



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À LUZ DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO**

por

LUIZA FREIRE SEGAL SZMAJZNER

Orientador: SÉRGIO CHASTINET DUARTE GUIMARÃES

2018.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO - BRASIL

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

por

LUIZA FREIRE SEGAL SZMAJZNER

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) como requisito parcial
para a obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Sérgio Chastinet Duarte Guimarães

2018.2

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Luzia Freire e Norberto Szmajzner. Não consigo imaginar um agradecimento que não comece pontuando a dedicação e o carinho que vocês têm desempenhado ao longo dos meus 22 anos de vida. Desde a época de estudos intensos no Colégio Santo Agostinho, até o dia de hoje, vocês sempre foram pais presentes e carinhosos. Serei eternamente agradecida por sempre estarem ao meu lado em cada passo que trilhei no caminho. Vocês são o meu espelho, o meu porto seguro e por isso um mero ‘obrigada’ parece pouco diante de tudo que vocês fazem por mim. Espero, algum dia, retribuí-los por tanto amor e cuidado, assim como pretendo orgulhá-los a cada etapa de minha vida pessoal, acadêmica e profissional.

À minha querida avó, Cordelia Freire, que sonha com o dia em que me tornarei uma brilhante advogada. Vó, a nossa cumplicidade é linda e o nosso amor é eterno. Muito obrigada por confiar na minha capacidade, é emocionante vê-la feliz pelas minhas conquistas. Irei me esforçar para te dar muitos motivos para sorrir.

Ao meu amado namorado, Luca Manhães, por todo amor, carinho, incentivo e enorme compreensão. Ao seu lado, a vida ficou muito mais bonita e a sua companhia, a cada dificuldade que eu enfrentei, me deu forças para continuar. Saber que você torce pelo meu sucesso e felicidade me motiva a ser uma pessoa melhor todos os dias. Obrigada, do fundo do meu coração, por ser o melhor amigo e namorado que eu poderia sonhar.

Às minhas amizades de uma vida inteira. Sou eternamente agradecida ao Colégio Santo Agostinho por ter me proporcionado conhecer grandes amigos, cujos laços de afinidade são tão fortes que os considero como os irmãos que nunca tive. Por isso, agradeço imensamente à Juliana Greco, Laís Malek, Luana Lima, Lucas Vivian, Maria Eduarda Neves, Maria Manuela Coelho, Natália Nogueira Rodrigues, e tantos outros queridos amigos. É tão bom olhar para o passado e ter a certeza de que vocês sempre estarão comigo. Muito obrigada por toda amizade ao longo dos anos, a minha história não seria a mesma sem vocês.

Gostaria de agradecer, especialmente, minha amiga Marcela Santos. Me lembro perfeitamente que você, em 2013, desejou que eu fosse uma grande juíza, responsável pelos casos mais conhecidos e interessantes. Querida amiga, eu espero te honrar e ser uma belíssima profissional. Você vive em mim e continua me inspirando todos os dias. Nunca me esquecerei da minha anjinha, que tanto me ensinou sobre amizade e comprometimento com tudo e todos à sua volta.

Na faculdade, também fiz amizades maravilhosas. Conviver diariamente por cinco anos com pessoas tão únicas como Isabela Pessanha, Laís Gouvêa, Letícia Bastos, Victoria Afonso, Thainá Mamede, Paula Guedes, Vitória Westin, Anabella Oliven, Fernanda Zouein, Beatriz Mattos, Victoria Ribeiro e Sofia Glasherster, entre tantas outras pessoas incríveis que eu conheci, fizeram da PUC-Rio o meu novo lar. Vocês são meus grandes exemplos e me dão esperança de que, no futuro, a advocacia e o Poder Judiciário estarão muito bem amparados.

Sou grata, também, às oportunidades concedidas durante os anos de graduação, que acrescentaram muito à minha experiência profissional e pessoal. Em 2016, estagiei na Defensoria Pública da Barra da Tijuca, no núcleo de direito civil. Conversar diariamente com os assistidos me fez perceber que a Justiça é algo distante da realidade de muitas pessoas.

Inevitavelmente, aprendi muito sobre solidariedade e empatia. Agradeço ao meu chefe, o defensor público João Henrique Vianna Rodrigues, à Jucélia Pereira, Gustavo e Meyri, por todo o aprendizado.

Em 2017, estagiei no escritório de advocacia criminal Arthur Lavigne Advogados Associados. Foi uma experiência ímpar vivenciar o Direito Penal na prática, muito mais complexa do que eu poderia imaginar. Agradeço todos os dias por vocês terem acreditado no meu potencial e por todos os ensinamentos durante os nove meses em que estive na presença de grandes advogados e amigos que serão futuramente o orgulho da advocacia. Obrigada especialmente à Arthur Lavigne, Allan Caetano Ramos, Héilton Marcio Pinto, João Vicente Tinoco, Bruno Alves, Natália Conceição, Luana Francini, Rafael Daher e Carolina Souza.

Estudar Direito foi uma das decisões mais cruciais da minha vida. Minha tia do coração, Stela Mara do Valle Vieira Machado, foi a minha maior inspiração no momento da escolha da carreira. Tia querida, admiro sua coragem, sabedoria e amor à profissão.

Por fim, eu não teria conseguido chegar neste momento tão importante sem toda a base que adquiri com os professores do colégio e, principalmente, com a vida acadêmica da faculdade de Direito. Na PUC-Rio, desenvolvi meu senso crítico e compreendi como vivemos em uma sociedade profundamente desigual, cujos reflexos afetam diretamente o Poder Judiciário. Minha trajetória me fez perceber que tenho poder para ajudar a melhorar a realidade social, mesmo que meu auxílio pareça ser apenas uma gota d'água no oceano.

Diante da minha vontade de viver em um mundo mais justo, surgiu o interesse pelo Direito Penal. Agradeço imensamente à instituição PUC-Rio, seus funcionários e a todos os professores inesquecíveis que eu tive a honra de ser aluna. Gostaria de agradecer, especialmente, ao meu orientador Sérgio Chastinet Duarte, por toda a ajuda, paciência e entusiasmo com o meu trabalho. Sempre lembrarei da nossa parceria com muito carinho.

RESUMO

SZMAJZNER, Luiza Freire Segal. **A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**. Rio de Janeiro, 2018. 117 p. Monografia de final de curso – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho visa refletir criticamente sobre a importância do princípio constitucional da presunção de inocência sob a perspectiva de sua relativização, em decorrência da legitimação de algumas noções típicas de Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico pátrio.

Com o fito de cumprir esse objetivo com clareza, serão analisadas as circunstâncias que permitiram o advento da presunção de inocência nos diplomas legais internacionais e na Carta Magna brasileira de 1988. Posteriormente, o conceito de presunção de inocência enquanto princípio será desvelado.

Dando sequência às mencionadas análises, se estudará a presença de “inimigos” ao longo da história e a tese de Direito Penal do inimigo defendida por Günther Jakobs. Além disso, serão identificadas normas jurídicas brasileiras, nas quais determinados agentes são privados do acesso ao princípio da presunção de inocência, entre outras restrições.

Ao final, serão abordados casos concretos que ilustram a correlação entre o conceito de Direito Penal do inimigo e a inobservância da presunção de inocência. Para tanto, o presente trabalho contará com exposição de legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras chave: Presunção de Inocência. Direito Penal do inimigo. Crimes Econômicos. Garantias Fundamentais. Execução antecipada da pena. Prisão em segunda instância. Prisão preventiva. Espetacularização do processo penal.

Sumário

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| Capítulo 1. Noções sobre Presunção de Inocência..... | 11 |
| 1.1. Análise histórica da presunção de inocência..... | 11 |
| 1.2. A presunção de inocência sob a égide da Constituição Federal da República do Brasil de 1988..... | 17 |
| 1.3. Aplicação doutrinária e jurisprudencial da presunção de inocência no Brasil..... | 20 |
| Capítulo 2. O Direito Penal do Inimigo..... | 30 |
| 2.1. Quem são os inimigos?..... | 30 |
| 2.2. Conceito de Direito Penal do inimigo na perspectiva de Günther Jakobs. | 40 |
| 2.3. Evidências do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. | 46 |
| 2.3.1. Lei de Crimes Hediondos | 47 |
| 2.3.2. Lei n. 12.850/2013 – Organização Criminosa..... | 52 |
| 2.3.3. Regime Disciplinar Diferenciado (Art. 52, Lei n. 7.210/84) | 59 |
| 2.3.4. Lei n. 9.613/98 – Lavagem de Dinheiro..... | 65 |
| 2.3.5. Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas..... | 67 |
| Capítulo 3. Estudo de Casos | 72 |
| 3.1. Crime organizado – Caso Marcelo Odebrecht. | 72 |
| 3.2. Execução provisória da pena e prisão em segunda instância – Caso Lula..... | 86 |
| CONCLUSÃO..... | 100 |
| BIBLIOGRAFIA | 102 |

LISTA DE ABREVIATÖES

| | |
|---------|--|
| Art. – | Artigo |
| CP – | Código Penal |
| CPP – | Código de Processo Penal |
| CRFB – | Constituição da República Federativa do Brasil |
| HC – | Habeas Corpus |
| LEP – | Lei de Execução Penal |
| Min. – | Ministro |
| ONU – | Organização das Nações Unidas |
| p. – | página |
| RDD – | Regime Disciplinar Diferenciado |
| STF – | Supremo Tribunal Federal |
| STJ – | Superior Tribunal de Justiça |
| TRF-4 – | Tribunal Regional Federal da 4ª Região |

INTRODUÇÃO

Para iniciar o presente estudo, é imprescindível compreender a presunção de inocência como resultado de intensas transformações intelectuais, econômicas e sociais que ocorreram na Europa Ocidental e que repercutiram forte impacto ao redor do mundo, principalmente no que tange à compreensão de direitos.

Após a vivência do autoritarismo promovido pela ditadura militar, o Brasil necessitava consolidar o Estado Democrático de Direito e, para tanto, elaborou a Constituição Federal pátria em 1988, a qual positivou o princípio da presunção de inocência pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, entre outros direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5º do texto constitucional.

Nesse contexto de mudança conjuntural política, o princípio da presunção de inocência se consagrou como um dever de tratamento, através de contornos doutrinários e jurisprudenciais que suscitaram enormes discussões acerca de sua extensão.

De acordo com o art. 5º, LVII, CRFB/88, o acusado deverá ser considerado inocente para todos os efeitos até que se esgotem as instâncias recursais. No entanto, o mais recente entendimento do Supremo Tribunal Federal desconsidera a exigência do trânsito em julgado como condicionante temporal no que tange à possibilidade da condenação em segunda instância.

Diante dos esforços no sentido de limitar a aplicação da presunção de inocência, a realidade jurídica na seara criminal aproxima-se do Direito Penal do inimigo. É certo que por ser um princípio constitucional, ele é aplicável a todos os cidadãos submetidos ao mesmo ordenamento jurídico. Ademais, há a possibilidade de relativizar um princípio para privilegiar outros.

Contudo, o que realmente ocorre é a opção do legislador por restringir direitos e garantias fundamentais a determinados agentes considerados como potenciais entes perigosos, seja por representarem um entrave ao projeto político-econômico da sociedade, ou simplesmente por cometerem crimes considerados demasiadamente graves, a ponto de neutralizá-los e excluí-los como cidadãos de direitos. Por isso, essas pessoas são identificadas como “inimigos” e não fariam jus ao princípio da presunção de inocência, entre outras garantias fundamentais, como a ampla defesa, contraditório, proporcionalidade da pena e dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, verificam-se diversos aspectos que se correlacionam com a natureza excepcional do Direito Penal do inimigo e, automaticamente, são opostos às premissas do Estado Democrático de Direito instaurado no Brasil.

Sob esta perspectiva, inúmeras situações problemáticas passam a surgir. Com o auxílio da disseminação da cultura do medo, através dos meios de comunicação, o legislador ordinário retira a eficácia da presunção de inocência mediante a elaboração de leis que concedem tratamento mais severo aos acusados e condenados em processos criminais.

Ademais, não há como desvincular o Direito Penal do inimigo da espetacularização do processo penal, que consiste na exposição do andamento dos casos criminais na mídia. Isto, por sua vez, forma um juízo de valor que se traduz na presunção de culpabilidade, em detrimento da presunção de inocência.

Posto isso, o presente trabalho visa, ao longo de seus capítulos subsequentes, analisar a aplicação do princípio da presunção de inocência e a legitimação do Direito Penal do inimigo através da análise do sistema jurídico brasileiro e do estudo de casos concretos, de grande repercussão nacional, que apresentam viés político-econômico: a prisão preventiva de Marcelo Odebrecht e a execução antecipada da pena imputada ao ex-

presidente Lula, após sua condenação em segunda instância.

Capítulo 1. Noções sobre Presunção de Inocência.

1.1. Análise histórica da presunção de inocência.

O advento da presunção de inocência remonta ao período do Direito Romano, elencada nos escritos de Trajano.¹ No entanto, este dever de tratamento perdeu prestígio durante a inquisição Católica da Idade Média, situada entre os séculos XIII e XIV, momento no qual os suspeitos de heresia eram perseguidos e torturados, para que os inquisidores obtivessem a confissão – prova mais importante no Tribunal do Santo Ofício, que iria julgá-los e puni-los.²

Sobre a punibilidade naquela época, Aury Lopes Jr. leciona que vigorava a presunção de culpabilidade, visto que “a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve”.³

Constata-se, portanto, que a origem da presunção de inocência é anterior à contemporaneidade. Contudo, o princípio conforme conhecemos atualmente é fruto do século XVIII, o qual foi marcado por três grandes momentos históricos: Iluminismo, Revolução Industrial Inglesa e Revolução Francesa, que perdurou entre 1789 e 1815.

O Iluminismo – também conhecido como Época das Luzes – foi um movimento intelectual que teve na França sua maior expressão. O país apresentava as maiores contradições do Antigo Regime, à medida em que

¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 7. ed., vol. 1, 2011, p. 183.

² NAVARRO, Roberto. Quais eram os métodos medievais mais usados para fazer torturas?. *Revista Superinteressante*. 18 abr. 2011, 18h58. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-foi-a-inquisicao/>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³ LOPES JR., Aury. *Op.cit.*, p. 183.

os limites feudais contrastavam com o desenvolvimento do capitalismo emergente.⁴

No âmbito das transformações econômicas, a sociedade europeia sofreu um processo de transformação global, proporcionado pela burguesia – setor social que concretizou o sistema capitalista como modo de produção predominante. Assim, surge a Revolução Industrial e emerge o proletariado, que era submetido a condições de trabalho sub-humanas. Por conseguinte, o desenvolvimento do capitalismo acarretou desequilíbrio social, marcado pela luta de classes.

O enfoque principal da análise histórica recai sobre a Revolução Francesa. A França, além de ser o palco das transformações intelectuais e econômicas, foi berço desta revolução burguesa responsável pela deflagração de novos direitos. Como observa Eric J. Hobsbawm:

Se a economia do mundo do século XIX foi marcada principalmente sob a influência da Revolução Industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa. A Grã-Bretanha forneceu o modelo para as ferrovias e fábricas, o explosivo econômico que rompeu com as estruturas socioeconômicas tradicionais do mundo não europeu, mas foi a França que fez suas revoluções e a elas deu suas ideias (...). A França forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica (...) para a maioria dos países.⁵

Os representantes do povo francês acreditavam que os impasses enfrentados pela sociedade decorriam do desprezo dos direitos do homem. Por isso, a dinâmica da Revolução Francesa proporcionou a elaboração de diversas propostas relacionadas à defesa de liberdades e direito à cidadania.

Em 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte da França aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Inspirado nos ideais iluministas, este documento estabeleceu direitos

⁴ AQUINO, Rubim; JACQUES, Francisco; LOPES, Oscar; FRANCO, Denize. *História das Sociedades* – das sociedades modernas às sociedades atuais. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2003, p. 169.

⁵ HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*. Editora Paz e Terra, 1977, p. 71.

individuais e coletivos dos homens dotados de caráter universal, através da defesa de direitos antes não vislumbrados, tais como a liberdade de expressão, direito a um julgamento justo e direito a propriedade, por exemplo.

O doutrinador e professor José Afonso da Silva, citando Jacques Robert, esclarece que a universalidade da Declaração francesa de 1789 se traduz no valor geral dos princípios enunciados, que afetam indivíduos nacionais e estrangeiros, na medida em que consagra as liberdades destes.⁶

Para o presente estudo, a referida Declaração é de extrema importância porque positivou a presunção de inocência pela primeira vez, acompanhada da determinação de comedimento na execução da prisão.

O artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prevê: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.⁷

Antes desta previsão, vigorava a presunção de culpabilidade, segundo a qual “não há crime sem responsabilidade”.⁸ Além de ser fundamento da pena e limite desta, cabia ao próprio réu comprovar sua inocência e, durante este processo, diversos abusos eram permitidos à época, seja para forçá-lo a confessar o delito, ou para descobrir se ele havia cometido outros delitos, dos quais não é acusado.⁹

Portanto, a positivação da presunção de inocência foi um avanço expressivo para a sociedade francesa do século XVIII e influenciou

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 160.

⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2018.

⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral 1. 19.ed. Editora Saraiva, 2012, p. 63.

⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2006, p. 50.

diversos diplomas jurídicos internacionais, que passaram a adotar o princípio.¹⁰

Embora a Europa exercesse a supremacia econômica e política sobre o resto do mundo¹¹, sua estrutura econômica e política era desigual. Isto se torna mais evidente durante o apogeu da sociedade liberal, período marcado por contradições enfrentadas pelo capitalismo, como a miséria do proletariado em meio à abundância, as crises de superprodução e a crescente busca por mercados.

Em virtude de todas as adversidades agravadas com o passar do tempo, a Europa foi palco da Primeira Guerra Mundial – primeira grande crise do capitalismo – em 1914 e da Segunda Guerra Mundial em 1939, que perdurou até 1945. Após este período de atrocidades, era necessário reunir esforços para evitar novas crises, em meio aos resquícios destes trágicos acontecimentos.

Diante destas circunstâncias, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) percebeu que era fundamental positivar internacionalmente os direitos mínimos dos homens, em complemento aos propósitos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção de sexo, raça, língua ou religião.¹² Por este motivo, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, através da Resolução 217 A-III, em 10 de dezembro de 1948.¹³

¹⁰ BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais: em Busca da Racionalidade no Sistema Processual Brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 38.

¹¹ “A Europa controlava a maior parcela da produção mundial, 62% das exportações de produtos fabris e mais de 80% dos investimentos de capitais no exterior, dominando e ditando os preços no mercado mundial. (...). Hegemonia política porque na sua expansão o capitalismo europeu levou à necessidade de se controlar os países da África, Ásia, América Latina e Oceania” (AQUINO, Rubim; JACQUES, Francisco; LOPES, Oscar; FRANCO, Denize. *História das sociedades – das sociedades modernas às atuais*. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2003, p. 345)

¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 950.

¹³ Ibid. p. 950.

Vale afirmar que Declaração francesa de 1789 serviu de inspiração para a Declaração Universal de Direitos do Homem, posto que os direitos fundamentais deveriam ser regulados e priorizados. Caso contrário, seria inviável reconstruir a ordem internacional.

A positivação da presunção de inocência no art. XI, I da Declaração de 1948 é reflexo da inegável influência francesa, ao dispor que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.¹⁴

Ainda, o mesmo artigo prevê em seu inciso II, *in verbis*:

Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.¹⁵

Importante observar que a presunção de inocência estabelecida em 1789 pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e pela Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, são distintas em suas apreciações.

Uma das diferenças cruciais entre a Declaração de 1789 e a Declaração de 1948 diz respeito à condicionante temporal. A primeira não prevê qualquer condicionante, enquanto a última estabelece que a pessoa será considerada inocente até que sua culpa tenha sido provada conforme a lei. Desta forma, a Declaração Universal de Direitos do Homem introduziu

¹⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> . Acesso em: 11 nov. 2018.

¹⁵ Ibid. Acesso em: 11 nov. 2018.

a necessidade da comprovação da culpabilidade para efetivar a condenação.¹⁶ Neste sentido, afirma Leonir Batisti:

Houve alteração na apresentação da presunção de inocência entre 1789 e 1948. A Declaração de 1789 centrou a presunção de inocência na punição do rigor desnecessário, mantendo um isolamento referencial do princípio, enquanto que, na Declaração de 1948, o princípio se fez acompanhar de um parâmetro temporal e de duas especificidades que antes dizem respeito ao processo do que ao princípio de inocência. pode-se dizer que a presunção de inocência, como equilíbrio entre a garantia social e liberdade individual assumiu logo o que veio a ser reconhecido como princípio político do processo.¹⁷

A Declaração de 1948, delineada pela Carta das Nações Unidas, consiste em um pacto, cujas disposições são exigíveis dos países membros da ONU. Todavia, seu impacto se estendeu para além de seus signatários, sendo responsável por influenciar diversas constituições ao redor do mundo. Consequentemente, a presunção de inocência passou a estar presente nas legislações internacionais, mediante previsão expressa ou tácita.

O Brasil condicionou a presunção de inocência ao julgamento definitivo, quando positivou expressamente o princípio na Constituição Federal de 1988, que adotou a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) como paradigma, na medida em que diversos enunciados da Declaração foram incorporados ao texto constitucional.

Ademais, a Declaração Universal de Direitos Humanos também repercutiu sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1969), que instituiu a presunção de inocência como garantia judicial.¹⁸

¹⁶ BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais: em Busca da Racionalidade no Sistema Processual Brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 45.

¹⁷ BATISTI, Leonir. *Presunção de Inocência: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33 apud BARBAGALO, Fernando Brandini. Op. cit., p. 39.

¹⁸ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 681-682.

O artigo 8º, 2, 1ª parte do referido Pacto sustenta que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.¹⁹ Neste dispositivo, é evidente a influência da Declaração da ONU ao estabelecer a condicionante legal para a presunção de inocência – “enquanto não se comprove **legalmente** sua culpa” (grifo nosso).

