

Garantia da ordem pública como meio de perpetuação do Inimigo no Direito Processual Penal

Marco Túlio Fernandes Alves

Acadêmico de Direito. Faculdade Mineira de Direito. PUC Minas
4º Período

Alessyara Giocassia Resende de Sá Rocha

Acadêmica de Direito. Faculdade Mineira de Direito. PUC Minas.
5º Período .

Lucas Laire Faria Almeida

Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Advogado criminalista. Assessor Jurídico da PMMG. Professor Universitário de Direito Penal.

Lorena Campos de Oliveira

Acadêmica de Direito. Faculdade Mineira de Direito. PUC Minas.
5º Período

RESUMO: O artigo analisa o avanço do Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito através da utilização da prisão preventiva, sob a ótica discursiva do engodo da garantia da ordem pública.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo – Estado Democrático de Direito – Prisão – Devido Processo Legal.

ABSTRACT: This paper analyses the coming of the Enemy Penal Right inside the State of Rights by the use of preventive prison, under the descriptive view of the public order warranty decoy.

Key words: Enemy Penal Right – State of Right - Prison – Due Process of Law.

1. Introdução

O presente artigo, fruto da pesquisa realizada pelos membros do Grupo de Pesquisas de Direito, Constituição e Processo José Alfredo de Oliveira Baracho, tem como objetivo demonstrar a ilegitimidade da prisão preventiva fundada em garantia da ordem pública, denunciado tal situação como claro reflexo do Direito Penal do Inimigo, violador dos princípios garantistas e se mostrando incompatível com atual Estado Democrático de Direito,

2. Garantismo Penal

Hodiernamente, não há sentido pensar-se em convívio social sem, contudo, assimilar o conceito do que seja Direito e sociedade. Esta consiste na união de pessoas ligadas por idéias ou interesses comuns, e nesse sentido, o ordenamento jurídico - solenemente promulgado na Magna Carta de 1215 - surge como forma de organizar, regulamentar e promover a ordem e a paz:

Para a própria existência, a conservação e o desenvolvimento de toda e qualquer sociedade, é indispensável à proteção dos seus pilares, suas bases, as coisas que valem, que são consideradas interessantes, que são pretendidas, desejadas, almejadas, sonhadas, enfim, que têm importância para os indivíduos. (MOURA, 1996, Pg.39)

Bens e valores importantes são selecionados e colocados sob a égide do Direito. Nesse sentido, o ramo do Direito que visa prevenir e punir condutas delituosas – o Direito Penal – coloca sob sua proteção estrita os bens jurídicos considerados essenciais, tais como a vida, liberdade e propriedade.

Em suma, levando-se em conta o princípio da fragmentariedade, o Direito Criminal não visa proteger todo e qualquer bem jurídico, mas somente aqueles que repute serem fundamentais e constituam os alicerces da organização social.

No modelo garantista clássico, os princípios da legalidade estrita, materialidade, lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes, presunção de inocência fazem-se presentes, seguindo a tradição jurídica do iluminismo e liberalismo. A corrente filosófica do positivismo jurídico, que tem como base o princípio da estrita legalidade, permitiu a existência de modelos penais absolutistas, caracterizados pela ausência de limites ao poder normativo do soberano, ao mesmo tempo que se mostra neutro a respeito das demais garantias penais e processuais.

Adversamente, a Escola Clássica Italiana, que teve como mentor o marquês de Beccaria, introduz no meio jurídico internacional a concepção da pena como mínima aflição necessária para prevenção e repressão ao delito, representando os primórdios do sistema garantista penal. Este modelo representa o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra arbitrariedade do Estado e seus representantes.

O modelo penal garantista tem a função de delimitar o poder punitivo do Estado mediante a exclusão de punições *extra* ou *ultra legem*. O princípio da estrita legalidade assevera que ninguém poderá ser punido senão por um fato já cometido e exatamente previsto na lei como delito. Há a determinação abstrata do que é punível. Obediência à máxima: *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

O papel do juiz é de primordial relevância: deve haver uma submissão do juiz à lei, ou seja, não pode qualificar como delitos todos os fenômenos que considere imorais, mas apenas os que venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. Traz, assim, para o cidadão, duas garantias essenciais: a liberdade, uma vez que ao ser punível só o que está proibido em lei, nada do que a lei não proíba não é punível e a Igualdade jurídica, onde ações ou fatos são descritos pela norma como tipos objetivos de desvio.

