

O DIREITO PENAL DO AUTOR EM CONTRADIÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Elissa Rafaela Almeida da Silva¹
Laila Emidiana de Oliveira Allemmand²

RESUMO

A realização do presente projeto norteia a evolução do Direito Penal do Autor tendo como uma visão normativa da reação do sistema jurídico frente aos problemas sociais com os riscos do mundo pós-moderno, sendo de importância o tratamento dado a estes cidadãos que abordam comportamentos delitivos e afetam conseqüentemente elementos essenciais e vulneráveis da identidade da sociedade. Logo, a aplicação das penas, correlacionada com as garantias fundamentais, como bem expressa o princípio da presunção da inocência, faz pressupor que a sua violação seja uma ameaça aos princípios e garantias do Estado de direito, à segurança societária, em claro prejuízo à segurança normativa.

Palavras-chave: Direito Penal do Autor, Princípio da Presunção Inocência, Estado de direito, Direito Penal do Inimigo.

INTRODUÇÃO

A expectativa de um comportamento correto não pode ser mantida contrafactualmente de modo ilimitado, uma vez que o Estado deve procurar uma vigência real do direito em razão do Direito Penal do Estado contrapor o Direito Penal do Autor. O Estado, ao assim agir, submete a uma expectativa normativa dirigida para determinada pessoa, pois carece de comportamento cognitivo anterior por parte desta pessoa.

No entanto, o asseguramento normativo frente ao autor, anula o Estado de direito, uma vez que o limite do poder fica em mãos de um soberano que individualiza inimigos por decisão política e contra quem não se pode oferecer resistência, ocorrendo assim a violação do próprio Estado de direito.

Destarte, vale mencionar que seria o mesmo que rebaixar as condições de uns em detrimento de outros, pois, de certo modo, inibir o avanço da criminalidade ao mesmo tempo deixa aberta uma porta ao Direito penal autoritário, incompatível com a democracia vigente, podendo incorrer em graves falhas, além de retroceder aos regimes ditatoriais. Ademais, não observar os trâmites legais e pressupor alguém desde logo como condenado sem os devidos direitos constitucionais, viola frontalmente o princípio da presunção da inocência garantido pela Constituição Federal.

O trabalho, então, objetiva analisar como o Direito Penal do Autor não é recepcionado pela Constituição Federal, que resguarda a presunção da inocência como garantia do cidadão que só pode ter sua liberdade tolhida perante o processo judicial. Desta forma, pretende-se confirmar ou não a hipótese de que a aplicação do Direito Penal do Autor em nosso sistema

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 151BM. E-mail: elissa.rafaela@hotmail.com

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Graduada pela Universidade Estadual de Mato Grosso – UNEMAT. Orientadora. E-mail: allemmandlaila@gmail.com

jurídico, sem maiores digressões, seria uma afronta direta a diversos direitos fundamentais constitucionais.

1 A FUNÇÃO ESSENCIAL DO DIREITO PENAL NO ESTADO DE DIREITO

Consoantes preceitos da doutrina majoritária, o Direito Penal do Inimigo tem estreita ligação podendo ser confundido com o Direito Penal do Autor, o qual criminaliza condutas levando-se em consideração o estilo de vida adotado pelo autor, extirpando os cidadãos que aparentemente lhe sejam prejudiciais por suposições sem conteúdo fático violando, dessa maneira, o princípio da presunção de inocência, sendo responsável pela defesa da liberdade dos indivíduos, conforme dispõe o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Tendo em vista que a inflexibilidade das leis as impede de se moldar aos acontecimentos este fato pode, em certos casos, torná-las perniciosas, e causar, por si mesmas, a perda do Estado, em sua crise. Mas apenas os grandes perigos podem contrabalançar de maneira mais veemente aquele que de alguma forma alterar a ordem pública, e jamais se deve tolher o poder sagrado das leis, exceto quando se tratar da salvação da pátria.

Nessa perspectiva, o conceito de inimigo fora contextualizado por Jakobs, numa teoria com a fundamentação na individualização de certas pessoas como inimigos, com tratamento penal diferenciado limitado aos inimigos no marco de um estrito direito penal do autor, com o intuito de identificar e conter os inimigos, limitando dessa maneira as garantias e as liberdades dos cidadãos, pois todos os cidadãos serão colocados sob o risco de serem indevidamente processados e condenados como supostos inimigos.