Vale ressaltar que o Pacto de San José da Costa Rica somente foi aprovado em 1992²⁰, iniciando sua vigência no mesmo ano. Sendo assim, o Pacto não determinou a previsão da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a garantia já estava positivada na Constituição brasileira de 1988.

Tendo isto posto, passa-se a analisar como se desenvolveu a incorporação do princípio da presunção de inocência ao texto constitucional vigente no país.

1.2. A presunção de inocência sob a égide da Constituição Federal da República do Brasil de 1988.

Após a Segunda Guerra Mundial, na qual o Brasil participou ao lado dos Aliados²¹ contra as ditaduras nazifascistas, era necessário redemocratizar o país através da elaboração de uma nova Constituição. Por esta razão, instalou-se a Assembleia Constituinte em fevereiro de 1946, cujos esforços no processo de redemocratização resultaram na Constituição brasileira de 1946, que ampliou os direitos e garantias individuais. No

¹⁹ Decreto Legislativo n. 27, de 1992. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 31 mai. 2018.

²⁰ Decreto n. 678, de 06 de maio de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 31 mai. 2018.

²¹ Brasil na Segunda Guerra – primeiros anos: da neutralidade ao rompimento com o Eixo. *UOL*, 04. ago. 2008. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/brasil-na-segunda-guerra---primeiros-anos-da-neutralidade-ao-rompimento-com-o-eixo.htm>. Acesso em 19 nov. 2018.

entanto, sob sua égide sucederam-se diversas crises políticas e conflitos constitucionais de poderes, que culminaram na instauração do regime militar em 1964.

Desta forma, os militares se apropriaram do Poder Constituinte. Durante os 21 anos de governo autoritário, os conceitos de “Estado de Direito” e “Estado Democrático” foram gradativamente massacrados. O país passou a ser governado por Atos Institucionais que romperam com a ordem constitucional democrática. Consequentemente, ocorreu a redução da autonomia individual e suspensão de direitos e garantias constitucionais.²²

A partir de 1982, instaurou-se uma mudança na conjuntura política, posto que havia muita esperança em uma perspectiva de futuro através da democracia.²³ Assim sendo, o Colégio Eleitoral elegeu Tancredo Neves como presidente da República em 15 de janeiro de 1985, inaugurando o fim do ciclo autoritário.

Todavia, Tancredo Neves faleceu antes de assumir a presidência. O Vice-Presidente José Sarney foi eleito indiretamente e assumiu o cargo. Embora ele estivesse sempre ao lado das forças retrógradas, enviou ao Congresso Nacional uma proposta de Emenda Constitucional, que foi aprovada como EC-26 e promulgada em 27 de novembro de 1985.²⁴

O grande propósito deste ato político foi convocar a Assembleia Nacional Constituinte para redigir uma nova Constituição, que substituiria o Ato Institucional nº 5 de 1967, considerada como o Ato mais rigoroso do

²² CALZA, Morgana. Direito, Ditadura Militar e Constituição de 1988. *Revista Jus Navigandi*, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45529/direito-ditadura-militar-e-constituicao-de-1988>. Acesso em: 01 jun. 2018

²³ 1985 – 30 anos de democracia: A Constituinte – Parte 1. Produção de UNIVESP. 2015, 14min50s, som., color. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=LkBOhfYKZ_s. Acesso em: 01 jun. 2018.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 89/91.

governo militar, pois aposentou juízes, cassou mandatos, acabou com as garantias do *habeas-corpus* e aumentou a repressão militar e policial.²⁵

A Assembleia Nacional Constituinte, instalada no dia 01 de fevereiro de 1987, foi a solução política para alcançar um caminho democrático que consolidasse o país. Foram adotadas oito Comissões temáticas com suas respectivas subcomissões, que deveriam realizar audiências públicas e ouvir opiniões divergentes.

Destacou-se a Comissão responsável pela “Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher”, a qual se subdividiu em três comissões, sendo uma delas encarregada de tratar sobre os direitos e garantias individuais. A partir dos debates suscitados, diversas formulações acerca da presunção de inocência foram feitas.

A proposta mais relevante sobre o tema em apreço foi elaborada por José Ignácio Ferreira, através da Emenda n. 1P11998-7, ao sugerir que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.²⁶ Muitos constituintes seguiram o mesmo enunciado desta Emenda, que foi aprovada pela Comissão de Sistematização e integralmente incorporada ao Projeto de Constituição de 1987. No entanto, as discussões que ocorreram no plenário foram extremamente superficiais e descompromissadas.²⁷

O Projeto Final da Constituição foi aprovado em dois turnos, com algumas alterações do texto que foi votado em primeiro turno, e encaminhado para a Comissão de Redação, que inseriu no texto final da Constituição alguns enunciados não aprovados no plenário.

²⁵ CALZA, Morgana. Direito, Ditadura Militar e Constituição de 1988. *Revista Jus Navigandi*, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45529/direito-ditadura-militar-e-constituicao-de-1988>. Acesso em: 01 jun. 2018

²⁶ BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais*: em Busca da Racionalidade no Sistema Processual Brasileiro. Brasília: TJDF, 2015, p. 51.

²⁷ *Ibid.* p. 53.

Nesse cenário, foi criada a Constituição brasileira de 1988, também conhecida como Constituição “cidadã” ou principiológica. Inúmeras críticas foram feitas, principalmente no que tange à ausência de debates adequados sobre diversas matérias constitucionais adotadas, incluindo a presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.²⁸

Apesar das discussões acerca da técnica jurídica da Constituição de 1988, sua importância é indiscutível. O texto constitucional é moderno, apresenta inovações relevantes para o constitucionalismo no âmbito nacional e internacional, na medida em que prevê títulos que cuidam dos princípios e garantias fundamentais, segundo uma perspectiva abrangente dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais dos trabalhadores, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos.²⁹

1.3. Aplicação doutrinária e jurisprudencial da presunção de inocência no Brasil.

Conforme exposto, a Declaração Universal de Direitos Humanos, formulada pela ONU em 1948, influenciou diretamente a Constituição

²⁸ Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 91.

brasileira de 1988, que após um período marcado pela opressão do governo militar, tinha urgência em consolidar o Estado Democrático de Direito.³⁰

Com efeito, a Constituição Federal pátria positivou os direitos fundamentais nos incisos do artigo 5º de seu diploma legal, através de garantias constitucionais, que podem ser classificadas em individuais, coletivas, sociais e políticas³¹ e agrupadas em função do seu objeto (legalidade, proteção judiciária, estabilidade dos direitos subjetivos, segurança jurídica e remédios constitucionais).³²

A presunção de inocência consagrou-se como direito à segurança jurídica em matéria penal, devido à tutela da liberdade pessoal. Além disso, Aury Lopes Jr. destaca que a presunção de inocência é “princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal”.³³

Nesse sentido, Eugênio Pacelli elucida:

O estado de inocência proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundamentada em razões de extrema necessidade, ligados à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.³⁴

Ultrapassadas as considerações iniciais, algumas ponderações sobre a aplicação da presunção de inocência em nosso ordenamento jurídico merecem ser pontuadas.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 82-83 apud FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62-63.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 416.

³² Ibid. p. 423.

³³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed., vol. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 186.

³⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21 ed. Ver. Atual. e Ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p.33 apud VICENTINI, Naiara. Execução da pena privativa de liberdade em segunda instância: constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Rio Grande do Sul, 2018. Dissertação (Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso de especialização da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmesc). Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180503-04.pdf>. Acesso em: 15. nov. 2018.

Primeiramente, é essencial entender o princípio da presunção de inocência como um dever de tratamento processual que o juiz deve dispensar ao réu, que não pode em momento algum do *iter persecutório* ser considerado culpado e, em virtude disso, sofrer restrições pessoais no que tange à sua liberdade, fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação. O réu deve ser tratado, efetivamente, como inocente.³⁵

A doutrina compreende a presunção de inocência como uma garantia ou princípio constitucional em matéria penal. Antigamente, entendia-se que não era possível normatizar princípios porque estes seriam abstratos e cumpririam a única tarefa de completar lacunas da lei. No entanto, este entendimento está ultrapassado.

O jurista Miguel Reale esclarece que é certo afirmar que a presunção de inocência é um dos princípios revestidos de força de lei na Constituição:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. [...] Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional.³⁶

Convém, ainda, pôr em relevo a discussão doutrinária sobre qual seria a forma correta de denominar o princípio elencado no artigo 5º, LVII, CRFB/88, visto que alguns autores utilizam a expressão “presunção de inocência”, enquanto outros preferem “presunção de não culpabilidade”, como é o entendimento de Mirabete:

A nossa Constituição não “presume” a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do

³⁵ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 52.

³⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 304/305.

processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.³⁷

Chegou-se à conclusão de que embora autores adotem uma expressão ou outra, não há distinção na essência entre inocência e não culpabilidade, pois ambas se referem a regras de tratamento vinculadas a medidas coercitivas processuais e análise do conjunto probatório.³⁸

Outro aspecto que merece destaque é a correlação da presunção de inocência com outros princípios legais, principalmente o devido processo legal e o *in dubio pro reo*. Apesar do princípio da presunção de inocência somente ter sido incorporado em nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, isso não implica dizer que até então o país era estranho a ele, porque as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa já existiam como fatores pertencentes ao devido processo legal (artigo 5º, LIV c/c artigo 5º, LV, CRFB/88).

De acordo com o art. 5, LVII, CRFB/88, o acusado tem sua inocência garantida até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado. Logo, o acusado é inocente durante o processo e seu estado somente se modificará a partir do momento em que for definitivamente condenado. Isto importa dizer que o princípio da jurisdiicionalidade orienta a presunção de inocência, conforme afirma Luigi Ferrajoli:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. rev. e atual. até dezembro de 2004. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44.

³⁸ BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais: em Busca da Racionalidade no Sistema Processual Brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 70.

regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.³⁹

No âmbito do devido processo legal, a presunção de inocência representa uma defesa ao arbítrio punitivo.⁴⁰ O acusado deve ser julgado de forma justa, asseguradas todas as garantias inerentes ao art. 5, LIV e LV da Constituição, respeitando ainda o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o acusado não é obrigado a colaborar na apuração dos fatos, uma vez que o devido processo legal garante a ele o direito de não produzir provas contra si mesmo, podendo permanecer em silêncio (artigo 5º, LXIII, CRFB/1988). Caso contrário, o acusado se transformaria em objeto de investigação, quando na verdade é um sujeito processual.⁴¹ No entanto, o silêncio muitas vezes é compreendido como culpa, sendo suficiente para formar juízo de valor no sentido de considerá-lo culpado e, conseqüentemente, condená-lo.

Já o princípio do *in dubio pro reo* está previsto implicitamente no artigo 386, II do CPP, segundo o qual o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que se reconheça não existir prova suficiente para a condenação.⁴² Desta forma, o Estado somente pode exercer o *ius puniendi* respeitando todo o trâmite processual e as garantias do réu.

O princípio supracitado decorre diretamente da presunção de inocência: se ao término do processo as provas forem insuficientes ou contraditórias para confirmar a culpa do acusado, havendo dúvida a respeito

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 549 apud LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed., vol. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 184.

⁴⁰ Ibid. p. 185.

⁴¹ O Princípio da Presunção de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Portal E-Governo. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7%C3%A3o-de-inoc%C3%Aancia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo>. Acesso em: 02 jun. 2018.

⁴² Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 02 jun. 2018.

da responsabilidade dele, a absolvição é imperativa. O agente deverá ser declarado inocente por intermédio de uma sentença, não bastando o arquivamento do processo.⁴³

Portanto, a aplicação do princípio da presunção de inocência ocorre no campo probatório, pois cabe à acusação realizar o ônus da prova para confirmar a veracidade do fato e a culpabilidade do acusado. Segundo Aury Lopes Jr.:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isto significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.⁴⁴

O jurista Eugênio Pacelli concorda que todos os ônus da prova devem recair sobre a acusação. Contudo, em sentido contrário, compreende que “à defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada”.⁴⁵

No que tange à jurisprudência, em conformidade com o princípio enunciado no art. 5, LVII, CRFB, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicou em 2010 a súmula 444, responsável por vedar a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

A visão tradicional da doutrina de que os antecedentes e a conduta social representam toda a vida pregressa do sentenciado e que podem ser representados por inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência e até por antecedentes infracionais precisa ser revista e remoldada. E o ponto de partida

⁴³ FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 10 jan. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52030&seo=1>. Acesso em 02 jun. 2018.

⁴⁴ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed., vol. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 532.

⁴⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 52.

desta reconstrução da compreensão dos antecedentes e da conduta social como instrumento de dosagem da reprimenda penal está em uma revisão constitucionalmente adequada da individualização jurisdicional da pena, trazendo para o interior da discussão dogmática e da fundamentação das decisões judiciais as garantias constitucionais.⁴⁶

No âmbito do processo penal, é importante destacar que as prisões cautelares são admitidas constitucionalmente e também possuem previsão legal no CPP. O princípio da presunção de inocência objetiva evitar, a todo custo, o abuso das prisões cautelares, limitando-as às hipóteses expressamente previstas na legislação.⁴⁷

Por exemplo, a prisão preventiva não conflita com o princípio da presunção de inocência, uma vez que não implica culpa ou pena, mas outro motivo originário do cárcere. Esta modalidade de prisão cautelar é cabível para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312, CPP).⁴⁸

Ademais, a prisão preventiva também será possível quando se configura alguma das hipóteses dos artigos 311 e 313 do CPP, ou quando houver conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP) ou em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida.⁴⁹ Havendo qualquer um dos requisitos mencionados acima no caso concreto, a prisão preventiva jamais poderá ser determinada para fins punitivos, sob o risco de ilegalidade.

Ainda sobre o cabimento da prisão preventiva, Pacelli esclarece:

⁴⁶ COSTA, André de Abreu. Comentários à Súmula 444, do STJ: Sobre os antecedentes e a conduta social. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 18 abr. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31757&seo=1>. Acesso em: 02 jun. 2018.

⁴⁷ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed., vol. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 188.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278.

⁴⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 568.

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade. [...]

Em razão da sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão preventiva “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme se observa com todas as letras no art. 5º, LXI, da Carta de 1988.

Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal.⁵⁰

Por último, é extremamente relevante destacar a mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da presunção de inocência.

Em 05 de fevereiro de 2009, o STF julgou o *Habeas Corpus* 84.078 e confirmou a presunção de inocência, ao decidir que o acusado só pode ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado. Este HC tratava sobre a condenação de sete anos e seis meses em reclusão de um fazendeiro, por tentativa de homicídio. Após sua condenação no Tribunal do Júri, o juiz permitiu que ele recorresse em liberdade, tendo condicionado a expedição do Mandado de Prisão ao trânsito em julgado do processo. Porém, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, após analisar recurso da defesa, determinou a imediata prisão do réu, decisão que foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵¹

Diante destas circunstâncias, o STF entendeu que a aplicação de pena sem sentença definitiva, ainda no curso do processo, é desmedida e

⁵⁰ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 567.

⁵¹ Execução de pena: OAB diz que decisão do STF agilizará julgamentos. *Revista Consultor Jurídico*, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-06/decisao-stf-execucao-pena-impoe-rapidez-justica-oab>. Acesso em: 03 jun. 2018.

contraria o princípio previsto no artigo 5º, LVII, CRFB/88, pois antecipa a execução da pena ao condenar um acusado que pode vir a ser inocentado.

No entanto, em 2016, o Supremo negou o Habeas Corpus n. 126.292/SP e, por maioria de votos, o Plenário definiu, no cerne da casuística específica, que era possível iniciar a execução da pena após a confirmação de condenações criminais em segundo grau, ou seja, pelos Tribunais de Justiça. Segundo o relator Teori Zavascki em seu voto:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. [...] **Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.**⁵² (grifo nosso)

Embora a Corte admita a relativização da presunção de inocência, ela defende que tal mudança de paradigma não representa uma afronta ao princípio previsto no artigo 5º, LVII, CRFB/88. Todavia, o novo entendimento do Supremo é passível de diversas críticas.

⁵² Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Distrito Federal, julgamento: 05/10/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018.

De acordo com Alberto Silva Franco, a extensão do significado de presunção de inocência é “bastante explícita, não admitindo mais interpretações jurisprudenciais que restrinjam sua área de significado”.⁵³ Assim sendo, ao passo em que o Supremo pretende conferir uma resposta estatal mais célere aos acusados e responder ao apelo social para o combate à impunidade, viola o princípio da presunção de inocência em contrapartida.

Por fim, cumpre ressaltar que o STF ainda deverá julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, cujo mérito visa reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do CPP, segundo o qual uma pessoa somente pode ser presa sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória quando for hipótese de prisão em flagrante ou de aplicação de medida cautelar. Desta forma, o entendimento atual do Supremo acerca da prisão para execução de pena após a condenação em segunda instância seria firmado no sentido de sua possibilidade.

Até o presente momento, o Plenário da Corte somente julgou os pedidos liminares de ambas as ações, tendo indeferido-as.

⁵³ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 682.

Capítulo 2. O Direito Penal do Inimigo.

2.1. Quem são os inimigos?

Todas as sociedades conheceram, em determinado momento, algum indivíduo estranho à comunidade em que estava inserido e, justamente por ser desconhecido, era considerado como um ente potencialmente perigoso.

Isso implica afirmar que o conceito de inimigo no ordenamento jurídico não é uma postulação moderna. Na história da civilização mundial, o controle social sempre foi aplicado de forma distinta a iguais e a estranhos, a amigos e a inimigos.⁵⁴

A noção de inimigo foi introduzida em Roma e se perpetuou por toda a evolução do direito ocidental⁵⁵, sendo o Direito Romano responsável pela origem do conceito, na medida em que dedicou-se a distinguir duas figuras, conhecidas como *inimicus* e *hostis*.

O *inimicus* era o adversário pessoal, ao qual eram admitidas regras de convivência.⁵⁶ O *hostis*, por sua vez, era o verdadeiro inimigo político, o qual era privado de todos os direitos em termos absolutos porque devia ser destruído, como condição da própria sobrevivência da sociedade romana.⁵⁷

Passada a breve análise acerca da contribuição do Direito Romano para o tema, importante compreender que a noção de *hostis* continua presente na realidade operativa do poder punitivo e na teoria jurídico-penal, pois independentemente do momento histórico, o inimigo é sempre aquele

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª Edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, p. 81.

⁵⁵ Ibid. p. 24.

⁵⁶ MENEZES, Djacir. *Direito, Política e Tecocracia*. p. 1. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/viewFile/59633/57982>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op.cit., p. 22.

que incomoda e representa um entrave ao projeto de poder político, social e econômico.⁵⁸

Historicamente, o poder punitivo se expandiu pelo mundo a partir da revolução mercantil e dos genocídios colonizadores, utilizando-se das concepções romanas acerca do inimigo.⁵⁹ Na época da Inquisição Romana (séculos XII e XIII), os inimigos eram os hereges, ou seja, aqueles que questionavam os dogmas da Igreja Católica, incluídos os praticantes de religiões pagãs que existiam na Europa, como a bruxaria.

Existia, portanto, um projeto político da aristocracia e do papado em que eles precisavam que as pessoas confiassem cegamente na teoria do direito divino. Por isso, todas as demais religiões que não consideravam o papa como porta voz de Jesus Cristo quebravam o projeto político aristocrático e, conseqüentemente, eram perseguidas pela Inquisição.

O procedimento da busca pela justiça era realizado pela *inquisitio* – estabelecimento da verdade através da investigação.⁶⁰ De acordo com Zaffaroni, era feito um interrogatório pelo inquisidor ao inquirido, no qual a pacificidade não pertencia ao rito. Veja-se:

Se o objeto não responde o suficiente ou o faz sem a clareza ou a precisão demandada pelo sujeito, é violentado até a obtenção da resposta (mediante tortura). O inquisidor ou interrogador deixa de ser um árbitro e passa a ser um investigador; a virtude está do seu lado porque exerce o poder do soberano, dado que este se considera vítima (usurpa ou confisca o papel da vítima).⁶¹

Nesse mesmo sentido, Paulo Moreira Leite assinala:

Na Idade Média, as confissões eram o principal instrumento para se conduzir os hereges às fogueiras da Inquisição, transferindo para os condenados toda

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª Edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, p. 23-24.

⁵⁹ Ibid. p. 42.

⁶⁰ Ibid. p. 40.

⁶¹ Ibid. p. 38.

responsabilidade pelo seu destino. [...] A confissão cumpria uma função política, ajudando a criar um ambiente de conformismo e resignação entre aliados políticos dos condenados, que poderiam interessar-se por sua defesa. Isso dava credibilidade às acusações contra eles – mesmo que fossem mentirosas.⁶²

Desta forma, infere-se que a interrogação violenta visava dominar o sujeito interrogado. O inquisidor praticava todas as discriminações e torturas possíveis com a finalidade de manter a hierarquia social. Todavia, a partir da Revolução Industrial, o poder da nobreza e do clero tornou-se decadente, devido ao surgimento de novas classes sociais, representados pelos industriais e comerciantes.⁶³

Todas as transformações sofridas na sociedade industrial resultaram na caracterização de um novo inimigo da sociedade: o proletário que reivindicava melhores condições de trabalho ou aqueles que sustentavam que não havia a necessidade de trabalhar, como os *hippies*. Estes eram os “indesejáveis”, excluídos pela sociedade.

Os industriais e comerciantes absorveram esta mentalidade e reafirmaram a dualidade de tratamentos penais.⁶⁴ Conforme explica Zaffaroni, eles tratavam com hostilidade o novo inimigo:

As dificuldades, como assinalamos, manifestaram-se em relação aos indesejáveis, cujo número aumentou com a concentração urbana. Era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes. Como não era tolerável continuar matando-os nas praças, foi preciso procurar outras formas de eliminação. A solução encontrada foi o encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade, a submissão a julgamentos intermináveis com as mencionadas medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional ou então a deportação (especialmente adotada pela Grã-Bretanha e pela França, mas também pela Argentina).⁶⁵

⁶² LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Editorial, 2015, p. 45.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª Edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, p. 43.