O princípio da estrita jurisdicionalidade representa a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e comprovação empírica. Destaca-se a máxima: *Nullum iudicium sine probatione*, ou seja, as hipóteses acusatórias serão submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas.

A jurisdição não deve ser potestativa ou discricionária e sempre deverá estar vinculada à aplicação da lei aos fatos julgados mediante o reconhecimento da primeira e o conhecimento dos segundos. Caso contrário, ter-se-á a arbitrariedade nas decisões judiciais. Tais decisões não devem basear-se em um silogismo judicial perfeito, pois tanto as condições do uso do termo “verdadeiro” quanto os critérios de aceitação da “verdade” no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade.

A equidade do juiz é uma atividade cognitiva que está ligada a um processo, em certa medida, valorativo. Entretanto, o juiz não pode subtrair-se à responsabilidade política das escolhas e decisões.

O Direito Penal deve primar pelo intervencionismo mínimo e eminentemente tutelar nas relações sociais. Nesse sentido, é de suma importância destacar a teoria do garantismo penal, brilhantemente esboçada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. Em sua obra *Direito e Razão*, o termo garantismo está intimamente relacionado ao princípio da legalidade, um dos alicerces do Direito Penal brasileiro.

Além disso, busca aproximar o conceito de validade do conceito de efetividade. Visto assim, para que uma pena seja justa e razoável, ela deve ser tão próxima dos princípios que norteiam o Direito Criminal, quanto o Direito deve ser da sociedade.

3. Direito Penal do Inimigo

Primeiramente, é necessário estabelecer o conceito de inimigo. O inimigo é o estranho, o perigoso, aquele que causa mal à sociedade. Denise Maldonado assim conceitua o inimigo:

“O inimigo da sociedade – a figura do mal, daquilo que é diferente e, portanto, estranho, causador de repulsa e de medo – sempre existiu. Assim, elegem-se aqueles a serem protegidos em detrimento daqueles que serão perseguidos, com o aval de normas penais e processuais penais que são o reflexo dessa *peneira social*.” (MALDONADO, 2006. Pg. 2)

Zaffaroni sustenta que a essência do tratamento diferenciado ao inimigo é a negação de sua condição de pessoa, uma contradição com o Estado de direito:

“A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a idéia seja matizada, quando se propõe a estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito.

(...)

Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que *lhe anula a sua condição de pessoa*, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*.” (ZAFFARONI, 2006, p.18)

Esse tratamento diferenciado dirigido ao inimigo, em razão de sua *periculosidade*, remete a um Direito Penal do autor, que ofende aos princípios da culpabilidade – não há pena sem culpabilidade e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade – e da dignidade da pessoa humana¹.

“Por se pautar pela periculosidade do indivíduo que o contaminaria de uma potencial ação voltada para a autoria de determinados fatos delituosos, graves para a paz social, o Direito Penal do Inimigo tem a característica marcante de se voltar para a punição de atos meramente preparatórios e em prol do

¹ Sobre os princípios da culpabilidade e da dignidade da pessoa humana ver PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 143 a 146.

engodo da defesa social, elimina garantias individuais constitucionais, como o princípio da presunção da inocência e da ampla defesa, além de visar à aplicação de penas desproporcionais, altas, inócuas.”(MALDONADO, 2006, Pg. 6.)

Mas a junção das expressões *Direito Penal e do inimigo* só foi feita recentemente, por Günther Jakobs.

“Jakobs utilizou pela primeira vez a expressão para criticar o endurecimento legislativo das últimas décadas, mas, a partir de 1999, diante do ameaçador avanço dessa tendência, passou a defender a mencionada necessidade de sua legitimação parcial como modo de deter o crescimento do próprio direito penal do inimigo.” (ZAFFARONI, 2006, p.157.)

