20periculosidade. Acesso em: 01 de outubro de 2024.

PAULINO, Andrea de Souza Silva; BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. O Conceito de Direito Penal do Inimigo Durante a Ditadura Militar Brasileira. **Acta Semiotica et Lingvistica**, João Pessoa, v. 20, n. 2, p. 99-114, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/actas/article/view/27994/15031>. Acesso em: 24 jul. 2024.

PRADO, Luiz R.; SANTOS, Diego P. **Prisão Preventiva** - A Contramão da Modernidade. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530981952. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981952/>. Acesso em: 27 set. 2024.

RIBEIRO, Ludmila *et al.* Uma análise empírica das mudanças introduzidas pelas leis 11.719/08 e 11.689/08. **Série Pensando o Direito:** Os novos procedimentos penais., Brasília, ano 23, 2010. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2011/09/PensandoODireito.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2024.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; DUARTE, Thais. Do processo penal colonial à reforma processual penal de 2008: análise sócio-histórica do sistema de justiça criminal brasileiro. **Interseções**, v. 13, n. 1, p. 40-64, 2011. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/412/41276395003.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2024.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais.** 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O Direito penal do inimigo** – Ou o Discurso do Direito Penal Desigual, Instituto de Criminologia e Política Criminal, ICPC, 2012.

SANTOS, Ynaê Lopes dos. **Racismo brasileiro: uma história da formação do país.** São Paulo: Todavia, 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus Criminal, 3006130-18.2024.8.26.0000. **Habeas Corpus. Paciente presa em flagrante por tráfico de drogas. Pedido de revogação da prisão preventiva. Ordem pública em risco. Natureza e quantidade expressiva de drogas. Pedido indeferido..** Requerente: Renata Moura Gonçalves (Defensoria Pública do Estado de São Paulo). Requerido: Talita Gomes da Silva. Relator: Figueiredo Gonçalves, São Paulo, 12 de agosto de 2024. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=18207853&cdForo=0>. Acesso em: 02 de outubro de 2024.

SEABRA, Silvia Cives. Sistemas Processuais. **Revista Ministério Público**, Rio de Janeiro, p. 263-277, 2002. Disponível em:
https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2537349/Silvia_Cives_Seabra.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

SENAPPEN. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN: 15º Ciclo Sisdepen 2º Semestre de 2023.** Sistema Nacional de Informações Penais, Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf>. Acesso em: 29 set. 2024.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. STF define 40 gramas de maconha como critério para diferenciar usuário de traficante. **Notícias STF**, Brasília, p. 1-1, 26 jun. 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-define-40-gramas-de-maconha-como-criterio-para-diferenciar-usuario-de-traficante/>. Acesso em: 25 set. 2024.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. 224 p.