⁶⁴ Ibid. p. 43.

⁶⁵ Ibid. p. 44.

Já na sociedade colonialista-escravagista, o inimigo era o negro insurrecto. Não por acaso, a Lei brasileira de Junho de 1835 altera o Código de Processo Penal imperial, que exigia unanimidade para a pena de morte, e no caso de crime cometido pelo escravo em face do senhor de engenho, a maioria simples já mandava pra forca.⁶⁶ Novamente, a ideia do inimigo está atrelada a determinado obstáculo ao projeto político em vigor.

Quanto aos períodos marcados pelo populismo no século XX na América Latina, o inimigo era o povo, que buscava romper com as oligarquias precedentes, pois impediam o protagonismo político das classes sociais menos favorecidas economicamente.⁶⁷ Posteriormente, o populismo na América Latina foi substituído pela onda repressiva da Ditadura Militar em países como o Brasil, Argentina e Chile. Todos os atos violentos praticados foram justificados pela promessa de garantir a segurança nacional. Deste modo, a literatura demonstra a existência de abusos graves nessa época, como homicídios, desaparecimentos forçados, torturas, sequestros, violações de domicílio, intimadações, entre outras atitudes cometidas sem qualquer respaldo legal.⁶⁸

Nesse contexto, se apresentam dois tipos de exercício do poder punitivo: o sistema penal paralelo, que eliminava os dissidentes mediante detenções administrativas ilimitadas, através de estados de sítio, por exemplo, e um sistema penal subterrâneo, que procedia à eliminação direta por morte e ao desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal.⁶⁹

O governo dos Estados Unidos exerceu uma grande influência sobre as ditaduras militares dos países latino-americanos. Com o mesmo pretexto de segurança nacional, os norte-americanos declararam guerra às drogas, sendo o traficante de substâncias entorpecentes identificado como o novo

⁶⁶ Lei nº 4 de 10 de junho de 1835. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM4.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª Edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, p. 50.

⁶⁸ Ibid. p. 51.

⁶⁹ Ibid. p. 51.

inimigo.⁷⁰ Por conseguinte, os usuários de drogas eram considerados insurgentes e guerrilheiros eram apontados como narcotraficantes.⁷¹

Assim sendo, o reflexo direto da intimidação norte-americana se traduz na sanção de diversas leis antidrogas de países da América do Sul na década de 80 do século passado que infringem princípios jurídicos, como o princípio da legalidade. Segundo a avaliação de Zaffaroni:

Estas leis, que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o princípio de legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconhecaram o princípio de ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes, etc. No âmbito processual, foram criados tribunais especiais, introduzidos elementos inquisitoriais como o prêmio ao delator, a valorização do espião, do agente provocador, das testemunhas anônimas, dos juízes e fiscais anônimos, etc. Estabeleceu-se uma aberrante legislação penal autoritária, que poucos se animaram a denunciar [...].O certo é que a droga não teve força para ocupar o lugar deixado pela queda do muro de Berlim e o autoritarismo penal – como era de se esperar – tampouco teve algum efeito preventivo, a produção, a importação e o consumo de tóxicos nas sociedades latino-americanas difundiram-se e ampliaram-se [...].⁷²

A discussão mais atual acerca do inimigo moderno da sociedade está pautada pelo fenômeno da globalização, que surgiu primeiramente nos países desenvolvidos, por volta do final do século XX e início do século XXI. O cenário nesta época se caracteriza pela revolução comunicacional proporcionada pelo advento de novas tecnologias de informação, que fomentaram a disseminação de um discurso autoritário e antiliberal que estimula o exercício do poder punitivo extremamente repressivo e discriminatório em escala mundial⁷³, promovendo, assim, o movimento de Lei e Ordem. Consoante a lição de Rogério Greco:

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª Edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, p. 51

⁷¹ Ibid. p. 51

⁷² Ibid. p. 52.

⁷³ Ibid. p. 53.

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.⁷⁴

Os regimes autoritários de outrora, como por exemplo o Nazismo, utilizavam a estrutura inquisitorial e adotavam a ideologia da periculosidade do século XIX, através da utilização dos sistemas penais subterrâneos mencionados anteriormente.⁷⁵ Com o intuito de justificar o poder punitivo repressivo ilimitado, habilitado por leis perversas ou mesmo sem qualquer respaldo legal, o recurso utilizado era propagar a “alucinação de uma guerra”.⁷⁶

De todo modo, tanto os governos autoritários anteriores quanto o autoritarismo do século XXI identificam um inimigo com base em um mito, que geralmente está atrelado ao racismo.

Primeiramente, o autoritarismo atual surgiu após a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria. Em decorrência dos movimentos históricos, a globalização alterou a natureza do capital, que passou a ser controlado por tecnocratas, cujo objetivo consiste em adquirir o maior lucro possível no menor tempo para que os investidores confiem a eles os seus recursos.⁷⁷ Por isso, o atual inimigo é o indivíduo que comete um conjunto de infrações englobadas no conceito de crime organizado, equivalente à criminalidade de mercado.⁷⁸

Nesse sentido, oportuna é a descrição de Zaffaroni:

⁷⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 12.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª Edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, p. 54.

⁷⁶ Ibid. p. 58.

⁷⁷ Ibid. p. 62.

⁷⁸ Ibid. p. 63.

Tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incômoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam às economias locais.⁷⁹

Além do crime organizado, outro inimigo do século XXI é o temido terrorismo, tendo em vista que o crime organizado e o combate às drogas não eram suficientes para disseminar a cultura do medo e consagrar o punitivismo exacerbado. Portanto, havia a necessidade de individualizar um inimigo digno de forte repulsa.⁸⁰

O trágico episódio do atentado às “Torres Gêmeas” de Nova Iorque, em 2001, foi o gatilho para a caracterização dos terroristas como os novos inimigos da sociedade. A partir deste acontecimento, que gerou a morte em massa e indiscriminada de diversos cidadãos, o governo norte-americano propagou o combate ao terrorismo, em desacordo com a ONU⁸¹, com respaldo no discurso de prevenção a futuros ataques.

Assim sendo, os Estados Unidos promoveram guerra preventiva contra o Afeganistão. George W. Bush – presidente norte-americano à época dos fatos – assinou decreto conhecido como *Patriot Act*, o qual “autoriza a prática de atos de tortura como método de investigação [...] bem como o sequestro de qualquer ser humano suspeito de inimigo em qualquer lugar do planeta, sem qualquer respeito à soberania dos estados do mundo”.⁸²

Neste contexto, não restam dúvidas de que o movimento político-criminal da Lei e da Ordem (*Law and Order*) se fez presente. Há a premissa

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª Edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, p. 63-64.

⁸⁰ Ibid. p. 65-66.

⁸¹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 189.

⁸² LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 231.

de que os criminosos perigosos ou reincidentes deveriam sofrer imposição de penas graves mais elevadas, através de leis mais rigorosas, prevendo até mesmo a pena de morte.⁸³ Por conseguinte, o movimento se expandiu em face do incremento do terrorismo (termo vago que abarca diversas condutas), gerando o objetivo de punir os terroristas para neutralizar o terrorismo em seu conjunto.⁸⁴

Cumprе ressaltar que a periculosidade é presumida, logo, admite-se sacrificar milhares de vidas em prol da defesa da segurança nacional. Trata-se de um procedimento de guerra, no qual diversas vítimas falecem sem ter qualquer correlação com o terrorismo.⁸⁵ Neste âmbito, destaca-se a tese esposada por Ferrajoli, segundo o qual:

(Não há) um conflito entre Estados, e precisamente, entre exércitos públicos, consistentes em forças estatais como tais reconhecíveis, pois o terrorismo é uma violência destinada a disseminar o terror entre vítimas inocentes, por obra não certamente de uma força pública, mas de organizações ocultas, que atuam clandestinamente (...), e à carnificina provocada pelo terrorismo, se responde com uma guerra que golpeia como é na sua lógica, dezenas de milhares de vítimas inocentes, desencadeando ulteriores ódios, violências e fanatismos.⁸⁶

Como a identificação dos terroristas é imprecisa, formam-se estereótipos direcionados aos islâmicos ou muçulmanos, com base no idioma, vestuário e cor da pele. Inevitavelmente, preconceitos e racismos são estimulados na sociedade, além de impactar relações políticas e gerar a elaboração de leis que manifestam repulsa aos “inimigos”.

Ocorre que as decisões dos Estados Unidos, na posição de potência mundial, influenciam os demais países em escala global, tanto que os métodos presentes no *Patriot Act* se espalharam, em maior ou menor grau,

⁸³ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142.

⁸⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., 3. tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 51.

⁸⁵ Ibid. p. 38-39.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Teoria del diritto e della democrazia*. 2. ed., Roma: Editori Laterza, 2009, v. 2, p. 508 apud FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. Op. Cit., p. 187.

pelos países europeus, por exemplo⁸⁷. Desta forma, justificam a adoção de legislação penal e processual penal autoritária com poderes excepcionais em todos os países do mundo, além de legitimar guerras preventivas de intervenção unilateral.

A Europa, por sua vez, caracteriza seus inimigos como os imigrantes, devido à competição de espaços de moradia, do mercado de trabalho, de assistência social e educação com as camadas inferiores do país europeu. Sob esta perspectiva, Zaffaroni esclarece:

Em qualquer lugar e em todos os tempos, desde Roma até a atualidade, o imigrante é um forte candidato a inimigo, o que se torna altamente arriscado numa época de revolução comunicacional, que facilita e promove os deslocamentos como nunca antes, num planeta onde as expectativas de vida entre os países diferem de forma alarmante e a necessidade de sobreviver torna-se o motor das migrações em massa, num tempo em que a globalização promoveu a livre circulação de capitais e mercadorias, mas não a de seres humanos.⁸⁸

Já o Brasil e os demais países da América Latina identificam como inimigo aqueles que estão inseridos em classes sociais excluídas da sociedade: os marginalizados.⁸⁹ Na prática, correlacionamos pobreza com propensão a delinquir. Por isso, nos países em que a polarização de riqueza está acentuada pela economia globalizada, as classes médias reivindicam novas normas com teor autoritário, baseando-se no discurso norte-americano.⁹⁰

Os indesejáveis não costumam sofrer a pena formal porque geralmente a cumprem na prisão cautelar. Zaffaroni afirma que “quase todo

⁸⁷ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 231.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 69.

⁸⁹ “Quando o estigma de crime é imposto como penalidade, ele põe o condenado dentro do estereótipo popular de “criminoso”. Na sociedade primitiva “o criminoso” era substancialmente o mesmo que “o estrangeiro”, enquanto na sociedade moderna o estereótipo está limitado principalmente às classes socioeconômicas mais baixas” (SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. 1. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 97).

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 72.

poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de medidas de contenção, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade”.⁹¹

Desta forma, o acusado é preso preventivamente por determinado período de tempo, cumprindo uma pena sem estar confirmada a necessidade de sua condenação, posto que ele ainda pode ser absolvido ao final do processo. Por isso, o desencarceramento ou cessação da prisão preventiva representa uma absolvição.⁹²

Por fim, é possível traduzir a presença do inimigo no mundo atual da seguinte forma:

Os políticos prometem mais penas para prover mais segurança; afirma-se que os delinquentes não merecem garantias; aprimora-se uma guerra à criminalidade que, está subentendido, também é suja, porque os delinquentes não são cavalheiros; afirma-se que os delinquentes violam os direitos humanos; alguns governadores tentam reelergem-se rodeados das fotografias dos executados de quem não comutaram a pena de morte; um bem sucedido candidato a presidente encerrou sua campanha mostrando a identidade de um policial morto e prometendo vingança; um prefeito, desempenhando suas funções em tempo de pleno emprego, investiu grandes somas na melhoria do serviço de segurança, depurou boa parte da corrupção policial, mas pretende explicar seu êxito pela adoção da política de tolerância zero (...).⁹³

Diante do exposto, conclui-se que os inimigos são os porta-vozes que podem destruir um sistema social, político e econômico.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 70.

⁹² “Os fatos cometidos, frequentemente, são somente o estopim concreto, e não a razão de fundo das diligências – como a prevenção de atos delitivos ulteriores (...). De maneira equivalente, a causa de ingresso em prisão preventiva do perigo de reiteração delitiva unicamente pode ser compreendida como defesa frente a riscos de forma jurídico-penal” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 59)

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 64.

2.2. Conceito de Direito Penal do inimigo na perspectiva de Günther Jakobs.

O Direito Penal do inimigo é um fato do poder. Conforme analisado anteriormente (item 2.1), os detentores do poder político-econômico do Estado possuem a pretensão de conservar sua hierarquia social e, por isso, identificam e combatem um “inimigo” – ente contrário ao sistema que representa um perigo para a continuidade deste – através da limitação das garantias fundamentais.

Trata-se da seletividade penal, uma marca histórica e indissociável do punitivismo estatal, através do qual os grupos dominantes visam neutralizar todos os agentes que contrariam a sua sistemática.⁹⁴ Por isso, a visão de inimigo varia de acordo com o contexto social.

No Estado Democrático de Direito, todos estão submetidos a regras e normas, porque é necessário existir um mínimo de ética e moral para que a sociedade possa sobreviver.⁹⁵ Cada Estado possui seu ordenamento jurídico interno, o qual prevê dispositivos que esclarecem quais condutas são lícitas ou ilícitas perante a coletividade. Quando um indivíduo ultrapassa o limite exposto em uma norma jurídica, violando-a, ele será punido pela transgressão à paz social.

Observa-se, porém, que não é exato afirmar que tudo que se passa no mundo jurídico seja ditado por motivos de ordem moral. Isto implica afirmar que existem atos juridicamente lícitos que não o são do ponto de vista moral em diversos campos do Direito.⁹⁶

Cumprе ressaltar que o Direito Penal no Estado Democrático de Direito visa prevenir eventuais lesões aos bens jurídicos tutelados e

⁹⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed., Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 137.

⁹⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

⁹⁶ Ibid. p. 43.

protegê-los, em razão de sua significação social.⁹⁷ Por sua vez, aquele que comete uma violação ao ordenamento jurídico estará sujeito à imputação de uma pena.

Ao passo em que transfere responsabilidade ao agente, a pena assume a dupla função de reparar o dano causado pelo infrator à vigência da norma e ressocializá-lo, para voltar a integrar a sociedade após o cumprimento de sua sanção e não tornar à delinquir. Não compete à pena extinguir a existência do infrator mediante a redução da sua humanidade.

A função da pena na seara do Direito Penal do inimigo é diversa, porque pretende neutralizar o ente perigoso. Deste modo, demonstra-se que o Direito Penal do inimigo é dotado de caráter político, identifica os inimigos do Estado e estes não têm direito às suas garantias legais, como as previstas na Constituição, legislações sobre Direitos Humanos e o próprio Direito Penal e Processual Penal.

Sendo assim, o jurista alemão Günther Jakobs não criou a teoria. Ele apenas buscou legitimar o Direito Penal do inimigo, com o auxílio dos ensinamentos filosóficos de Rousseau, Hobbes e Kant.⁹⁸

Primeiramente, faz-se mister distinguir o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo. Para Jakobs, o Direito Penal do cidadão é o “direito de todos”, que visa a manutenção da norma. Veja-se:

(o Direito Penal do Cidadão) vê no autor de um fato [...] não um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, mediante sua conduta, tem danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano, na vigência da norma. Isto se revela com a pena, quer dizer, mediante a privação de meios de desenvolvimento do autor [...].⁹⁹

⁹⁷ BITTENCOURT, Cézaro Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral I*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38; 97.

⁹⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 47.

⁹⁹ *Ibid.* p. 31.

O Direito Penal do inimigo coexiste com o Direito Penal do cidadão e, por sua vez, é destinado especificamente aos casos nos quais Jakobs afirma que “a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradora”¹⁰⁰, dificultando o tratamento do delinquente como pessoa. Nesta diáspora, Alberto Silva Franco expõe que:

A dicotomia cidadão/inimigo leva a criar uma nítida separação do Direito Penal entre o cidadão – no caso, mau cidadão porque praticou fato criminoso, mas ainda não se afastou do Direito e que, por isso deve ser tratado como pessoa – e o inimigo, que se distanciou “do Direito, tendo uma atitude de confrontação aberta às normas jurídicas” [...] e que por isso, “não merece mais ser tratado como pessoa, pois não há, nessa situação, nenhuma garantia de que ele se comportará, no futuro, de acordo com as normas vigentes na sociedade, ou seja, obedecendo às expectativas sociais. Nesses casos, ele deve ser combatido como um inimigo em uma guerra que teria lugar para garantir o legítimo direito dos cidadãos à segurança”.¹⁰¹

Em princípio, nem todo infrator é adversário do ordenamento jurídico. Por isso, distingue-se o delinquente de caráter cotidiano e o inimigo. O cidadão que comete o delito somente é punível quando realiza o tipo penal, enquanto o inimigo é combatido por sua potencial periculosidade, mesmo que seja apenas presumida.

Ocorre que este tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas se aproxima do Estado de exceção e contraria a essência do Estado Democrático de Direito, que somente admite a categoria jurídica de inimigo em situações de guerra, respeitando os limites impostos pelos Direitos Humanos, que nem sequer priva o inimigo bélico da condição de pessoa.¹⁰²

Além disso, Jakobs destacou três elementos que caracterizam o Direito Penal do inimigo: o adiantamento da punibilidade – o ordenamento

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 33.

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 104.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11-12.

jurídico-penal pune para prevenir um fato futuro; as penas previstas são desproporcionalmente altas e há relativização de determinadas garantias materiais e processuais¹⁰³, como por exemplo, a presunção de inocência.

Na prática, o legislador que adota os pressupostos do Direito Penal do inimigo assume postura de luta contra determinados agentes, que estão envolvidos com o terrorismo, organização criminosa, criminalidade relacionada com as drogas, crimes econômicos, entre outras infrações penais perigosas.¹⁰⁴

Sob esta ótica, Alberto Silva Franco afirma que “a negação da condição de pessoa a determinados indivíduos constitui o centro de gravidade do direito penal do inimigo como direito punitivo [...] autônomo e excepcional em relação ao direito penal ordinário”.¹⁰⁵ Desta forma, o Estado e as agências midiáticas decidem “quem é cidadão e qual é o status que tal condição importa”.¹⁰⁶

O discurso da necessidade de neutralizar o indivíduo, que é visto como fonte de perigo, é pautado pela teoria da prevenção especial negativa, que assume uma postura excessivamente rigorosa e violadora das garantias da dignidade da pessoa humana, com o intuito de excluir determinados grupos de infratores.¹⁰⁷ Em função disso, o efeito da pena é intimidar pessoas que não cometeram crimes para que elas não resolvam cometê-los.

¹⁰³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 90.

¹⁰⁴ “Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada ...), se tem afastado, provavelmente, de maneira duradora, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade (...) não se trata da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança (...) para o âmbito da preparação e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.” (Ibid. p. 34)

¹⁰⁵ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 104.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 105.

¹⁰⁷ Ibid. p. 101.

Quanto à descendência do Direito Penal do inimigo, o Direito Penal simbólico e o ressurgir do positivismo assumem importante destaque. Nas palavras de Meliá, existe uma afinidade tão íntima quanto uma “relação fraternal” entre estes fenômenos.¹⁰⁸

No âmbito do Direito Penal simbólico, a existência da norma penal provoca a construção de uma determinada imagem da identidade social, “mediante a definição dos outros autores como ‘outros’, não integrados nessa identidade”.¹⁰⁹ Ilustra-se, portanto, traços do punitivismo exacerbado, cujos efeitos produzidos pela pena são ilegítimos.

Já o ressurgir do punitivismo se traduz na criação de novas normas penais (mais rígidas em relação ao infrator) e no endurecimento de penas já previstas em determinadas normas.¹¹⁰ Neste contexto, Meliá aborda o seguinte exemplo: o Código Penal espanhol de 1995, conhecido como “Código Penal da Democracia”, é conhecido por ser mais repressivo do que a legislação anterior, de 1973. Mediante a leitura dos artigos, percebe-se o endurecimento das penas em normas penais já existentes: a pena do crime de tráfico de drogas, entorpecentes e substâncias psicotrópicas foi duplicada, sendo a pena superior à pena de homicídio culposo grave ou aborto doloso sem consentimento da vítima.¹¹¹

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 77, 88.

¹⁰⁹ Ibid. p. 88.

¹¹⁰ Ibid. p. 81.

¹¹¹ Quanto ao crime de tráfico de drogas, o Código Penal Espanhol de 1995 (Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal) dispõe:

“Artículo 368: Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las **penas de prisión de tres a seis años y multa** del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.” (grifo nosso).

Por sua vez, o crime de homicídio culposo grave está previsto no Artículo 142.1: “El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente,

A partir desta exposição, torna-se evidente a demanda da coletividade por uma maior repressão sobre determinados crimes que possuem reprovação pública¹¹², variáveis de acordo com a sociedade. Nesse sentido, o autor Edwin H. Sutherland aduz:

Medo e comoção se desenvolvem na cidade moderna principalmente com o resultado de uma acumulação de crimes, podendo ser retratados pelos índices de criminalidade ou em descrições gerais. A comoção se desenvolve a partir dessas duas circunstâncias tanto nos crimes de colarinho branco como nos demais crimes. Finalmente, nem todas as partes da sociedade reagem da mesma maneira acerca da violação de uma norma específica.¹¹³

Esgotada a descrição do conceito de Direito Penal do inimigo, a análise da legitimidade deste no plano teórico-sistemático é essencial. Sobre a existência deste fenômeno no ordenamento positivo, Silva Sánchez considera que não parece suscitar dúvida alguma.¹¹⁴

Embora o Direito Penal do inimigo seja extremamente conflitante com as premissas do Estado Democrático de Direito, é inegável que algumas normas dotadas de caráter proveniente de um Estado autoritário estão previstas no sistema jurídico. Portanto, as normas que traduzem em sua essência o Direito Penal do Inimigo são legítimas (no sentido de instrumento de manutenção do poder estabelecido), porém perigosas para a garantia de direitos fundamentais, visto que a regra é a presunção de periculosidade, em detrimento da presunção de inocência.