Jesús-María Silva Sánchez defende que, atualmente, o Direito Penal possui três velocidades. A primeira velocidade do Direito Penal consistiria na pena de prisão, com rígidos princípios político-criminais clássicos, regras de imputação e princípios processuais.

Enquanto que a segunda velocidade do Direito Penal se encontra representada pelas penas pecuniárias ou de privação de direitos, em que seria admitida certa flexibilização daqueles princípios e regras, proporcionalmente a menor intensidade da sanção. Já no Direito Penal de terceira velocidade a pena de prisão concorreria com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais.²

Entretanto, para Silva Sánchez, essa terceira velocidade do Direito Penal, o Direito Penal do inimigo, é ilegítima, e seu âmbito deve ser reconduzido à primeira ou à segunda velocidade mencionadas. Outro ponto que merece atenção acerca do Direito Penal do Inimigo é a forma de escolha de quem seria o inimigo. Ora, o inimigo é escolhido pelos detentores do poder.

“A exclusão recai, obviamente, sobre as classes menos abastadas, sobre os mais pobres, sobre aqueles que não detêm o poder. A seu serviço está toda uma tecnologia de mídia, que elege quem são os criminosos perigosos, quem deve ser rotulado de terrorista, traficante ou chefe de organizações criminosas.” (MALDONADO, 2006. Pg. 9)

Assim, o Direito Penal do Inimigo se torna meio de exclusão de parcelas da sociedade por motivos escolhidos pelos detentores do poder com o intuito de manter esse poder. Numa visão kantiana, afirma Jakobs:

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT. 2002, p. 148.

Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social susceptível de ser vivida. [...] O mesmo ocorre com a personalidade do autor de um fato delitivo: tampouco esta pode se manter de modo puramente contrafático, sem nenhuma confirmação cognitiva. Pretendendo-se não só introduzir outrem no cálculo como indivíduo, isto é, como ser que avalia em função de satisfação e insatisfação, mas tomá-lo como pessoa, o que significa que se parte de sua orientação com base no lícito e no ilícito (JAKOBS, 2005, p.36).

A legitimação desse Direito Penal do Inimigo ocasionaria um afastamento do Estado democrático de direito e o retorno, em contrapartida, ao Estado de polícia. Ou seja, a legitimação do Direito Penal do Inimigo provocaria a ruína do Estado democrático de direito e a sujeição de todos, de uma hora para outra, de acordo com os desígnios e interesses de quem está no poder, se tornar o inimigo da vez. Com efeito, Zaffaroni sustenta que a legitimação desse Direito Penal do Inimigo resultaria na *despersonalização de toda a sociedade*.³

E é justamente nesse ponto que reside a problemática de se adotar um Direito diferenciado para determinadas parcelas da sociedade; o Direito se torna instrumento de exclusão social. Sendo que essa exclusão é feita contra qualquer um, de acordo com os interesses da elite, com a desculpa de proteger toda a sociedade contra um perigo abstrato que tal indivíduo possa representar.

Não é novidade que o Estado historicamente, enquanto forma organizada e ritualizada de exercício de poder sempre elegeu aqueles sobre os quais se deve *fazer viver* e aqueles que se deve *deixar morrer*, como forma autofundante de seu exercício e perpetuação, definindo-se assim no conceito de Racismo de Estado, a forma suprema do Biopoder.

Os inaptos seriam aqueles que não mais se ajustam ao sistema, seria o *lixo* humano que é jogado fora e que muito agradaria a essa forma de condicionamento do saber e à guerra social constante em que vivemos fosse ele biodegradável. Quanto mais rápido o *lixo* se degenerar mais se estaria fazendo pela vida da população. Nas palavras do autor Michael Foucault:

[...] o poder é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, e no 'como' da vida a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências (FOUCAULT, 2005, p. 295).

4. Risco e Periculosidade

³ Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal, p. 20.

O Direito Penal do Inimigo se firma, como já dito anteriormente, como uma tentativa de proteger a sociedade de riscos e perigos decorrentes da possibilidade de prática de uma atividade criminosa, ou vista como não agradável ao meio social.