Desse modo, afirma Jakobs (2005, p.42) que:

Quando o cidadão age de modo esperado, significa que cumpriu o seu papel social ao obedecer às normas, quando isso não ocorre, quando contraria o reputado como ideal, diz-se que houve uma defraudação de expectativas, o que legitima a intervenção do direito, a fim de restabelecer a norma.

Em decorrência disso, o conceito de inimigo insere no contexto de guerra no Estado de direito, com exceção à sua regra ou princípio, pois sabendo ou não sabendo a intenção pertence ao campo ético com isso, são seres humanos considerados como inimigos do Estado e por, conseguinte, a negação dos seus direitos por terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal leva ao Estado absoluto, pois o critério objetivo para medir o perigo do infrator só pode ser o da periculosidade real e o dano concreto de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado. Ou seja, apenas os fatos que fez ou deixou de fazer podem ser mensurados pelo direito. A sua pessoa em si, em tese, não deveria fazer com que sua pena seja maior ou menor, na maior parte das vezes.

Em busca das origens ideológicas, Francisco Muñoz Conde (p.113, 2018) afirma:

[...]desde do fim do séc. XIX já havia defensores de ideias parecidas a esta de Jakobs, como Franz Voz Linszt que considerava delinquentes incorrigíveis como os “inimigos da ordem social”, sendo os inimigos reincidentes habituais, mendigos, prostituídos de ambos os sexos, alcoólatras. Assim, segundo Voz Linszt, tais personagens tinham que ser extintos seja por meio de pena de morte ou por meio de prisão perpétua, pois representavam perigo para ordem social.

Diante disso, o poder punitivo no contexto histórico, demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que definiam o inimigo, fazendo isso da forma que acreditava ou que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta medida a quem os

enfrentavam ou incomodava. Dessa maneira, não é invenção de Jakobs o termo inimigo mas sim expectativas normativas do decorrer dos tempos, com uma visão de supressão dos delinquentes que transgridam a norma penal, despersonalizaram como cidadãos.

Para ilustrar que é possível se perder o status de cidadão, Jakobs faz seu embasamento através da teoria de Rosseau pela qual o Estado se fundamentaria num Contrato Social, de forma que qualquer ‘malfeitor’ que ataque o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ da sociedade, bem como se encontra em guerra com o Estado, como constata a pena contra o ‘malfeitor’. Referindo-se a ele expressamente como “inimigo”, o culpado que lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão.

Neste panorama, Rosseau (p. 45, 2002) enfatiza:

O tratado social tem por finalidade conservar os contratantes. Aliás, todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria, deixa de ser seu membro violando suas leis, e chega mesmo a mover-lhe guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se faz que o culpado morra, é menos como cidadão do que como inimigo. Os processos, o julgamento, são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social e que, conseqüentemente, não é mais membro do estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, pelo menos pela sua residência, deve ser isolado pelo exílio como infrator do pacto, ou pela morte como inimigo público; então o direito da guerra é o de matar o vencido. Uma vez que, só se tem o direito de matar, mesmo para exemplo, aquele que não se pode conservar sem perigo.

Logo, violar o ato pelo qual ele existe seria aniquilar-se do todo. Pois todos os indivíduos encontram-se reunidos neste corpo, não podendo ofender um dos membros sem atacar o corpo, a menos que ofenda o corpo, então quem quer que venha a recusar à vontade geral será constringido a isso por todos.

Em virtude disso, a Constituição brasileira de 1988, em seu Título II, Capítulo I aborda sobre “Os direitos e Deveres Individuais e Coletivos que demandam garantias fundamentais no Estado de direito”, principalmente na política processual do Estado, sendo o princípio da presunção da inocência um dos princípios basilares no Estado de direito no Brasil, já que o Estado precisa comprovar a culpabilidade do delinquente, e de forma constitucional presume o estado de inocência do acusado, sob pena de retroceder ao Estado absoluto (arbitrário) em razão, do réu não ser considerado culpado até o trânsito julgado.

Com base nisso, Mendes (p. 32, 2008) ensina:

Os direitos fundamentais são oponíveis ao Estado, e devem ser observados no operar de qualquer órgão do poder público. As garantias previstas na Constituição são parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. O atuar do poder público deve se conformar aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se não os observarem.