Os esforços de Jakobs buscam legitimar o Direito Penal do inimigo, que deve ser limitado ao necessário. Contudo, qual o limite entre o primordial e o dispensável?

con la **pena de prisión de uno a cuatro años.**” (grifo nosso). Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 10 out. 2018.

¹¹² SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. 1. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 92.

¹¹³ Ibid. p. 99.

¹¹⁴ SANCHÉZ, Silva. *La Expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, 1. ed., 1999, p. 166 apud JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*: noções e críticas. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 93.

Partindo do pressuposto de que o Estado é obrigado a garantir proteção aos cidadãos, seria permitido admitir danos colaterais em nome da segurança da nação. Deste modo, o Direito Penal do inimigo pressupõe a prática de atos que prejudicam inocentes em prol de um bem maior, como por exemplo, combater o terrorismo.

Assim, resta demonstrado que o Direito Penal do inimigo provoca uma inevitável quebra do Estado de Direito, sendo politicamente incorreto, amoral e inconstitucional.¹¹⁵ Porém, não desconsidera o fato de que o fenômeno é legitimado e vigora em alguns ordenamentos jurídicos positivos, como é o caso do Brasil, o qual será analisado adiante.

Em virtude dos aspectos observados, conclui-se que o conceito de Direito Penal do inimigo é um rótulo muito amplo, designado arbitrariamente a determinados estereótipos classificados como ameaças para a manutenção do poder político, econômico e social vigente na sociedade.

2.3. Evidências do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar da tese de Jakobs ser antagônica ao Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, não restam dúvidas de que o Direito Penal do inimigo é legitimado no ordenamento jurídico pátrio pelo discurso do combate à impunidade. Consequentemente, a jurisdição funciona como fonte de exceção, como afirma o professor e advogado Pedro Serrano: “o estado de exceção muda de natureza. Não há mais a interrupção do estado democrático para a instauração de um estado de exceção, mas os

¹¹⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 98.

mecanismos do autoritarismo típico passam a existir e conviver dentro da rotina democrática”.¹¹⁶

Ultrapassada esta breve introdução, adota-se o critério político-econômico para analisar as legislações brasileiras que contém traços típicos do Direito Penal do inimigo, como por exemplo, o adiantamento da punibilidade e a relativização de princípios e garantias fundamentais.

2.3.1. Lei de Crimes Hediondos.

A criação da Lei de Crimes Hediondos tem relação direta com o sequestro dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina, em 1989 e 1990, respectivamente. Este episódio permitiu que a mídia instigasse sentimento de insegurança em diversos setores da sociedade, que passaram a “se colocar no lugar da vítima, ou no de alguém, com um parente vitimado por sequestro”.¹¹⁷ Assim, a legislação penal brasileira apoiou-se na disseminação da cultura do medo para assumir postura autoritária em políticas controle social.¹¹⁸

O jurista Guilherme de Souza Nucci afirma que se trata dos crimes de mídia, ou seja, infrações penais em destaque na imprensa que fazem a população clamar por mudanças legislativas urgentes.¹¹⁹ Nesta diáspora, Alberto Silva Franco afirma que “a opinião pública [...] reconhecia a existência de grave problemática social para a qual a única solução que se

¹¹⁶ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 231.

¹¹⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 159.

¹¹⁸ BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*, 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 23.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 6. ed. rev., reform. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, vol. 1, p. 15.

mostrava adequada e ingente era a formatação de propostas de caráter penal”.¹²⁰

Tendo em vista o apelo social e midiático por uma posição mais rigorosa do Estado frente à criminalidade, o Congresso Nacional publicou a Lei nº 8.072/90, conhecida como Lei de Crimes Hediondos, que confere aos delinquentes um tratamento material e processual penal mais rígido, impedindo que aqueles que cometessem qualquer crime hediondo ou equiparável permanecessem em liberdade.

Com respaldo constitucional no art. 5º, XLIII da CRFB/88, a lei iguala os crimes hediondos a outros crimes como a tortura, o terrorismo e o tráfico de drogas. A redação original da lei previa em seu art. 2º, §1º que os autores de tais delitos deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado, configurando uma norma de Direito Penal do inimigo, vide a tentativa de neutralizar o condenado, restringir seus direitos materiais e processuais, além de ofender o princípio da isonomia, característico do Estado Democrático de Direito.

Pontua-se também que o dispositivo era expressamente contrário à finalidade do sistema carcerário brasileiro de ressocialização do preso, que deve ser tratado e respeitado como pessoa capaz de ser reinserida no convívio social.¹²¹

O STJ e o STF entendiam que a atuação do juiz da condenação e da execução penal estariam prejudicadas, tendo em vista a impossibilidade de condenar por pena diversa e aplicar a progressão de regimes, respectivamente. Ademais, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos também estaria comprometida,

¹²⁰ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 159.

¹²¹ RENATO, Marcão. *Curso de Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.1 apud NETO, Manoel Valente Figueiredo, MESQUITA, Yasnaya Polyanna Victor Oliveira de, TEIXEIRA, Renan Pinto, ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301%3E. Acesso em: 14 nov. 2018.

pois a reclusão deveria operar durante todo o cumprimento de pena. Logo, também haveria impossibilidade de aplicar a suspensão condicional da pena, mesmo preenchidos os requisitos previstos no art. 77, CP.

Diante da flagrante afronta à dignidade da pessoa humana, o STF declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, em virtude do julgamento do HC 82.959-7.¹²² Posteriormente, foi editada a Lei nº 11.464/2007, que alterou a redação original do art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/90, passando a prever o cumprimento de regime inicial fechado. A inovação possibilitou ao condenado obter progressão de regime nos termos do art. 112 da Lei nº 7.210/84 (LEP).

Quanto às consequências da publicação da Lei de Crimes Hediondos, destaca-se que as penas de alguns delitos previstos no Código Penal foram agravadas, como o crime de bando ou quadrilha disposto no art. 288, CP, que teve a sua pena dobrada sempre que for usado para a consecução de crimes hediondos ou equiparados. Neste raciocínio, é possível afirmar também que a Lei nº 8.072/90 não observou o princípio da proporcionalidade da pena. Esta consideração pode vincular-se com a noção de Direito Penal do inimigo, na medida em que constatamos a seletividade punitiva do legislador. Nas palavras de Alberto Silva Franco:

A Lei 8.072/90 provocou uma verdadeira ruptura do sistema de penas no Brasil, criando uma evidente situação de desproporcionalidade entre os delitos contra a vida e a integridade física, de um lado, e os delitos patrimoniais, de outro, aqueles

¹²² O Min. Gilmar Mendes manifesta-se pela violação do princípio da individualização da pena no art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/90: “Não é difícil perceber que fixação in abstracto de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental. Portanto, nessa hipótese, independentemente da doutrina que pretenda adotar sobre a proteção do núcleo essencial – relativa ou absoluta –, afigura-se inequívoca a afronta a esse elemento integrante do direito fundamental. É que o próprio direito fundamental restaria violado.” (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959-7. Relator: Min. Marco Aurélio, São Paulo, Tribunal Pleno, Julgamento: 23/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018).

punidos com muita brandura e estes com fantástica severidade, numa inversão vesga de valores.¹²³

Outra medida de exclusão social, em concordância com o conceito de Direito Penal do inimigo de Jakobs, encontra-se no art. 2º, II da referida lei, ao estabelecer que o agente tem assim seu direito a fiança vedada. Em tese, o sujeito poderia permanecer em liberdade até o início da prisão provisória.

Cumprе ressaltar que houve um avanço legislativo, quando a vedação da liberdade provisória foi eliminada do art. 2º, II da Lei n. 8.072/90, atendendo ao princípio constitucional da presunção de inocência.¹²⁴ No entanto, a lei ainda é marcada por retrocessos: o art. 2º, I elimina a possibilidade do agente receber indulto (causa extintiva de punibilidade). Ocorre que o art. 5º, XLIII da Constituição Federal, que consagrou os crimes hediondos, não proíbe a concessão de indulto, mas tão somente a graça e a anistia.

Sendo assim, Alberto Silva Franco argumenta:

Se a Constituição Federal incluiu a concessão de indulto e a comutação de penas, entre as atribuições privativas do Presidente da República (art. 84, XII, da CF) e se ela própria não excepcionou, em situação alguma, o exercício dessa competência, não caberia, evidentemente, ao legislador ordinário, limitá-lo.¹²⁵

Por sua vez, o art. 2º, II, §3º da Lei nº 8072/90 configura uma agressão direta ao art. 5º, LVII da CRFB/88, ao determinar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade. Na prática, o juiz terá poder discricionário para manter o réu condenado por uma decisão proferida em juízo de primeira instância, desrespeitando a

¹²³ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 111.

¹²⁴ Ibid. p. 137.

¹²⁵ Ibid. p. 291.

previsão legal de que o agente não será considerado culpado até a coisa julgada do processo.

Nota-se o esforço do legislador para que o suposto criminoso permaneça preso antes do trânsito em julgado da sentença, ainda que não esteja comprovada definitivamente a sua culpabilidade. Consequentemente, uma pessoa isenta de culpa pode injustamente permanecer reclusa até que o recurso de apelação seja julgado por tribunais superiores e seja determinada uma eventual absolvição.

Portanto, infere-se que a Lei de Crimes Hediondos não está em conformidade com o texto constitucional¹²⁶ e atropela diversos princípios que deveriam ser resguardados, tais como a ampla defesa e o contraditório, devido processo legal, proporcionalidade e presunção de inocência, o qual foi observado com maior atenção. O desrespeito a garantias tão importantes como estas, em conjunto com a tentativa de neutralizar o agente e afastá-lo do convívio social, configura a seletividade penal e a noção de Jakobs de Direito Penal do inimigo.

Por fim, ao contrário do que a demanda social esperava, a positivação da Lei nº 8.072/90 não foi eficaz para a diminuição da criminalidade e violência. Existem dados que demonstram o aumento na incidência dos crimes hediondos e, por conseguinte, a superlotação dos presídios.¹²⁷

A análise agora avança para o exame do crime organizado, regulado pela Lei nº 12.850/2013, que revogou a Lei nº 9.034/95.

¹²⁶ “[...] a Lei 8.072/90, que contextualizou os crimes hediondos e deu corpo às limitações impostas pelo comando constitucional, não se adequou corretamente ao inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal. O legislador penal, em termos de restrições penais e processuais penal, foi muito além do que lhe autorizava a norma constitucional criminalizadora. No campo penal, incluiu a proibição do indulto e também a proibição do regime prisional progressivo.” (FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 136)

¹²⁷ BARBOSA, Beatriz. Pesquisa revela ineficácia da lei de crimes hediondos. *Carta Maior*, 2006. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Pesquisa-revela-ineficacia-da-lei-de-crimes-hediondos/5/11487>. Acesso em: 15 out. 2018.

2.3.2. Lei n. 12.850/2013 – Organização Criminosa.

A primeira noção de Direito Penal do inimigo presente na regulação da organização criminosa deriva do contexto de globalização, a partir do qual os meios de comunicação criam sentimento de insegurança frente ao sentimento de impunidade e aumento da criminalidade, fazendo com que o crime organizado ganhe expressão. Desta forma, o Estado busca resolver as questões sociais através da formulação de leis penais mais rigorosas, atendendo ao clamor social.¹²⁸

Antigamente, à época da lei nº 9.034/95, não havia consenso doutrinário acerca do conceito de crime organizado e a jurisprudência não expressava entendimento concreto sobre o que caracterizava este delito, dada a vaguidade de seu termo. Por isso, os autores inicialmente entendiam crime organizado como a figura típica do art. 288, CP, cuja previsão legal é sobre o crime de quadrilha ou contrabando.

Em 2013, o conceito de organização criminosa foi efetivamente definido através da edição da Lei nº 12.850. Conforme o art. 1º, §1º da referida lei, configura-se organização criminosa quando houver o mínimo de 4 (quatro) pessoas reunidas em uma organização estruturada, com divisão de tarefas voltadas para a finalidade de obter vantagens através do cometimento de infrações penais, com pena máxima de 4 anos ou de caráter transnacional. Ademais, é fundamental que exista habitualidade e os crimes cometidos são formais, de forma que se consumam quando os agentes se reúnem.

Além da Lei de organização criminosa ter relação direta com a inconformidade social frente à ascensão da criminalidade, outra noção de Direito Penal do inimigo está configurada na autorização do uso de meios

¹²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. vol. 2., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

excepcionais de persecução, próprios de sociedades autoritárias ou imersas em conflitos extremos, como as guerras civis, que afastam garantias fundamentais inerentes às pessoas acusadas de praticar infrações penais, com a finalidade de combater o crime organizado.¹²⁹

O sigilo de comunicação previsto constitucionalmente no art. 5, XII da CRFB/88 foi mitigado na Lei nº 12.850 em seu art. 3, V, assim como o sigilo financeiro, bancário e fiscal no art. 3, VI da referida lei, violando o artigo 5, X da CRFB/88. Embora o STF faça exame de proporcionalidade e pondere que não é inconstitucional relativizar direitos fundamentais para garantir outros direitos¹³⁰, afirmando também que não há direito absoluto em Estado Democrático, cresce a possibilidade do Poder Judiciário interpretar a legislação de modo reverso ao diploma constitucional, adotando um modelo punitivista da aplicação das leis, punindo o agente transgressor pelo que é, e não pelo que fez, em clara semelhança ao Direito Penal do inimigo de Jakobs.¹³¹ De acordo com a exposição de Adel el Tasse:

Quando se funcionaliza o Direito Penal, para transformá-lo em um habilitador do *ius puniendi* e elemento de flexibilização dos direitos e garantias, o que se faz é

¹²⁹ TASSE, Adel el. Nova Lei de Crime Organizado. *Lex Magister*, Porto Alegre. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24840822_NOVA_LEI_DE_CRIME_ORGANIZADO.aspx. Acesso em: 19 out. 2018.

¹³⁰ “[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros [...]”. (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23452. Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, Rio de Janeiro, julgamento: 16/09/1999). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>. Acesso em: 26 out. 2018.

¹³¹ CASARIL, Letícia. Investigação do crime organizado: a infiltração policial. Rio Grande do Sul, 2009. Artigo Acadêmico. Centro Acadêmico André da Rocha, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2009. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2009/09/24-artigo-14.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

migrar a estrutura jurídica para o modelo autoritário, com a geração de um instrumental intrassistêmico de afastamento das proteções constitucionais, submetendo o cidadão comum à permanente possibilidade de ser objetivizado, conforme os interesses manifestados por quem controla as estruturas de funcionamento do poder.¹³²

A grande discussão acerca da referida lei gira em torno do art. 10, que regula a hipótese de infiltração de agentes no curso do processo como medida de investigação. Esta previsão legal enseja o uso de meios de investigação não tradicionais, tendo em vista a dificuldade de identificar os verdadeiros chefes da organização criminosa, obter provas, delimitar a estrutura da organização, bem como averiguar a área em que atuam.¹³³

Primeiramente, a autorização para infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, envolve o juiz ativamente na situação, que será responsável por autorizar, motivada e sigilosamente, a infiltração. O grande problema disso é a possibilidade de afetar a imparcialidade e equidistância do juiz, tanto no recebimento da denúncia quanto no momento de proferir sentença de mérito.¹³⁴

Outro ponto relevante está presente na autorização da infiltração de agentes quando a prova não puder ser produzida por outros meios, nos termos do art. 10, §2º da lei. Desta vez, o perigo é a possibilidade de abuso de infiltrações policiais. Neste sentido, Leonardo Sica adverte: “existe regra idêntica na lei de interceptações telefônicas e, como é sabido, os “grampos”

¹³² TASSE, Adel el. Nova Lei de Crime Organizado. *Lex Magister*, Porto Alegre. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24840822_NOVA_LEI_DE_CRIME_ORGANIZADO.aspx. Acesso em: 19 out. 2018.

¹³³ GARCÍA, Maria Dolores Delgado. El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Dir.). *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*. Sevilla:Universidad de Sevilla, 1996. p. 69 apud LEITE, Carolina Salgueiro Vieira. O Agente Infiltrado: Considerações sobre o novo instrumento de investigação à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro, 2018. Monografia (Bacharelado em Direito). FGV – Fundação Getúlio Vargas, p. 20. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24103/CAROLINA%20SALGUEIRO%20VIEIRA%20LEITE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 nov. 2018.

¹³⁴ SICA, Leonardo. Infiltração policial: posição contrária. *Jornal Carta Forense*, 03. set. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-posicao-contraria/11949>. Acesso em: 13 nov. 2018.

são muito utilizados pela prática judiciária, sem qualquer restrição imposta pela verificação prévia da sua imprescindibilidade como meio de prova”.¹³⁵

Por sua vez, o art. 13 dispõe que o agente responderá pelos excessos praticados quando não atuar com a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação. No entanto, quando o agente estiver em situação de inexigibilidade de conduta diversa, ele não será responsabilizado, tendo em vista que este instituto retira a culpabilidade daquele que praticou o ato. Cumpre observar a proporcionalidade da atuação do agente infiltrado, consoante exemplo trazido por Nucci:

O agente se infiltra em organização criminosa voltada a delitos financeiros; não há cabimento em matar alguém somente para provar lealdade a um líder. Por outro lado, é perfeitamente admissível que o agente promova uma falsificação documental para auxiliar o grupo a incrementar um delito financeiro. No primeiro caso, o agente responderá por homicídio e não poderá valer-se da excludente, visto a desproporcionalidade existente entre a sua conduta e a finalidade da investigação. No segundo, poderá invocar a inexigibilidade de conduta diversa, pois era a única atitude viável diante das circunstâncias.¹³⁶

Contudo, questiona-se qual o limite dos critérios para avaliar se o agente agiu proporcionalmente ou se ele descumpriu esta premissa, se merece ser responsabilizado ou se o descumprimento deriva de inexigível conduta diversa. Diante da enorme repercussão social e política em relação ao combate do crime organizado, existe o risco da conduta do infiltrado ser interpretada de forma proporcional ao fim proposto. Portanto, se o agente cometer um crime na infiltração, de maneira desproporcional, e não for punido, configura-se Direito Penal do inimigo.

¹³⁵ SICA, Leonardo. Infiltração policial: posição contrária. *Jornal Carta Forense*, 03. set. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-posicao-contraria/11949>. Acesso em: 13 nov. 2018.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2, p. 624-625 apud MOURA, Maria Vitória Ullmann de. Possibilidades e limites da infiltração de agentes policiais no crime organizado. 2016, Lajeado/Rio Grande do Sul. Dissertação (Bacharelado em Direito). Centro Universitário UNIVATES. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2016mariavitoriaullmannDEMOURA.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

No âmbito da delação premiada, prevista no art. 4º da lei de crime organizado, a prática jurisprudencial prevê algumas hipóteses em que o réu pode ficar preso preventivamente pela conveniência da instrução criminal. Ocorre que o instituto da delação premiada acabou sendo, muitas vezes, condicionado à prisão preventiva.¹³⁷ Deste modo, o réu se vê obrigado a contribuir para a investigação criminal com informações úteis à autoridade judiciária competente, caso contrário, ele poderá ser preso preventivamente por tempo indeterminado, porém valendo-se da justificativa da garantia da ordem pública e segurança da aplicação da lei penal.

Para ilustrar esta prática, é possível citar o despacho conferido pelo juiz federal Sérgio Moro ao empresário Apolo Santana Vieira, investigado na famosa operação Lava Jato, que deflagrou o maior escândalo de corrupção sistêmica do país, no qual doleiros, dirigentes da Petrobrás, políticos e empreiteiros desviaram bilhões de reais do cofre da referida empresa estatal.¹³⁸

De acordo com a cognição sumária, Apolo teria recebido USD 510.000,00 de propinas acertadas nos contratos de fornecimento de navios-sondas à Petrobrás. Não é identificado o motivo da transferência, mas a análise fática caracteriza, em princípio, lavagem de dinheiro e operação de intermediação de propina a agente público.¹³⁹ Além disso, haveria apenas indícios de que controla pelo menos uma outra conta secreta no exterior, também não declarada às autoridades.

O juiz compreendeu que estava configurado risco à garantia da ordem pública, sendo este um dos pressupostos da aplicação da prisão preventiva, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal. Sendo assim, a prisão

¹³⁷ SÁ, Ioni Carine Cavalcanti. Processo penal de emergência: O emprego da prisão preventiva como método para obtenção de delações premiadas na Operação Lava Jato. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5525, 17 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68322>. Acesso em: 25 out. 2018.

¹³⁸ Para o cidadão: caso Lava Jato. *MPF*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: 17 nov. 2018.

¹³⁹ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Despacho. Pedido de busca e apreensão criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000. Exmo. juiz Sérgio Moro, Paraná, 15/02/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moro-ordena-prisao-empresario-volta.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

preventiva seria cabível “para interromper um ciclo delitivo de dedicação profissional à intermediação de propinas e à lavagem de dinheiro”.¹⁴⁰

Sérgio Moro, em seu despacho, justifica motivadamente sua decisão acerca da aplicação da prisão preventiva no caso em comento:

Em que pesem as críticas genéricas às prisões preventivas decretadas na assim denominada Operação Lavajato, cumpre reiterar que atualmente há somente sete presos provisórios sem julgamento, e que a medida, embora drástica, foi essencial para interromper a carreira criminoso de Paulo Roberto Costa, Renato de Souza Duque, Alberto Youssef e de Fernando Soares, entre outros, além de interromper, espera-se que em definitivo, a atividade do cartel das empreiteiras e o pagamento sistemático pelas maiores empreiteiras do Brasil de propinas a agentes públicos, incluindo o desmantelamento do Departamento de Propinas de uma delas. A prisão preventiva, embora excepcional, pode ser utilizada, quando presente, em cognição sumária, boa prova de autoria e de materialidade de crimes graves, e a medida for essencial à interrupção da prática profissional de crimes e assim proteger a sociedade e outros indivíduos de novos delitos.¹⁴¹

Ocorre que a prisão preventiva de Apolo foi decretada em 15 de fevereiro de 2017 e foi revogada por Sérgio Moro seis dias depois, em 21 de fevereiro de 2017, após ter conhecimento de que o réu estava em tratativas para um acordo de colaboração.¹⁴² É nítido que a decretação da prisão preventiva influencia a vontade do réu colaborar com a investigação, exercendo uma espécie de pressão psicológica, que vai contra o próprio art. 4º da Lei nº 12.850, que prevê como pressuposto a voluntariedade do colaborador.¹⁴³

Importante mencionar que é essencial a presença dos requisitos fáticos conhecidos como *fumus commissi delicti* (indícios suficientes de autoria e da existência do crime) e *periculum libertatis* (se refere ao risco que o agente

¹⁴⁰ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Despacho. Pedido de busca e apreensão criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000. Exmo. juiz Sérgio Moro, Paraná, 15/02/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moro-ordena-prisao-empresario-volta.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹⁴¹ Ibid. Acesso em: 24 out. 2018.