Essa forma de proteção dos bens da vida jurídica, ou aos bens da convivência em sociedade vai contra o que é proposto pela Constituição e pelo Direito Penal, o que é explicado pela teoria do Garantismo Penal.

Esse campo de estudo toma como pontos de partida as teorias do risco e da periculosidade para o desenvolvimento da sua tese de Direito Penal.

A teoria do Inimigo, ao contrário das ciências exatas como a física e a matemática e das ciências experimentais como a anatomia, não se refere a circunstâncias, fatos ou ações, mas a pessoas. Com base nisso, entendemos que a acuidade para a aferição de previsões referentes às características do objeto de estudo se torna mais complexa.

A teoria do risco remete que determinada, ou determinadas pessoas, se soltas ao convívio social, conferem a esse perigo. Esse campo de “estudo” propõe uma análise prévia de certos seres humanos, frente a sua potencialidade de cometer um crime. Tivemos o cuidado de chamar essa análise de prévia, pois o fato ela tratar do ser humano, como objeto de estudo, por meio de inferências e conclusões de observações sociológicas e comportamentais não nos deixa convictos de considerar essa análise algo comprovado.

Risco é definido como “submissão de algo ou alguém ao arbítrio da sorte, à boa ou má fortuna”¹. Essa conceituação evidencia que risco não apresenta uma conotação necessariamente negativa de que a pessoa que é um risco é aquela que apresenta grandes chances de cometer um crime ou levar a sociedade a uma má fortuna, mas remete que o sujeito visto como risco é aquele que pode, frente às circunstâncias sociais, cometer um crime.

Avaliar se o sujeito tem mais ou menos chances de cometer um crime, ou infringir normas sociais é trabalho para a terminologia de “periculosidade”, não de risco. Portanto é importante ficarmos atentos ao utilizar essa nomenclatura. “Risco” é um termo neutro de possibilidade, não um adjetivo pejorativo.

A teoria do risco reduz a pluralidade do ser humano. Os indivíduos, devido até a sua complexidade, só podem ser analisados, depois do fato cometido, não pelo risco. Não há nada empírico que possa prever algo que uma pessoa não chegou a praticar.

Com base nesses argumentos percebemos que os seres humanos não são previsíveis como alguns acontecimentos e fenômenos, por exemplo, o destino de uma bola que é solta no ar. As pessoas além de serem movidas pelos seus ideais internos que são variáveis de indivíduo, para indivíduo, não apresentam um meio constante de análise que permita a previsão de resultados.

Sendo assim, essa teorização de pessoa reduzida risco é questionada tendo como base o ponto que propõe um estudo do fato ou da pessoa. A terminologia “periculosidade” é definida juridicamente pela propensão das pessoas ao mal, que é revelada por seus atos anteriores ou pelas circunstâncias em que praticaram um delito.

A periculosidade da pessoa, ou individual, é, pois, determinada por suas próprias ações, quando a lei não a presume expressamente.

Os criminalistas distinguem a periculosidade em social e criminal, ou seja, a periculosidade sem delito e a pós delito. A periculosidade social é a que se evidencia ou existe antes do crime, em virtude da condição de perigosa revelada pela pessoa. A periculosidade criminal é a que se evidencia ou resulta da prática do crime, e se funda no perigo da reincidência.

A palavra “periculosidade” une o adjetivo “perigoso” ao sufixo “dade”, o qual indica qualidade, propriedade ou estado. A qualidade de um adjetivo não irá focar mais uma vez a própria função do adjetivo que é caracterizar o substantivo, mas dará uma noção de grau àquele adjetivo. Sendo assim, quando dizemos que um agente apresenta periculosidade dizemos, sob o viés do Direito Penal do Inimigo, que ele está sendo avaliado sobre qual é o seu nível de “perigoso”.

Avaliar o grau de perigo que uma pessoa apresenta à sociedade é algo difícil, às vezes impossível, de ser estabelecido. Mas além dessa dificuldade inerente do como avaliar, o ponto da nossa crítica ao Direito Penal do Inimigo é o utilizar dessa avaliação e como essa prática da avaliação é conferida ao “Inimigo”.