Do mesmo modo, Rosseau (p. 95, 2002) assegura no sentido de que “no momento em que a soberania é usurpada pelo governo, fica rompido o pacto social, e todos os simples cidadãos reempoados por direito em sua liberdade natural, são forçados, mas não obrigados a obedecer”. Por isso, o tratamento diferenciado dos inimigos provoca um dano aos limites do Estado com respeito ao cidadão, consistindo em um tratamento mais repressivo para todos, o que remete ao Estado absoluto do que ao Estado de direito.

2 O INIMIGO NO DIREITO PENAL

O autor alemão, Gunther Jakobs, em 1985, criou o Direito Penal do Inimigo, o funcionalismo desta tendência ameaçava invadir o campo penal. Conforme o mesmo, o direito

penal deve habilitar o poder punitivo de uma maneira para os cidadãos e de outra para os inimigos, reservando o caráter de pessoa para os primeiros e considerando não-pessoas os segundos, com o ideal de proteger o bens jurídicos sistêmico (radical) que sustenta o tratamento diferenciado de alguns delinquentes, em especial aos terroristas, mediante medidas de contenção, como tática destinada a deter o avanço do terrorismo. Em vista disso, ele argumenta em três pilares, os quais justifica sua teoria para sua aplicação sendo elas a antecipação da punibilidade, a desproporcionalidade das penas e a relativização de garantias processuais.

Em consonância disso, Jakobs (2005, p. 42) considera o inimigo aquele:

[...]Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve trata-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Com isso, não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã [...].

Dessa maneira, quando ele propõe habilitar o poder punitivo sob o aspecto de mera contenção para pessoas perigosas, corresponde ao Estado absoluto de direito, que por sua essência, coloca uma limitação aos princípios do Estado de direito, imposta pela necessidade e em sua estrita medida. Porém, Prado ensina que (1996, p.64, apud Jescheck, p.16):

O Estado existe para o indivíduo e não o oposto. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade/dignidade do homem. É meio e não fim. A constituição e toda a atividade estatal devem ser alinhadas a partir deste sentido e supremo objetivo. Assinala-se ao Estado, em relação á pessoa, não uma missão de domínio, mas de serviço.

Desta forma, a necessidade de não conhecer leis nem limites desrespeita juridicamente a democracia, elevadas aos seus princípios constitucionais protegidos pelo Estado de direito. Em vista disso, Jakobs procura proteger a sociedade do inimigo criando medidas preventivas, que visam o recrudescimento do Estado em detrimento de alguns. Zaffaroni, argumenta (2013, p.162) contrário a esta ideia em razão, do poder absoluto do Estado criando um poder punitivo desenfreado e obscurecendo o direito dos cidadãos.

Como ninguém pode prever exatamente o que qualquer um pode fazer no futuro, a incerteza do futuro mantém em aberto o juízo de periculosidade até o momento em quem tem o poder de decisão deixe de considera-lo inimigo. Assim, o grau de periculosidade do inimigo dependerá sempre, na medida em que o poder real o permitir, do juízo subjetivo do individualizado. Jakobs conclui, que a despersonalização do inimigo, que se o inimigo incrementa sua periculosidade, sem dúvida, também aumentará a sua despersonalização.

No entanto, conforme a visão de Jakobs (2002, p.03):

[...] a pena cumpre a função de reafirmar a vigência da norma, e essa função continuaria a ser cumprida no direito penal do cidadão, enquanto no direito penal do inimigo deveria operar como impedimento físico ao passo que ao terrorista, a contenção também serviria para reafirmar a vigência da norma [...].

Sendo oposto, a esta idéia Zaffaroni (2013, p.172)assevera:

O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Tratando-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal legitima o tratamento de algumas pessoas como inimigo, renuncia o

Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia.

Diante disso, Zaffaroni (2013, p.18) muito bem explica:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado como perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas. Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos lhe sejam reconhecidos. Porém, não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso.

Em decorrência desse fato, o próprio conceito de inimigo é incompatível com o Estado de direito brasileiro, como uma exceção à sua regra ou princípio, pois não sabendo necessariamente a conduta do indivíduo leva-se ao Estado absoluto. Desse modo, admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identificá-los, inclusive impor a toda a população uma sequência de limitações à sua liberdade também é um risco de uma identificação errônea para a caracterização de quem realmente seja o inimigo.

Em vista disso, no Código Penal Pátrio há uma coação, em frente ao sujeito processual, em razão da sua descaracterização de sujeito de direito pelo fato de ser punido em virtude do direito penal do autor e não pelo direito penal do fato. Como exemplo disso, a restrição de garantias e direitos processuais aos imputados (limitação de defesa), as normas de direito penitenciário que possibilitam o isolamento de presos perigosos, ex. regime disciplinar diferenciado, as normas que limitam a concessão do livramento condicional, ex. crimes hediondos; a prisão preventiva, medida cautelar utilizada no curso de um processo, fundamentada no combate a um perigo (de fuga, de cometimento de outros crimes, de alteração das provas etc.); as medidas processuais restritivas de liberdades fundamentais, como a interceptação telefônica cuja produção se dá sem a comunicação prévia ao investigado; a criminalização do porte ilegal de armas de fogo, a lei de drogas sendo estas medidas causas excludentes de seu direito. Tendo em vista o ordenamento brasileiro carecer de legitimidade penal, em razão da conduta não ser realizada, mas só planejada, em boa parte dos crimes punidos pelo direito penal do inimigo, faz-se necessário um debate constitucional relevante sobre qualquer proposta neste sentido no ordenamento brasileiro.

Logo, para Jakobs a missão do direito penal é a segurança do sistema, da confiança das pessoas nesse sistema, tendo qualquer conteúdo, desde que as pessoas confiem nele, pois o que importa é a sua consolidação e não o seu conteúdo.

Em consonância a esta ideia, numa base filosófica, a teoria da Janelas Quebradas explica que diante da realidade social e da natureza humana se uma janela de um automóvel for quebrada, e não for corrigido o responsável o automóvel pode ser inteiramente quebrado ou seja, um pequeno delito pode dar origem a vários delitos, se não for corrigido. Sob este olhar a teoria de Jakobs, consiste em corrigir o erro desde da sua origem. Portanto, tornando mais severa a lei, em detrimento de alguns, em razão da sua periculosidade social, fica mais fácil a proteção geral da sociedade.

Diante deste quadro, no clamor pela justiça, provoca a insensibilidade e indiferença, motivando a propagação da violência, pois esta passa a ser considerada como normal. Sendo

então evidentemente violado, o Estado Democrático vigente em virtude que todo Direito Penal é direito do cidadão. Não há, portanto, que se falar em Estado de direito e, por acréscimo, em Direito Penal do Inimigo, quanto ao argumento da segurança provisória sendo que o poder nas mãos de um soberano por uma decisão política e individual contra o qual se proíbe a ampla defesa configura, assim, a vedação do próprio Direito Penal e do garantismo duramente conquistado na historicidade da democracia.

Portanto, uma violação de direitos dos cidadãos, diante da proteção de um direito fundamental, não poderá alcançar o exercício da cidadania de forma ética, proba e responsável. Sendo assim, o Estado em suas diversas áreas, junto à conscientização do cidadão do seu papel de agente e gestor da cidadania, somado as políticas públicas e à atuação judiciária consciente das suas obrigações de direitos e deveres contraídas pelo Estado, são componentes essenciais ao avanço do país rumo à pacificação social efetiva, concreta e duradoura.

3 O PODER PUNITIVO NO BRASIL

O princípio da presunção da inocência constitui como garantia máxima conferida a todas pessoas pois sobre ele não irá incidir culpa antes que tenha ocorrido o devido processo legal no qual terá oportunidade de se defender das acusações. Quando o individuo é tratado como inimigo, no qual consiste a sua negação como pessoa, há um confronto entre a Soberania do Estado e o Direito Humanos do Cidadão. Dessa maneira, Jakobs preleciona (p.12, 2012):

O Direito Penal, num estado constitucional de direito, há de orientar-se por critérios de proporcionalidade e de imputação, preservando as garantias constitucionais e a essência do ser humano, ou seja, sua consideração como pessoa, como ser humano, como cidadão, e não como irracional.

A intervenção do Estado, através do Direito Penal, encontra limites na Carta Constitucional. Em vista disso, o tratamento diferenciado há de ser preservar as garantias constitucionais em virtude da supressão e a relativização das garantias fundamentais que despessoalizam o ser humano, aplicado ao direito penal do autor.

Em consonância disso, Rosseau (p.131, 2002) declara: “No princípio da República, recorreu-se à ditadura, porque o Estado ainda não tinha uma cadeira fixa o bastante para poder se sustentar apenas pela força de sua constituição.”

Logo, não é coerente o individuo em razão das suas características, atribuir sua condenação em razão da sua personalidade sendo esta corrente, do Direito Penal do Autor, a violação de uma das garantias constitucionais tendo como consequência, a não ressocialização do individuo para com a sociedade infringindo dessa forma uma das funções sociais do direito penal, ou seja, do seu retorno para sociedade.

Nessa vertente, o princípio da presunção da inocência, também chamado por princípio da não-culpabilidade e estado de inocência, trata-se do princípio reitor do processo penal tendo em vista que embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, o mesmo mantêm seus status de inocente até o trânsito em julgado advir da sentença condenatória.

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Haja vista que sua origem se deu com o reconhecimento na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, no auge da Revolução Francesa, com o objetivo de inibir os abusos e atrocidade do Poder do Estado. Com base, em tal pensamento futuramente ocorreria

uma valorização dos direitos fundamentais do homem frente ao Estado de direito. Dessa forma, expressava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 9º. Todo acusado se presume 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. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1789).

Assegurando ao acusado tratamento de maneira igual a qualquer outro cidadão que não responda o processo, até o momento em que haja sido definitivamente condenado pelo poder jurisdicional, coibindo deste modo a arbitrariedade do Estado. Em vista disso, o estado de inocência extrai-se que enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença não poderá haver prisão sem justa causa, a qual só se dará para garantir a efetividade do processo ou jurisdição penal.

No entanto, vale mencionar, inclusive, que o Brasil no século XX foi marcado por um regime político ditatorial e autoritário. Em decorrência disto, o Código de Processo Penal, como exemplo, que inspirado por uma cultura fascista baseado na supremacia do interesse público sobre as garantias individuais expressa uma realidade em que a denúncia, em muitas vezes, assim que recebida faz ser decretada automaticamente e obrigatoriamente a prisão preventiva do acusado, considerando-o como culpado, em razão da grande abertura das cláusulas previstas. Como dispõe o decreto lei nº 3.689 de outubro de 1941:

Art. 312. A prisão preventiva poderá decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Dessa maneira, a instituição da Teoria do Direito Penal do Inimigo implica no regresso dos direitos humanos, sendo uma violação da Teoria do Neoconstitucionalismo, pois sua maneira de agir é baseada na individualização em sua essência, sob o aspecto de uma imposição do fato ao direito, em função da necessidade criada pela emergência, em decorrência do Estado de polícia sendo então, não observado o estado de inocência do acusado.

Logo, o princípio da presunção da inocência é considerado como regra de garantia, que tem o dever de observar os trâmites processuais assegurando as atividades investigatória, acusatória e probatória, ou seja, desde o indiciamento até a condenação em prol da pessoa do réu.

Entretanto, em consonância disso o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do princípio da presunção da inocência, vem sendo violado em razão, da possibilidade da prisão após condenação em segunda instância, desde que exista acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação ocorrendo dessa forma, a execução provisória da pena, mesmo havendo a possibilidade de recorrer em instâncias superiores. Conforme dispõe o julgado do Habeas Corpus nº 126292:

[...] por maioria de votos, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Em outro norte, argumenta-se também que o Direito deve também proteger toda a sociedade e não apenas o réu/acusado em um processo penal, tendo em vista que o bem jurídico protegido não é somente a liberdade mas também a própria manutenção do Contrato

Social, já que o Estado tomou para si o poder-dever de punição de todas aquelas pessoas que infringem as normas.

Entretanto, apesar das considerações da corrente vencedora, é de bem dizer que a Constituição de 1988 garantiu a prisão somente após o trânsito em julgado. Ademais, não se olvida os argumentos apontados, sobretudo da proporcionalidade em sentido negativo, de proteção deficiente, mas tem-se que se analisar a interpretação da própria Constituição. Ou seja, a literalidade de nossa Carta Constitucional é muito clara no sentido de se vendar a prisão antes do trânsito em julgado.