¹⁴² Ibid. Acesso em: 24 out. 2018.

¹⁴³ ALBAN, Rafaela. Sebastián, Mello. *Limites da renúncia a direitos nos acordos de delação premiada* apud SÁ, Ioni Carine Cavalcanti. Processo penal de emergência: O emprego da prisão preventiva como método para obtenção de delações premiadas na Operação Lava Jato. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5525, 17 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68322>. Acesso em: 25 out. 2018.

em liberdade pode criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal, consoante art. 312, CPP)¹⁴⁴. No âmbito do *periculum libertatis*, basta um desses elementos para que seja concedida a prisão preventiva.

É equivocado deduzir que a colaboração do réu com a persecução penal através da delação premiada excluiria, por si só, o risco que ele representa à garantia da ordem pública, conforme apontado pelo juiz. A ausência de celebração de acordo de delação premiada não é requisito para decretação da prisão preventiva, assim como o relato de informações úteis à autoridade competente também não é motivo para revogação do decreto de prisão preventiva.

Em face do exposto, Aury Lopes Jr. reconhece que a prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar lícita e eficaz no nosso ordenamento jurídico penal, é utilizada de forma irregular e ilegal pelas autoridades públicas:

Tudo é mais difícil para quem não aceita o “negócio”. O acusador público, disposto a constranger e obter o acordo a qualquer preço, utilizará a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento. [...] A superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações (a prisão cautelar virou o principal instrumento de coação) sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Os acusados que se recusam a aceitar a delação ou acordo sobre a pena são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesarão todo o rigor do Direito Penal “tradicional”, em que qualquer pena acima de quatro anos impede a substituição e, acima de oito anos, impõe o regime fechado. Nessa mesma perspectiva se situam os acordos de delação premiada [...].¹⁴⁵

¹⁴⁴ SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. O que se entende por *fumus commissi delicti*?. *Jusbrasil*, 2011. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923880/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti>. Acesso em: 13 nov. 2018.

¹⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 4. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 179. apud MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. Prisão para delatar transforma a preventiva em método de tortura. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-20/opinioao-ilegalidade-prisao-preventiva-delatar>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Infere-se, portanto, que a utilização da prisão preventiva para forçar a delação premiada fere, automaticamente, a presunção de inocência do acusado, posto que não se pode inverter o ônus da prova.

Além disso, é possível interpretar esta postura como uma espécie de tortura moderna, fundamentada pela ideia de combate à corrupção, na medida em que o réu aceita participar do acordo de colaboração premiada e terá, possivelmente, o decreto de prisão revogado, ou o réu permanecerá preso, por tempo indeterminado, mesmo que no caso concreto não se verifique a presença de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, sendo esta uma hipótese de prisão ilegal.

Pelos motivos narrados, a Lei nº 12.850 afasta-se do Direito Penal democrático e aproxima-se do Direito Penal do inimigo, porque o combate ao crime organizado expressa ideia de força tarefa, limita as garantias individuais do agente, e consequentemente, reduz sua condição de ser humano.

2.3.3. Regime Disciplinar Diferenciado (Art. 52, Lei n. 7.210/84).

Assim como as demais leis examinadas neste capítulo, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) surgiu como forma de resposta das autoridades aos anseios da sociedade frente ao sentimento de impunidade, aumento da criminalidade e excesso de garantias e direitos do condenado.

Inicialmente, o artigo 52 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal – “LEP”), encontrado no capítulo das Faltas Disciplinares, apenas previa: “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso, ou condenado, à sanção disciplinar, sem prejuízo da sanção penal”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. 6. ed, Curitiba: Juruá, 2009, p. 171.

Contudo, em dezembro de 2003 foi publicada a Lei nº 10.792, que alterou a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) em alguns artigos, estabelecendo maior rigor no tratamento do indivíduo em cárcere. Um bom exemplo desta afirmação foi a alteração da redação original do art. 52 da LEP, que passou a positivar o RDD¹⁴⁷, sendo este cabível quando uma pessoa comete algum crime dentro da cadeia, constituindo uma falta grave, ou quando a pessoa possui envolvimento com organização criminosa.

Houve muita discussão acerca da constitucionalidade deste regime de pena. Em 2003, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária se manifestou contrariamente ao RDD, por considerá-lo uma ofensa ao sistema penitenciário nacional, que entende a função da pena destinada a punir, ao mesmo tempo em que visa a ressocialização do condenado.¹⁴⁸ Também verificaram ofensas constitucionais, sobretudo ao art. 5º, XLVII, alínea “e”, que proíbe a aplicação de penas cruéis, e art. 5º, XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

Ademais, o RDD violaria o princípio nº 7 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas pela ONU e aceitas pelo Brasil, segundo o qual o isolamento do condenado ao cárcere deveria ser abolido,

¹⁴⁷ Art. 52 da Lei n. 7.210/84 de 11 de julho de 1984: A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹⁴⁸ KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. 6. ed, Curitiba: Juruá, 2009, p. 175.

como medida disciplinar ou castigo. No entanto, a jurisprudência do STJ posicionou-se pela constitucionalidade do instituto, visto que “os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)”¹⁴⁹. O entendimento do STJ está em conformidade com o julgado no precedente do *Habeas Corpus* 44.049/SP, a seguir:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TEMPO DE DURAÇÃO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. É constitucional o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003. 2. O regime diferenciado, afora a hipótese da falta grave que ocasiona subversão da ordem ou da disciplina internas, também se aplica aos presos provisórios e condenados, nacionais ou estrangeiros, "que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade". 3. A limitação de 360 dias, cuidada no inciso I do artigo 52 da Lei nº 7.210/84, é, enquanto prazo do regime diferenciado, específica da falta grave, não se aplicando à resposta executória prevista no parágrafo primeiro do mesmo diploma legal, pois que há de perdurar pelo tempo da situação que a autoriza, não podendo, contudo, ultrapassar o limite de 1/6 da pena aplicada. 4. Em obséquio das exigências garantistas do direito penal, o reexame da necessidade do regime diferenciado deve ser periódico, a ser realizado em prazo não superior a 360 dias. 5. Ordem denegada.¹⁵⁰

Embora esta interpretação seja majoritária, há decisão do STJ no sentido de que é “desproporcional a imposição do regime disciplinar diferenciado no seu prazo máximo de duração, de um ano, sem uma individualização da sanção adequadamente motivada”.¹⁵¹

Deste modo, há que se afirmar a incoerência do Regime Disciplinar Diferenciado com o Estado Democrático de Direito, na medida em que torna-se evidente a presença de traços de Direito Penal do inimigo, pelos motivos expostos a seguir.

¹⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 89.935. Rel.^a Min.^a Maria Thereza Assis Moura, 6ª Turma, Bahia, julgado em: 06.05.2008 – DJ 26.05.2008.

¹⁵⁰ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 44.049. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – Rel. p/Acórdão Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, São Paulo, julgado em 12.06.2006 – DJ 19.12.2007

¹⁵¹ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 89.935. Rel.^a Min.^a Maria Thereza Assis Moura, 6ª Turma, Bahia, julgado em: 06.05.2008 – DJ 26.05.2008.

Primeiramente, o RDD configura um verdadeiro direito penal do autor¹⁵² – uma das principais características do Direito Penal do inimigo proposto por Jakobs – porque a punição do agente submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado se dá em razão de sua periculosidade, e não em virtude da culpabilidade de suas ações. Consoante a afirmação de Salo de Carvalho:

A imposição de sanção disciplinar por apresentar um preso alto risco para o sistema penitenciário ou para a sociedade, além de expor ao arbítrio, é admitir punição pré-delitual, uma punição aplicada não por um fato típico e antijurídico, mas sim, pela figura do autor.¹⁵³

Em segundo lugar, o RDD é fruto de uma política criminal equivocada que tem como função dar uma resposta à sociedade, que reinvidica o endurecimento das normas penais.

Outro ponto que merece destaque é o art. 52, §2º da LEP, que consiste em uma modalidade cautelar do Regime Disciplinar Diferenciado.¹⁵⁴ O condenado poderá submeter-se ao RDD sem que tenha havido prévia manifestação do Ministério Público e da defesa, devido à urgência da situação. Portanto, o condenado pode sofrer a instituição de uma situação carcerária mais rigorosa, sem que esteja comprovada a sua culpabilidade.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 110-111. apud SOUZA, Luciana Correa. Princípio Da Insignificância E O Manejo Equívocado Pelos Tribunais Superiores. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, no 1200. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3790/principio-insignificancia-manejo-equivocado-pelos-tribunais-superiores>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁵³ CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *O Suplício de Tântalo*: a Lei 10.792/03 e a Consolidação da Política Criminal do Terror. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 11, nº 134, jan. 2004, p. 15 apud LEITE, Alex Estevam de Souza. Regime Disciplinar Diferenciado: a neutralização do "inimigo". *Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília - DF: 04 out. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29188>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁵⁴ Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984, Art. 52, §2º: Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

Sobre o termo “fundadas suspeitas”, Salo de Carvalho argumenta:

No caso de o Juiz não haver considerado este fato e, portanto, ter absolvido o réu desta acusação, questiona-se novamente: mesmo assim pode a autoridade penitenciária continuar com a “fundada suspeita”, requerendo então ao Juiz da Execução que faça incluir o condenado em infamante regime? Tal prática consistirá em indevida intromissão em sentença prolatada e transitada em julgado, configurando em um agravamento da pena imposta.¹⁵⁵

O entendimento de Paulo Eduardo Duarte de Oliveira Junior corrobora:

Não bastasse o flagrante perigo de aplicação de um regime tão severo (dada discricionariedade dos agentes do Estado ao definir o que venha a ser “risco” a ordem e segurança), causa mais espanto submeter-se a este mesmo regime disciplinar diferenciado, os presos provisórios sob os quais recaiam “suspeitas” de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A estranheza que aqui se refere é justamente pela possibilidade de uma “suspeita” (tal como o “risco” hipotético) servir de fundamento para que o preso provisório (até então cidadão “inocente”, de acordo com o que dispõe o artigo 5º, LVII da Constituição da República) possa cumprir “pena” antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁵⁶

Além disso, o art. 52, §2º da LEP desobedece ao art. 54, §1º e art. 60 da referida lei, segundo os quais o requerimento circunstanciado da autoridade competente é obrigatório e há necessidade de despacho fundamentado do juízo competente.

Desta forma, verifica-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal por violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, presunção de

¹⁵⁵ CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *O Suplício de Tântalo*: a Lei 10.792/03 e a Consolidação da Política Criminal do Terror. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 11, nº 134, jan. 2004, p. 15 apud LEITE, Alex Estevam de Souza. Regime Disciplinar Diferenciado: a neutralização do “inimigo”. *Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília - DF: 04 out. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29188>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁵⁶ JUNIOR, Paulo Eduardo Duarte de Oliveira. Processo penal e mídia: a cultura do medo e a espetacularização dos juízos criminais. Rio Grande do Sul, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, p. 65. Disponível em:

<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3178/Paulo%20Eduardo%20Duarte%20de%20Oliveira%20Junior.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 nov. 2018.

inocência e legalidade. Nesse sentido, Rodrigo Duque Estrada Roig esclarece que:

As críticas ao Regime Disciplinar Diferenciado apontam para a sua insustentabilidade no atual Estado Democrático de Direito, que deve libertar-se dos discursos alarmistas e periculosistas, típicos de regimes de exceção. Nessa perspectiva, não mais subsistiria o isolamento absoluto ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, secularização e presunção de inocência.¹⁵⁷

Por fim, o Direito Penal do inimigo também se expressa na figura do RDD porque há nítido objetivo de neutralizar o agente, a partir de seu recolhimento em cela individual, sendo o isolamento integral a sua punição. Novamente, o princípio constitucional da presunção de inocência é violado, bem como o princípio da dignidade humana, através da aplicação de instrumentos processuais penais de extremo rigor, mesmo quando não há certeza sobre a existência do delito.¹⁵⁸

Cumprе destacar que o Direito Penal do inimigo na legislação brasileira não se esgota no exame das três leis aqui mencionadas (Lei nº 8.072/90, Lei nº 12.850/13 e Lei nº 7.210/84). Outras normas com viés político, social e econômico podem ser citadas, como a Lei nº 9.613/98 e Lei nº 11.343/2006, que tratam de medidas de caráter excepcional. No entanto, tornam-se ilegais e inconstitucionais, na medida em que são banalizadas com o intuito de diminuir a eficácia das garantias constitucionais e aumentar a desproporcionalidade das penas, por exemplo.

¹⁵⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, p. 262 apud MACCACHERO, Alice de Lemos. O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro, 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33028/33028.PDF>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁵⁸ JUNIOR, Paulo Eduardo Duarte de Oliveira. Processo penal e mídia: a cultura do medo e a espetacularização dos juízos criminais. Rio Grande do Sul, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, p. 65. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3178/Paulo%20Eduardo%20Duarte%20de%20Oliveira%20Junior.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 nov. 2018.

2.3.4. Lei n. 9.613/98 – Lavagem de Dinheiro.

A Lei nº 9.613/98 dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, assim como a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei. A tipificação prevista no art. 2, §2º autoriza julgamento à revelia do réu, procedimento que é vedado pelo art. 366 do Código de Processo Penal. Veja-se:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do art. 312.¹⁵⁹

Art. 2. O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei.

§ 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)¹⁶⁰

Conforme infere-se da leitura dos artigos, o art. 366, CPP não se aplica ao crime de lavagem de dinheiro. Logo, não é válida para o crime de lavagem de dinheiro a cláusula que proíbe que o réu responda ao processo em revelia, quando não constituiu advogado nos autos e não respondeu à citação. Normalmente, o processo seria suspenso em respeito ao princípio da ampla defesa e eventualmente poderia ser decretado prisão preventiva, se estivessem presentes os requisitos para isso.

O legislador parte da premissa de que prática do crime de lavagem de dinheiro atinge a nossa sociedade de maneira tão evidente, que enseja a desconsideração da garantia do art. 366, CPP. Para evidenciar a supressão de garantias que rotineiramente seriam concedidas ao réu, a vedação do

¹⁵⁹ Decreto Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁶⁰ Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em: 14 nov. 2018.

juízo à revelia é garantida até para o sujeito que comete homicídio. Sob esta ótica, cumpre relembrar a lição de Günther Jakobs:

Naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradora, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa. Assim o legislador (...) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, assim como, em geral, no que tange aos crimes.¹⁶¹

Os crimes econômicos denotam ganância, carência de boa-fé e baixo nível moral. São conhecidos também como crimes de colarinho branco, expressão proposta por Sutherland, por serem condutas praticadas por sujeitos de alta classe social e alta respeitabilidade em seus negócios. Por isso, esses crimes criam desconfiança, diminuem a moralidade social e produzem desorganização em larga escala, enquanto os “crimes comuns” produzem pouco efeito nas instituições e organizações sociais, se comparados aos crimes de colarinho branco.¹⁶²

Deste modo, percebe-se que o legislador teve a intenção de suprimir as garantias dos “corruptos” que praticam lavagem de dinheiro, pois conforme o próprio Jakobs sugere, o indivíduo que pratica crimes econômicos é visto como inimigo.¹⁶³ Esta é uma consequência do alarmismo da mídia quanto ao crescimento do crime de corrupção, de forma que os casos concretos e leis eficazes sobre o assunto não seriam suficientes para controlar a criminalidade.¹⁶⁴

¹⁶¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 33-34.

¹⁶² SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. 1. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 34, 38.

¹⁶³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 34.

¹⁶⁴ SILVA, Lucas do Monte. O Direito Penal Do Inimigo e a corrupção No Brasil. *Polít. crim.*, Santiago, 2016. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A8.pdf. Acesso em: 28 out. 2018.

A próxima legislação a ser pincelada é a Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006, que revogou duas leis anteriores que legislavam sobre o assunto: a lei nº 6.368/76 e 10.409/2002.

2.3.5. Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas.

Na legislação brasileira de drogas, o Direito Penal do inimigo está presente em diversos aspectos. Em relação à Lei nº 6.368/76, a lei atual diminuiu garantias processuais e aumentou as penas dos tipos penais previstos. Essa alteração é um reflexo do avanço da concepção de “legislação de combate”, a qual é um elemento típico da formulação de Jakobs e, segundo Salo de Carvalho, consiste na “ideia de políticas públicas de segurança pautadas pela lógica beligerante de eliminação de incômodos”.¹⁶⁵

Algumas considerações sobre o inimigo na Lei em questão merecem ser contempladas. Primeiramente, no que tange ao tratamento diferenciado do usuário de drogas *versus* traficante ilícito de entorpecentes, há evidente desproporcionalidade das penas conferidas a estes dois grupos de indivíduos regulados pela Lei, conforme é possível inferir através da mera leitura dos tipos penais.

Ao passo em que o sujeito que pratica crime de tráfico de drogas será submetido a uma pena privativa de liberdade na modalidade de reclusão, de 5 a 15 anos e multa, o usuário poderá submeter-se à advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade ou medida

¹⁶⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil* (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006). 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 14 apud SOUSA, Kárita Katharine Silva Nunes de Sousa. *A Lei de Drogas à Luz do Direito Penal do Inimigo*. Brasília, 2012. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/605/3/20766213_K%C3%A1rita%20Souza.pdf. Acesso em: 14 nov. 2018.

educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, conforme os incisos I, II e III do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, respectivamente.¹⁶⁶

O professor Salo de Carvalho explica: “o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas”.¹⁶⁷

Portanto, é evidente que ao traficante imputam-se rígidas sanções, posto que “o tráfico coloca em situação de risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo”¹⁶⁸, enquanto ao usuário a pena reveste-se de caráter preventivo, com a única finalidade de evitar que este volte a adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para uso pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, nos termos do caput do art. 28 da referida lei.

O art. 28, §4º da Lei de Drogas corrobora o entendimento de que as penas aplicáveis aos usuários de drogas são preventivas, visto que a reincidência não acarreta uma penalidade mais severa. Se o indivíduo for reincidente, não haverá conversão em pena privativa de liberdade. O dispositivo prevê apenas o prazo máximo de 10 (dez) meses para aplicar as penas já previstas ao usuário de drogas.

Nos termos da lição de Jakobs, é como se fosse aplicado direito penal do cidadão ao usuário de drogas e o tratamento com o traficante configurasse Direito Penal do inimigo. O tipo penal do art. 28 da Lei nº

¹⁶⁶ Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 17 nov. 2018.

¹⁶⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil* (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006). 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 69 apud SOUSA, Kárita Katharine Silva Nunes de Sousa. *A Lei de Drogas à Luz do Direito Penal do Inimigo*. Brasília, 2012. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/605/3/20766213_K%C3%A1rita%20Souza.pdf. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 6ª ed. vol. 4. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 769.

11.343/2006 seria um crime “comum”, praticado por cidadãos da sociedade. Já o art. 33 seria um crime de maior gravidade, praticado por alguém situado à margem da sociedade que é identificado como inimigo e, por isso, deveria ser tratado como tal, negando-lhe direitos fundamentais.¹⁶⁹

Outros aspectos que merecem atenção na Lei nº 11.343/2006 dizem respeito à ampla antecipação de punibilidade e à supressão de garantias processuais.

Embora os crimes de perigo abstrato sejam aceitos e legítimos, conforme entendimento jurisprudencial do STF¹⁷⁰, o art. 28 e o art. 33 da Lei nº 11.343/2006 elencam algumas condutas de perigo abstrato ou mera conduta, como é o caso de “produzir” e “expor à venda”. É inevitável não relacionar estas elementares ao Direito Penal do inimigo, visto que uma de suas maiores características é a criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos.¹⁷¹ Trata-se de adotar a perspectiva do ordenamento jurídico-penal prospectiva, isto é, o ponto de referência é o fato futuro e não o fato cometido.¹⁷²

Quanto à diminuição das garantias processuais, importa destacar que aqueles que incorrem nos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, 34, 35, 36 e 37 da Lei nº 11.343/2006 não possuem direito às seguintes garantias: fiança, concessão de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, assim como também não poderão alcançar a conversão de suas penas em restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 da lei de drogas.

¹⁶⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, p. 146-147.

¹⁷⁰ “[...] A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo” (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, Rio Grande do Sul, julgamento: 06/03/2012, DJe 27.3.2012).

¹⁷¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 76.

¹⁷² Ibid. p. 90.