O Direito Penal estatui princípios que devem ser vistos como *topoi* nesse campo de estudo. O princípio da lesividade, por exemplo, considera que o direito está proibido de incriminar atitudes internas, como idéias, desejos, e sentimentos, ainda que estes estejam dirigidos à prática de um crime, conforme lição de

O princípio da lesividade procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, ele visa, dentre outros fatores proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais”³.

Essa verdade permite que excluamos qualquer possibilidade de colocar em prática as análises decorrentes do estudo da periculosidade e do risco. Os indivíduos só deverão ser punidos pelo que praticam, não pelas suas características.

É bem sabido que a cogitação de um crime não é tomada como infração criminal ou como tentativa para o Direito Penal. Nosso Direito é um Direito do fato, não da pessoa. O princípio da culpabilidade propõe a explicação dessa frase de forma clara.

O agente só pode ser punido pelo que ele faz, não pelo que ele é. Percebemos no Direito Penal do Inimigo um Direito do autor, Direito que percebe as características do indivíduo e não as suas atitudes conforme leciona PACCELLI: *O Direito Penal do autor não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito*.

Com isso percebemos que além de serem questionáveis os pontos utilizados para a constatação do grau de perigo do Inimigo, concluímos que mais séria que a construção desse conceito sobre o indivíduo é a utilização dele como forma de incriminação pelo Direito.

Percebemos que esses requisitos para julgar o Inimigo, com base no “risco” e na “periculosidade” não se assentaram apenas na Idade Média. Zaffaroni em sua obra O Inimigo no Direito Penal afirmou com relação a isso:

“Pode-se afirmar que a Idade Média não terminou e está longe de terminar. Dependerá da capacidade humana de transformação do conhecimento a substituição da *inquisitio*, algum dia, pelo *dialogus*, em que o saber não seja mais do dominus e sim do frater” (ZAFFARONI, 2006, pg)

Historicamente essa variação de quem seria o inimigo recebe a denominação por Zaffaroni de “o inimigo da vez”. Os acontecimentos passados só corroboram nossa tese de que são arbitrários os conceitos de risco e periculosidade, podemos percebê-los, cada vez mais como desculpas para eliminar do convívio social aqueles que insurgem contra o governo de sua época.

5. Prisão Preventiva

O instituto da prisão preventiva é explicitado como uma medida cautelar de natureza processual, a qual legitima a privação de liberdade antes do trânsito em julgado por meio da adequação a requisitos fáticos e normativos, explicitados no Código de Processo Penal. Eugênio Pacelli de Oliveira define esse instituto da seguinte forma:

“a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo” (Oliveira, 2005, pg.428)

Para melhor entender essa definição do professor consideremos persecução penal como procedimento criminal que envolve a investigação criminal e o processo penal. Investigação criminal ou inquérito policial é um procedimento administrativo para reunir provas ou outros fatores que permitirão legitimar ou não a causa para início da ação penal; processo penal ou instrução criminal é o procedimento principal que visa resolver, por processo judicial, se o réu será condenado ou absolvido no processo.

A partir da definição dada percebemos que a medida cautelar em questão visa permitir o adequado andamento do procedimento penal e a aplicação da lei. Para o seu decreto são necessários os seguintes requisitos: vir de ofício pelo juiz, ou à requerimento do Ministério Público ou querelante, ou mediante representação da autoridade judicial competente; são necessários prova da materialidade de crime e indícios suficientes de autoria (*fumus boni iures*).

Para a sua decretação a situação fática deve ser justificada por colocar em risco pelo menos um dos seguintes fundamentos: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal; permitir o cumprimento de medida protetiva de urgência (artigo 20 da lei “Maria da Penha” 11.340).

Além desses requisitos a medida só é cabível nas seguintes situações: crimes dolosos, punidos com reclusão; crimes dolosos, puníveis com detenção, se o denunciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade não fornecer elementos para esclarecê-la; se o réu já foi condenado por outro crime doloso há menos de cinco anos; se o crime envolver violência doméstica contra a mulher.

