



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

Thayane Brito de Jesus

A Aplicação do Direito Penal do Inimigo na Lei dos Crimes Hediondos

Dourados - MS
Dezembro de 2017

Thayane Brito de Jesus

A Aplicação do Direito Penal do Inimigo na Lei dos Crimes Hediondos

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Everton Gomes Correa.

**Dourados - MS
Dezembro de 2017**

THAYANE BRITO DE JESUS

**A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DOS
CRIMES HEDIONDOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de
Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD
como requisito parcial para a obtenção de grau em bacharel.

Comissão examinadora

Prof. Me. Everton Gomes Correa
Orientador

Prof. Me. Antônio Zeferino da Silva Júnior
Examinador

Profa. Me. Arthur Ramos do Nascimento
Examinador

**Dourados - MS
Dezembro de 2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

J58a Jesus, Thayane Brito De

A Aplicação do Direito Penal do Inimigo na Lei dos Crimes Hediondos /
Thayane Brito De Jesus -- Dourados: UFGD, 2017.

61f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Everton Gomes Correa

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações
Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.

Inclui bibliografia

1. Direito Penal do Inimigo. 2. Lei dos Crimes Hediondos. 3. Medidas
Extraordinárias. 4. Inconstitucionalidade. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos quatorzes dias do mês de Dezembro de 2017, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Thayane Brito de Jesus** tendo como título "**A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS**".

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Everton Gomes Correa (orientador), Me. Antônio Zeferino da Silva Júnior (examinador) e a Me. Arthur Ramos do Nascimento (examinador).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) Aprouve.

Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Me. Everton Gomes Correa
Orientador


Me. Antônio Zeferino da Silva Júnior
Examinador


Me. Arthur Ramos do Nascimento
Examinador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus familiares que se foram, e que além da saudade deixaram um pouco de si comigo. Também dedico este trabalho aos meus pais e minha irmã, por serem minha fortaleza e minha maior inspiração.

AGRADECIMENTOS

Deus, agradeço a ti pela saúde e pela capacidade que me destes para correr atrás dos meus objetivos.

Ao meu pai, minha mãe e minha irmã por todo o apoio material e emocional para que eu pudesse concluir esse curso. Sem vocês, esse momento não seria possível.

Ao querido João Lucas, por me apoiar nos momentos de fraqueza e de ansiedade.

À Bárbara, pela incrível e fiel amizade que ultrapassou os limites dessa graduação, pelas alegrias compartilhadas e pelo ombro amigo que sempre tive nesse caminho.

Aos familiares e amigos que sempre acreditaram em mim, e que entenderam a minha ausência em alguns momentos de minha vida acadêmica.

A todos os professores que fizeram diferença na minha vida.

A todos aqueles que, de forma direta ou indireta, contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as medidas extraordinárias previstas na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) como uma forma de expressão da tão censurada Teoria do Direito Penal do Inimigo, concebida por Günther Jakobs. Para tanto, o primeiro capítulo do trabalho busca conceituar a teoria de Jakobs e suas medidas excepcionais, além do entendimento do autor acerca da finalidade do Direito Penal. Além disso, são expostas as críticas mais salutares à teoria. O segundo capítulo busca analisar as disposições processuais e penais extraordinárias previstas na Lei dos Crimes Hediondos, fazendo-se uma análise se existe conformação às medidas excepcionais propostas por Jakobs. O último capítulo trata da recente alteração na Lei nº 8.072/90 introduzida pela Lei nº 13.497/2017, que elencou o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito como crime hediondo. Quanto à mencionada inovação legislativa, verifica-se que ela vem à luz no ordenamento jurídico carecendo de tecnicidade e excedendo em inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Lei dos Crimes Hediondos. Medidas Extraordinárias. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the extraordinary measures provided for by Law No. 8.072/90 (Law of the Heinous Crimes) as a form of expression of the so censored Theory of Criminal Law of the Enemy, conceived by Günther Jakobs. Therefore, the first chapter of the work seeks to conceptualize the theory of Jakobs and his exceptional measures, in addition to the author's understanding of the finality of Criminal Law. Besides that, the most important criticisms of the theory are set forth. The second chapter seeks to analyze the extraordinary procedural and penal provisions foreseen in the Law of Heinous Crimes, making an analysis if it conforms to the exceptional measures proposed by Jakobs. The last chapter deals with the recent amendment to Law No. 8.072/90 introduced by Law No. 13.497/2017, that listed the crime of illegal possession of a restricted-use weapon as a heinous crime. As for the legislative innovation mentioned above, it is checked that it comes to light in the legal system lacking of technicality and exceeding in unconstitutionality.