A seleção de determinadas garantias a serem suprimidas em face de determinado grupo de indivíduos também configura uma característica típica de Direito Penal do inimigo. Nesse sentido, afirma Meliá:

A construção de uma categoria de representantes humanos do mal; algo mais grave que ser “simplesmente” culpado. Mediante a demonização de grupos de autores, isto é, através da exclusão do círculo de mortais “normais” que está implícita nestas modalidades de tipificação – uma forma exarcebada de reprovação – da inclusive maior ressonância a seus acontecimentos.¹⁷³

O professor e juiz Guilherme Madeira Dezem corrobora, afirmando que o Direito Penal do inimigo proposto por Jakobs afasta direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, por tratar acusados como se tivessem se colocado à margem da sociedade.¹⁷⁴ Ademais, é inconstitucional a vedação da conversão das penas dos artigos mencionados acima em penas restritivas de direito, segundo entendimento do STF no julgamento do HC nº 97.256/RS.¹⁷⁵

Quanto à impossibilidade de liberdade provisória, cabe tecer algumas considerações. Após longas discussões no STF acerca da negação de liberdade provisória por mera alusão à vedação legal, o Supremo passou a afirmar a inconstitucionalidade da regra que proíbe a concessão de liberdade provisória, constante no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.¹⁷⁶ Este é,

¹⁷³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 106.

¹⁷⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

¹⁷⁵ SOUSA, Kárita Katharine Silva Nunes de Sousa. *A Lei de Drogas à Luz do Direito Penal do Inimigo*. Brasília, 2012. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/605/3/20766213_K%C3%A1rita%20Souza.pdf. Acesso em: 31 out. 2018.

¹⁷⁶ “[...] Assim, manifesto-me, uma vez mais, pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006. Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário para negar-lhe provimento. Outrossim, reafirmo, agora em sede de repercussão geral, a jurisprudência do STF, para fixar a seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006 [...]”. (Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 1.038.925, Relator: Min. Gilmar Mendes, São Paulo, Plenário, Julgamento: 18/08/2017). Disponível em:

sem dúvidas, um avanço no sentido de reconhecer a aplicação de normas penais que violam garantias fundamentais e, conseqüentemente, reduz o caráter de direito penal do inimigo presente na legislação de drogas brasileira.

Capítulo 3. Estudo de Casos.

3.1. Crime organizado – Caso Marcelo Odebrecht.

A Operação Lava-Jato, iniciada em 2014 perante a Justiça Federal de Curitiba, é considerada a maior iniciativa de combate a corrupção, organização criminosa e lavagem de dinheiro no Brasil, visto que a investigação detectou irregularidades na Petrobrás – maior empresa estatal do país – assim como constatou a existência de crimes econômicos em contratos vultosos, como o da construção de Angra 3. Estima-se que tenham sido desviados bilhões de reais dos cofres públicos.¹⁷⁷ Com isso, uma grande quantidade de políticos e empresários renomados foram denunciados, assim como muitas prisões foram efetuadas.

Marcelo Odebrecht, ex-presidente e dono de uma das maiores empreiteiras brasileiras – a Odebrecht – foi um dos réus condenados pela Operação Lava-Jato. Ele foi indiciado por corrupção passiva e ativa, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, crime contra a ordem econômica e tributária.¹⁷⁸

O juiz federal Sérgio Moro decretou sua prisão preventiva três vezes, primeiramente no Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5024251-72.2015.4.04.7000/PR, cuja decisão está respaldada em um e-mail que Marcelo Odebrecht recebeu de Roberto Prisco P. Ramos, funcionário da Odebrecht, referente à contratação das sondas e a possibilidade de sobrepreço.

De: ROBERTO PRISCO P RAMOS braskem.com.br> Para: Marcelo Bahia Odebrecht; Fernando Barbosa; Marcio Faria da Silva; Rogerio Araujo Enviada em: Mon Mar 21 19:01:54 2011 Assunto: RES: RES: sondas Falei com o André

¹⁷⁷ Para o cidadão: caso Lava Jato. MPF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: 20 nov. 2018.

¹⁷⁸ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 17.

em um sobre-preço no contrato de operação da ordem de \$20-25000/dia (por sonda). Acho que temos que pensar bem em como envolver a UTC e OAS, para que eles não venham a se tornar futuros concorrentes na área de afretamento e operação de sondas. Já temos muitos brasileiros 'aventureiros' neste assunto (Schahim, Etesco...). Internamente, eu posso transferir resultado da OOG para a CNO, mas não posso fazê-lo para as outras duas; isto teria que ir dentro do mecanismo de distribuição de resultados dentro do consórcio. Meu ponto é que ele não pode ser proporcional as participações atuais, porque, sem a OOG, a equação não fecha e quem trás a OOG é a CNO. Em tempo: falei ao André, respondendo a pergunta dele, que o desenvolvimento do Operador tem que ser desde o início, para participar da escolha dos componentes, acompanhar a construção das Unidades, definir níveis de spare parts e, principalmente, preparar os testes e comissionamento. Ele pareceu entender.¹⁷⁹

A própria decisão referida reconhece que o conteúdo fático necessitava ser mais aprofundado para efetivamente identificar a responsabilidade penal de Marcelo Odebrecht.

Embora o fato necessite ser investigado mais profundamente, essa mensagem eletrônica também corrobora as declarações dos criminosos colaboradores quanto à prática de crimes na relação entre a Odebrecht e a Petrobrás. Com base em todos elementos, ressaltando que aqui não se fez análise exaustiva da prova, mas apenas exame em cognição sumária, forçoso concluir pela presença também de prova suficiente do pagamento de propina pela Odebrecht a dirigentes da Petrobrás, principalmente através de contas no exterior. [...].¹⁸⁰

Corroborando o trecho transcrito acima, o julgado também conta com as seguintes posições:

Em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato - como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização - ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa'. [...]

Como Presidente do grupo Odebrecht, o paciente teria plena ciência do que ocorria no âmbito de contratações da Petrobras. O conjunto probatório indica que não somente anuiu com a conduta ilícita como também dela se beneficiou. A participação do grupo empresarial no esquema de cartelização de licitações, resultava no superfaturamento de contratos e pagamento de propinas a agentes

¹⁷⁹ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Habeas Corpus nº 5023725-56.2015.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto, Paraná, 8ª Turma, Data de julgamento: 21/08/2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150807-13.pdf> . Acesso em: 03 nov. 2018.

¹⁸⁰ Ibid. Acesso em: 03 nov. 2018.

públicos. Ainda que os elementos de prova da autoria dos fatos pelo paciente possam ser aprofundados, entendo que o corpo de prova existente permite concluir pela sua ciência e anuência com os negócios ilícitos. Digo isto porque não é crível, consoante aquilo que ocorre ordinariamente no mundo dos negócios, que o Presidente e sócio da empresa não conhecesse fatos dessa envergadura e que implicasse na movimentação de cifras astronômicas.¹⁸¹

A partir da análise textual, nota-se a influência da teoria do domínio final do fato na decisão que decretou a prisão preventiva de Marcelo Odebrecht pelo Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba.

A Ação Penal 470 (Caso “Mensalão”) e a Operação Lava-Jato possuem diversos pontos em comum, como o caráter de seletividade no tratamento dispensado ao banco de réus, que conta com a presença de grandes empresários e executivos.

O STF, no julgamento da Ação Penal 470, aplicou a teoria do domínio final do fato, de modo a presumir a autoria dos dirigentes e, conseqüentemente, inverter o ônus da prova.¹⁸² A Lava-Jato, por sua vez, adotou a mesma interpretação, como é possível verificar através da leitura minuciosa do *habeas corpus* n. 5023725-56.2015.4.04.0000/PR, em favor da revogação da prisão preventiva de Marcelo Odebrecht.

Segundo o juiz Sérgio Moro, seria inviável que o Marcelo Odebrecht desconhecesse o esquema criminoso, tendo em vista que ele figurava como um dos quinze presidentes da empresa.¹⁸³ Desta forma, o magistrado apenas admitiu haver indícios suficientes da autoria delitiva do acusado conforme a aplicação equivocada da teoria do domínio final do fato, supracitada acima.

Normalmente, caberia à acusação fazer a prova de que o réu tinha conhecimento do que estava ocorrendo na empresa. Portanto, a aplicação da

¹⁸¹ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Habeas Corpus nº 5023725-56.2015.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto, Paraná, 8ª Turma, Data de julgamento: 21/08/2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150807-13.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

¹⁸² UCHA, Larissa Gomes. O Supremo Tribunal Federal e a teoria do domínio do fato: retomada técnica da Ação Penal 470. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4723, 6 jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49207/o-supremo-tribunal-federal-e-a-teoria-do-dominio-do-fato>. Acesso em: 5 nov. 2018.

¹⁸³ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Habeas Corpus nº 5023725-56.2015.4.04.0000. Acesso em: 03 nov. 2018.

teoria do domínio final do fato no âmbito probatório pelo STF é uma forma de estabelecer lógica de responsabilidade penal objetiva do administrador que está formalmente constituído no contrato social. Nesta perspectiva, o professor Renato Mello Jorge da Silveira assinala:

O ressurgimento – mais uma vez em contexto inapropriado – da teoria do domínio do fato, que ajudou a produzir condenações sem prova na AP 470. Advogados envolvidos no caso concordam. Dizem que seus clientes têm sido acusados por uma teoria nascida na mesma árvore chamada “cegueira deliberada”. Conforme este ponto de vista, uma pessoa pode ser condenada quando não impediu a ocorrência de crimes que, conforme a polícia e o ministério público, ocorriam sob seu nariz.¹⁸⁴

De acordo com a lição de Claus Roxin, a teoria consiste em uma modalidade de aferição de autoria, aplicável somente aos crimes comissivos dolosos. Cabe ressaltar que o domínio final do fato não é uma teoria sobre a prova, é tão somente utilizada para definir quem é o autor do delito.¹⁸⁵

Além disso, o próprio Roxin critica a aplicação equivocada da teoria do domínio do fato pelo STF. Em entrevista concedida à Folha de São Paulo, o jurista alemão afirmou:

É possível usar a teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica? Não, em absoluto. A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso. [...] A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta. Essa construção ["dever de saber"] é do direito anglo-saxão e não a considero correta.¹⁸⁶

¹⁸⁴ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 46.

¹⁸⁵ GRECO, Luís; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4255759/mod_resource/content/1/Leitura%20obrigat%C3%B3ria.%20O%20que%20%C3%A9%20o%20que%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20teoria%20do%20dom%C3%ADnio%20do%20fato.%20Claus%20Roxin.pdf. Acesso em: 05 nov. 2018.

¹⁸⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. A teoria do domínio final do fato e a autoria colateral. *Revista Consultor Jurídico*, 18 nov. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral#_ftn20. Acesso em: 05 nov. 2018.

A inversão do ônus da prova em desfavor do réu prejudica o respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência pois, segundo a teoria supracitada, o réu é considerado presumidamente responsável por aquele fato ocorrido devido à sua posição hierárquica na empresa.

Por analogia, compreende-se que o respaldo do decreto de prisão preventiva de Marcelo Odebrecht ofende sua presunção de sua inocência, porque atribui-se a ele responsabilidade penal pelos fatos devido à sua posição de presidente da empresa, não havendo provas suficientes e consistentes sobre os fatos imputados. Deste modo, a prisão preventiva de Marcelo Odebrecht denota presunção de culpa e configura uma punição antecipada.

Especialmente após a Ação Penal 470, a pressão da opinião pública reforçou o clamor social por punições mais severas, mesmo que as provas sejam insuficientes. Para Wanderley Guilherme dos Santos, o sucesso de público desta Ação Penal fez com que o Judiciário não renunciasse mais à tentação dos holofotes.¹⁸⁷

Consequentemente, a população reforçou a crença em uma população dividida entre “mocinhos” e “bandidos”.¹⁸⁸ Este pensamento discriminatório compromete os direitos de defesa dos acusados, pois eles se tornam alvo de um “discurso construído, não raro, para agradar às maiorias de ocasião, forjada pelos meios de comunicação de massa”. Por isso, o juiz Rubens Casara afirma que a Ação Penal 470 e a Operação Lava-Jato ilustram a espetacularização de casos penais, e na sua opinião, “o espetáculo corrompe a Justiça”.¹⁸⁹

Nesse sentido, Ferrajoli sustenta:

¹⁸⁷ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 9.

¹⁸⁸ Ibid. p. 161.

¹⁸⁹ Ibid. p. 162.

Tem de haver um juiz independente que possa vir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver, no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável ao réu.¹⁹⁰

Outro aspecto de destaque no exame do decreto de prisão preventiva de Marcelo Odebrecht consiste na ausência do *fumus commissi delicti*, visto que a própria autoridade coatora admitiu que não houve uma profunda análise da materialidade probatória do crime e que o fato necessita ser investigado.¹⁹¹

O *fumus commissi delicti*, em conjunto com o fundamento do *periculum libertatis* – traduzido na justificativa de garantir da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312, CPP – compõem os requisitos da prisão preventiva.

No caso da prisão preventiva de Marcelo Odebrecht, a justificativa foi a garantia da ordem pública, para evitar reiteração de delitos. Esta expressão ampla e de “difícilima compreensão”¹⁹² é muito utilizada pelo STF e STJ, conforme se observa nas decisões a seguir transcritas:

Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, a reiteração de condutas ilícitas, o que denota ser a personalidade do paciente voltada para a prática delitiva, obsta a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública. (HC 75.717/PR, 5.^a Turma, Rel. Des. Jane Silva, j. 06/09/2007)¹⁹³

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, jan/mar, 1995, v. 61, p. 29-49 apud FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

¹⁹¹ Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Habeas Corpus nº 5023725-56.2015.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto, Paraná, 8.^a Turma, Data de julgamento: 21/08/2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150807-13.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

¹⁹² PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 573.

¹⁹³ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 75.717, Rel. Des. Jane Silva, 5.^a Turma, Paraná, julgamento: 06/09/2007. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_75717_PR_1306981630487.pdf?Signature=oOG4U5p1Ph3IPdBt6glvNwQIXPc%3D&Expires=1542731684&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=68e457a428560422520557ca0a7abf12. Acesso em: 05 nov. 2018.

Não há que falar em constrangimento ilegal quando a custódia preventiva do réu foi imposta mediante idônea motivação, sobretudo na garantia da ordem pública, para evitar a reiteração criminosa e acautelar o meio social, dada a sua periculosidade. (HC 100.714/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/12/2008)¹⁹⁴

O fundamento de risco de reiteração de delitos na aplicação da prisão preventiva em prol da garantia da ordem pública consiste em uma inconstitucionalidade substancial. Embora esta justificativa seja frequentemente utilizada no processo penal brasileiro para decretar prisões preventivas, o princípio constitucional da presunção de inocência é aplicável tanto para fatos já cometidos, quanto para aqueles que podem, por ventura, vir a acontecer posteriormente.¹⁹⁵ Sendo assim, é como se esta justificativa não tivesse a natureza de medida cautelar, e sim de medida de segurança, na medida em que se assemelha a uma função de polícia do Estado.¹⁹⁶

Compreende-se, portanto, que a prisão preventiva por garantia da ordem pública, fundamentada no risco de reiteração de delitos, é uma expressão do adiantamento da punibilidade, com base em um juízo de culpabilidade já formado. Neste sentido, Pacelli ensina:

O argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão, é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade. Como se percebe, a questão é bastante complexa¹⁹⁷.

Sabemos, após exaustiva análise dos capítulos anteriores, que a perspectiva do ordenamento jurídico-penal prospectiva, cuja punição

¹⁹⁴ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 100.714, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a Turma, Pará, julgamento: 18/12/2008, DJe 09/03/2009.

¹⁹⁵ LOPES JR., Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de fevereiro de 2015, 14h21, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 03 nov. 2018.

¹⁹⁶ Ibid. Acesso em: 03 nov. 2018.

¹⁹⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 574.

baseia-se pelos fatos futuros, é um dos elementos típicos do direito penal do inimigo.¹⁹⁸

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana também foi violado, no âmbito do réu submeter-se à prisão preventiva por tempo indeterminado. Marcelo Odebrecht enquadrou-se nesta condição em 19 de junho de 2015, momento no qual o juiz Sérgio Moro decretou sua prisão preventiva até 8 de março de 2016, quando foi condenado a 19 anos e 4 meses de prisão.

Ocorre que o Código de Processo Penal brasileira é omissa quanto ao prazo de duração da prisão preventiva, assim como também não prevê expressamente o prazo de aplicação das demais cautelares.¹⁹⁹ Sobre isso, o STF posicionou-se:

Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar, considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu. O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário [...]. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) [...] significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). [...] O indiciado e o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável(e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes.²⁰⁰

Infere-se, portanto, que a prisão preventiva é uma medida de natureza excepcional. É sabido que o deslinde da Operação Lava-Jato

¹⁹⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 90.

¹⁹⁹ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 582.

²⁰⁰ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 95464, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, São Paulo, julgamento: 03/02/2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3097398/habeas-corpus-hc-95464-sp>. Acesso em: 04 nov. 2018.

decretou a prisão preventiva de diversos acusados e, por isso, cabe a seguinte reflexão: será que os casos ocorridos na Lava-Jato levaram em consideração uma análise minuciosa da extrema necessidade de se decretar prisão preventiva? Ainda mais quando o próprio juiz que lidera os julgamentos da mencionada operação considera que “excepcional não é a prisão cautelar, mas grau de deterioração da coisa pública”.²⁰¹

Sobre a declaração de Moro, o mesmo deixa claro a sua motivação ao decretar as prisões preventivas no decorrer da investigação, ao explicar a função primordial exercida pelas prisões promovidas na Itália.

A estratégia de ação adotada pelos magistrados incentiva os investigados a colaborar com a Justiça. A estratégia desde o início submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de que outros já teriam confessado e levantado a perspectiva de permanência na prisão pelo menos no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de soltura imediata em caso de uma confissão.²⁰²

Assim, pode-se afirmar que o juiz Sérgio Moro buscou aplicar a “deslegitimação” que aconteceu na operação italiana conhecida como Mãos Limpas, que desmoralizou políticos e empresários denunciados, de modo a reduzir a credibilidade deles no momento de defender-se de acusações.²⁰³

No caso concreto, não há comprovação fática de que Marcelo Odebrecht tenha praticado crimes, ameaçado testemunhas, suprimido provas, fugido ou tentado fugir do país. Sendo assim, o caráter cautelar da prisão preventiva é afastado em detrimento do combate à corrupção. Esta motivação sofre diversas críticas, no sentido de que a medida cautelar mencionada não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do réu, assim como deve haver demonstração da necessidade concreta de

²⁰¹ FALCÃO, Márcio. Moro: a prisão cautelar não é excepcional. *Jotainfo*, mai. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/moro-prisao-cautelar-nao-e-excepcional-04052017>. Acesso em: 04 nov. 2018.

²⁰² LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 43.

²⁰³ Ibid. p. 24.

decretar-se a prisão preventiva, não se baseando somente na gravidade em abstrato do crime.

Além disso, outra crítica à prisão preventiva no âmbito da Lava Jato consiste em afirmar que esta é uma forma de coagir o indivíduo, que se vê privado de sua liberdade, a delatar o esquema de corrupção, muito embora os julgados afirmem que não existe essa motivação em segundo plano.²⁰⁴

Vivemos um período tão especial – não tão raro assim em nossa história, vamos admitir – em que as pessoas não são presas porque foram julgadas ou condenadas. Elas são presas para confessar e delatar, o que os responsáveis da Lava-Jato costumam negar, mas a matemática trabalha contra seu argumento: das dezoito delações do caso, só uma foi feita com o acusado em liberdade.²⁰⁵

Manoel Pastana, procurador da República e autor de pareceres favoráveis à Lava-Jato, admitiu em parecer sobre o *habeas corpus* 5029050- 46.2014.404.0000, relativo ao caso “Lava Jato”, que a prisão preventiva serve de estímulo para os acusados realizarem acordo de colaboração premiada. Há, aqui, uma lógica de guerra, onde o alvo é visto como inimigo.²⁰⁶

A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso do paciente, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-lo na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos.²⁰⁷

²⁰⁴ “Não se trata, portanto, de prisão para confissão ou delação, como querem fazer crer alguns, tampouco de juízo arbitrário ou seletivo. Há critérios para a decretação das prisões, os quais se fundam na garantia da ordem pública. Há delatores presos e não delatores em liberdade. Bom exemplo disso é o investigado e réu Ricardo Pessoa que, após a obtenção da liberdade provisória, decidiu, por iniciativa própria, celebrar acordo de delação premiada, recentemente homologado pelo Supremo Tribunal Federal.”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Habeas Corpus nº 5023725-56.2015.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto, Paraná, 8ª Turma, Data de julgamento: 21/08/2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150807-13.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

²⁰⁵ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 328.

²⁰⁶ Ibid. p. 328.

²⁰⁷ MPF. Parecer da Procuradoria da República da 4ª Região no Habeas Corpus 5029050-46.2014.4.04.0000. Procurador Manoel Pestana, Porto Alegre, 21 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

Em relação ao parecer supracitado, Miguel Reale Júnior ponderou:

Transformar a prisão, sem culpa reconhecida na sentença, em instrumento de constrangimento para forçar a delação, é uma proposta que repugna ao Estado de Direito: ou o acusado confessa e entrega seus cúmplices, ou permanece preso à espera do julgamento, com a possibilidade de condenação, mas possível de uma grande redução da pena se colaborar com as investigações.²⁰⁸

Por sua vez, os advogados Antônio Claudio Mariz de Oliveira e Ives Gandra vislumbram nas delações premiadas ocorridas no desenvolvimento da Operação Lava-jato uma forma de tortura moderna:

Uma delas (das formas de tortura) é a tortura moral, esta sofisticadamente imposta aos presos preventivos, e a busca de sua confissão premiada leva o Poder Judiciário a mantê-los encarcerados por tanto tempo quanto necessário para derrubar sua resistência psíquica, sendo a confissão e a delação premiada o caminho para sair das prolongadas prisões decretadas.²⁰⁹

Ademais, a respeito da justificativa da prisão preventiva se dar por motivos de garantia da ordem pública, os advogados citados acima fazem crítica:

É de se lembrar que, no tocante aos acusados da Odebrecht, o risco de fuga é nenhum. Quando seus nomes surgiram, pela primeira vez na imprensa, se essa fosse intenção, já teriam fugido meses atrás. Este fundamento não subsiste, portanto, para justificar a manutenção da prisão preventiva. O mesmo se diga da destruição de documentos. Têm, hoje, as autoridades públicas mais informações sobre qualquer cidadão do que o próprio cidadão, por um sofisticado sistema de controle [...] Por fim, a justificativa da manutenção da prisão para que essas pessoas não ponham em risco a ordem pública é absolutamente não razoável, tendo em conta todos os holofotes midiáticos e instrumentos governamentais de sempre (PF, MP e PJ) voltados para uma empresa que tem milhares de

²⁰⁸ JÚNIOR, Miguel Reale. Prisão para pressionar confissão desfigura a delação premiada. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-08/miguel-reale-jr-prisao-delatar-desfigura-delaçao-premiada>. Acesso em: 06 nov. 2018.