Analisemos rapidamente cada um dos fundamentos da prisão preventiva presentes no artigo 312 do CPP. Primeiramente, vejamos em que consiste a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem econômica. O artigo 312 foi modificado pela Lei nº 8.884/94 para contemplar essa hipótese. Segundo a boa doutrina a referida lei:

“... dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e

repressão ao abuso do poder econômico. Os bens jurídicos tutelados por essa lei são de titularidade da sociedade.”(SOUZA, 2008, p.542).

Assim sendo, a prisão preventiva fundada na garantia da ordem econômica tem como objetivo coibir a prática de crimes como formação de cartéis, limitação do mercado e da livre concorrência, que afetam a sociedade como um todo.

Já a conveniência da instrução criminal como fundamento da prisão preventiva tem duas funções:

utilização do acusado como prova no processo e para evitar que o acusado prejudique a colheita de provas, dificultando a descoberta da verdade e continua “... o acusado em liberdade pode desaparecer com os vestígios, ocultar objetos, ameaçar testemunhas e coagir a própria vítima.”(p.543).

Enquanto que a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal reside em evitar a fuga do acusado e a conseqüente frustração da concretização do poder punitivo estatal, pois a impunidade agride a paz social. Basileu Garcia afirma:

“O fim mais saliente da prisão preventiva é evitar-se que o indiciado fuja. Ante essa eventualidade, assentada plausivelmente, é impossível deixar de reconhecer-se legítima e justa a providência.”. (citado por Souza, p.543-544)

Por fim, a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública tem como objetivo restabelecer a ordem e o equilíbrio social rompidos com a prática do crime. De acordo com Souza:

“Entende-se por ordem pública a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam sem colocar em risco o direito alheio e sem sofrer o risco pela conduta criminoso alheia. Ordem pública é a paz social.”(p.541)

A prisão preventiva, embora tenha uma importante proposta que é a de permitir a efetividade do processo penal é muito falha na sua aplicação e na forma como aparece na legislação do Código Brasileiro. Por meio da principiologia do Direito Penal entendemos esse estudo como *ultima ratio* no campo do Direito e por isso merece ser o legitimador da sanção de privação da liberdade.

O princípio da proporcionalidade trás à tona a idéia de que se deve fazer “um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”². Com base nisso entendemos a privação da liberdade como a sanção mais grave.

A prisão preventiva surge, então, na contramão do que a principiologia propõe ao colocar a sanção da privação de liberdade como punição a um “risco”, o de

efetivação da persecução penal, que nada mais é do que uma possibilidade de prática de crime (que seria a destruição de provas ou a fuga do suposto réu).

Há outras formas de permitir que não haja qualquer fraude por parte do acusado no seu inquérito policial ou na sua instrução criminal. Pode-se exigir o afastamento do réu das redondezas de onde ocorreu o crime, a sua investigação diária ou até mesmo a rápida aferição das circunstâncias do crime. Prender um suspeito pela sua possibilidade de burlar o sistema é legitimar a incapacidade do Estado de exercer de forma efetiva a persecução penal.

A tipificação dada pelo Código de Processo Penal sobre os requisitos para a decretação da medida cautelar é, além de muito ampla, sem significado efetivo.

Os códigos brasileiros ou mesmo a Constituição da República não apresentam a definição do que seria Ordem Pública ou Econômica, isso faz com que o instituto da prisão preventiva abra brechas para a prisão injustificada e arbitrária em nome de terminologias por demais abrangentes.

Cada juiz entenderá de forma diferente o que qualificará prejuízo à ordem. Com isso mais uma vez vemos a possibilidade de prisão de um indivíduo pelo conceito arbitrário de Inimigo, pelo risco, pela sua periculosidade. Para se restringir a liberdade de um indivíduo, que é visto como nocivo à sociedade, é só necessário recorrer à justificativa de risco à Ordem Pública ou Econômica.

Além destes fatores negativos que decorrem da tipificação da prisão preventiva no Código de Processo Penal podemos perceber que, na prática, essa medida cautelar está demasiadamente vinculada à comoção social.