Desta forma, como já mencionado, o princípio da presunção da inocência que fora conquistado duramente contra a opressão do Estado, em cumprimento da dignidade da Pessoa Humana, não tem prevalecido, em razão da incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente, garantido pelo dispositivo constitucional e em concordância disso, dispõe o art. 283 do Código de Processo Penal:

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

Portanto, na defesa do Estado Democrático e Constitucional de Direito, as garantias essenciais e os Direitos Humanos que todos os cidadãos exercem não é respeitado pelo entendimento mencionado pois sobrepõem os direitos fundamentais como pressuposto de sua culpabilidade, tendo como pena antes mesmo do trânsito julgado e não acata, dessa maneira, a presunção da inocência do acusado. Inclusive, por consequência, também se garante a segurança pública, pois o encarceramento dos acusados deteriora a situação das penitenciárias superlotadas brasileiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva de um entendimento da pena no Direito Penal com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece a notável infração do inimigo, mediante uma troca de normas de princípios e regras de responsabilidade, é incoerente, conforme o conceito do Direito Penal Pátrio. Inclusive, a maior desautorização que pode corresponder a esse abandono terminológico, tentada pelo inimigo ser a reafirmação de que a infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor. Por outro lado, o direito penal do autor pela sua própria denominação afasta também a probabilidade de fundamentação do inimigo, sendo inconcebível sua admissibilidade no Estado de direito vigente.

Vale mencionar, que a prisão sendo uma das penas que mais oprime o acusado, uma vez que, restringe sua liberdade de ir e vir, devem ser observados todos os trâmites processuais assegurados na lei para efetiva condenação. Tendo em vista, que o suspeito não seja prejudicado perante a justiça social, em razão, da ausência de credibilidade em face, das garantias asseguradas na Constituição Federal.

Dessa maneira, cuidar das bases da presunção de uma conduta futura de acordo com a lei é um dever positivo, pois somente quando esta presunção se mantém fundamentada é que se torna um tratado tanto livre, como sem medo mútuo entre os cidadãos dessa forma, somente quando respeitado os trâmites processuais, advindo de uma sentença penal condenatória, que poderá declarar como culpado o acusado.

Portanto, o Habeas Corpus em trâmite no Supremo Tribunal Federal, não pode restringir a ampla defesa sendo necessária todas as fases processuais, pois até os criminosos são sujeitos de direitos fundamentais, e não respeitar a importância do princípio em vista, o

Poder Judiciário não garantirá uma Justiça efetiva em virtude também, da descaracterização da dignidade da pessoa humana sob a custódia do Estado diante do sistema prisional .

Logo, admitir o direito penal do autor em contra face ao princípio da presunção da inocência seria uma regressão para o direito penal pátrio, em razão da prisão se prolongar indefinidamente, cuja consequência seria a negação do Estado de direito. Com isso, o direito penal de um Estado de direito, não pode deixar de manter as garantias dos cidadãos colocando limites em suas normas, na medida em que deixaria de exercer a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa proteger com status constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Habeas Corpus 126.292/SP**. Direito constitucional e penal. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Possibilidade de execução da pena após julgamento de segundo grau. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em STF: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/HC-126.292.pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. **Assembléia Geral das Nações Unidas em Paris**. 26 de agosto de 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 10 de out. 2015.

HOBBS, TComas. **Leviatã**. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17619/17619_7.PDF. Acesso em: 15 de out. de 2019.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Tradução: Andrés Luíz Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G.; COELHO, I. M. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MUÑOZ CONDE, F. **As origens Ideológicas do direito penal do inimigo**. *Revista Brasileira de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 113. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/48991435/Francisco-Munoz-Conde-As-origens-ideologicas-do-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 14 de out. de 2019.

MUÑOZ CONDE, F. **As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003:** da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. Buenos Aires, 2004. Tradução: Themis Maria Pacheco de Carvalho. Revista eletrônica de ciências jurídicas.
Disponível em: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>. Acesso em: 14 de out. de 2019.

KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia política**. Granada, 2001.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PRADO, Luiz. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social (discurso sobre Economia Política)**. Tradução: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. **Nacional**: Hemus, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.