²⁰⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; DE OLIVEIRA, Antônio Claudio Mariz. O direito de defesa na Constituição. A natureza jurídica da prisão preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer. *Revista dos Tribunais*, outubro de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.960.13.PDF. Acesso em: 06 nov. 2018.

empregados e que continua a trabalhar, gerando desenvolvimento, empregos e tributos, apesar da inflação acentuada, crescente desemprego e queda da atividade econômica por força de equivocada política governamental.²¹⁰

Grande parte dos acusados da Lava Jato foram presos com o argumento genérico de que representa uma ameaça “à ordem pública”, quando é fácil perceber que uma prisão nessas circunstâncias estão desproporcionais à razoabilidade da questão. Há quem considere que o motivo de tantas prisões preventivas em face de acusados da Lava-jato possui caráter político, e não jurídico.²¹¹

Além disso, a justificativa da prisão preventiva devido à garantia da ordem pública exprime conceito vago e carece de elementos explicativos, assim como ocorre na prisão preventiva por conveniência da instrução processual. Justamente por serem expressões de ampla abrangência, devem ser analisadas com extrema cautela porque muitos abusos destinados a forçar confissões e delações premiadas podem ser a real motivação do decreto desta modalidade de prisão, prevista no art. 312, CPP.

Por isso, a prisão preventiva como meio de produção de prova é classificada como modalidade de guerra ao inimigo. Isto aconteceu com diversos réus da Operação Lava-Jato, como é o caso de Marcelo Odebrecht, sendo evidente como a prisão preventiva o influenciou a aceitar o acordo de colaboração premiada, visto que ele teria direito a receber alguns benefícios mediante o fornecimento de algumas informações importantes para a persecução penal.

Primeiramente, o réu havia afirmado em setembro de 2015 – estando preso preventivamente desde junho do referido ano – que ele era inocente e que não cogitava participar de uma colaboração premiada, pois “para

²¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; DE OLIVEIRA, Antônio Claudio Mariz. O direito de defesa na Constituição. A natureza jurídica da prisão preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer. *Revista dos Tribunais*, outubro de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.960.13.PDF. Acesso em: 06 nov. 2018.

²¹¹ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 258.

dedurar primeiramente precisa ter o que dedurar”. Somente em 25 de maio de 2016, Marcelo e o Ministério Público firmaram acordo de delação premiada e leniência. A pena dele caiu de 31 anos de prisão em regime fechado para 10 anos. Após dois anos e meio preso, o réu saiu da cadeia para cumprir sua pena em prisão domiciliar.²¹²

Destaca-se, também, que as prisões preventivas dos acusados da Lava-Jato, assim como descrevi acima no caso de Marcelo Odebrecht, se deram em prazos absurdamente longos, sem provas nem indícios consistentes de culpa.²¹³ Isto permite concluir que a decisão de colaborar com a investigação partiu de um apelo urgente pela melhoria de sua situação carcerária. Não é uma colaboração que tem origem na vontade de ajudar na investigação criminal, mas sim na concessão de benefícios que seria feita em seu proveito. Portanto, não houve voluntariedade, sendo esta uma condição essencial para a cooperação judicial prevista no art. 4º, da Lei nº 12.850/2013.

Sobre a prisão preventiva de Marcelo Odebrecht e a pressão para que o réu participe de acordo de colaboração premiada, o jornalista Pedro Breier afirma:

Marcelo Odebrecht está preso há mais de um ano em Curitiba. Seu advogado entrou com pedido de liberdade no último dia 5, mas desistiu no dia 13, alegando “motivo que se encontra em sigilo judicial”. Segundo a Folha a desistência ocorreu por pressão dos procuradores do Ministério Público, que condicionaram a continuidade das negociações para o acordo de delação premiada de Marcelo à desistência do pedido de liberdade. A matéria afirma que os procuradores “consideraram que a solicitação de liberdade ia contra o clima colaborativo das negociações que estão em curso”.

Trata-se do episódio mais recente a demonstrar os graves problemas da utilização da delação premiada no processo penal. A liberdade deixa de ser direito fundamental para virar objeto de barganha na negociação entre réu e procuradores. A prisão preventiva é (deveria ser) medida excepcional, a ser utilizada somente quando demonstrada a sua real e proporcional necessidade. Quando a prisão vira objeto de pressão para que o réu feche acordo de delação

²¹² Marcelo Odebrecht sai da cadeia para cumprir prisão domiciliar. *GLOBO. G1*. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/12/marcelo-odebrecht-deixa-cadeia-para-cumprir-prisao-domiciliar.html> . Acesso em: 05 nov. 2018.

²¹³ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 235.

está sendo cometida uma ilegalidade pelos membros do Ministério Público, em tese os fiscais da lei.²¹⁴

O professor Thiago Bottino corrobora a afirmação acima:

O suspeito ou acusado que opta por cooperar com a parte acusatória também faz uma escolha racional. E, no modelo da colaboração premiada, com certeza não se trata de uma ação espontânea e irrefletida, já que pressupõe a assistência de um advogado.

A escolha consciente e voluntária pela colaboração premiada pressupõe um cálculo de custo-benefício, evidenciando o caráter utilitário da medida. O criminoso avaliará o benefício esperado (vantagens que receberá pela cooperação) e o custo esperado (aí considerados, de um lado, o risco em não cooperar, ou, de outro lado, os efeitos do descumprimento do acordo).²¹⁵

Cumpre relembrar, ainda, que a Operação Lava-Jato foi exageradamente publicizada pela mídia. Sobre o fenômeno da “judicialização da política”, Rubens Casara elucida:

O Judiciário brasileiro, e não só o Supremo Tribunal Federal, encontra-se em um momento no qual busca superar a desconfiança da população. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário assume um protagonismo inédito e, não raro, frustra as expectativas que o cercam. Nessa busca por legitimidade, em meio ao fenômeno da “judicialização da política”, por vezes, os juízes acabam por ceder àquilo que o jurista francês Antoine Garapon chamou de “tentação populista”, que, grosso modo, significa julgar para agradar a “opinião pública”, o que guarda semelhança com o fenômeno da espetacularização do processo. Acontece que, muitas vezes, o que se entende por “opinião pública” não passa de interesses privados encampados pelos meios de comunicação em massa.²¹⁶

Infelizmente, a espetacularização da Operação Lava-Jato concede tratamento discriminatório aos acusados na investigação, como é o caso de Marcelo Odebrecht, que teve a sua presunção de inocência violada, na

²¹⁴ Por delação, defesa de Odebrecht desiste de pedido de liberdade. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1792686-por-delaçao-defesa-de-marcelo-odebrecht-desiste-de-pedido-de-liberdade.shtml>. Acesso em: 04 nov. 2018.

²¹⁵ BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RBCCRIM/vol. 122, 2016, p. 10. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.14.PDF. Acesso em: 04 nov. 2018.

²¹⁶ LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Especial, 2015, p. 168.

medida em que a mídia divulga os acontecimentos e a população começa a julgar o sujeito como culpado, antes mesmo de haver uma sentença criminal irrecorrível.

Dessa forma, Marcelo Odebrecht é tratado como inimigo interno e não como cidadão, que teria seus direitos e garantias constitucionais assegurados.

3.2. Execução provisória da pena e prisão em segunda instância – Caso Lula.

O Ministério Público Federal denunciou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva – popularmente conhecido como Lula – pelos crimes de corrupção passiva (art. 317, CPP) e lavagem de dinheiro (art. 1º, Lei 12.683/2012). A denúncia tem como objeto o tríplice localizado no Guarujá, São Paulo, que teria sido recebido e reformado mediante pagamento de propina da OAS como contrapartida por contratos da empresa com Petrobrás.

Em julho de 2017, o juiz federal Sérgio Moro, que assumiu os julgamentos da Operação Lava-jato em primeira instância, condenou Lula a 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de prisão, em decorrência dos ilícitos descritos acima.

O ex-presidente recorreu contra a decisão supracitada em segunda instância mediante interposição de recurso de apelação criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. No entanto, os desembargadores da 8ª Turma do TRF-4 rejeitaram o recurso e, em decisão unânime, mantiveram a condenação em primeira instância, aumentando a pena imputada para 12 (doze) anos e 1 (um) mês de prisão.

No acórdão da decisão do TRF-4, infere-se que:

Em observância ao quanto decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292/SP, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo, ou julgados estes, deverá ser oficiado à origem para dar início à execução das penas.²¹⁷

Contra tal decisão, a defesa de Lula impetrou *habeas corpus* perante o STJ e STF, com a finalidade de impedir a sua prisão antes que a decisão transitasse em julgado e, conseqüentemente, não restasse qualquer alternativa de recurso.

No âmbito do STJ, o *habeas corpus* preventivo nº 434.766/PR foi impetrado em favor de Lula, cuja ordem foi denegada em 06 de março de 2018.²¹⁸ Por sua vez, no dia 04 de abril de 2018, o STF julgou o *habeas corpus* nº 152.752 impetrado no dia 02 de fevereiro de 2018. Contra o referido remédio constitucional, o Rel. Min. Edson Fachin votou pela denegação da ordem pleiteada. Os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e a presidente do Supremo Carmen Lúcia acompanharam o voto.

Em sentido diametralmente oposto, os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello votaram em favor da concessão do *habeas corpus*.

Nas exatas palavras do Min. Celso de Mello:

A execução provisória ou prematura da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do paciente de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República, art. 5, inciso LVII.²¹⁹

²¹⁷ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Despacho. Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, Paraná, Exmo. Juiz Sérgio Moro, 05/04/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180405-30.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

²¹⁸ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 434766, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, Paraná, julgamento: 06/03/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559880097/habeas-corpus-hc-434766-pr-2018-0018756-1/inteiro-teor-559880107>. Acesso em: 08 nov. 2018.

²¹⁹ Por 6 votos contra 5, STF nega habeas corpus a Lula; veja como votou cada ministro. *GLOBO. GL*. 2018, 06m:17s, son., color. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/videos/v/por-6-votos->

Por decisão de 6x5, o Supremo negou o *habeas corpus* preventivo em face do paciente Luiz Inácio Lula da Silva, permitindo a sua prisão em segunda instância. No entanto, Lula somente poderia ser preso após a apreciação dos embargos de declaração – recurso que não tem o poder de alterar a condenação do ex-presidente e absolvê-lo, visto que não tem efeito suspensivo.

Sendo assim, a defesa de Lula interpôs embargos de declaração ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo provimento foi negado por unanimidade. Consequentemente, como já era previsto, o TRF-4 expediu ofício ao juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, autorizando Sérgio Moro a decretar a execução da pena de Lula.²²⁰

A partir dos fatos relatados, extrai-se que Lula foi efetivamente preso antes de esgotar todos os recursos cabíveis contra a decisão proferida pelo tribunal de segunda instância, posto que o ex-presidente ainda poderia recorrer em liberdade às instâncias superiores – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao próprio Supremo Tribunal Federal (STF).

Portanto, a prisão de Lula foi efetuada antes do trânsito em julgado da sua condenação criminal, configurando execução provisória da pena, que não é admitida na Constituição Federal, muito menos no Código de Processo Penal, o qual somente admite prisão cautelar ou prisão em flagrante, a qual será convertida em prisão preventiva nos termos do art. 312, CPP.

Não cabe ao presente estudo a análise de mérito. O objetivo é tão somente atentar para a discussão quanto à constitucionalidade da execução provisória da pena de Lula, a partir da leitura do acórdão do Supremo

contra-5-stf-nega-habeas-corpus-a-lula-veja-como-votou-cada-ministro/6636907/. Acesso em: 08 nov. 2018.

²²⁰ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Despacho. Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, Paraná, Exmo. Juiz Sérgio Moro, 05/04/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180405-30.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

Tribunal Federal que rejeitou a concessão da ordem do *habeas corpus* preventivo. Esta posição do STF foi orientada pela decisão pontual adotada no HC nº 126.292/SP. Por isso, faz-se mister analisar o entendimento do Supremo neste *habeas corpus*, antes de adentrarmos ao caso concreto em questão.

Em 2016, o STF julgou o *habeas corpus* nº 126.292/SP, reconhecendo, no caso em particular, a possibilidade de execução provisória da sentença, mesmo que o réu ainda tivesse o direito de recorrer às instâncias do STJ e STF.

Embora o acórdão do HC supracitado afirme com veemência que a tese fixada não constitui ofensa constitucional ao princípio da presunção de inocência²²¹, esta apreciação é severamente criticada por doutrinadores e aplicadores da lei, vide a regra expressa no art. 5, LVII da Constituição Federal, segundo o qual: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²²²

No tocante à decisão, Pacelli sustenta que a desconsideração do trânsito em julgado contraria o texto constitucional:

A decisão, como se vê, desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso.

E, ao contrário do quanto ali sustentado, a matéria não nos parece ser de conformação legislativa, mas claramente de índole constitucional. A menos que se modifique a Constituição, como assim queria a conhecida proposta de Emenda Constitucional designada por Emenda Peluso, não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser por essa via (constitucional).²²³

²²¹ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, São Paulo, julgamento: 17/02/2016, p. 19. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 08 nov. 2018.

²²² Constituição da República Federal do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2018.

²²³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 53.

O STF, na função de guardião da Constituição que lhe cabe, deveria atentar para o limite expresso na lei, sob pena de se reputar posição inconstitucional. Isto porque admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação criminal, afronta a literalidade do art. 5, LVII, CRFB/88, que possui caráter absoluto, eficácia plena e aplicabilidade imediata.²²⁴ Por isso, esta regra não é passível de interpretação que a altere mediante poder constituinte derivado, qualquer análise judicial ou até mesmo por um processo de mutação constitucional.²²⁵

O jurista José Afonso da Silva reporta em parecer *pro bono* acerca da constitucionalidade do acórdão do HC 126.292/STF – que fundamentou a condenação do ex-presidente Lula em segunda instância – os princípios que se harmonizam com a presunção de inocência:

Os princípios e normas com que se harmoniza o princípio da presunção de inocência, são, em primeiro lugar, os do §1º do art. 5º, segundo o qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, depois, as garantias penais do *nulla sine culpa*, “não há pena sem prévia cominação legal” (art. 5ºXXXIX: importante, porque a execução provisória ou adiantamento da pena, no caso, é aplicar verdadeira pena sem cominação legal), “não há crime sem lei anterior que o defina” (art. 5º, XXXIX), o princípio do devido processo legal (inc. V: aí está, a presunção de inocência é um desses meios e recursos a ela inerentes, entrando aí “recurso”, no sentido mais amplo, incluindo o recurso extraordinário e o especial, em liberdade).²²⁶

Suprimir a extensão da garantia ao direito fundamental de presumir-se inocente até que seja esgotada definitivamente a possibilidade de recursos para atender ao clamor por um processo mais célere, em conformidade com o princípio da duração razoável do processo, não é a

²²⁴ “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm, de acordo com o §1º do art. 5º da Constituição Federal, aplicação imediata, o que evidencia que a Constituição “não é apenas uma ‘instrução’ a desenvolver pelo poder legislativo (tese tradicional do caráter programático das normas constitucionais), mas direito atual a aplicar também pelos juízes e administração” (FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 683).

²²⁵ DE MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969, pp. 618-619 apud SILVA, José Afonso da. Parecer. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

²²⁶ Ibid. Acesso em: 08 nov. 2018.

solução ideal para resolver o problema da imensa quantidade de recursos interpostos, muitas vezes indevidos e sucessivos.

A partir desta perspectiva, José Afonso da Silva elenca diversas medidas que poderiam ser tomadas no âmbito dos órgãos judiciais para contribuir para a celeridade processual, como uma reforma do Judiciário: descentralização da justiça estadual, criação do Tribunal de Apelação, enquanto os Tribunais de Justiça ficariam como tribunal de coordenação e harmonização, bem como a criação de um Superior Tribunal Administrativo com a finalidade de decidir como poder judiciário as causas administrativas de interesse do poder público.²²⁷ No entanto, isto implicaria na redução dos poderes dos órgãos judiciais e parece que isso não é do interesse do próprio STF. Nota-se que há ausência de consideração acerca da segurança da presunção de inocência, pois privilegia-se a hierarquia jurisdicional de tais órgãos em detrimento da segurança da garantia fundamental.

Ademais, o jurista também considera inadequado relativizar a presunção de inocência para beneficiar outros princípios que não se comunicam, tais quais o princípio da duração razoável do processo e da soberania dos vereditos, por exemplo.²²⁸ Caso fosse realizada a ponderação de princípios adequadamente, concluir-se-ia que o princípio da presunção de inocência prevaleceria, devido seu maior grau de densidade axiológica, se comparada a outros bens jurídicos em discussão.²²⁹

Vale destacar que a tese fixada pelo HC 126.292/SP (2016) superou o HC 84.078/MG (2009). O *habeas corpus* 84.078 tratava sobre réu condenado por homicídio duplamente qualificado à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado. O Ministério Público de Minas Gerais requereu ao Tribunal de Justiça a decretação da

²²⁷ SILVA, José Afonso da. Parecer. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

²²⁸ Ibid. Acesso em: 09 nov. 2018.

²²⁹ Ibid. Acesso em: 09 nov. 2018.

prisão do réu antes da subida do Recurso Especial ao STJ, impossibilitando o esgotamento da via recursal.

Diante da autorização do Tribunal de Justiça, o réu impetrou o *habeas corpus* 84.078 no STF para evitar a execução provisória da pena. Após calorosa discussão sobre esta matéria, o STF entendeu pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena e estabeleceu que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado contraria a redação do art. 5, inciso LVII da Constituição Federal – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A ementa do julgado relativo ao HC 84.078 dispõe:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito [...]. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa [...]. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. [...].²³⁰

Neste julgado, verifica-se a aplicação correta do princípio da presunção de inocência. Como pode o Supremo, sete anos depois, modificar

²³⁰ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, Minas Gerais, julgamento: 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 09. nov. 2018.

o entendimento do HC 84.078/MG, alterando a sua orientação em sentido diametralmente oposto, de modo a reduzir a extensão do princípio assegurado constitucionalmente? O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no HC 126.292/SP, responde este questionamento alegando a ocorrência de mutação constitucional:

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente. (...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. (...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. [...].²³¹

Por sua vez, o doutrinador e professor José Afonso da Silva defende que o conceito aplicado de mutação constitucional está correto, mas verifica que a fundamentação está aplicada de forma equivocada – os anseios da população não são comprovados empiricamente, o que há é a percepção do próprio julgador e a aplicação de argumentos de senso comum e questão política, que não são capazes de ensejar uma mutação constitucional propriamente dita.²³² Em consonância com o exposto, o Min. Ricardo Lewandowski sustenta:

[...] consigno que, em nosso sistema jurídico, desde 1988, o trânsito em julgado da decisão condenatória sempre se deu com o esgotamento de todos os recursos e instâncias ordinárias e extraordinárias.

²³¹ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, São Paulo, julgamento: 17/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 09. nov. 2018.

²³² SILVA, José Afonso da. Parecer. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 09. nov. 2018

Alterar essa realidade jurídica exigiria novo disciplinamento constitucional e legal, que só poderia se dar via Congresso Nacional, e não pelo Poder Judiciário, uma vez que a posição do constituinte originário, ainda que não agrade àqueles que perfilham da posição até então majoritária nesta Suprema Corte, exige que seja trilhado o caminho previsto na Constituição Federal, como se espera de um Estado que, além de Democrático, também é de Direito.²³³

Ora, a jurisdição brasileira deve observância à Carta Magna pátria, cujas normas dotadas de supremacia têm que ser acatadas. Não podemos afirmar que não haveria necessidade da exigência do trânsito em julgado para condenar alguém quando esta é uma regra constitucional expressa.

Se fosse possível admitir que de fato ocorreu mutação constitucional, esta seria considerada inconstitucional, porque a interpretação não pode ultrapassar o texto constitucional e seu conteúdo, sob pena de criar uma norma jurídica. Neste sentido, o Rel. Min. Moreira Alves proferiu seu voto na Representação (Rp) 1417:

O S.T.F. - EM SUA FUNÇÃO DE CORTE CONSTITUCIONAL - ATUA COMO LEGISLADOR NEGATIVO, MAS NÃO TEM O PODER DE AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO, PARA CRIAR NORMA JURÍDICA DIVERSA DA INSTITUIDA PELO PODER LEGISLATIVO. POR ISSO, SE A ÚNICA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL PARA COMPATIBILIZAR A NORMA COM A CONSTITUIÇÃO CONTRARIAR O SENTIDO INEQUIVOCO QUE O PODER LEGISLATIVO LHE PRETENDEU DAR, NÃO SE PODE APLICAR O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, QUE IMPLICARIA, EM VERDADE, CRIAÇÃO DE NORMA JURÍDICA, O QUE É PRIVATIVO DO LEGISLADOR POSITIVO.²³⁴

No âmbito do HC 126.292/SP, o Supremo adotou entendimento que altera o texto constitucional e o seu alcance. Veja-se: o art. 5, LVII, CRFB/88 dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e, em sentido contrário, em 2016,

²³³ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 137.063. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, São Paulo, julgamento: 12/09/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137063.pdf>. Acesso em: 15. nov. 2018.

²³⁴ Supremo Tribunal Federal. Rp 1417, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Brasília-DF, julgado em 09/12/1987, DJ 15-04-1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000034270&base=baseAcord> aos . Acesso em: 09. nov. 2018.

o STF admitiu a possibilidade de condenar e aplicar pena imputada ao indivíduo antes do trânsito em julgado.