Casos que são explorados pela mídia de forma repetitiva geram na população um sentimento de revolta e com isso autoridades policiais e judiciais acabam por efetivar a prisão de um suspeito por visar atender ao público, mesmo não estando tipificado no artigo 312 do Código qualquer pressuposto para prisão preventiva relacionada ao clamor público. O Supremo Tribunal Federal em importante decisão toca nesse assunto:

“Constitui abuso da prisão preventiva – não tolerado pela Constituição – a sua utilização para fins não cautelares, mediante apelo à repercussão do fato e à necessidade de satisfazer a ânsias populares de repressão imediata do crime, em nome da credibilidade do Poder Judiciário (STF HC nº 81.148 – DJ 19/10/2001 – 1ª Turma – julgado em 11/09/2001 – unânime).

Mesmo com essa decisão do Supremo percebemos, na prática, várias prisões que são decretadas em função do clamor público. O instituto em questão é tipificado no

código de nosso país, ao contrário de várias das medidas que tutelam a sanção do Inimigo de forma arbitrária, mas mesmo a sua tipificação não exclui a inconstitucionalidade e a arbitrariedade da sua existência.

6. Ilegitimidade de prisão fundada em garantia da ordem pública no processo democrático

Como já dito anteriormente, a prisão preventiva tem como principal característica a cautelaridade. O decreto da prisão preventiva pode ser feito tendo como fundamento uma ou mais das situações previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro: para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Em qualquer desses casos, ainda de acordo com o mesmo artigo 312 do CPP, é necessário que haja prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

A princípio, cabe observar que delimitar o que seja a ordem pública ou paz social é algo extremamente subjetivo, que agride a segurança jurídica dos cidadãos e é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Além disso, a prisão preventiva não pode ser decretada tendo em vista o clamor público ou a gravidade do crime, como comumente ocorre. Souza afirma que:

“A garantia da ordem pública guarda mais semelhanças com uma *medida de segurança* do que efetivamente com medida de caráter cautelar, pois visa essencialmente garantir a sociedade contra o *risco* de reiteração criminosa e não à proteção da efetividade do processo em que a prisão é decretada.” (SOUZA, p.541).

Claro está que o argumento que serve de base à prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública nada mais é que Direito Penal do Inimigo, fundado na possibilidade de risco e periculosidade que o autor possa oferecer à sociedade, com claros interesses políticos e econômicos no exercício do Biopoder, conforme assevera Lucas Laire Faria Almeida: .

A fenomenologia da violência com seus efeitos e práticas de combate, tornou-se inegavelmente uma mercadoria rentável. De um lado, crimes e tragédias inicialmente pertencentes apenas a um determinado grupo, são rotulados com interesse público e explorados à exaustão por uma mídia sensacionalista, sem qualquer consideração à dignidade e intimidade das pessoas envolvidas. De outro, a segurança e a paz social são vendidas como um produto. (ALMEIDA, 2008, p. 93)

Observa-se a utilização da técnica que utiliza-se de figuras de delito elásticas, indeterminadas, vagas, valorativa, o que permite uma atuação diferenciada em cada caso e potencializa o poder de interpretação do magistrado. O autor do delito é perseguido não pelo que fez, mas sim pelo que é, remetendo-se ao juízo de valor que sobrepõe o juízo de fato.

Pode-se afirmar que há um decisionismo processual, ou seja, entremostra-se o caráter não-cognitivo e potestativo do juízo e da irrogação da decretação da prisão. Entende-se que o decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos.

