

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

*Jardiel Pereira de Freitas<sup>1</sup>*

### RESUMO

A prisão provisória, no ordenamento jurídico brasileiro, representa 27,96% das pessoas encarceradas. Considerando o déficit de vagas do sistema prisional, bem como o estado de coisa inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro, esse alto índice de presos provisórios justifica uma análise mais aproximada sobre a temática, sobretudo, no que diz respeito à ampla utilização da prisão preventiva pelo Poder Judiciário. O presente trabalho propõe-se a discutir tal problemática, apresentando a seguinte hipótese: a prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro possui características do Direito Penal do Inimigo? Com o fito de satisfazer tal indagação, esta pesquisa apresenta como objetivo geral analisar o instituto da prisão preventiva a partir de uma possível correlação com a teoria do Direito Penal do inimigo de Gunther Jakobs, para que, a partir dessa premissa, possamos compreender e rediscutir os fundamentos da prisão preventiva em um Estado Democrático de Direito. No afã de alcançarmos tal objetivo, valemo-nos de uma metodologia de revisão bibliográfica bem como da análise da jurisprudência das Cortes Superiores. Superada a fase de revisão bibliográfica, propomo-nos incursões críticas sobre a adoção dessa modalidade de segregação cautelar, para além da sua finalidade assecuratória e de como isso afeta o processo penal democrático, à luz do que preleciona os parâmetros constitucionais.

**Palavras-Chave:** Direito Penal do Inimigo; Prisão preventiva; garantias processuais

### CONSIDERATIONS ON PREVENTIVE DETENTION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM IN THE LIGHT OF THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

#### ABSTRACT

Pretrial detention, in the Brazilian legal system, accounts for 27.96% of incarcerated individuals. Considering the shortage of vacancies in the prison system, as well as the unconstitutional state of the Brazilian prison system, this high rate of pretrial detainees justifies a closer analysis of the issue, especially regarding the widespread use of preventive detention by the Judiciary. This paper aims to discuss this problem, presenting the following hypothesis: does preventive detention in the Brazilian legal system exhibit characteristics of Enemy Criminal Law? In order to address this question, this research presents the general objective of analyzing the institute of preventive detention based on a possible correlation with Gunther Jakobs' theory of Enemy Criminal Law, so that, from this premise, we can understand and reconsider the foundations of preventive detention in a Democratic State of Law. In pursuit of this objective, we rely on a methodology of bibliographic review as well as the analysis of jurisprudence from Superior Courts. After the bibliographic review phase, we propose critical incursions into the adoption of this

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba, Especialista em Ciência Criminais e em Direito Público.

modality of precautionary segregation, beyond its security purpose, and how it affects the democratic criminal process, in light of constitutional parameters.

**Keywords:** Enemy Criminal Law; Pretrial detention; Penitentiary procedural guarantees

## 1 INTRODUÇÃO

A política carcerária no Brasil revela-se como um tema complexo e desafiador, com uma série de problemas estruturais que impactam o sistema prisional do país. Dentre eles, destaca-se a superlotação das unidades prisionais. O número elevado de pessoas presas, conjugado com uma quantidade de vagas insuficientes acarreta um quadro generalizado de violação de direitos humanos, o que por sua vez impacta na aplicação de programas de ressocialização no âmbito dos presídios brasileiros.

Nesse contexto, no bojo da ADPF 347, ajuizada pelo PSOL, o Supremo Tribunal Federal, considerando a realidade do sistema carcerário, declarou o Estado de Coisas Inconstitucionais<sup>2</sup> dos presídios brasileiros, em referência à violação sistemática de direitos fundamentais dos presos.

Segundo a Corte, para a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucionais deveria se fazer presente: (I) um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais que atinge um grande número de pessoas; (II) a inércia e/ou incapacidade persistente e reiterada das autoridades públicas em modificar a conjuntura das violações perpetradas; e, (III) um conjunto de transgressões que exigem a atuação de uma pluralidade de órgãos e entidades públicas (transformações estruturais), das quais se requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações.

O relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio, pontuou que a responsabilidade por essa situação deveria recair sobre os três poderes, reconhecendo que o cerne da questão não se concentra na formulação e implementação de políticas públicas, ou de interpretação e aplicação da lei penal, mas da falta de coordenação institucional para sua concretização (Magalhães, 2019).

---

<sup>2</sup> O Estado de Coisas Inconstitucionais é um conceito jurídico que surgiu na América Latina, especificamente na Colômbia, para designar uma situação na qual o Estado falha sistematicamente em cumprir suas obrigações constitucionais de proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos. Isso pode ocorrer quando há violações generalizadas e persistentes de direitos humanos, problemas estruturais em instituições estatais ou políticas públicas que não conseguem garantir o acesso equitativo a direitos básicos, como saúde, educação, segurança, entre outros. Uma vez reconhecida tal situação, os tribunais têm o poder de intervir e ordenar ao Estado que tome medidas para corrigir as violações e garantir o pleno cumprimento das disposições constitucionais

Com base em dados empíricos e estatísticos, constatou-se que a superlotação carcerária no Brasil é um problema crônico e histórico, resultando em condições desumanas de encarceramento e agravando diversas violações dos direitos humanos fundamentais, direitos esses, que são protegidos pela Constituição brasileira e por vários tratados internacionais, destacando-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dos quais o Brasil é signatário (Pereira, 2017).

Em que pese a importância da decisão do STF, dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais do 14º ciclo SISDEPEN<sup>3</sup> - Período de referência: janeiro a junho de 2023, revelam que ao final do primeiro semestre de 2023 a população carcerária do Brasil era de 644 355 pessoas, sendo que, para o mesmo período, a capacidade de vaga era de 481.835, indicando um déficit de 162 470 vagas. O relatório aponta ainda que número de presos provisórios corresponde a 180 167 pessoas, dessas, 68.405 estão presas provisoriamente a mais de 90 dias, número que, embora alto, ainda pode ser maior, visto que dos 1384 estabelecimentos prisionais, 561 não fazem o controle do tempo da prisão provisória.

A partir dos dados apresentados acima, depreende-se que, no período analisado, 27, 96% das pessoas encarceradas eram presos provisórios, ou seja, pessoas sob as quais ainda não há um juízo de certeza sobre a culpa estabelecido. No que se refere, a prisão preventiva, não há um prazo de duração da medida, muito embora após as reformas da Lei 13.964/2019, surgiu a necessidade de revisão da prisão preventiva a cada noventa dias, todavia o que se observa é que 40,5% dos estabelecimentos prisionais se quer fazem o controle do tempo da prisão provisória, segundo os dados dos SISDEPEN, o que pode implicar em prisões que se estendem por além do período estritamente necessário ao processo.

<sup>3</sup> O SISDEPEN é a ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro, sendo responsável por concentrar informações cruciais sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária do país. Criado em conformidade com a Lei nº 12.714/2012, o SISDEPEN foi desenvolvido para atender às necessidades de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança aplicadas aos custodiados do sistema penal brasileiro. As informações sobre os estabelecimentos penais, gerenciadas pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (Senappen), são obtidas por meio do preenchimento eletrônico do Formulário de Informações Prisionais, realizado semestralmente por servidores designados pelas administrações prisionais dos Estados, do Distrito Federal e do Sistema Penitenciário Federal, através do SISDEPEN. A plataforma está acessível aos usuários credenciados através do endereço [sisdepen.mj.gov.br](https://www.gov.br/sisdepen), onde também estão disponíveis os manuais do sistema. Ao final de cada período semestral, dados estatísticos são extraídos do SISDEPEN e apresentados em painéis dinâmicos, proporcionando uma visualização mais interativa e ágil das informações. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>.

Essa ineficiência dificulta a elaboração de dados que possam retratar com fidedignidade a realidade carcerária brasileira, e por consequência o estabelecimento de estratégias que possam dar a segregação cautelar o caráter excepcional e temporário que lhe é inerente.

A situação apresentada revela um quadro preocupante e urgente no sistema carcerário brasileiro, especialmente no que diz respeito aos presos provisórios. O expressivo número de pessoas nessa condição, somado à falta de controle adequado do tempo de prisão, destaca a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre esse aspecto específico do sistema de justiça penal.

Desse modo, uma pesquisa acadêmica direcionada aos presos provisórios, especificamente aos presos decorrentes da prisão preventiva, visto que é a modalidade de prisão cautelar mais utilizada, se justifica pela gravidade do problema e seus reflexos na sociedade. Por conseguinte, a revisitação da utilização da prisão preventiva, a fins de verificar sua possível utilização desmedida pelo Judiciário, pode contribuir para a eficácia do sistema de justiça como um todo e sobretudo na garantia dos direitos individuais dos detentos.

O fio condutor da presente pesquisa assume como objetivo geral analisar o denominado Direito Penal do Inimigo e sua intercorrência no instituto da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro. Para atingirmos esse macro objetivo, elegemos os seguintes objetivos específicos: compreender os fundamentos da prisão preventiva em um Estado Democrático de Direito e identificar os impactos da prisão preventiva no sistema carcerário brasileiro.

No que concerne ao arsenal metodológico utilizado no desenvolvimento da referida pesquisa, adotamos uma abordagem interdisciplinar, a partir de métodos qualitativos para obter uma compreensão aprofundada da relação entre a prisão preventiva e o direito penal do inimigo. Segundo Morin (2003), a formação do conhecimento nasce, não apenas de uma reflexão interna sobre si mesmo, mas também de um conhecimento externo, advindo de áreas correlatas. Dessa forma, não há como analisar a temática em questão sem a contribuição da criminologia, da sociologia, por exemplo.

No deslinde da pesquisa, procurou-se analisar o instituto da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, abordando não só os aspectos jurídicos (legislação, doutrina e jurisprudência), mas também as aplicações práticas do uso desmensurado

da segregação cautelar tanto no que diz respeito ao sistema carcerário, quanto a clientela a quem é destinada tal medida.

A priori, a pesquisa buscou traçar a definição das fontes bibliográficas básicas e complementares, visto que, nessa empreitada metodológica, fizemos uso de um estudo de revisão bibliográfica qualificado, no qual analisamos a Teoria do Direito Penal do Inimigo a partir da construção do próprio Jakobs, e da análise crítica dos seguintes autores: Eugenio Raúl Zaffaroni, Luigi Ferrajoli, encolhidos por serem autores de referência na seara do direito penal.

Na construção dos resultados do presente trabalho, caminhou-se para o afunilamento progressivo do objeto da pesquisa para analisar os principais aspectos do processo penal do inimigo, pois, em que pese o caráter instrumental do processo penal, quando tomado pelo espírito dos princípios constitucionais deve também ser entendido como materializador de direitos fundamentais.

O referencial teórico da pesquisa está estruturado em dois subtópicos, no primeiro deles traçaremos os aspectos gerais do instituto da prisão preventiva no ordenamento pátrio, a partir das alterações legislativas recentes e do posicionamento jurisprudencial. Ademais, faremos uso das considerações críticas da doutrina a respeito da temática, sobretudo nos pontos mais controversos que incidem sobre a prisão preventiva.

Em um segundo momento, abordaremos a Teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta pelo jurista alemão Gunter Jakobs, momento em que traçamos os principais aspectos dessa concepção teórica e suas implicações no desenvolvimento de uma política criminal. Outrossim, faremos uma apreciação crítica das ideias de Jakobs a partir da contraposição apresentada por Zaffaroni.

Na terceira parte do nosso trabalho, que consiste na discussão dos resultados, conjugaremos a análise da prisão preventiva sob o prisma do Direito Penal do Inimigo, para inferir se essa modalidade de segregação cautelar, em seu âmago, apresenta características do modelo proposto pelo autor alemão e as consequências para o modelo de processo penal democrático.

À guisa da conclusão, espera-se inferir, através da pesquisa, se o direito penal do inimigo refletido nas prisões preventivas, enfraquece o processo penal democrático, e com isso traçar um panorama teórico capaz de contribuir significativamente para a compreensão mais profunda desse problema, oferecendo subsídios para a elaboração de medidas eficazes, no que tange a aplicação do

instituto da prisão preventiva e com isso oferecer alternativas para a construção de sistema carcerário que respeite a dignidade da pessoa humana.

## 2. PRISÃO PREVENTIVA

Em um Estado Democrático de Direito, o poder punitivo do Estado encontra-se balizado pelos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que se constituem um núcleo intangível. Partindo-se dessa premissa, Von Liszt irá se referir ao Código Penal como a “Magna Carta do Delinquente”. Com essa afirmação o autor alude que aqueles que praticam ilícitos serão punidos, mas o que garante que será aplicada uma pena privativa de liberdade e não um lixamento em praça pública é justamente a estrita obediência às leis e aos limites por elas estabelecidos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a pena mais grave que pode ser aplicada a um indivíduo é a pena privativa de liberdade, sendo expressamente vedadas pelo art. 5º, XLVII, da CF as penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e as penas cruéis. Dessa forma, tolher um indivíduo de sua liberdade de locomoção por meio da prisão, constitui o máximo do *jus puniendi* estatal, devendo, portanto, ser exercido com moderação.

A prisão, segundo Tourinho Filho (2012), pode ser conceituada como a supressão da liberdade individual, mediante a clausura, e, considerando a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatorial. Por sua vez, Brasileiro (2012) define-a como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei.

Por conseguinte, a prisão decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou uma prisão cautelar, que a despeito da inexistência de decreto judicial em definitivo, promove a segregação cautelar fundada no *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*.

As prisões cautelares, por sua vez, podem ser: (I) prisão em flagrante, a qual Aury Lopes Júnior (2002) considera como uma medida de caráter pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade marca pela possibilidade de ser a dotada até mesmo por particulares, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração; (II) Prisão temporária, regulada pela Lei 7960/89, que demanda ordem judicial para sua decretação e está voltada à fase da investigação

criminal; (III) Prisão preventiva, dentre as modalidades de prisões cautelares é a mais ampla, visto que pode ser utilizada tanto na fase investigativa quanto na fase processual, ademais o rol de infrações penais, cuja medida pode ser utilizada, também é maior, outrossim, igualmente a prisão temporária, também está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição. Logo, dada a sua importância no sistema processual-penal, passaremos a analisá-la de forma minudente no tópico que se segue.

## 2.1 Considerações gerais sobre a prisão preventiva no contexto jurídico brasileiro.

A prisão preventiva está regulada nos arts. 311, 312, 313, 315, 316 do Código de Processo Penal e sofreu importantes alterações com o advento da Lei 13.964/19, que buscou, entre outras coisas, deixar o sistema acusatório mais nítido e delimitado, assegurando a separação das funções processuais também no que diz respeito à prisão preventiva.

A prisão preventiva está envolta sob o manto da reserva de jurisdição, portanto, demanda ordem judicial exarada por autoridade competente, desde que se comprove, analisando-se o caso em concreto, estarem presentes seus pressupostos de aplicação: o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

O princípio da jurisdicionalidade, segundo Aury Lopes (2019), encontra-se umbilicalmente relacionado com o *due process of law*, que se decanta do art. 5º, LIV, da CF, impondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Para o autor, a rigor, conjugando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Todavia, enquanto ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade; o problema, para o autor, está na banalização da medida.

Dessa forma, cabe ao juiz, no momento da decretação da medida, verificar se estão presentes seus pressupostos autorizativos. Para que tenhamos a contemplação do *fumus comissi delicti*, o *standart* probatório repousa na prova da existência do delito e no indício da autoria, esse último se satisfaz com o mero juízo de probabilidade. O *periculum libertatis*, por sua vez, extrai-se da dicção do artigo 312 do CPP, e estará presente quando o estado de liberdade do agente colocar em risco a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Ainda no que concerne a verificação desses pressupostos, eles devem ser contemporâneos a decretação da medida, conforme preceitua o art. 312, §2º do

Código de Processo Penal: “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”.

Aury Lopes (2019) adverte que pelo princípio provisionalidade, uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida, corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão, dado que esta é regida pela clausula *rebus sisc standibus*. Nesse sentido, a Lei 13.964/19 incluiu o parágrafo único ao art.316 do CPP, prevendo a necessidade de revisão, pelo órgão emissor da decisão, da necessidade da manutenção da prisão a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs. 6.581 e 6.582 decidiu que o transcurso do prazo previsto no dispositivo não acarreta automaticamente a revogação da prisão preventiva, devendo o magistrado competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos, ainda segundo a Corte, a obrigatoriedade da reavaliação periódica da prisão se encerra com a cognição plena pelo tribunal de segundo grau de jurisdição, "não se aplicando às prisões cautelares decorrentes de sentença condenatória de segunda instância, mesmo que ainda não transitada em julgado".

Ainda no que se relaciona ao lapso temporal da duração da medida, ressalta Nucci (2016) que a prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo se prolongar indefinidamente, por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusatório. Se assim acontecer, configura constrangimento ilegal. Por outro lado, dentro da razoabilidade, havendo necessidade, não se deve estipular um prazo fixo para o término da instrução.

Ademais, para a decretação da prisão preventiva, por se tratar de medida de extrema gravidade, qual seja, a segregação do indivíduo antes da formação do juízo de certeza sobre a culpa, é preciso que as demais cautelares pessoais alternativas à prisão, previstas no art.319 do CPP, que gozam de preferibilidade, não se demonstrem suficientes.

O art. 313 do CPP traz as hipóteses de decretação da prisão preventiva, vejamos:

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

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

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

Somando-se a essas hipóteses, a lei 13.964/19 trouxe a possibilidade da prisão preventiva de reforço no art. 282, §4º, do CPP para os casos em que houver o descumprimento de cautelares outras, contudo a decretação da preventiva deverá se dá em último caso, sendo preferível ao juiz substituir a medida ou impor outra em cumulação.

Outrossim, da exegese do Código de Processo penal, revelem-se cenários em que não se admite a prisão preventiva, ficando impossibilitado o magistrado de decretá-la com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena, como decorrência imediata de investigação criminal, da apresentação ou recebimento de denúncia, sendo igualmente vedada a segregação cautelar por decorrência da prática de crimes culposos ou quando houver indícios de que a infração penal fora cometida sob a égide de excludente de ilicitude.

Em suma, a prisão preventiva, quando utilizada de forma criteriosa e proporcional, pode contribuir para a efetividade da justiça criminal. No entanto, seu abuso ou uso indiscriminado pode representar uma ameaça aos direitos individuais e à própria legitimidade do sistema jurídico. Assim, é essencial encontrar um equilíbrio entre a necessidade de garantir a segurança pública e o respeito aos princípios democráticos e aos direitos humanos dos investigados.

De tal sorte que o uso desmedido da prisão preventiva poder atuar como um fator contributivo para a inflação do número de pessoas encarceradas, comprometendo o já débil sistema prisional brasileiro, para frear esse problema urge debruçarmos sobre tal instituto, sobretudo, no que diz respeito a propensas características antidemocráticas, que porventura venha a apresentar.

Partindo dessa premissa, nesta pesquisa, procuramos encontrar possíveis convergências entre a prisão preventiva e teoria do Direito Penal do Inimigo, que trabalharemos na secção que se segue, para então traçarmos um panorama crítico que possibilite a construção de pontos de reflexão relevantes sobre essa modalidade de prisão cautelar.

## 2.2 Reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo: Impactos e Implicações no Sistema Jurídico Contemporâneo

Modernamente, a ideia da adoção de um direito penal do inimigo, é rechaçada pelos ordenamentos jurídicos que se apresentam como democráticos, dado sua latente incompatibilidade com a ideia de Estado Democrático de Direito, apesar disso, mesmo nas democracias mais avançadas, é possível identificar elementos dessa teoria em diversos institutos jurídicos. Neste trabalho, nos propomos tão somente a analisar, no caso brasileiro, as possíveis influência da teoria de Jakobs, no que tange à prisão preventiva, mas antes, convém traçarmos alguns apontamentos sobre a teoria do autor alemão.

A construção teórica do Direito Penal do Inimigo foi concebida por Günter Jakobs<sup>4</sup>, tendo por base o funcionalismo sistêmico radical<sup>5</sup>, segundo o qual caberia ao direito penal a função primordial de proteção da norma. A partir desse quadro, o autor alemão propõe um direito penal para o cidadão e outro para o inimigo.

Esse tratamento diferenciado para essas categorias de pessoas busca fundamento filosófico a partir da ideia de diversos autores: Rosseau irá afirmar que o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, e portanto, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal; Hobbes, por sua vez, considera que em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo; já para Kant, quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Gomes, 2004).

<sup>4</sup> Günther Jakobs, nascido em 26 de julho de 1937 em Mönchengladbach, foi professor emérito de direito penal e filosofia do direito da Universidade de Bonn, é reconhecido na comunidade científica principalmente por seu conceito controverso de Direito Penal do Inimigo. Ele é conhecido por sua abordagem funcionalista sistêmica, inspirada nas ideias de Niklas Luhmann, que se afasta da doutrina finalista. Após os ataques de 11 de setembro de 2001, Jakobs desempenhou um papel importante na fundamentação filosófica da guerra ao terror.

<sup>5</sup> O funcionalismo sistêmico radical do direito penal é uma abordagem teórica que busca compreender o direito penal não apenas como um conjunto de normas e regras, mas como parte integrante de um sistema social mais amplo. Essa perspectiva é influenciada pela teoria dos sistemas sociais desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. De acordo com o funcionalismo sistêmico radical, o direito penal desempenha um papel fundamental na manutenção da estabilidade e da ordem social, agindo como um mecanismo de controle e regulação dos conflitos que surgem na sociedade. Nessa visão, o direito penal não é apenas uma resposta a comportamentos desviantes, mas também uma forma de comunicação entre diferentes partes do sistema social. Uma das características principais do funcionalismo sistêmico radical é sua ênfase na autonomia do direito penal em relação a outras esferas sociais. Isso significa que o direito penal não é visto como uma mera reflexão dos valores morais ou políticos da sociedade, mas como um sistema autônomo, com suas próprias regras e lógica interna. Ademais, o funcionalismo sistêmico radical enfatiza a importância da comunicação e da linguagem no direito penal. Para os adeptos dessa abordagem, o direito penal é um sistema de comunicação que utiliza a linguagem jurídica para regular o comportamento humano e resolver conflitos sociais.

Em que pese essas fontes de inspiração, quando tais autores se propõem a falar sobre o inimigo, estão a dizer sobre um agente externo ao Estado soberano e em situação de conflito bélico, não estão a tratar da relação interna Estado para com seus cidadãos.

A Teoria de Jakobs foi pensada em 1985 e apresentada em um seminário de Direito Penal, em Frankfurt. O pensamento do autor recebeu fortes críticas doutrinárias que assinalavam o seu germe totalitário, com isso suas ideias permanecem no limbo, ganhando força após os atentados do 11 de setembro e com o estabelecimento da guerra ao terror<sup>6</sup>.

O inimigo, para a teoria, pode ser considerado como aquele que nega a vigência do ordenamento jurídico, deliberando por afastar-se do Direito e das regras mínimas de convivência social, portando-se como um agente de desestabilização social. Dessa forma, se o indivíduo se nega a adentrar no conceito de cidadania e as obrigações dela decorrentes, não deve usufruir dos benefícios de ser cidadão.

Flávio Gomes (2004) aponta algumas características do direito penal do inimigo: o inimigo não é sujeito à pena, mas a medidas de segurança, isso porque sua punição não está ligada à culpabilidade, mas sim, à periculosidade; as ações contra o inimigo têm foco no futuro, considerando o perigo que representa, não prioritariamente no passado, cria-se um direito penal prospectivo, que antecipa a tutela penal alcançando, por exemplo atos preparatórios. O inimigo não é considerado um sujeito de direito, mas um objeto de coação. Após o cometimento da infração penal, o inimigo perde o status de cidadão e com isso, em nome de sua punição, torna-se possível flexibilizar direitos garantias fundamentais.

Para Jakobs, enquanto o Direito Penal do cidadão mantém a validade da norma, o Direito Penal do inimigo concentra-se principalmente em combater perigos; para tanto, amplia-se o alcance de incidência da norma penal para atingir atos preparatórios. No caso do cidadão, como autor de um homicídio ocasional, espera-se a manifestação de um fato para acionar a reação, confirmando a vigência da norma;

---

<sup>6</sup> A Guerra ao Terror foi um conjunto de operações militares, políticas e de segurança implementadas pelos Estados Unidos e seus aliados após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Essa série de ataques coordenados, realizados pela organização terrorista Al-Qaeda, teve como alvos as Torres Gêmeas do World Trade Center em Nova York e o Pentágono, resultando em milhares de mortes e danos significativos. Além das operações militares, a Guerra ao Terror também incluiu uma série de medidas de segurança interna nos Estados Unidos e em outros países aliados, visando a prevenir futuros ataques terroristas. Isso incluiu o fortalecimento das leis antiterrorismo, o aumento da vigilância e do monitoramento de indivíduos suspeitos, bem como a criação de novas agências de segurança, como o Departamento de Segurança Interna dos Estados Unidos. As medidas adotadas durante esse período resultaram em violações dos direitos humanos, como detenções arbitrárias, tortura e vigilância em massa.

já em relação ao inimigo, como um terrorista, é necessário interceptá-lo prontamente em estágios iniciais devido à sua periculosidade.

O direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Essa coação pode ser limitada em duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Nesse sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, O Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz (Moraes, 2006, p.171).

Dessa forma, o pensamento do eminente jurista alemão estabelece dois direitos penais, o do cidadão, para quem se é assegurado todas as garantias penais e processuais e um segundo direito penal, agora, voltado para o inimigo, como um instrumento de intimidação e voltado para aqueles que atuam de forma deliberada contra o Estado.

O direito penal do inimigo arregimenta suas forças na ideia de periculosidade que o agente oferece ao Estado e, para debelar tal risco, incorpora entre suas teses a flexibilização do princípio da legalidade, permitindo a descrição vaga dos crimes e penas: inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; temos a inflação do direito penal; recrudescimento da execução penal; restrição de direitos e garantias processuais fundamentais; concessão de prêmios ao inimigo que se demonstre fiel ao Estado (delação premiada); e o uso desproporcional de medidas cautelares, dentre elas, a prisão preventiva (Gomes, 2004).

Em 1985 quando falou pela primeira vez da sua Teoria, Jakobs almejava demonstrar que esta concepção, em grande parte, já estava sendo adotada na Alemanha, e o seu estudo continha um caráter meramente descritivo. O prisma teórico de aplicação, no entanto, ganha contornos diferentes a partir de 1999 com a aparente incorporação desse acervo. Nesse momento, ciente desse entrelaçamento entre direito penal do cidadão e do inimigo, Jakobs irá defender a delimitação e separação desses dois modelos de forma a salvaguardar o modelo de direito penal clássico e iluminista, passando a atuar de forma prescritiva e não mais descritiva como outrora (Moraes, 2006).

Para irmos mais adiante na Teoria de Jakobs, precisamos navegar pelo conceito de inimigo, para o autor, que maquina sua teoria sob influência da Teoria

dos Sistemas<sup>7</sup> de Niklas Lumanh, o inimigo é aquele que não oferece segurança cognitiva suficiente de que manterá sua conduta segundo os padrões do sistema social, de modo que não pode esperar ser tratado como pessoa e o Estado também assim não o deve considerá-lo, do contrário, estaria violando o direito à segurança dos demais, logo, para o jurista alemão, o inimigo não é pessoa (Moraes, 2006). Nesse sentido, Sanchez afirma que:

O inimigo é um indivíduo que mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo o caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta (Sanchez, 2002, p.149).

Jakobs (2023) considera que, apesar das zonas de fragilidade do sistema normativo, este precisa ser reafirmado frente a qualquer empreendimento individual de sobrepujá-lo, pois reputa ser mais seguro seguir o projeto coletivo de organização social que o fundamenta, do que um plano individual de ação. Os inimigos seriam, portanto, terroristas, membros de organizações criminosas, autores de crimes sexuais entre outros. Para essa “categoria de pessoas” a pena é desprovida de qualquer função ressocializadora, para esses indivíduos o que se pretende é a inocuidade.

A personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial. Certamente, uma pessoa também pode ser construída contrafaticamente como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas (Jakobs, 2007, p.42)

Nessa toada, urge reconhecer que o cidadão, mesmo após praticar um crime, persiste como uma fonte segura de expectativas, e ainda participa da comunicação social sendo justificável a expectativa de que ele ainda pautará sua conduta segundo a configuração social posta. O inimigo, por sua vez, não fornece expectativas confiáveis, é refratário à comunicação normativa e, por consequência, se converte em

<sup>7</sup> Segundo Luhmann, a sociedade é composta por uma variedade de sistemas sociais, cada um com sua própria lógica e autonomia. Esses sistemas incluem não apenas instituições como o sistema jurídico, político e econômico, mas também sistemas simbólicos como a linguagem, a religião e a ciência. Uma das ideias centrais da teoria dos sistemas sociais de Luhmann é a autopoiese, que se refere à capacidade dos sistemas sociais de se reproduzirem e se manterem por meio de processos internos de autorreferência. Isso significa que os sistemas sociais são capazes de criar e reproduzir suas próprias estruturas e padrões de funcionamento sem depender de influências externas. Outro conceito fundamental é a diferenciação funcional, que se refere à divisão do trabalho social em diferentes esferas ou subsistemas especializados. Cada subsistema desempenha uma função específica na sociedade e opera de acordo com sua própria lógica interna, sem interferência dos outros subsistemas. Luhmann também introduziu o conceito de comunicação como o mecanismo básico de interação entre os sistemas sociais. A comunicação é entendida como um processo de troca de mensagens simbólicas que permite a coordenação e a integração dos diferentes sistemas sociais. O direito, portanto, seria mais um desses sistemas sociais, que estaria cognitivamente aberto, mas operacionalmente fechado.

uma fonte de perigos, que turva a comunicação social, de tal sorte que, por perturbar a comunicação social, enquanto fonte de perigos, o inimigo deve ser eliminado (Arruda, 2020).

A concepção de direito penal do inimigo, flertar de sobremaneira com a ideia de direito penal do autor. Zaffaroni (2003) considera-a como nova forma de direito penal do autor, baseada no direito penal do risco, onde antecipa-se a tipicidade rumo à tentativa e atos preparatórios, isso incrementa a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, mirando assim controlar não apenas a conduta, mas a lealdade ao ordenamento jurídico.

A teoria sistêmica de Jakobs propõe o próprio direito e a configuração normativa e social por ele projetada como bem jurídico, estabelecendo graus de análise para a motivação da conduta de acordo com a norma e diferenciado o tratamento político e jurídico ofertado no âmbito do direito penal do cidadão e naquele do inimigo. De certa forma, no momento da análise dos estímulos motivacionais da fidelidade normativa do autor de uma conduta típica, encontrou-se outra maneira de explicação da tradicional versão da culpabilidade por condução de vida, justificando-se modelos punitivos mais severos e com características fortemente preventivas para determinados indivíduos (Batista, 2022, p.110).

Enquanto o direito penal do fato despreza estados existenciais e atitudes internas do autor, preocupando-se apenas com aquilo que se exterioriza no mundo fenomênico; o direito penal do autor nega essa construção liberal, antecipa a punição, criminaliza a personalidade e o fato passa a ser somente um sintoma do modo de ser do agente.

Luiz Flávio Gomes (2004) afirma que essa abordagem não passa de um exemplo de Direito Penal baseado na figura do autor, que penaliza o sujeito por quem ele "é", indo de encontro ao Direito Penal baseado no fato, que pune o agente pelo que ele "fez". A máxima expressão desse modelo de Direito Penal voltado para o autor ocorreu durante o período nazista. Dessa forma, o Direito Penal do inimigo evoca essa época trágica, representando uma nova forma de "demonização" de certos grupos de infratores

Zaffaroni (2003) alerta que, para dominar, o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo, quando esse poder não encontra limitações, cria-se um Estado de polícia, em detrimento do Estado de Direito. Na busca da legitimação de sua atuação o sistema penal busca constantemente um inimigo, esses inimigos variam conforme os ventos do poder, inicialmente eram os hereges, depois os judeus, os comunistas e mais recentemente, o terrorista.

Uma das críticas mais comuns dirigidas à proposta destaca a complexidade na legítima identificação do inimigo, uma vez que o traço distintivo pode estar vinculado a uma variedade de fatores discriminatórios. Em Jakobs, o inimigo poderia ser definido com base na natureza dos crimes praticados, como nos casos de crimes contra a dignidade sexual; na escolha criminosa como estilo de vida, representado pelo criminoso profissional; ou ainda por integrar uma organização criminosa, como no tráfico internacional de drogas ou no contexto do terrorismo (Arruda, 2020).

Consoante Zaffaroni (2007), não é só ilusória a afirmação de que o direito penal do inimigo afetará unicamente as garantias desses, como também é irreal a sua suposta eficácia contra os inimigos. Quando são postas de lado as considerações teóricas e se admite que os direitos de todos os cidadãos serão afetados, imediatamente invoca-se o eficientismo penal, próprio do Estado autoritário, recolocando a opção tão reiterada quanto falsa entre eficácia e garantias, mediante a qual a única coisa que se quer dizer é que, dessa forma, serão obtidas mais sentenças condenatórias ou mais prisões cautelares. Ao mesmo tempo, é inegável que, ao aumentar a discricionariedade investigadora das agências policiais, ampliam-se as oportunidades para a tortura, como pondera Zaffaroni (2007), a adoção de um direito penal do inimigo descamba para uma rota inafastável do autoritarismo:

O conceito mesmo de inimigo introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de Direito, com uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso leva necessariamente ao Estado Absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, encontra-se no campo da subjetividade arbitrária do individualizador do inimigo ( Zaffaroni, 2007, p. 25).

A absorção deliberada das ideias de direito penal do inimigo é colidente com a concepção de Estado Democrático de Direito, segundo Ferrajoli (2014) a razão jurídica do Estado de Direito, não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados e inocentes. Sendo assim, não se admite exceções às regras senão como fato extra ou antijurídico, dado que as regras – se são levadas a sério, como regras, e não como simples técnicas – não podem ser deixadas de lado quando for cômodo, ficando à mercê da casuística de quem as aplica e, sobretudo, contra quem as aplica. Na jurisdição, o fim não justifica os meios, uma vez que os meios, leia-se: as regras e as formas; são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis.

Sánchez (2011) aponta que no modelo de Direito Penal do inimigo o criminoso é colocado na posição de inimigo político, baseando-se em um “direito de guerra”, um evidente equívoco, vez que coloca o sujeito em posição de igualdade com o Estado, quando o que se verifica é uma posição de subordinação. Para Muñoz Conde (2005), Jakobs, a partir do seu funcionalismo sistêmico, visa desconstruir a função da culpabilidade considerada sob o aspecto de agente limitador da punição, e, por meio de um sistema penal fundado na periculosidade, impulsiona a desconstrução de garantias historicamente estabelecidas. Novamente, reflete Zaffaroni:

A partir de uma visão estática do poder – ou seja -, da fotografia – é possível pensar que, se concedermos um espaço limitado ao direito penal do inimigo, ou seja, se entregarmos um grupo de pessoas ao poder conforme o modelo do Estado de polícia, e de forma limitada, as pulsões deste modelo cessarão. Todavia, não é isso que acontece na realidade dinâmica do poder, no qual todo espaço que se concede ao Estado de polícia é usado por este para estender-se até chegar ao Estado absoluto (Zaffaroni, 2007, p.166).

Esse contexto denota que não há como cindir o direito penal, onde em uma parte se mantem as garantias fundamentais do cidadão e em outra se amplia os espaços do exercício da força pelo Estado, pois esse, buscará constantemente a ampliação desses poderes, seja criando inimigos, seja propalando um discurso de medo que legitime sua atuação. Esse processo irá se refletir também no âmbito das prisões cautelares, considerando que, “uma vez posto em marcha este processo (tratamento penal diferenciado), todos passam a ser tratados como inimigos, através de puros confinamentos de contenção, prolongados e indefinidos.” (Zaffaroni, 2007, p. 109).

Adiante neste trabalho apontaremos possíveis pontos de intersecção entre a prisão preventiva e a teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs e de como isso afeta o sistema de justiça criminal, sobretudo com a contribuição para a superlotação do sistema carcerário. Prosseguiremos nesta investigação delineando potenciais áreas de convergência entre o instituto da prisão preventiva e a teoria do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs, e examinaremos como tais correlações impactam o funcionamento do sistema de justiça criminal, especialmente em relação à exacerbada superpopulação carcerária no Brasil.

### **3 INTERSECÇÕES ENTRE A PRISÃO PREVENTIVA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

A despeito das sucessivas alterações da legislação processual penal, não se nega que a orientação que predomina na esfera jurídico-penal, é a do tecnicismo-

jurídico que, a bem da verdade, nada mais fez do que amalgamar a tradição jurídico-penal liberal e o positivismo criminológico, com o fito de garantir legitimidade a paradigmas inquisitórios (Amaral, 2020). Estabelecida essa premissa, o modelo de prisão cautelar adotada no ordenamento jurídico brasileiro não fica a margem desse processo.

Nesse sentido, a prisão cautelar consiste na ingerência mais grave que pode exercer o poder estatal na esfera da liberdade individual, garantida pelo Direito Constitucional e pelas Convenções Internacionais, sem que se tenha um decreto penal condenatório que a justifique (Sanguiné, 2014). Logo, pensar a decretação de tal medida implica observar de forma primeira os postulados da proporcionalidade e imprescindibilidade, devendo, portanto, ser considerada a última opção entre as cautelares disposta no Código de Processo Penal.

Segundo Badaró (2008), é necessário estabelecer uma relação proporcional entre a prisão preventiva, considerada como uma forma de detenção cautelar, e a pena que provavelmente será imposta ao final do processo em caso de condenação. Essa proporcionalidade com a pena a ser eventualmente aplicada é um requisito essencial, ainda que implicitamente, para a imposição de qualquer forma de prisão cautelar. Por outro lado, sempre que, durante o curso do processo, o juiz constatar que, dada a provável pena a ser imposta, o acusado não será sujeito a uma restrição de liberdade, deverá revogar a prisão.

Ainda segundo Badaró (2008) a prisão preventiva não pode ter por base a antecipação da sentença, somente guardando compatibilidade com o estado de inocência as prisões processuais que tenham natureza conservativa. De modo que não será legítima qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória que tenha por finalidade antecipar total ou parcialmente os efeitos da condenação penal e, portanto, seja mesmo que provisoriamente, satisfativa. A vedação a implementação da medida, sob essa justificativa, veio em boa hora a ser incluída expressamente no Código de Processo Penal pelas reformas operadas pela Lei 13.964/2019.

Não guarda compatibilidade com um processo penal democrático a ideia de cautelar satisfativa, tal qual os moldes do processo civil. Isso posto, não se pode conceber uma tutela cautelar capaz de antecipar a pena antes da condenação definitiva a fim de satisfazer os anseios de um direito penal midiático ou de quaisquer interesses outros.

Partindo dessas considerações, a doutrina discute a possível inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, alegando que, neste caso, a medida seria desprovida de cautelaridade, antes servindo como antecipação da pena. Neste trabalho, quando nos referirmos à expressão “garantia da ordem pública” estaremos fazendo-o em seu sentido amplo, englobando também um outro fundamento da preventiva, a garantia da ordem econômica, aqui entendida como a proteção da ordem pública relacionada aos crimes de ordem econômica.

3.1 O problema conceitual da expressão “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva.

Em um cenário de decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, na hipótese de risco de fuga, ou por conveniência da instrução criminal, quando o acusado está ameaçando testemunhas ou criando óbices para a produção das provas, nitidamente, estamos diante de uma prisão de caráter cautelar. Todavia, quando o decreto de segregação cautelar, está arraigado na garantia da ordem pública, o tema torna-se nebuloso, isso porque a expressão “garantia da ordem pública” é um conceito jurídico indeterminado, que pode ser preenchido com as mais diversas fórmulas, a depender dos valores que animam o julgador.

Gomes Filho (1991) preleciona que a ordem pública atrela-se a todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar, antes sendo medidas de defesa social; fala-se, então, em ‘exemplaridade’, no sentido de imediata reação ao delito, no afã de satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; de tal modo que uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas como também indicar a possível tendência à supressão de provas e intimidação de testemunhas, ponto em que converge a melhor doutrina:

Isto porque além da já mencionada mentalidade autoritária ainda presente na sociedade brasileira, a prisão preventiva se encontra inserida na dinâmica da urgência característica da sociedade contemporânea, muitas vezes sendo utilizada para iludir a opinião pública cada vez mais sedenta por segurança. E ainda, a imagem da prisão imediata do suspeito, muitas vezes algemado e levado ao cárcere sob o foco das câmeras dos programas de televisão sensacionalistas, provoca uma falsa sensação de justiça instantânea, proporcionando a construção de uma imagem equivocada do sistema repressivo no imaginário social, realidade que contribui sobremaneira para o desvirtuamento e aplicação inadequados da prisão preventiva que, ao invés de ser utilizada como *ultima ratio*, se torna regra (Da Silveira, 2015, p. 221)

À vista disso, as maiores críticas doutrinárias são centradas na expressão "ordem pública", considerando-a como um conceito jurídico indeterminado, apto a desprender-se da cautelaridade imanente do instituto jurídico, o que se observa, por exemplo, quando a prisão preventiva é justificada pelo "clamor social", para garantir a "credibilidade das instituições" ou para apaziguar a "sensação de insegurança".

Segundo Moares (2010), a expressão 'ordem pública' demanda por legalidade estrita, dado que é um conceito aberto e não está acompanhado de qualquer referência limitadora em sua extensão, ou que possa servir de parâmetro para o juiz extraí-lo considerando o caso concreto. Logo, não há limites para inferências subjetivas e advindas de razões midiáticas, pseudo-eficientistas ou, ainda, de escolhas íntimas do julgador. Comunga de tal entendimento, Da Silveira, 2015:

No Estado Democrático de Direito, qualquer interpretação que restrinja de forma deliberada os direitos fundamentais constitucionalmente previstos é inválida, considerando que no contexto democrático, a hermenêutica deve buscar conferir eficácia na proteção dos direitos fundamentais, estando sempre vinculada a observância do Princípio da Presunção de Inocência, o que não ocorre no caso da ordem pública, já que este requisito, visivelmente, dá primazia à defesa social em detrimento dos direitos fundamentais dos indivíduos ( Da Silveira, 2015.p. 227).

Segundo Lima (2017), o Direito Processual Penal brasileiro, possui influência das tradições jurídicas alemã e italiana, especialmente ao abordar medidas restritivas destinadas a combater a criminalidade. Na Alemanha, o conceito de ordem pública tem raízes históricas no estado de exceção, e estabelecia no art. 48 da Constituição de Weimar que, em casos de perturbação ou "ameaça grave à segurança e ordem pública na República" o Presidente poderia decretar as medidas necessárias para o restabelecimento da ordem e segurança.

Para Agamben (2004), a utilização do art. 48 da Constituição de Weimar permitiu prisões em massa de milhares de militantes comunistas, judeus ou daqueles assim considerados como inimigos do estado alemão. Essa também é a opinião de Lima:

Não é incomum também encontrar decisões de encarceramento cautelar pautadas no fundamento em comento, sendo esta justificada na necessidade de se evitar a reiteração delitiva e/ ou na gravidade da infração penal, é crucial destacar que as prisões lastreadas nestes argumentos retóricos atentam-se não só ao sistema acusatório, mas a todo o sistema constitucional que alberga o acusado com a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória. (Lima, 2017. p.481)

Em um esforço para conceituar a garantia da ordem pública, Renato Brasileiro (2019) afirma que tal fundamento da preventiva estaria satisfeito na situação em que, uma vez permanecendo em liberdade, o indivíduo teria os mesmos estímulos

relacionados com o delito cometido, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, ou pela possibilidade de voltar ao convívio com agentes criminosos.

Comungando de igual pensamento, Távora (2021) preleciona que a decretação da preventiva sob o fundamento da proteção à ordem pública decorre de quando o agente revela uma tendência a voltar a cometer crimes, pondo em xeque a paz social, ademais destaca a necessidade de comprovação mediante dados concretos do risco de retorno a delinquência, não estando satisfeito com a mera análise dos antecedentes criminais.

Para Aury Lopes (2019), a cláusula genérica “garantia da ordem pública”, por vezes, traz consigo o argumento oculto de restabelecimento da credibilidade das instituições, o que o autor considera preocupante, sob a perspectiva das conquistas democráticas, que a crença em instituições jurídicas dependa do aprisionamento de pessoas.

De igual modo, também é indigesta ao autor, a conceituação de ordem pública como risco de reiteração de delitos, isso porque seria um diagnóstico absolutamente impossível, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros.

Dessa forma, considera Aury Lopes (2011), que a prisão preventiva fundada no “perigo de reiteração” reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado) imprevisível). Além do que é um argumento inquisitório, pois irrefutável. “Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei” (Lopes Júnior, 2011, p. 121).

Nesse processo, a prisão preventiva acabou imbuída na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea com aplicação imediata da prisão. O simbólico do encarceramento acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça criminal. Nesses termos, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desvirtuando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. O problema, portanto, não é legislativo, mas cultural, em

decorrência da mentalidade inquisitorial e do espetáculo que permeia os atores jurídicos (Junior; Moraes, 2019).

### **3.2 Intersecções entre a prisão preventiva e o Direito Penal do Inimigo.**

Consoante Zaffaroni (2003), o discurso do Direito Penal contemporâneo é mais propagandístico do que acadêmico, focando na projeção do sofrimento da vítima, muitas vezes ampliado pelos meios de comunicação. A difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo. Nesse cenário, surge o Direito Penal como solução para aniquilar o inimigo, o político apresenta o Direito Penal como o primeiro remédio para isso, o Direito Penal tornou-se, segundo Zaffaroni, um produto de mercado.

Notadamente, no modelo proposto por Jakobs, os destinatários da prisão preventiva, também fariam parte da clientela do direito penal do inimigo, afinal: “essa coação não se dirige a um sujeito de direito, já que esse não oculta provas, nem foge, mas sim contra o indivíduo que, com seus instintos e medos, torna-se perigoso para a regular tramitação do processo”. (Jakobs, 2009, p.15-16). Desse modo, aqui também poderíamos fragilizar as garantias do processo penal democrático, pois não estaríamos lidando com o cidadão.

Antecipar uma prisão com base na probabilidade de uma futura perturbação da ordem pública implica prever um resultado antes que ocorra, o que é incompatível com a ideia de processo penal democrático. Segundo essa perspectiva, o Estado só estará legitimado a intervir após uma lesão efetiva a um bem jurídico tutelado. Todavia, de acordo com a teoria de Jakobs, é justificável aplicar uma punição preventiva, não pela violação do bem jurídico, mas sim pela ameaça que o sujeito representa, protege-se com isso o sistema jurídico, com a reafirmação da norma negada através da conduta do imputado.

O discurso do direito penal do inimigo propõe uma abordagem mais punitiva e preventiva em relação a certos indivíduos considerados inimigos da sociedade, geralmente criminosos que são vistos como uma ameaça grave e contínua. Nesse contexto, a solução sugerida muitas vezes é antecipar a aplicação da pena por meio da prisão preventiva, com o objetivo de supostamente proteger a sociedade e evitar a reincidência de crimes.

No entanto, ao adotar essa abordagem, há um risco de que a prisão preventiva deixe de ser uma medida excepcional, reservada para casos específicos, em que seja

absolutamente necessária para garantir o curso regular do processo penal, e passe a ser utilizada de forma mais ampla e indiscriminada. Isso acontece quando a prisão preventiva começa a se assemelhar mais a uma medida de segurança, fundada na periculosidade do agente, visando antes a proteção da sociedade, do que a garantia do transcurso pacífico do processo. Como bem afirma Nucci (2017, p.33): “nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias são erguidos e sustentados”. Portanto, há de se preservar as garantias fundamentais também ao sujeito submetido à prisão preventiva, não podendo a esse destinar um direito penal próprio e recrudescido.

Segundo Roxin e Schünemann (2019, p. 68), “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado!”. Contudo, a incorporação de elementos do Direito penal do Inimigo ao processo penal, pode acarretar uma mudança paradigmática, com ventos que o afastem do curso estabelecida na Constituição cidadã, importando em significativas consequências: por um lado, pode levar a uma criminalização excessiva com privação da liberdade de indivíduos que ainda não foram condenados por nenhum crime, por outro lado, pode desvirtuar o propósito original da prisão preventiva, que é garantir o devido processo legal e evitar a utilização arbitrária do poder estatal contra os cidadãos.