Keywords: Criminal law of the Enemy. Law of Heinous Crimes. Extraordinary measures. Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS

- **Art.:** Artigo
- **CF/88:** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- **CP:** Código Penal
- **CPP:** Código Processual Penal
- **STF:** Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	14
1.1 O Direito Penal do Inimigo concebido por Günther Jakobs	14
1.1.1 A finalidade do Direito Penal e do Direito Penal do Inimigo na teoria Jakobsiana	17
1.1.2 As medidas excepcionais dispensadas ao Inimigo	18
1.2 Críticas ao Direito Penal do Inimigo.....	20
1.2.1 A Análise de Luis Greco sobre o conceito do Direito Penal do Inimigo	20
1.2.2 A Crítica de Manuel Cancio Meliá.....	26
1.2.3 A crítica de Gabriel Habib.....	29
2 AS MEDIDAS EXCEPCIONAIS PREVISTAS NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS	31
2.1 A Lei dos Crimes Hediondos	31
2.2 As medidas excepcionais previstas na lei dos crimes hediondos como uma forma de expressão do Direito Penal do Inimigo.....	32
2.3 Os crimes hediondos e equiparados a hediondos no ordenamento jurídico brasileiro	33
2.4 A insuscetibilidade da anistia, graça e indulto	36
2.5 A vedação inicial da fiança e da liberdade provisória.....	37
2.6 A disposição inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado	38
2.7 A exasperação das penas de alguns crimes.....	40
2.8 O aumento do prazo para a obtenção do livramento condicional e a vedação do benefício em caso de reincidência específica	41
2.9 A necessidade de fundamentação judicial para o réu apelar em liberdade em caso de sentença condenatória: inversão de valores constitucionais	42
2.10A elevação do prazo da prisão temporária.....	43
3 A POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COMO CRIME HEDIONDO	47
3.1 Retrospectiva da aprovação da Lei nº 13.497/2017	47
3.2 A falta de tecnicidade do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.072/90.....	49

3.3 A insuscetibilidade de fiança.....	51
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

É notório que as taxas de criminalidade têm crescido no Brasil, tanto em relação às modalidades violentas quanto em relação às não violentas. No mesmo sentido, as taxas de encarceramento também têm aumentado progressivamente, as quais demonstram que, indubitavelmente, o Brasil está longe de ser o país da impunidade.

Conforme demonstram os dados oficiais mais recentes acerca do sistema penitenciário do Brasil, a taxa de encarceramento nacional cresceu a uma assustadora porcentagem de 67% por cento entre o ano de 2001 e o ano de 2014 (relatório divulgado pelo INFOPEN em 2014). Apesar dessa elevada estatística, o senso comum da população brasileira é que a Justiça é excessivamente leniente e até conivente com o transgressor da lei, defendendo ainda uma política criminal mais rígida para os acusados e apenados.

Na década dos anos 80 e 90, a sociedade brasileira enfrentou o crescimento da criminalidade, especialmente aquela cometida mediante violência ou grave ameaça à pessoa, sendo que um dos principais crimes que marcaram a época e em que houve intensa cobertura midiática foram os sequestros dos empresários Roberto Medina e Abílio Diniz, datados de 06/06/1990 e de 11/12/1989, respectivamente. Ambos se tratavam de membros da mais alta classe econômica do país, razão pela qual durante todo o transcorrer dos sequestros houve uma verdadeira espetacularização midiática de crimes violentos, instalando-se na população um clima de insegurança generalizado.

Impulsionada pelo sentimento de insegurança que foi emoldurado pelos grandes veículos de comunicação de massa, a sociedade clamou ao poder público mais segurança através de maior rigor penal, sendo que o legislador respondeu quase que imediatamente com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, publicada a menos de 3 meses após o término do sequestro de Abílio Diniz.

Através dessa (falsa) relação entre o recrudescimento penal e a queda das taxas de criminalidade, foram promulgadas diversas leis no ordenamento jurídico brasileiro, além da Lei nº 8.072/90. Contudo, essa tem especial relevância neste trabalho, por ter por objeto os crimes hediondos, aqueles que a criminologia sociológica entende como causadores de maior aversão à sociedade.

A Lei nº 8.072/90 entrou em vigor no Brasil no intuito de corresponder às reivindicações sociais de combate à criminalidade violenta, trazendo em seu rol os crimes hediondos e diversas medidas penais e processuais penais de especial severidade ao infrator

que incide nessa modalidade criminosa. Dessa forma, aos crimes considerados merecedores de “especial punição e reprovação”, dispensou-se um recrudescimento penal até então jamais visto no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei dos Crimes Hediondos possui artigos cuja constitucionalidade já foi questionada, inclusive a disposição inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião da edição da Súmula Vinculante nº 26. O legislador justificou a relativização de direitos penais e processuais penais sob a escusa da necessidade de maior rigorosidade penal no combate à criminalidade que afronta a paz social, fundamento que se assemelha ao defendido por Günther Jakobs na Teoria do Direito Penal do Inimigo.