A jurisdição não pode ser considerada atividade do Juiz ou Tribunal em dizer o Direito, mas sim o resultado da interpretação compartilhada da lei pelos destinatários da decisão mediante discussão técnica, regida pelos princípios constitucionais institutivos do Processo Democrático (contraditório, ampla argumentação e isonomia), como bem explicita ROSEMIRO PEREIRA LEAL:

Nesta conjectura, a garantia de direitos pela instituição do Processo Constitucionalizado não decorre mais da autoridade de um Poder Legislativo ou Judiciário comprometido com a *administração pública* de uma realidade econômico-social extra-ordenamental, *mas* de um nível histórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização da atividade jurídico-procedimental. (LEAL, 2004, p. 96)

Diante das concepções históricas do Processo, infere-se que a matriz Büllowiana melhor se subsume a situação aqui criticada (poderes instrutórios do magistrado) uma vez que é enaltecida a importância que a decisão judicial e o trabalho dos juizes têm para o direito. Como melhor leciona André Cordeiro Leal:

Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitira, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto. (LEAL, 2008, p.60)

Sendo que o inclito processualista faz uma importante revelação, ao ressaltar:

O propósito de Bülow foi o de apresentar, com base na releitura do direito romano, fundamentos históricos sociológicos pretensamente autorizativos da migração do controle social para as mãos da magistratura alemã e de justificar, a partir daí, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito, municiando, com isso, a magistratura de instrumentos de dominação idênticos aos dos pretores e magistrados em Roma. (LEAL, 2008, p.62)

O papel do Magistrado é posto em destaque, o que exclui o debate puramente argumentativo (visto que não há sequer igualdade formal entre as partes) e possibilita a origem de verdadeiros juízos de consciência, onde uma jurisprudência autofundante é a principal fonte em detrimento da Lei e de seu principal núcleo, composto pelos Direitos Fundamentais.

O processo penal acaba por ser, quando analisado sob essa ótica, uma forma de legitimar a luta contra o inimigo e por excluir, deixando morrer enjaulados, aqueles que o filtro do biopoder quer longe. O ativismo jurisdicional além de desagregar a atividade judiciária revela-se ainda atentatório ao regime democrático, conforme ressalta bem Antonie Garapon:

O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. (GARAPON, 2001, p.74)

O caráter subjetivo do juízo entremostra-se na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato. De tal descisionismo, resulta efetivamente o despotismo penal. Nesse sentido, o juízo remete muito mais à autoridade do juiz do que à verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios.

7. Conclusão

Não restam dúvidas de que o Direito Penal do Inimigo está sendo colocado em prática por meio do endurecimento das normas penais e processuais penais, acompanhando uma expansão do Direito Penal, o qual vem sendo utilizado como forma de combate à criminalidade que se tornou uma ameaça, um perigo contra os cidadãos de bem.

Garantias e direitos individuais constitucionais de alguns são relativizados ou até mesmo eliminados, como que se estivesse, paradoxalmente, fortalecendo os direitos e garantias individuais de outros.

Assim advoga-se, através de uma interpretação democrático-discursiva, um processo penal que possua em sua essência total fidelidade ao devido processo legal constitucional, que não seja apenas mera persecução e sim meio de efetivação de

direitos fundamentais, vinculando-se a jurisdição a um ideário participativo, tendo como resultado um provimento final constitucionalmente fundamentado.

Assim, conclui-se que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, nos termos do artigo 312 do CPP, é ilegítima, pois remete a um Direito Penal do autor, baseado no risco e periculosidade, verdadeiro Direito Penal do Inimigo, que escolhe, dentre a sociedade, aqueles que não merecem um tratamento de sujeito de direito, para tratá-los como objeto.

8. Bibliografia

ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Punição, Vingança e Justiça Criminal – Uma experiência vitimológica*. Revista Última Ratio, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, ano 2, nº 2, pg 87/94, 2008

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4ª edição. Niterói- RJ: Editora Impetus. 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ Manuel Cancio. (Org.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegaria e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5ª ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

GAMA, Denise Maldonado. *O Direito Penal do Inimigo: Uma análise da expansão punitivista pelo biopoder*. Belo Horizonte. 2006

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Curso de Processo Penal. 4ª edição. Belo Horizonte : Del Rey, 2005;

PONTIFÍCIA UNIVERISDADE CATÓLICA DE MINAS GREAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2010. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

SOUZA, Sérgio Ricardo de. SILVA, Willian. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TELES, Ney Moura, *Direito Penal: volume um Parte Geral*, São Paulo: Editora de Direito, 1996,

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 14. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico)