IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-415-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- "A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais", em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.

- "A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia". No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.

- "A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional". O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reemprendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- "A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero". O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- "A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso". Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- "A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional". O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandado explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaing’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do due process of law, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objeta a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- "O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento". O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- "Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro." O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- "Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada". A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comercio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comercio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

DIREITO PENAL DO INIMIGO E PRISÃO PREVENTIVA: CRISE DA TÉCNICA PROCESSUAL PENAL

THE ENEMY'S CRIMINAL LAW AND PREVENTIVE PRISON: CRISIS OF THE CRIMINAL PROCEDURE TECHNIQUE

Diego Sousa Campos Costa [1]

Resumo

A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

Palavras-chave: Palavras-chaves – direito penal do inimigo, Direitos fundamentais, Prisão preventiva, Ordem pública, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The research proposes to identify the presence of the elements of the Enemy's Criminal Law theory in the Brazilian legal system, especially in the preventive prison institute based on the guarantee of public order. The research is bibliographic, qualitative, and the method used is deductive. The work is aimed at students, legal professionals, and those who sympathize with the topic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Enemy’criminal law, Fundamental rights, Pre- trial detention, Publuc order, Democratic state

[1] Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna/MG

1 – INTRODUÇÃO

A teoria de Gunther Jakobs foi por pouco tempo criticada, e não demorou muito para alcançar notoriedade internacional. O direito penal do inimigo foi discutido em uma conferência realizada em Berlim, em 1999, e provocou polêmicas: Naquela época, como um Estado Democrático poderia perceber em seu ordenamento jurídico um tratamento diferenciado a certos indivíduos, suprimindo-lhes suas garantias e direitos fundamentais, no curso de processo? (MUNHOS CONDE, 2012)

Os acontecimentos posteriores, como atentados terroristas e o rápido aumento da criminalidade, levaram vários países a editarem normas violadoras de direitos humanos e fundamentais na busca de uma solução para as questões, corroborando com a teoria do direito penal do inimigo. (MUNHOS CONDE, 2012)

O presente trabalho busca verificar a influência do direito penal do inimigo sobre o ordenamento jurídico brasileiro, em especial nos institutos das prisões preventivas. Assim, o desenvolvimento do trabalho inicia-se com uma abordagem geral sobre a teoria do direito penal do inimigo. Em seguida, pretende-se identificar a presença de elementos dessa teoria no sistema penal brasileiro, em especial, na prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública. Por último, analisa-se o instituto da prisão preventiva como garantia da ordem pública buscando compreender seus pressupostos autorizadores, segundo a doutrina e a jurisprudência, com o fim de verificar sua adequação à técnica processual adequada ao Estado Democrático de Direito. A pesquisa possui grande relevância para os profissionais e acadêmicos do direito, bem como para todos os interessados pela ciência do direito processual penal. Além disso, o trabalho se justifica pela importância temática, buscando servir de base para construção de alternativas para o problema da ausência de técnica processual aplicada às prisões preventivas e para o crescimento do número de presos provisórios e a consequente superlotação nos presídios, ocasionando em violações aos direitos fundamentais do acusado.

2 – O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do direito penal do inimigo, de Gunther Jakobs, se traduz na ideia central de que há uma tendência dos Estados em reconhecer certos indivíduos da sociedade como não merecedores de direitos e garantias fundamentais relacionadas ao direito e processo penal. São

assim, considerados inimigos do Estado. A teoria revela a existência de dois direitos penais: O direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão.

Jakobs foi um jurista adepto de uma filosofia funcionalista do direito penal, cuja pena para aquele que infringisse a norma se voltava para restabelecer a "confiança dos cidadãos fiéis ao direito". (MUNHOS CONDE, 2012)

MUNHOS CONDE, sobre a participação de Jakobs em conferência realizada em Congresso na cidade de Berlim, em 1999, revela o seguinte:

> "Jakobs expôs com claridade e contundência, e talvez com certo ar de provocação, a necessidade de reconhecer e admitir que nas sociedades atuais, junto a um Direito Penal dirigido à única tarefa de restabelecer através da sanção punitiva a vigência da norma violada pelo delinquente e a confiança dos cidadão no direito (segurança normativa), inspirado em conceitos mais ou menos flexíveis ou funcionais, porém respeitosos e adequados ao sistema de garantias e limites do poder punitivo no Estado de Direito, havia outro Direito Penal, um Direito Penal do Inimigo (Feidstrafrecht), pelo qual o Estado diante de determinados sujeitos, que de forma grave e reiterada se comportam contrariamente às normas básicas que regem a sociedade e constituem uma ameaça para a mesma, tem que reagir de forma mais contundente para restabelecer a confiança no Direito e no próprio sistema, não de imediato pela segurança e confiança normativa e sim pela segurança coletiva"(MUNHOS CONDE, 2012).

Os estudos de Jakobs iniciaram-se a partir da análise da evolução e desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos, em especial, no tocante ao direito penal. Como bem destaca MELIÁ, os ordenamentos penais do mundo ocidental passaram por transformações nos últimos anos de um modo bem rápido, com mudanças não só de formas, mas também de conteúdo, ao

ponto do autor observar uma “mudança estrutural de orientação”[1], além de uma “crise do Estado Social em matéria criminal” (JAKOBS; MELIÁ, 2020).

Nesse sentido, MELIÁ faz referência ao fenômeno conhecido por expansionismo, caracterizado por uma expansão do ordenamento penal provocada por uma atividade legislativa que, dentre outras finalidades, provoca uma “criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas”.[2] Dentre os fenômenos expansivos, MELIÁ faz referência ao Direito Penal Simbólico e ao denominado Punitivismo (JAKOBS; MELIÁ, 2020).

No que se refere ao simbolismo, este é encontrado em toda função de natureza política-jurídica, ou seja, aquela vinculada às intenções do legislador, de sentido latente, em contraposição à função instrumental. No entanto, MELIÁ aponta corretamente que a crítica que se faz a esse caráter simbólico, ocorrem nos casos em que haja manifesta discrepância entre as duas funções, de forma que a função latente e ideológica vem a se sobrepor à função manifesta. “Quando se usa em sentido crítico o conceito de direito simbólico, quer-se, então fazer referência a que determinados agentes políticos tão só persegue o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido (JAKOBS; MELIÁ, 2020).

O direito penal simbólico remete aos ensinamentos de Marcelo Neves e sua legislação simbólica. Ao se referir aos objetivos de dar função tranquilizadora à sociedade, MELIÁ nos provocou recordações de uma modalidade de legislação simbólica: A Legislação àlibe, utilizada como resposta à sociedade em casos de pressão, de modo a aliviar as tensões e ganhar a credibilidade dos cidadãos (JAKOBS; MELIÁ, 2020).

Já o punitivismo está ligado a ideia de criação de novos tipos penais que vai em contramão ao movimento de reforma ocorrido nas últimas décadas. Também, se verifica o aumento desproporcional de penas para crimes já existentes.

Rayssa Felix de Sousa afirma que em meio ao aumento do crime organizado e da prática de atentados terroristas, e na medida que “a criminalidade e a violência crescem de maneira desordenada e o Estado falha na contenção ou diminuição dessa problemática, o Direito Penal ganha, em seu âmbito, uma nova roupagem” (SOUZA, 2009).

A partir daí, Jakobs, cria a concepção de direito penal do inimigo, conforme estabelece SOUZA:

> “Jakobs defende a existência de dois tipos de Direito Penal: de um lado, um direito penal (do cidadão) que oferece todas as garantias materiais e processuais para o infrator da norma tido como cidadão; do outro lado, u direito penal (do inimigo) que não confere sequer as mais básicas garantias individuais constitucionais ao infrator considerado inimigo. A partir disso, estabelece-se uma distinção: pessoa e não-pessoa” (SOUSA, 2009).

MUÑOS CONDE observa que a teoria de Jakobs começou a ganhar importância após uma série de acontecimentos, como os atentados às Torres Gêmeas de Nova York em 11 de setembro de 2001, o de dezembro de 2003 em Bali na Indonésia, dentre outros, que resultaram na edição de normas violadoras de direitos fundamentais e preceitos típicos do Estado de Direito por parte de diversos países (JAKOBS; MELIÁ, 2020).