Fonseca (2015) aponta que a prisão preventiva “legítima tratamento distinguido a determinada classe de autores com a marca da periculosidade – encarcerando-os sumariamente (Fonseca, 2015, p. 68)”. Para tanto, o faz apoiada no argumento de imperativos de segurança pública de modo a alimentar a crença no ordenamento posto.

É possível, portanto, identificar alguns pontos de convergência entre a prisão preventiva, fundada na garantia da ordem pública, e o direito penal do inimigo, a saber: (I) Acepção de combate extensivo à impunidade; (II) Foco na periculosidade do agente e na possibilidade de reiteração delitiva; (III) Transmissão de uma imagem de eficiência do sistema de justiça criminal com a “aplicação de penas” de forma imediata; (IV) Resposta ao clamor público por segurança e reestabelecimento do sistema social, com a reestruturação das expectativas normativas.

Uma vez tomado pela fórmula de Jakobs de que “ a finalidade do Estado de direito não é a maior segurança possível de bens, mas a vigência efetiva do direito e, especificamente na modernidade, a vigência efetiva de um direito que torna a

liberdade possível” (Jakobs, 2009, p. 29), a prisão preventiva também passa a cuidar de tal propósito, funcionando como um mecanismo de recomposição do sistema normativo, reafirmando a vigência da norma, por isso a necessidade de resposta imediata ao delito, aplacando as inquietações do corpo social e devolvendo a sensação de segurança.

Manuel Cancio Meliá (2005, p. 67), afirma que no Direito Penal do inimigo: “constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido).” Por seu caráter antecipatório, acaba-se por criminalizar pessoas antes mesmo do acontecimento dos fatos, vez que o foco se encontra na periculosidade do agente. Esse aspecto se reflete em prisões preventiva baseadas no risco da reincidência, no qual temos um juízo de prognose, pautado pela personalidade do criminoso e no risco que oferece ao sistema por sua tendência em voltar a delinquir.

Quando características do direito penal do inimigo permeiam o instituto da prisão preventiva, faz com que esta seja aplicada com maior incidência, o que por sua vez contribui para o aumento do número de pessoas encarceradas, gerando consequências negativas para a reintegração social dos indivíduos afetados e para a eficácia do sistema de justiça como um todo.

A incorporação da mentalidade de um direito penal do inimigo, ainda que de forma implícita, fragiliza de sobremaneira as garantias fundamentais dos cidadãos, há uma tendência a justificar medidas extremas, como a prisão preventiva prolongada, sua não substituição por cautelares diversas da prisão ou mesmo sua decretação para atender o sentimento de justiça da opinião pública, sob o pretexto de proteger a sociedade contra supostas ameaças. Isso pode levar a uma escalada da violência estatal, colocando a prova os fundamentos de um processo penal democrático e representando uma ameaça significativa às garantias fundamentais dos cidadãos e ao próprio Estado de Democrático de Direito.

#### **4. CONCLUSÃO**

Quando Jakobs propôs inicialmente o modelo do Direito Penal do Inimigo, partiu da premissa que esse já era adotado em muitos ordenamentos jurídicos e que seria necessário salvar o direito penal do cidadão dessa contaminação, criando modelos penais distintos para cada categoria de pessoas.

O problema está, como bem observa Zaffaroni, que o Estado de polícia não enxerga limites, uma vez instaurado, persistirá em uma infundável caçada às bruxas, criando inimigos para justificar sua atuação até que se torne um Estado absoluto, totalmente desprendido das garantias penais e processuais penais que assistem ao cidadão.

As ideias de Jakobs, a despeito da ausência de adoção formal pelo ordenamento jurídico brasileira, influi em diversos institutos penais e processuais penais, sendo a prisão preventiva um deles. Quando essa se desprende da cautelaridade, acaba atuando como um mecanismo de defesa, onde o enfoque está na periculosidade e não na culpabilidade do indivíduo, objetivando uma neutralização do criminoso/inimigo em nome da manutenção da confiança no sistema jurídico.

O afastamento da culpabilidade como elemento orientador do exercício do *ius puniendi*, abre espaço para a adoção de um modelo de direito penal do autor, onde os fatos são desprezados e o enfoque recai sobre o agente do fato e não sobre o fato do agente.

De tal sorte que, quando a prisão preventiva é utilizada como instrumento para o combate à impunidade, albergando-se no conceito vazio de garantia da ordem pública, o que se está a fazer é antecipando a pena em nome da satisfação pública e do desejo por segurança, nesse recorte, temos o enquadramento nos ditames proclamados pelo direito penal do inimigo.

Nessa dinâmica, há uma ingerência significativa na liberdade individual dos indivíduos com a banalização da prisão preventiva, baseada apenas na suposta necessidade de proteger a ordem pública, sem considerar devidamente os direitos individuais e o devido processo legal. Com a trivialização de tal instituto, aumenta-se o número de prisões cautelares, agrava-se o problema da superlotação do sistema carcerário brasileiro e em consequência perpetua-se o quadro sistêmico de violação dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARRUDA, Ana Luiza Gardiman; JUNQUEIRA, Gustavo. Inimputabilidade e direito penal do inimigo: a conveniente classificação do louco. **Revista Direito UFMS**, v. 6, n. 2, p. 130-152, 2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 381-408, 2008.

BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. Sistema Penal Bifurcado: as justificativas do direito penal do inimigo. In: LEMOS, Jonas; SILVA, Luciano Nascimento. **Raffaele De Giorgi e os observadores**. Campina Grande- PB: Plural, 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 05 jan 2024.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) . Acesso em: 14 dez 2023.

DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 213-244, 2015.

DO AMARAL, Augusto Jobim et al. A prisão preventiva e as (nem tão) novas controvérsias na Lei nº 13.964/2019. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et alli. São Paulo:RT, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**, Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). **São Paulo: Notícias Forenses**, 2004.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2ª tiragem. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. Rad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Moraes. O Caso do Ex-presidente Michel Temer e a Distorção da Prisão Preventiva. **Conjur**: Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2019-mar-29/limite-penal-michel-temer-distorcaoprisao-preventiva>>. Acesso em 29 de fevereiro de 2024

LIMA, R. B. **Manual de processo penal**: conforme o pacote anticrime e a nova Lei de Abuso de Autoridade.5. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2020. 965 p.

LIMA, Rafael Catani. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o estado inquisitivo de direito. **Revista: Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 456-488, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2v.5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. Crimes Hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar. **Garantias Constitucionais e Processo Penal**, 2002.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, 2019.

- MELIÁ, Manuel Cancio .Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Mereu José (Org. e Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de et al. **A terceira velocidade do direito penal: o direito penal do inimigo**. 2006.
- MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 105.
- MUNÓZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005b.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- NUCCI, G. de S. **Manual de processos penal e execução penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 33.
- PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos, v. 5, n. 1, p. 167-190, 2017.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Derecho procesal penal**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminiais no Século XXI-V.11, Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2002.
- SÁNCHEZ, Jesús- Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal contemporâneo**. trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2021.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Pocesso Penal**. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl . **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo;ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 2º ed., v.I, Rio de Janeiro: Revan, 2003.