No Direito Penal do Inimigo, o infrator comete determinados crimes considerados aviltantes e atentatórios ao Estado, razão pela qual deve ser tratado como um Inimigo e devem ser tolhidos vários direitos garantidos ao cidadão comum, perfazendo as chamadas medidas extraordinárias ou excepcionais. Tal fundamento assemelha-se ao fundamento da Lei dos Crimes Hediondos, que recrudescer especialmente a legislação penal e processual penal ao infrator que incide nessa modalidade.

Apesar das medidas extraordinárias defendidas na teoria de Jakobs terem sido bastante questionadas em diversas obras jurídicas, por apresentarem fundamentos contrários ao Estado Democrático de Direito, percebe-se que tais medidas encontram alguma expressão no ordenamento jurídico brasileiro, tal como se observa na normativa dos Crimes Hediondos, que é a legislação analisada neste trabalho.

Portanto, faz-se necessária a análise da teoria do Direito Penal do Inimigo e as medidas excepcionais que ela dispensa ao inimigo, bem como uma possível correlação e impacto da proposição de Jakobs na normativa dos Crimes Hediondos. Para tanto, o primeiro capítulo se concentrará na teoria de Jakobs, bem como nas suas principais críticas; o segundo capítulo analisará cada medida excepcional prevista na Lei dos Crimes Hediondos como uma forma de expressão do Direito Penal do Inimigo; e o terceiro capítulo se concentrará na recente alteração legislativa proposta pela Lei nº 13.497/2017, que tornou hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/2003). Para tanto, a metodologia empregada consistiu em levantamento bibliográfico nacional e internacional.

1 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 O Direito Penal do Inimigo concebido por Günther Jakobs

Günther Jakobs é conhecido no mundo jurídico por ter sido professor de Direito Penal e de Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, da Alemanha, mas principalmente por ter concebido a controversa Teoria do Direito Penal do Inimigo. Sua polêmica tese foi concebida a primeira vez no ano de 1985, no Congresso de Penalistas Alemães em Frankfurt (HABIB, 2016, p. 04), e ela entrou em ascensão justamente após o turbulento ataque do dia 11 de setembro às torres gêmeas de Nova York, período em que houve um crescimento discursivo e legitimador de guerra ao terrorismo.

Ao fazer seu esboço jusfilosófico, Jakobs inicialmente faz referência ao “Contrato Social”, obra iluminista concebida por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Rousseau entende que é através de um contrato social que se perfaz o Estado, e que a violação desse contrato faz com que o indivíduo transgressor imediatamente perca o direito de usufruir de suas benesses. Da mesma maneira, para o filósofo contratualista Johann Gottlieb Fichte, o delinquente que transgredir o contrato social perde o direito de viver sob a égide de uma relação jurídica, encontrando-se em guerra com o Estado:

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos (FICHTE apud JAKOBS, 2012, p. 24)

Partindo desse pressuposto contratualista, mas divergindo em suas consequências, Jakobs defende que, apesar de ter infringido uma norma penal, o criminoso comum deve permanecer dentro do sistema jurídico para que lhe seja garantido o direito de readaptação ao convívio social, e para que ele possa retribuir o mal que por ele foi causado. Contudo, Jakobs separa o criminoso comum do Inimigo, sendo que, apenas com relação ao Inimigo, o teórico se aproxima do pensamento dos contratualistas acima citados.

Jakobs parte do pressuposto de que deve haver uma diferenciação entre o criminoso comum – aquele que cometeu um crime que não afronta o Estado e a paz social - e o Inimigo - aquele indivíduo que comete determinados crimes considerados demasiadamente atentatórios ao Estado, às suas instituições, e ao demais cidadãos. Ao Inimigo, indivíduo considerado perigoso à ordem jurídica, deve ser retirado o *status* de cidadão e os benefícios decorrentes dessa condição.

Tal diferenciação implica na existência de dois aspectos da aplicação da norma penal: um voltado ao cidadão (criminoso comum), e outro voltado ao Inimigo. Enquanto o cidadão é tratado como um delinquente de caráter comum, que age erroneamente ao infringir uma norma penal, o Inimigo assim é chamado pois comete determinadas infrações consideradas perigosas, que demonstram sua incapacidade de seguir as regras de uma sociedade.

Conforme leciona Meliá (2012, p. 92), o Direito Penal do Inimigo pode ser caracterizado por três principais elementos, quais sejam: a antecipação da punição, uma vez que busca evitar o cometimento de fatos futuros; penas dispensadas ao Inimigo desproporcionalmente altas em relação ao bem jurídico que tutelam; e por último, a relativização ou até supressão de garantias processuais, as chamadas “medidas excepcionais”.

Ao cometer determinadas infrações que Jakobs concepciona como afrontosas ao ordenamento jurídico, o Inimigo passa a ser concebido como um indivíduo de personalidade perigosa, que deve ser combatida pelo Estado. Inclusive, o teórico Jakobs elenca o caráter das principais infrações penais cometidas pelo Inimigo:

[...] o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) 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”. Pretende-se combater, em cada um destes casos, 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, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. (JAKOBS, 2012, p. 34).