> “O que é o Ato Patriótico aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos poucos dias antes do atentado de 11 de setembro, e posteriormente prorrogado por tempo indeterminado, que permite a detenção administrativa e a violação de correspondência e outros dados da intimidade sem controle judicial, os Tribunais militares secretos e a suspensão de outros direitos fundamentais reconhecidos na Constituição em caso de suspeita de terrorismo? O que é a situação dos presos afegãos na Base Militar de Guantánamo, sem sequer respeitar as regras mínimas estabelecidas pela Convenção de Genebra para os presos de guerra? Ou a tortura dos presos iraquianos na prisão de Abu Craigh? Se pode chamar de outra forma a legislação excepcional contra os suspeitos de vinculação a grupos terroristas ou contra os adeptos das ideias islâmicas fundamentalistas, defendidas pelo governo de Blair

> depois do atentado de 7 de julho de 2005 no Metrô de Londres, mesmo quando outras legislações similares haviam sido recusas pouco antes pela Câmara dos Lordes por contrariar os direitos fundamentais reconhecidos nas normas internas inglesas e nas convenções internacionais?" (MUÑOS CONDE, 2012).

De fato, a teoria do direito penal do inimigo é realidade e está presente em muitos ordenamentos jurídicos de países que se reconhecem como Estado Democrático de Direito. Se pode-se dizer em uma nova tendência a ser seguida, o fato é que essa nova política criminal foca na figura do acusado e na sua personalidade, considerando que sujeitos vistos como pessoas de alta periculosidade retiram a credibilidade da norma jurídica e provoca desconfiança no sistema.

Assim, Jakobs percebe em sua teoria a presença dos fundamentos teóricos da teoria dos sistemas, do sociólogo Niklas Luhmann, cuja ideia é de que o homem é um elemento do sistema, e que cada um possui uma função. Quando esse elemento não consegue exercer o seu papel, todo sistema (sociedade) fica prejudicado.

GOMES JUNIOR E BAQUEIRO, muito bem esclarecem:

> "a teoria de Jakobs, inspirada pela teoria dos sistemas Luhmann funciona da seguinte forma: partindo do ponto que exista na sociedade uma espécie de "Contrato Social" é esperado que todos os indivíduos inseridos no contexto social cumpram o seu papel no sistema, sendo o indivíduo somente reconhecido como pessoa se este desempenhar um papel na sociedade".
>
> "Acontece que, quando algum desse indivíduos rompe o 'Contrato Social' e comete um crime, ocorre a perda da confiança no sistema pelos outros sujeitos da sociedade. A partir dessa quebra de confiança, Jakobs afirma que o Direito Penal deve entrar em cena e garantir a proteção da norma e o retorno da vigência desta, para que a partir daí seja restaurada a confiança de toda a sociedade

> preserve o ‘Contrato Social” (:GOMES JUNIOR; BAQUEIRO, 2019).

Mesmo assim, Jakobs reconhece que sua teoria funcional do direito penal vai de encontro ao direito moderno, que tem o entendimento majoritário de que a função do direito penal não é a proteção das normas, mas a proteção dos bens jurídicos. A proteção dos bens jurídicos, segundo Jakobs, se daria indiretamente, ou de forma reflexa.

3 – A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já foi dito, o direito penal do inimigo mostrou-se presente nas legislações de diversos países, e suas características estão presentes até mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, mesmos sendo este um Estado Democrático de Direito.

PAIVA e MOREIRA, ensinam que:

> “mesmo que no Brasil se adote um sistema penal garantista, no qual não há nenhuma pena sem previsão legal e o indivíduo deve ser penalizado apenas pelo que fez, apresenta em decorrência de uma tendência recente de criminalização de condutas, endurecimento de penas, aumento da criminalidade a necessidade do Estado apresentar uma resposta diante desses acontecimentos, uma tendência de troca pelo Direito Penal Simbólico. Por conta disso, a pena virou uma ferramenta de primeira instância para resolução dos problemas sociais, situação influenciada principalmente por uma mídia que vangloria a violência e estigmatiza determinados grupos sociais” (PAIVA; MOREIRA, 2020).

Nesse sentido, pode-se verificar a presença da teoria do inimigo em leis especiais como a dos Crimes Hediondos e na lei de Execução Penal, em seu art. 52 (JESUS, 2008).

Para PAIVA e MOREIRA, “o País tornou-se propício à aplicação da teoria de Jakobs em que internalizou um inimigo e com isso retirou do mesmo as garantias fundamentais”. (PAIVA; MOREIRA, 2020).

Diante disso, a pergunta que se faz é: Quem é o inimigo para o Estado Brasileiro, e de que lhe é conferido um tratamento diferenciado dos demais?

GOMES JUNIOR E BAQUEIRO afirmam que pesquisa realizada pelo CNJ, quanto ao percentual de presos provisórios por tipo de crime praticado, aponta:

> “os crimes patrimoniais (roubo e furto) são sem dúvida a maior causa de recolhimento prisional, juntamente com crimes relacionados a substâncias entorpecentes (tráfico de drogas ou indução, instigação ou auxílio ao uso de drogas), 26%, 7% e 29%., respectivamente”.
>
> “No Brasil, as atenções do sistema penal, da mídia e consequentemente da sociedade, parece estar muito ligada a figura do traficante de drogas como principal posto para o que pode ser chamado de inimigo público número um. Sendo assim, o combate de as drogas, acaba por virar uma questão de segurança nacional, exigindo-se então das autoridades judiciárias e policiais uma maior atenção e vigilância sobre esse novo inimigo público” (GOMES JUNIOR; BAQUEIRO, 2019).

Desta forma, a figura do traficante no Brasil, em razão do tráfico de drogas acarretar num aumento da criminalidade e se tornar no crime como o qual o Estado mais se preocupa, traduz numa imagem estereotipada como um sujeito de alto grau de periculosidade e que merece um tratamento mais severo quando comparado à demais infratores.

Respondida a pergunta sobre o inimigo do Estado Brasileiro, resta responder uma questão de maior importância para a pesquisa, qual seja, o instrumento de maior utilidade para combater o inimigo.

A prisão preventiva, especialmente a fundamentada na garantia da ordem pública, vem sendo utilizada, muita das vezes, como um meio de punir antecipadamente o acusado, baseando

em critérios subjetivos e inadequados num Estado Democrático de Direito, tornando-se assim, um instrumento associado à tese do direito penal do inimigo.

4 – A PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

"A prisão preventiva é medida de natureza processual penal e busca garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo. Constitui requisito essencial para decretação de prisão cautelar, a existência do fumus commissi delicti, isto é, a probabilidade da existência do crime e indícios robustos de sua autoria" (ADRIANO apud LOPES JUNIOR, 2017).

Outro elemento a ser considerado, além da probabilidade do direito é o periculum libertatis, que decorre do perigo do estado de liberdade do investigado ou acusado.

A natureza cautelar da prisão preventiva quer se referir a uma medida de cuidado para que o processo se desenvolva e finalize de modo eficiente e eficaz. No entanto, algumas modalidades de prisões preventivas previstas no Código de Processo Penal não estão relacionadas ao processo em si. A prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica destoam das demais espécies, como a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, encontra-se amparo legal no art. 312 do Código de Processo Penal. Embora CAPEZ entenda que essa modalidade de prisão preventiva atua com o propósito de impedir que o agente solto volte a delinquir (CAPEZ, 2017), no entanto, é possível perceber a problemática que envolve o conceito de ordem pública e sua compatibilidade com sistema penal garantista do Estado Democrático de Direito.

Devido a imprecisão e vagueza do termo ordem pública, essa modalidade prisão preventiva é carregada de alto teor de subjetividade, o que acarreta insegurança jurídica ao acusado.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência compreendem que para restar configurado o abalo da ordem pública, deve o aplicador do direito estar atento a determinados fatores, quais sejam: a gravidade concreta do delito, a periculosidade do agente, a repercussão social causada pelo delito.

Apesar de tudo, alguns doutrinadores tentam elaborar e delimitar o alcance dessa expressão. Segundo NUCCI, a garantia da ordem pública é hipótese de interpretação mais

ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática do delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento de sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente (NUCCI, 2014).

O conceito de NUCCI demonstra a nítida preocupação com o clamor popular e os reflexos negativos que o crime cometido traz às instituições, em especial às vinculadas ao poder judiciário. Neste caso, o problema se revela à medida que o direito seja um instrumento condicionado e interligado ao apelo popular, o que significa afastar da utilização de critérios técnicos-jurídicos para combater questões políticas.

A prisão preventiva, que é medida excepcional frente ao princípio constitucional da presunção da inocência, e de caráter cautelar, vem sendo aplicada de forma desvirtuada pelo juiz, e acaba por ganhar outros contornos que ultrapassam sua real finalidade.

A prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública vem sendo utilizada de forma excessiva, e o "principal motivo relaciona-se aos requisitos desta decretação" (SOUZA, 2009).

Após análise de farta jurisprudência, SOUZA verificou-se:

> "a decretação da prisão preventiva expressa clara manifestação do Direito Penal do Inimigo, mormente em relação as seguintes justificativas, presente em ambos os institutos: 1) – Combate à impunidade; 2 - caráter punitivo; 3) periculosidade do agente; 4) reiteração delitiva; 5) garantida da ordem pública; 6) antecipação da pena; e 7) satisfação pública" (SOUZA, 2009).

O caráter vago e impreciso do termo ordem pública dá ao aplicador do direito decidir amparado com uma alta margem de subjetividade, facultando o uso de seu poder criativo, o que vai de encontro ao princípio da legalidade estrita. Sob o argumento de defesa da credibilidade das instituições, em especial do judiciário, alguns juízes fundamentam a necessidade de garantia da ordem pública.

Esse argumento não pode ser considerado justificativa para segregação prévia de um acusado. Trata-se de um argumento meta-processual, o que permite concluir pela ausência de caráter cautelar da prisão que se baseia nesse argumento. A natureza cautelar de toda prisão preventiva está relacionada à efetiva aplicação do processo penal e o alcance de sua finalidade, qual seja, promover a tutela penal. Assim, a prisão baseada neste argumento ganha traços de antecipação da pena.

> "Por diversas vezes, a argumentação nas decisões de decretação da preventiva onde usas o fundamento da garantia da ordem pública traz consigo três possíveis cenários para justificar a escolha desse fundamento. A primeira delas é a necessidade de segregação o investigado para o suposto restabelecimento da credibilidade das instituições" (GOMES JUNIOR; BAQUEIRO, 2019).

Nesse sentido, posiciona-se Aury Lopes Júnior: "É preocupante, sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas, que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas" (JÚNIOR, 2017).

Cabe ressaltar, que não coube ao judiciário o propósito de solucionar as questões de ordem pública por meio de prisões dos acusados, que muitas das vezes impõe a segregação prévia do acusado por tempo demasiadamente excessivo, podendo até mesmo o réu responder em todas as fases processuais em um estado de segregação, restando esquecida a regra de que ao acusado, salvo em hipóteses excepcionais, e com fundamento no princípio da inocência, lhe é garantido responder o processo em liberdade até o julgamento definitivo do caso, ou seja, até o transito e julgado da sentença ou acórdão.

> "Depois de verificar dados do CNJ, foi apurado que no último ano (janeiro de 2017) cerca de 34% da população carcerária do Brasil eram de presos provisórios. Em números absolutos isso representa cerca de 221.054 presos, que se encontram encarcerados, porém ainda que não

> foram julgados pelos supostos crimes que cometeram" (GOMES JUNIOR; BAQUEIRO, 2019).

Os juízes e tribunais também fundamental a prisão preventiva para garantia da ordem pública com base no argumento da periculosidade do agente.

Os acusados em crimes que envolvem o tráfico de drogas e aqueles cometidos contra a dignidade sexual estão entre aqueles que por mais tempo são presos preventivamente, e dificilmente respondem ao processo em liberdade em razão da repugnância tida pela sociedade a esses crimes e pelo estereótipo de pessoas perigosas alcançados pelos suspeitos.

Nesse tocante, "o passado do agente criminoso que por vezes já tem um histórico criminal, tem por um peso enorme na imputação da medida cautelar contra o sujeito investigado" (GOMES JUNIOR, BAQUEIRO, 2019).

> "Ao que parece, o que é de costume ser analisado pelos juízes é a personalidade do agente, que volta seu olhar ao passado delituoso do réu e exercer uma atividade de futurologia, na tentativa de "justificar a medida cautelar preventiva ao investigado, através da mera suposição retirada do possível passado criminal do sujeito, sendo assim, o sujeito por muitas vezes não é julgado somente pelo que fez, mas também pelo possível passado delituoso" (LOPES JUNIOR, 2017).

Como bem ensina o professor Aury Lopes Junior, "como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível quanto a afirmação de que amanhã eu o praticarei". (GOMES JUNIOR; BAQUEIRO, 2019).

A análise da periculosidade do agente pelos aplicadores dos direitos demonstra relação com suas percepções quanto à gravidade do crime. Nesse sentido, a gravidade do crime, não se importando as circunstâncias do caso concreto, era considerada fator que caracterizaria a perturbação à ordem pública, ensejando na necessidade da aplicação da prisão preventiva.

No entanto, o STF firmou o entendimento de que somente a gravidade relativa do crime, ou seja, aquele considerado em suas circunstâncias e não de forma isolada, poderia ser fator que justificasse a segregação provisória. Apesar disso, não nos parece razoável aferir o grau de

periculosidade do acusado somente tendo com base na gravidade do delito, mesmo que esta seja analisada concretamente.

Ao se realizar um juízo de periculosidade somente com base na gravidade do crime estará o juiz aderindo a uma análise por demais superficial, que não demonstra nenhuma certeza quanto personalidade do agente e sua tendência à criminalidade. Outros estudos são mais eficazes sobre a questão, devendo, contudo, haver estudos multidisciplinares que envolvam todos os aspectos que compõe a natureza do indivíduo, levando em conta fatores tanto biológico quanto culturais e psicológicos.

5 – A CRISE DA TÉCNICA PROCESSUAL PENAL E A PRISÃO PREVENTIVA COMO RELICÁRIO DE SACRIFÍCIOS DE RELIGIÕES PRIMITIVAS

Em sua tese apresentada para obtenção do título de doutor no programa de pós-graduação em direito da PUC MINAS, Ulisses Moura Dalle atentou para a ausência, no curso do processo penal, de aplicação de uma técnica processual adequada aos ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos de Direitos.

Dalle, ao abordar o tema da teologia processual penal, constatou forte influência da religião no âmbito do processo penal, especialmente das religiões que direcionam seus ensinamentos baseados no antigo testamento da Bíblia.

Desta forma, Dalle percebeu homologias entre os sacrifícios humanos das religiões primitivas e o atual processo penal que o permitiram constatar que “o processo penal é o relicário de sacrifícios, isto é, o resultado de um lento processo de secularização e racionalização da violência sacrificial, mas que conserva muitos traços desta violência” (Dalle, 2020).

Nos mesmos moldes do direito penal do inimigo, Dalle percebeu a semelhança do processo penal com os rituais religiosos que, voltados a manter a paz e a ordem social, utilizavam do método do bode expiatório como “efetiva possibilidade de interrupção da violência” (Dalle, 2020.)

Ainda, explicando a evolução da inserção de grupos evangélicos na política, percebeu uma atuação incisiva da bancada evangélica nas câmaras legislativas, demonstrando uma ideologia voltada ao punitivismo, na luta pela relativização das garantias processuais e no aumento de penas. Como exemplo, citou a colaboração no projeto anticrime, e participação em audiência públicas junto ao STF, em pautas como a descriminalização do aborto e a criminalização da homofobia, inclusive impedindo votações (Dalle, 2020).

No que pertine às prisões preventivas, Dalle identificou no cotidiano da prática forense condutas que não se adequam a um modelo constitucional de processo.

Nessa perspectiva do processo democrático e constitucionalizado, Flaviane Magalhães Barros Bolzan de Moraes, o decreto da prisão preventiva não deve se pautar somente no diálogo institucional entre o Ministério Público e juiz, mas sim, construída de forma participada pelos sujeitos afetados pelo processo, dando a esse a característica essencial da cientificidade.

Por fim, quanto a prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública, Dalle aponta para a necessidade de sua extinção no ordenamento, uma vez ser ilegítima a sua função cautelar (Dalle, 2020).

6 – CONCLUSÃO

A teoria do Direito Penal do Inimigo, de Gunther Jakobs, é de fato uma tendência que incorpora nos ordenamentos jurídicos de vários países, que na contemporaneidade, são considerados Estados Democráticos de Direito. As primeiras amostras do seu aparecimento ganharam reconhecimento internacional após os atentados terrorista ocorridos na primeira década do século XXI, o que resultou na edição de uma gama de normas que suprimem as garantias e direitos fundamentais dos acusados.

No Brasil, resta evidenciado que o código de processo penal possui normas que não encontram amparo no garantismo processual, retratando características de um direito penal do inimigo.

Os crimes considerados hediondos, especialmente os relacionados ao tráfico de drogas, preocupam a sociedade ao ponto de reconhecer no criminoso um inimigo do Estado.

Desta forma, a prisão preventiva é o instrumento que mais corrobora com o entendimento de que o acusado sofre com as violações de suas garantias processuais. A aplicação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública demonstra a preocupação do judiciário com a repercussão social causa por alguns crimes em detrimento dos direitos fundamentais do acusado.

Baseado em argumentos metajurídicos, tais como o ataque à credibilidade das instituições e a periculosidade do agente, o judiciário desvirtua o caráter cautelar da prisão preventiva, conferindo-lhe natureza de antecipação da pena.

Conta, ainda, a semelhança do processo penal com os sacrifícios humanos típicos de religiões primitivas.

Frente ao aumento da violência o judiciário percebe o criminoso como um bode expiatório, na tentativa aliviar as tensões da sociedade provocadas pelo sentimento de impunidade. de resposta à população em meio às ondas de violência e ao sentimento de impunidade, desrespeita à técnica processual adequada ao modelo constitucional de processo.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRIANO, Isabela Gonçalves. Prisão preventiva: a (in) consistência do fundamento relativo à ordem pública e a possível afronta ao princípio da presunção de inocência. Vitória, 2017. Disponível em: < http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/404>. Acesso em 10/06/2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 24 ed. em e-book. Editora Saraiva. São Paulo, 2017.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Choque de Justiça: 150 mil casos de presos provisórios reavaliados. 2017. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/choque-de-justica-150-mil-casos-de-presos-provisorios-reavaliados/>. Acesso em: 12/07/2021.

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Coordenação de Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2009.

DALLE, Ulisses Moura. Teologia Processual Penal: do religioso ao fármaco-agnóstico na persecução penal. Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020.

GOMES JUNIOR, Alcir Justino Moura; BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. Direito penal do inimigo e o critério da personalidade na garantia da ordem pública para a decretação da prisão preventiva. Salvador, 2019. Disponível em: < http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/535>. Acesso em: 09/07/2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. Direito Penal do Inimigo. Noções e críticas. 6 ed. Livraria do Advogado, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed. Saraiva. São Paulo, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Saraiva. São Paulo, 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO; Valéria Ribas do Nascimento. Constitucionalismo e Cidadania: Por uma jurisdição constitucional democrática. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2010.

MUÑOS CONDE, Francisco. Direito Penal do Inimigo. Editora Juruá, Curitiba. 2012.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2 ed. wmf martinsfontes. São Paulo, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

PAIVA, Carlos Eduardo Monteiro de; MOREIRA, Alexandre Pinto. O direito penal do inimigo no âmbito da Prisão Preventiva. Atena Editora, 2020. Disponível em: < https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/38481>. Acesso em: 07/05/2021.

PRADO, Luis Régis; SANTOS, Diego Prezzi. Prisão Preventiva a contramão da modernidade. 1ª ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

SOUZA, Rayssa Félix. O reconhecimento do direito penal do inimigo na legislação penal brasileira: considerações acerca do instituto da prisão preventiva. João Pessoa, 2019. Disponível em: < https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/14352?locale=pt_BR>. Acesso em: 07/05/2021.