Desta forma, o caráter absoluto do princípio da presunção de inocência estaria ameaçado, devido à sua relativização. Assim, não seriam todos os indivíduos beneficiados pelo art. 5, inciso LVII, CRFB/88, o que é um grande erro do Poder Judiciário visto que ofende o próprio pressuposto de Estado Democrático de Direito, no qual prevalece o princípio da constitucionalidade (Constituição rígida dotada de supremacia), princípio democrático (garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais) e, principalmente, atenção ao princípio da igualdade (art. 5º, caput e I, CRFB/88) e da legalidade (art. 5º, II, CRFB/88).²³⁵

Por sua vez, o jurista e professor Lênio Streck opina sobre as circunstâncias no âmbito da mudança de entendimento do STF quanto à extensão do princípio da presunção de inocência:

Se a impossibilidade de execução provisória da pena, em HCs como o 69.964 (ministro Sepúlveda) e o HC 84.078 (ministro Eros Grau) *foi fundamentada com base justamente na análise semântica do artigo 5, LVII, não poderia o STF afastar essa ratio decidendisem que demonstrasse*, após igual análise semântica, a eventual compatibilidade dos termos "antecipação", "execução provisória" e "presunção concreta de culpa" — isto é, sem que demonstrasse que os referidos precedentes *erraram* quando entenderam pela incompatibilidade da execução provisória. Isso nem de longe foi feito pelo STF no HC 126.292.²³⁶

Na prática, o Supremo acaba legislando sobre matéria constitucional, na medida em que cria normas que, muitas vezes, não podem ser extraídas dos preceitos constitucionais, relativizando-os. A visão do jurista alemão Konrad Hesse, apoiada por José Afonso da Silva, consiste no fato de que a interpretação não pode alterar o texto previsto Constituição.

²³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 124.

²³⁶ STRECK, Lênio. Presunção da inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC?. *Revista Consultor Jurídico*, 30 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>. Acesso em: 09. nov. 2018.

Onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, terminam as possibilidades da interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma mutação constitucional²³⁷.

Ocorre que o STF, enquanto órgão do Poder Judiciário, não possui competência para criar lei, mas tão somente aplicá-la em conformidade com a Constituição. Por isso, existem limites na interpretação da lei que o Supremo deve respeitar.

Embora a jurisprudência do STF não seja pacífica quanto a mutação constitucional, conclui-se que a fundamentação da mudança de orientação jurisprudencial no sentido de ter havido mutação constitucional é equivocada ou, no mínimo, inconstitucional, pois altera o texto do art. 5º, LVII da Constituição e seu conteúdo. Além disso, inexistente mudança de práticas sociais que justifiquem a alteração do entendimento acerca da execução provisória de pena.²³⁸

O acórdão do *habeas corpus* 126.292/SP cita também a necessidade de atender as “expectativas da sociedade”. Ora, não cabe ao Supremo em âmbito de julgamento de HC deixar de aplicar a lei com observância à Constituição Federal com o intuito de responder ao clamor social no combate à impunidade, sob o risco do STF legislar sobre matéria constitucional, convertendo a presunção de inocência em presunção de culpabilidade.

À guisa de entendimento, quando o Supremo passa a rechaçar a necessidade do trânsito em julgado como limite temporal da presunção de

²³⁷ HESSE, Konrad. *Estudios de Derecho Constitucional*, cit., pp. 101-102 apud SILVA, José Afonso da. Parecer. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

²³⁸ PEDRON, Flávio Quinaud; MORAES, Alexandre Melo Franco de. Crença da mutação constitucional aplicada pelo STF é equivocada. *Revista Consultor Jurídico*, 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 09 nov. 2018.

inocência porque a condenação em segunda instância seria suficiente para prender provisoriamente o acusado, visto que já haveria “alto grau de probabilidade quanto à materialidade e autoria da infração”, configura-se presunção de culpabilidade, vedada pela Constituição Federal pátria.²³⁹

Conforme visto no capítulo anterior (item 2.2), o adiantamento da punibilidade constitui característica fundamental do Direito Penal do inimigo pensado por Jakobs.²⁴⁰ Portanto, a posição do Supremo assemelha-se à teoria que contraria o Estado Democrático de Direito, pois considera como inimigo determinados indivíduos que sejam condenados em segunda instância.

Ademais, cumpre tecer comentários acerca do art. 283, CPP e art. 105 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), ambos plenamente aplicáveis, em conformidade com o art. 5, LVII, CRFB/88. O art. 283 do Código de Processo Penal [...] dispõe:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência da sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Há muita discussão acerca da redação deste artigo em vigor. Foram propostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que pleiteiam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP. Quando os pedidos liminares foram apreciados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevaleceu o entendimento de que o art. 283, CPP não obsta o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.²⁴¹

²³⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; MORAES, Alexandre Melo Franco de. Crença da mutação constitucional aplicada pelo STF é equivocada. *Revista Consultor Jurídico*, 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 09 nov. 2018.

²⁴⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 90.

²⁴¹ Supremo Tribunal Federal. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Disponível em:

Importante destacar que as ações supracitadas ainda estão em tramitação. A partir do momento em que o Plenário do Supremo apreciar as questões de mérito, o entendimento sobre a possibilidade de condenação por sentença penal condenatória em segunda instância será firmado de forma definitiva.

Neste trabalho adotar-se-á posição em conformidade com a opinião de Eugênio Pacelli, segundo o qual a redação do art. 283, CPP impede a execução provisória da pena:

Antes dela (da Lei nº 12.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória.

No entanto, pensamos que a previsão legal de imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma interpretação conforme (à Constituição), para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da imposição concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias.

Agora, como se vê, também essa porta parece fechada. A própria Lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição da execução provisória.²⁴²

Por sua vez, o art. 105 da LEP determina que a pena privativa da liberdade somente será aplicada quando a sentença for transitada em julgado.²⁴³ Infere-se a partir da leitura deste dispositivo que a execução provisória da pena está impedida.

Por fim, após a exaustiva análise dos fundamentos do HC 126.292/SP, que possibilitou a execução provisória do caso Lula, conclui-se que a tese adotada pelo referido *habeas corpus* quanto à possibilidade da execução provisória da pena imposta ao ex-presidente é incompatível com o

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 15. nov. 2018.

²⁴² PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, p. 590. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=208&dataPublicacao=14/09/2017&incidente=5051205&capitulo=6&codigoMateria=2&numeroMateria=131&texto=7149636>. Acesso em: 15 nov. 2018.

²⁴³ Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

art. 5, LVII da Constituição Federal, porque desrespeita o limite temporal exigido, qual seja, o trânsito em julgado da decisão condenatória. Sendo assim, a determinação do cumprimento antecipado da pena, imediatamente após esgotar a jurisdição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região constitui uma medida dotada de flagrante inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

A partir das discussões suscitadas ao longo dos capítulos, algumas conclusões podem ser alcançadas. Neste trabalho, adotou-se a posição de que não é possível esvaziar o Direito Penal do inimigo em sua totalidade porque este é um fato do poder punitivo do Estado. Contudo, é possível reduzir a quantidade de normas que violam o princípio da presunção de inocência.

É imperioso constatar que as sociedades estão em constante transformação, e, conseqüentemente, seus valores acompanham as mudanças conjunturais. A cada projeto de poder, vislumbra-se a preocupação dos grupos dominantes em alcançar os propósitos ideológicos, políticos e econômicos pretendidos, bem como manter a hierarquia social. Sendo assim, o Estado sempre elegerá novos inimigos, conforme exposto no item 2.2.

Ademais, a tendência mundial aponta para o avanço das normas de caráter excepcional, frente à punição de certos delitos e indivíduos que representam um potencial perigo para o projeto de poder em vigor e para a sociedade, amedrontada pela disseminação da cultura do medo. Cresce, assim, o sentimento de impunidade e anseio por legislações penais mais rígidas quanto ao tratamento concedido a estes agentes.

Todavia, reconhece-se a força normativa que emana da Constituição Federal. Os princípios consagrados na Carta Maior, como a presunção de inocência, não podem sucumbir ao punitivismo exacerbado porque são frutos de conquistas legislativas muito importantes para a sociedade, como a regulação dos Direitos Humanos.

Portanto, a Constituição Federal da República do Brasil deve ser respeitada. Não pairam dúvidas acerca das ofensas frontais à Constituição provocadas pela existência do Direito Penal do inimigo no ordenamento

jurídico. Para que a tese defendida por Jakobs realmente merecesse prosperar, o Estado Democrático de Direito cederia ao Estado autoritário, de modo a tornar aptas as normas típicas de Direito Penal do inimigo. No entanto, a solução apresentada não é viável. O Estado Democrático de Direito deve prevalecer em qualquer condição.

Para tanto, a mídia – responsável pelo fomento da espetacularização do processo – deveria ser mais cautelosa e evitar divulgar manchetes sensacionalistas, cujo conteúdo aborda algum processo penal que repercutiu nacionalmente. A notícia deveria ater-se, tão somente, aos fatos que foram efetivamente comprovados após o devido processo legal, de modo a não formar juízos de valor que influenciam o senso comum e prejudicam a persecução penal.

Assim, os juristas e a população precisam clamar pela correta aplicação dos princípios fundamentais, pois à medida que se retira a eficácia da presunção de inocência em face de alguém, nada impede que, posteriormente, as demais pessoas sofram restrições pessoais da mesma natureza.

Por isso, se defende a intangibilidade do caráter absoluto da presunção de inocência consagrado no texto constitucional, esperando-se do Supremo Tribunal Federal uma posição definitiva acerca desse assunto, em sede de controle de constitucionalidade.²⁴⁴

²⁴⁴ O mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 ainda serão apreciadas pelo STF.

BIBLIOGRAFIA

1985 – 30 anos de democracia: A Constituinte – Parte 1. Produção de UNIVESP. 2015, 14min50s, som., color. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=LkBOhfYKZ_s . Acesso em: 01 jun. 2018. Acesso em: 04 nov. 2018.

AQUINO, Rubim; JACQUES, Francisco; LOPES, Oscar; FRANCO, Denize. *História das Sociedades – Das Sociedades Modernas às Sociedades Atuais*. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2003.

BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais: em Busca da Racionalidade no Sistema Processual Brasileiro*. Brasília: TJDFT, 2015, 163 p.

BARBOSA, Beatriz. Pesquisa revela ineficácia da lei de crimes hediondos. *Carta Maior*, 2006. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Pesquisa-revela-ineficacia-da-lei-de-crimes-hediondos/5/11487>. Acesso em: 15 out. 2018.

BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*, 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, 270. p.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2006, 127. p.

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral* 1. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. 954. p.

_____. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral* 1. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral* 1. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2015. 960. p.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RBCCRIM/vol. 122, 2016, p. 10. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.14.PDF. Acesso em: 04 nov. 2018.

Brasil na Segunda Guerra – primeiros anos: da neutralidade ao rompimento com o Eixo. *UOL*, 04. ago. 2008. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/brasil-na-segunda-guerra---primeiros-anos-da-neutralidade-ao-rompimento-com-o-eixo.htm>. Acesso em 19 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 02 jun. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 27, de 1992. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 31 mai. 2018.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de maio de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 31 mai. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 4 de 10 de junho de 1835. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM4.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. MPF. Parecer da Procuradoria da República da 4ª Região no Habeas Corpus 5029050-46.2014.4.04.0000. Procurador Manoel Pestana, Porto Alegre, 21 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>. Acesso em 04 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 434766, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, Paraná, julgamento: 06/03/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559880097/habeas-corpus-hc-434766-pr-2018-0018756-1/inteiro-teor-559880107>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 44.049. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – Rel. p/Acórdão Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, São Paulo, julgado em 12.06.2006 – DJ 19.12.2007

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 75.717, Rel. Des. Jane Silva, 5ª Turma, Paraná, julgamento: 06/09/2007. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_75717_PR_1306981630487.pdf?Signature=oOG4U5p1Ph3lPd6t6glvNwQIXPc%3D&Expires=1542731684&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=68e457a428560422520557ca0a7abf12. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 89. 935. Rel.^a Min^a Maria Thereza Assis Moura, 6ª Turma, Bahia, julgado em: 06.05.2008 – DJ 26.05.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 89.935. Rel.^a Min.^a Maria Thereza Assis Moura, 6ª Turma, Bahia, julgado em: 06.05.2008 – DJ 26.05.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Distrito Federal, julgamento: 05/10/2016. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959-7. Relator: Min. Marco Aurélio, São Paulo, Tribunal Pleno, Julgamento: 23/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em: 15. nov. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 100.714, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a Turma, Pará, julgamento: 18/12/2008, DJe de 09/03/2009.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.^a Turma, Rio Grande do Sul, julgamento: 06/03/2012, DJe 27.3.2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, São Paulo, julgamento: 17/02/2016, p. 19. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 137.063. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, São Paulo, julgamento: 12/09/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137063.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, Minas Gerais, julgamento: 05/02/2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6085>
31. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 95464, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, São Paulo, julgamento: 03/02/2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3097398/habeas-corpus-hc-95464-sp>. Acesso em: 04 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23452. Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, Rio de Janeiro, julgamento: 16/09/1999). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>. Acesso em: 26 out. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 1.038.925, Relator: Min. Gilmar Mendes, São Paulo, Plenário, Julgamento: 18/08/2017). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13625646>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 1417, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Brasília-DF, julgado em 09/12/1987, DJ 15-04-1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000034270&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Despacho. Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, Paraná, Exmo. Juiz Sérgio Moro, 05/04/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180405-30.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Despacho. Pedido de busca e apreensão criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000. Exmo. juiz Sérgio Moro, Paraná, 15/02/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moro-ordena-prisao-empresario-volta.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Habeas Corpus nº 5023725-56.2015.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto, Paraná, 8ª Turma, Data de julgamento: 21/08/2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150807-13.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. MPF. Para o cidadão: caso Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em: 17 nov. 2018.

CALZA, Morgana. Direito, Ditadura Militar e Constituição de 1988. *Revista Jus Navigandi*, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45529/direito-ditadura-militar-e-constituicao-de-1988>. Acesso em: 01 jun. 2018

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 6. ed.. vol. 4. São Paulo: Editora Saraiva. 2011, 869. p.

CASARIL, Letícia. Investigação do crime organizado: a infiltração policial. Rio Grande do Sul, 2009. 17. p. Artigo Acadêmico. Centro Acadêmico André da Rocha, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2009/09/24-artigo-14.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

COSTA, André de Abreu. Comentários à Súmula 444, do STJ: Sobre os antecedentes e a conduta social. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 18 abr. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31757&seo=1>. Acesso em: 02 jun. 2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2018.

Execução de pena: OAB diz que decisão do STF agilizará julgamentos, *Revista Consultor Jurídico*, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-06/decisao-stf-execucao-pena-impoe-rapidez-justica-oab>. Acesso em: 03 jun. 2018.

FALCÃO, Márcio. Moro: a prisão cautelar não é excepcional. *Jotainfo*, mai. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/moro-prisao-cautelar-nao-e-excepcional-04052017>. Acesso em: 04 nov. 2018.

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 10 jan. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52030&seo=1>. Acesso em 02 jun. 2018.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 845. p.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4255759/mod_resource/content/1/Leitura%20obrigat%C3%B3ria.%20O%20que%20%C3%A9%20e%20o%20que%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20teoria%20do%20dom%C3%ADnio%20do%20fato.%20Claus%20Roxin.pdf. Acesso em: 05 nov. 2018.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed., Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009. 184. p.

HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*. Editora Paz e Terra, 1977, p. 71, 366. p.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6. ed., 3. tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 118. p.

JÚNIOR, Miguel Reale. Prisão para pressionar confissão desfigura a delação premiada. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-08/miguel-reale-jr-prisao-delatar-desfigura-delacao-premiada>. Acesso em: 06. nov. 2018.

JUNIOR, Paulo Eduardo Duarte de Oliveira. Processo penal e mídia: a cultura do medo e a espetacularização dos juízos criminais. Rio Grande do Sul, 2012, 161. p. Tese de Mestrado em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3178/Paulo%20Eduardo%20Duarte%20de%20Oliveira%20Junior.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 nov. 2018.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2, 120. p.

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. 6. ed, Curitiba: Juruá, 2009, 911. p.

LEITE, Alex Estevam de Souza. Regime Disciplinar Diferenciado: a neutralização do "inimigo". *Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília - DF: 04 out. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29188>. Acesso em: 14 nov. 2018.

LEITE, Carolina Salgueiro Vieira. O Agente Infiltrado: Considerações sobre o novo instrumento de investigação à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro, 2018, 65. p. Monografia (Bacharelado em Direito). FGV – Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24103/CAROLINA%20SALGUEIRO%20VIEIRA%20LEITE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 nov. 2018.

LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da lava-jato: uma investigação que se transformou numa operação contra a democracia*. São Paulo: Geração Editorial, 2015, 448. p.

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 10 out. 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 7. ed., vol. 1, 2011, 736. p.

_____; ROSA, Alexandre Moraes. *Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva*. Revista Consultor Jurídico, 06 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em 03 nov. 2018.

MACCACHERO, Alice de Lemos. *O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro, 2017, 54. p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33028/33028.PDF>. Acesso em: 14 nov. 2018.

Marcelo Odebrecht sai da cadeia para cumprir prisão domiciliar. *GL GLOBO*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/12/marcelo-odebrecht-deixa-cadeia-para-cumprir-prisao-domiciliar.html>. Acesso em: 05 nov. 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; DE OLIVEIRA, Antônio Claudio Mariz. *O direito de defesa na Constituição. A natureza jurídica da prisão*

preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer. *Revista dos Tribunais*, outubro de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.960.13.PDF. Acesso em: 06 nov. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 1278. p.

MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. Prisão para delatar transforma a preventiva em método de tortura. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-20/opiniao-ilegalidade-prisao-preventiva-delatar>. Acesso em: 16 nov. 2018.

MENEZES, Djacir. *Direito, Política e Tecnocracia*. p. 1. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/viewFile/59633/5798>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. rev. e atual. até dezembro de 2004. São Paulo: Atlas, 2005, 849. p.

MOURA, Maria Vitória Ullmann de. Possibilidades e limites da infiltração de agentes policiais no crime organizado. 2016, Lajeado/Rio Grande do Sul, 97. p. Monografia (Bacharelado em Direito). Centro Universitário UNIVATES. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2016mariavitoriaullmanndemoura.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

NAVARRO, Roberto. Quais eram os métodos medievais mais usados para fazer torturas?. *Revista Superinteressante*. 18. abr. 2011, 18h58. Disponível

em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-foi-a-inquisicao/>.
Acesso em: 11 nov. 2018

NETO, Manoel Valente Figueiredo, MESQUITA, Yasnaya Polyanna Victor Oliveira de, TEIXEIRA, Renan Pinto, ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301%3E. Acesso em: 14 nov. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 6. ed. rev., reform. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 748. p.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, 1100. p.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, p. 590. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=208&dataPublicacao=14/09/2017&incidente=5051205&capitulo=6&codigoMateria=2&numeroMateria=131&texto=7149636>. Acesso em: 15 nov. 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud; MORAES, Alexandre Melo Franco de. Crença da mutação constitucional aplicada pelo STF é equivocada. *Revista Consultor Jurídico*, 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 09 nov. de 2018.

Por 6 votos contra 5, STF nega habeas corpus a Lula; veja como votou cada ministro. *GI. GLOBO*. 2018, 06m:17s, son., color. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/videos/v/por-6-votos-contra-5-stf-nega-habeas-corpus-a-lula-veja-como-votou-cada-ministro/6636907/>. Acesso em: 08 nov. 2018.

Por delação, defesa de Odebrecht desiste de pedido de liberdade. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1792686-por-delacao-defesa-de-marcelo-odebrecht-desiste-de-pedido-de-liberdade.shtml>. Acesso em: 04 nov. 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, 391. p.

SÁ, Ioni Carine Cavalcanti. Processo penal de emergência: O emprego da prisão preventiva como método para obtenção de delações premiadas na Operação Lava Jato. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5525, 17 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68322>. Acesso em: 25 out. 2018.

SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. O que se entende por fumus commissi delicti?. *Jusbrasil*, 2011. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923880/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti>. Acesso em: 13 nov. 2018.

SICA, Leonardo. Infiltração policial: posição contrária. *Jornal Carta Forense*, 03. set. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-posicao-contraria/11949>. Acesso em: 13 nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, 936. p.

SILVA, Lucas do Monte. O Direito Penal Do Inimigo e a corrupção No Brasil. *Polít. crim.*, Santiago, 2016, 27. p. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A8.pdf. Acesso em: 28 out. 2018

SOUSA, Kárita Katharine Silva Nunes de Sousa. A Lei de Drogas à Luz do Direito Penal do Inimigo. Brasília, 2012. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/605/3/20766213_K%C3%A1rita%20Souza.pdf. Acesso em: 14 nov. 2018.

SOUZA, Luciana Correa. Princípio Da Insignificância E O Manejo Equívocado Pelos Tribunais Superiores. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, no 1200. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3790/principio-insignificancia-manejo-equivocado-pelos-tribunais-superiores>. Acesso em: 14 nov. 2018.

STRECK, Lênio. Presunção da inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC?. *Revista Consultor Jurídico*, 30 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>. Acesso em: 09 nov. 2018.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de Colarinho Branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. 1. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2015, 416. p.

TASSE, Adel el. Nova Lei de Crime Organizado. *Lex Magister*, Porto Alegre. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24840822_NOVA_LEI_DE_CRIME_ORGANIZADO.aspx. Acesso em: 19 out. 2018.

UCHA, Larissa Gomes. O Supremo Tribunal Federal e a teoria do domínio do fato: retomada técnica da Ação Penal 470. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4723, 6 jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49207/o-supremo-tribunal-federal-e-a-teoria-do-dominio-do-fato>. Acesso em: 5 nov. 2018.

VICENTINI, Naiara. Execução da pena privativa de liberdade em segunda instância: constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Rio Grande do Sul, 2018, 48. p. Dissertação (Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso de especialização da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmesc). Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180503-04.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª Edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 224. p.