Nesse trecho, resta clarividente que o Direito Penal do Inimigo não busca investigar/processar/punir um indivíduo pelo cometimento de condutas tipificadas penalmente, mas, sim, combater indivíduos que, ao infringir determinadas normas jurídicas, são considerados temerários à própria estrutura estatal e à segurança das demais pessoas.

Interessante salientar que não existe uma correlação entre tais infrações e o bem jurídico que tutelam, nem qualquer outro elemento em comum entre tais delitos: o tráfico de drogas, em tese, desrespeita a saúde pública e é cometido sem grave ameaça ou violência; crimes sexuais agredem a dignidade sexual, e em regra são cometidos clandestinamente e

mediante violência; o crime organizado é praticado por uma coletividade de pessoas; a criminalidade econômica é muito característica das altas classes sociais, que possuem mais recursos financeiros e por isso são mais capazes de sonegar impostos e ludibriar a fiscalização, por exemplo. Nesse ponto, “ao deixar de demonstrar um critério jurídico-dogmático que sirva de base para a identificação dos crimes praticados pelo inimigo, Jakobs não demonstrou nada além das suas preferências pessoais, sem qualquer fundamento jurídico” (HABIB, 2016, p. 13).

No Direito Penal do Inimigo, a reação estatal à infração não busca compensar o dano à vigência da norma, e sim resguardar a sociedade de um perigo, pois o Inimigo não se comporta de modo a garantir que respeitará e observará com fidelidade as regras da sociedade:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo. Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã. Como já se tem indicado, Kant exige a separação deles, cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos. (JAKOBS, 2012, p. 40).

Dessa forma, Jakobs sustenta que a partir do momento em que um sujeito passa a ser concebido como Inimigo, ele perde sua condição de cidadão, o que acarreta graves consequências: “o indivíduo que estabelece a sua própria identidade de forma independente das condições de uma comunidade jurídica não pode ser tratado como pessoa em Direito” (HABIB, 2016, p. 9).

Ora, se a nacionalidade é o vínculo que liga uma pessoa a um Estado, a cidadania é o principal pressuposto de exercício de direitos e deveres atinentes ao convívio social, sendo que a perda dessa condição representa o término do direito de usufruir dessas benesses. Nessa tônica, ao Inimigo, intransigente e incapaz de se comportar como cidadão, devem ser tolhidos os benefícios garantidos ao cidadão. Isso porque o Inimigo é considerado tão temerário ao Estado que a aplicação do Direito Penal não basta: torna-se necessária a implementação de um ramo do “Direito” com pressupostos e regramentos próprios, que busquem neutralizar o perigo que ele emana.

Jakobs (2012) defende a coexistência do Direito Penal, que busca tutelar a norma jurídica e é aplicado ao cidadão, e do Direito Penal do Inimigo para o infrator de alta periculosidade, salientando que: “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo” (JAKOBS, 2012, p. 21). Essa tônica

pode ser verificada na coexistência desses dois parâmetros nas leis penais e processuais brasileiras, pois uma parte é aplicada ao criminoso comum, enquanto outra possui um viés recrudescedor, que busca neutralizar o indivíduo perigoso, tal como a Lei dos Crimes Hediondos.

Para além do conceito, necessário questionar a validade do termo “Direito” Penal do inimigo.

1.1.1 A finalidade do Direito Penal e do Direito Penal do Inimigo na teoria Jakobsiana

Diferentemente das teorias do Direito Penal mais modernas, Jakobs nega que o Direito Penal tenha sido concebido para tutelar os bens jurídicos mais importantes, mas sim para garantir a vigência da norma. Segundo seu raciocínio, a norma vigente é condição eficaz em estruturar a sociedade, pois regulamenta as relações entre as pessoas e perfaz um padrão que por todos deve ser seguido, sob pena de punição. A título de exemplificação, no crime de homicídio não estão inscritos os dizeres “não matarás”, senão “matar alguém”, e a pena que lhe é decorrente. Assim, o mandato normativo significa “não viole seu papel de cidadão fiel ao direito”: não desobscure o mandamento jurídico (HABIB, 2016, p. 2).

Na tipificação do homicídio, então, o legislador não protege a vida da vítima, e sim a eficácia do comando legal: dessa maneira, a pena decorrente do tipo busca reestabelecer a vigência da norma que foi desobedecida pelo cidadão, garantindo a manutenção da sociedade e de seus regramentos (HABIB, 2016, p. 3). Assim, é possível perceber que a pena não visa restituir o bem jurídico lesado (até porque em muitos crimes isso é impossível de ser feito), e sim garantir a vigência do contrato social, de modo que todos os cidadãos possam contar com a solidez das expectativas normativas: “a sanção serve para a estabilização das expectativas sociais, isso é, para que as pessoas tenham a certeza de que podem seguir suas vidas normalmente, confiando na vigência da norma.” (HABIB, 2016, p. 4).

Jakobs defende que o Direito Penal somente deve ser aplicado para o delincente comum, aquele que ostenta a condição de cidadão perante o ordenamento jurídico. Para o Inimigo não há de se falar em aplicação do Direito, e sim da coação (“pena” da teoria), que busca tão somente resguardar a sociedade do mal que o Inimigo representa. A coação não é aplicada visando punir fatos já cometidos, e sim prevenir a ocorrência dos futuros.

Nesse ponto, levanta-se a dúvida se Direito Penal do Inimigo se trata de um “Direito” propriamente dito: o Direito Penal concebido por um Estado Democrático de Direito cuida de fatos considerados criminosos e aplica-se a todos os indivíduos

indiscriminadamente; já o Direito Penal do Inimigo busca apartar o Inimigo do cidadão comum e confiscar sua condição de cidadão e os direitos que lhe são decorrentes. Além disso, no Direito Penal do Inimigo não se aplica uma pena visando compensar o dano à norma jurídica, e sim a coação, resguardando a sociedade da periculosidade do inimigo.

Nesse ponto, observa-se um conflito entre os pressupostos do Direito Penal do Inimigo e do Estado Democrático de Direito. Isto porque, na dogmática penal, a sanção é resposta estatal ao crime cometido, e não resposta ao perfil do indivíduo; e a coação deveria ser uma resposta ao tipo penal que o indivíduo transgrediu, e não uma medida que visa evitar que o indivíduo reincida ou que visa combater a sua periculosidade.

Destarte, ao infrator comum asseguram-se as garantias e pressupostos próprios do Direito Penal, e a pena do delito busca reafirmar a norma que foi desobservada; já o Direito Penal do Inimigo não resguarda muitos direitos ao indivíduo: aplica a coação contra o adversário do Estado, visando interceptá-lo no estado prévio e combatê-lo por sua periculosidade (JAKOBS, 2012, p. 37).

1.1.2 As medidas excepcionais dispensadas ao Inimigo

Superada a conceituação da aplicação do Direito Penal ao infrator comum e a aplicação do Direito Penal do Inimigo ao indivíduo perigoso, foi analisada a finalidade do Direito Penal sob a ótica Jakobsiana. Enquanto que o indivíduo que pratica um delito por mero erro possui a segurança de que seus direitos e garantias penais e processuais penais serão resguardadas, ao Inimigo dispensa-se tratamento rígido: retira-se a condição de cidadão e as benesses que lhes são decorrentes, tais como a aplicação do Direito Penal.

Para Jakobs, o Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que busca garantir a vigência da norma. Já o Direito Penal do Inimigo não tem a mesma finalidade: ele busca, por meio da coação, eliminar ou combater o potencial ofensivo que o Inimigo representa. Ocorre, então, uma verdadeira celebração ao Direito Penal do Autor, onde a punição não se preocupa verdadeiramente com o fato praticado, e sim com a particular forma de ser do autor: reprova-se o Inimigo pelo que ele é:

Por Direito Penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Ao contrário, se tratará de um direito penal do autor quando a pena se vincule à personalidade do autor e seja a sua antissocialidade e o grau da mesma que determinem a sanção. (ROXIN, 2002, p. 60).

A diferenciação do tratamento ao Cidadão e ao Inimigo acarreta importantes consequências em um Estado Democrático de Direito, principalmente no Direito Processual Penal, ramo que cuida do conjunto de normas e princípios que visam regular a aplicação jurisdicional do Direito Penal. A aplicação do Direito Penal do Inimigo (ou do Direito Penal do Autor) ao invés do Direito Penal do Fato - que é o reconhecido nos Estados Democráticos de Direito - legitima uma política repressiva que pune o indivíduo pelo que ele é, e não pelo crime que ele cometeu.

Seguindo os pressupostos de sua teoria, Jakobs salienta que ao Inimigo devem ser dispensadas algumas medidas excepcionais, de modo juridicamente ordenado, excluindo-se alguns direitos garantidos ao cidadão, tais como o direito a responder a um processo criminal em liberdade. Outrossim, o autor revela que sua concepção já tem aplicabilidade em alguns ordenamentos jurídicos, exemplificando através da análise do instituto da prisão preventiva.

Ao ser cumprido um mandado de prisão preventiva contra um acusado, além da consequência negativa de ter sua liberdade cerceada, garante-se ao acusado a participação em todos os atos processuais. Assim, em certa medida, a prisão preventiva garante ao indivíduo o direito de conhecer o processo e as provas que pesam contra ele, ainda que contra sua vontade, proporcionando, por consequência, conhecimento acerca das acusações que lhe recaem.

Ao preso são resguardados direitos de participação ativa no processo penal, tais como “o direito à tutela judicial, o direito a solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios e, especialmente, a não ser enganado, coagido, e nem submetido a determinadas tentações” (JAKOBS, 2012, p. 37). Contudo, Jakobs relata que essa não é a finalidade da prisão preventiva, e sim sua consequência: ao estar preso, o indivíduo é obrigado a assistir seu processo (JAKOBS, 2012, p. 38).

Para o teórico, a prisão preventiva se esgota unicamente em uma coação física contra o acusado, que representa uma flagrante ameaça ao processo e à atividade jurisdicional. Nesse sentido, a prisão preventiva é uma custódia de segurança que não se dirige contra a pessoa em Direito - pois esta não ameaça a regular instrução processual, através da ocultação de provas e ameaça de fuga -, mas contra o indivíduo que, com seus instintos e medos, coloca em perigo a regular tramitação processual, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo (JAKOBS, 2012, p. 38).

Apesar de não discorrer com profundidade seu argumento, o autor relata que a exclusão de direitos processuais penais e penais ao Inimigo não deve ser feita de modo discricionário pela autoridade judicial, tampouco sem amparo legal. Tais medidas devem ser

incluídas no ordenamento jurídico de modo ordenado: ou seja, o Estado deve fazê-lo através da via legal.

São medidas de natureza penal que expressam o Direito Penal do Inimigo: 1- aumento rápido da tipificação de crimes de risco, desvinculados de ofensividade e previsibilidade; 2- aumento da tipificação de condutas em que há antecipação da barreira da punibilidade, seja através da incriminação de atos preparatórios, bem como de delitos associativos; 3- criação e agravação de penas desvinculada de proporcionalidade entre a severidade da pena e a importância do bem jurídico tutelado; 4- difusão do ideal de segurança que a pena representa; e 5- proliferação de leis consideradas de “combate à criminalidade” (DIAS, 2009, p. 694 e GARCIA MARTIN, 2007, p. 87-90 apud HABIB, 2016, p. 14).

Já as medidas de natureza processual penal são: 1- mitigação ou restrição de direitos e garantias processuais dos acusados/apenados; 2- ampliação de prazos de prisões cautelares; 3- dilatação de prazos de detenção policial dos acusados, a fim de que sejam efetuadas “diligências investigativas” restantes; 4- inversão do ônus da prova da acusação; 5- desrespeito aos pressupostos constitucionais e legais de obtenção de provas; e 6- vigência de normas penitenciárias recrudescedoras que dificultam a concessão de benefícios penitenciários, tais como o livramento condicional (DIAS, 2009, p. 694, e GARCIA MARTIN, 2007, p. 87-90 apud HABIB, 2016, p. 14).

Nesse ponto, existe certa expressão da teoria de Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro: a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) foi promulgada trazendo diversas medidas excepcionais que tolhem ou relativizam algumas benesses penais e processuais penais que anteriormente eram garantidas a quaisquer acusados em um processo criminal ou inquérito policial. De modo juridicamente ordenado e formal, o legislador brasileiro pôs fim a determinados direitos ou dificultou seu acesso aos acusados e apenados que incidissem em crimes hediondos e equiparados a hediondos.

1.2 Críticas ao Direito Penal do Inimigo

1.2.1 A Análise de Luis Greco sobre o conceito do Direito Penal do Inimigo

O Mestre em Direito pela Universidade Ludwig Maximilians de Munique, Luís Greco, realizou um estudo¹ que muito contribuiu para a melhor compreensão do Direito Penal

¹ GRECO, Luís. SOBRE O CHAMADO DIREITO PENAL DO INIMIGO. Revista da Faculdade de Direito de Campos, VI, nº 7, 2005.

do Inimigo. A primeiro momento, Greco faz remissão à primeira ocasião em que Jakobs propôs sua teoria; após, Greco traz ao debate as principais críticas contrárias à posição de Jakobs; e por último, partindo da consideração de que a teoria de Jakobs é dúbia, o autor realiza profundo estudo analítico, até então nunca realizado, e conclui que o Direito Penal do Inimigo pode ser empregado como três principais conceitos: um afirmativo-legitimador, um descritivo e um denunciador-crítico, todos dispensáveis à ciência do Direito Penal.

Luís Greco aponta que para a teoria de Jakobs, o Direito Penal transmuta-se sob dois viéses. No Direito Penal, ele identifica o delinquente como um cidadão que comete um crime reparável e não atentatório ao ordenamento jurídico. No Direito Penal do Inimigo, o Inimigo comete determinadas infrações consideradas perigosas, razão pela qual ele não passa a ser tratado como pessoa em Direito, tudo isso em respeito ao ordenamento jurídico e como forma de proteção aos demais cidadãos. Como principais características dessa teoria, salienta a “extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito” (GRECO, 2005, p. 218).

Tais características são observadas “principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade” (GRECO, 2005, p. 218). Além disso, a controversa teoria encontra raízes em alguns fenômenos recentes, tais como em alguns pressupostos da prisão preventiva, das medidas de segurança, bem como na manutenção das prisões em Guantánamo. Contudo, o crítico questiona sob qual viés Jakobs conceituou o Direito Penal do Inimigo: se legitimador, denunciador-crítico ou descritivo.

Em que pese diversas críticas formuladas, a mais recorrente questiona a validade da disposição do Estado recusar a qualquer ser humano o *status* de pessoa. Além de se apresentar contrária aos pressupostos mais básicos da dignidade da pessoa humana, a negação da condição de pessoa abre brechas para várias arbitrariedades estatais e para a legitimação de ideias nacional-socialistas, que, anos atrás, ao considerarem determinados grupos como “inimigos”, atingiram seu ponto máximo no Holocausto, com a morte de cerca de seis milhões de pessoas (GRECO, 2005, p. 223-224):

Mas o alvo principal das críticas foi o suposto direito do estado de recusar a seres humanos o status de pessoa: o conceito de direito penal do inimigo significaria uma volta a ideias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos, apresentando uma problemática semelhança a certas concepções de Mezger ou ao pensamento com base nas categorias amigo/inimigo, de Carl Schmitt; a concepção mal seria constitucionalmente aceitável, ou mostrar-se-ia de todo inapropriada para um estado de direito; ela justificaria sistemas totalitários atuais ou futuros; ele representaria a pior forma de terrorismo, o terrorismo estatal; ela configuraria um inadmissível

direito penal de autor. Contra quase todos os outros aspectos do conceito formularam-se adicionais objeções: o direito penal teria que permanecer estranho a quaisquer idéias bélicas; a idéia do direito penal do inimigo seria demasiado imprecisa e de todo inadequada ao sutil trabalho dogmático e político-criminal de que necessita o direito penal moderno; a rigor, o direito penal do inimigo sequer seria conceitualmente direito penal ou direito; a idéia decorreria de raciocínios circulares; tratar indivíduos como inimigos não seria funcional para reestabilizar a norma violada em sua vigência; o problema do controle dos inimigos não poderia ser resolvido pelo direito penal, mas sim por outros ramos do direito.

Ao fazer uma análise mais apurada do Direito Penal do Inimigo, Greco não se limita a analisar o conceito do ponto de vista semântico, posto que sob esse viés não há obscuridade: “o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo” (GRECO, 2005, p. 225). Contudo, a ambiguidade persiste no significado pragmático da hipótese, posto que não restou clarividente se Jakobs buscou apenas descrever um conceito já em aplicabilidade no Direito, ou se argumentou de modo a legitimar esse conceito. Portanto, a principal indagação concentra-se na finalidade científica que se objetiva alcançar com o conceito do Direito Penal do Inimigo.

1.2.1.1 O Direito Penal do Inimigo sob uma concepção afirmativa-legitimadora

Sob o conceito afirmativo-legitimador, o Direito Penal do Inimigo pretende através de um aparato teórico legitimar um direito penal no qual defende-se que determinados seres humanos não devem ser respeitados como pessoas: ao contrário, devido ao iminente perigo que representam à ordem jurídica, devem ser considerados inimigos e através da coação deve-se evitar a oportunidade de reiteração criminosa. Todavia, estudos sobre o tema revelam que esse conceito esbarra em impropriedades epistemológicas e pragmáticas.

O problema de ordem epistemológica refere-se ao fato de que o Direito Penal do Inimigo parte de um dado empírico, que é a existência “de um potencial para o cometimento de delitos” (GRECO, 2005, p. 231). Partindo-se dessa (im)provável potencialidade, legitima-se um poder estatal de punição irrefreável, de modo que se nos basearmos exclusivamente em dados empíricos, “acabamos por entregar o autor às contingências do empírico, e fechamos todas as portas para a construção de uma teoria dos limites inultrapassáveis do poder estatal de punir” (SOUSA, 2012, p. 2). Esse poder contraria diretamente a concepção kantiana de que o homem é um fim em si mesmo, de forma que não há como legitimar um poder estatal de persecução a quaisquer perigos desvinculado de proporcionalidade e de quaisquer limites (SOUSA, 2012).

A impropriedade de ordem pragmática refere-se ao fato de que já existem conceitos mais adequados e mais bem formulados para criticar determinados aspectos preventivos que existem no direito penal. Ainda que a teoria seja concebida precipuamente para combater perigos, ao trabalhar com o conceito de Inimigo ocorre uma estigmatização tão grande do termo que dificulta até mesmo a compreensão da legitimidade de certos aspectos preventivos que devem existir e que inclusive já existem no direito penal, embora não sejam considerados como parte da teoria do Direito Penal do Inimigo.

É o caso da prisão preventiva, por exemplo, defendida por Jakobs como “coação ao Inimigo”, e já legitimada no ordenamento jurídico brasileiro como prisão cautelar. Greco aduz que “mesmo onde se trata de controlar perigos oriundos de um determinado agente, não é necessário recorrer ao conceito do direito penal do inimigo”, vez que tal conceito, além de demasiadamente emocional e impreciso, remete a uma intervenção estatal ilimitada. (GRECO, 2005, p. 233).

Assim, o autor conclui que o caráter legitimador-afirmativo do Direito Penal do Inimigo deve ser recusado, pois ratifica um poder estatal autoritário e desvinculado de quaisquer limites (razão epistemológica), bem como não goza de precisão para trazer à discussão críticas ao caráter preventivo de determinados institutos de política criminal (razão pragmática), nada acrescentando à ciência do Direito Penal.

Nesse ponto, entendemos que Jakobs introduziu o conceito do Direito Penal do Inimigo no debate jurídico-penal a fim de legitimá-lo.

1.2.1.2 O Direito Penal do Inimigo sob uma concepção descritivista

Inicialmente, Greco salienta que a ambiguidade é o defeito fundamental da abordagem Jakobsiana, posto que nessa obra não resta clarividente se a intenção do autor era meramente descrever a teoria do Direito Penal do Inimigo, ou se o objetivo principal era formular uma teoria de base suficientemente consistente a fim de legitimar o conceito, as suas finalidades e sua aplicação. Contudo, ainda que ignorássemos a ambiguidade, difícil acreditar que o conceito “inimigo”, tão carregado negativamente, buscou tão somente descrever um aspecto do Direito Penal.

Isso porque “a mera utilização da palavra já parece criar automaticamente divisões e polarizações, que ameaçam envolver até mesmo aquele que supostamente descreve em sua irresistível dinâmica” (GRECO, 2005, p. 236). Ademais, quando o objeto de estudo é o Direito Penal, em nada contribui ao debate adotar uma postura meramente descritivista

desvinculada de críticas, “porque limitar-se a descrever seria própria de uma compreensão tecnocrática da ciência jurídico-penal, que faz do jurista um mero notário. Tal corresponde a descrever o funcionamento de uma cadeira elétrica, sem se manifestar a favor ou contra a pena de morte” (CONDE, 2003, p. 29, apud GRECO, 2005, p. 236).

Sob o ponto de vista da ciência jurídico-penal, crimes e penas, bem como tratamentos dispensados aos acusados, interessam tanto aos filósofos do direito quanto aos dogmáticos do direito penal. Enquanto que o penalista dogmático busca interpretar o direito positivo, encontrando diretrizes e fundamentações para a decisão judicial, o penalista filósofo vai questionar em especial a legitimidade das condições de aplicação do direito penal. Ambos os estudiosos não se limitam a descrever as atividades jurídicas, porque as atividades que fazem pressupõem uma tomada de posição (GRECO, 2005). Nesse ponto, Luis Greco (2005, p. 237) afirma:

As duas atividades jurídicas pressupõem, assim, no mínimo uma tomada de posição tácita em face do ordenamento jurídico-penal, que, no caso do dogmático, será necessariamente afirmativa, enquanto no caso do filósofo pode também ser crítica (se ele for um abolicionista). Mas nenhum penalista consegue limitar-se a descrever, e se ele tentar extrair de algum conceito - descritivo uma diretriz para decisões judiciais ou uma fundamentação para a legitimidade da pena, já abandonou ele o plano da descrição e passou para o da valoração – deslocamento esse imposto pela própria lógica (pois de descrições não é possível deduzir valorações), ocorra ele de modo manifesto ou oculto.

Assim, parece razoável o entendimento de que pouco contribui ao debate jurídico a mera descrição um instituto sem tomar um posicionamento. Ademais, outro ponto que deixa transparecer o caráter legitimador da teoria é o fato de que, quando se discute criminalidade, invariavelmente o interlocutor se vê como vítima, e não como autor potencial. Diante de tal discurso polarizado, a inserção de um novo conceito tão carregado de valoração automaticamente implica em uma manifestação contrária ao outro, aos inimigos.

Desse modo, ainda que fosse aceita a concepção descritivista do Direito Penal do Inimigo, o crítico defende que ela não seria adequada aos fins pelos quais foi formulada, pois já existem outros termos sedimentados no debate jurídico-penal para tanto. Se a proposta do Direito Penal do Inimigo é descrever medidas extraordinárias utilizadas para combater perigos que determinados indivíduos representam, Greco a refuta ao dizer que o conceito de Inimigo apresenta-se dispensável diante dos já usuais termos “perigoso”, “criminoso habitual” ou “reincidente”. Greco (2005, p. 239) ainda faz menção a um critério metodológico chamado “navalha de Ochkan”, que determina que a criação de novos conceitos deve ser cuidadosa, de modo a evitar sua inutilidade; o que a seu ver, efetivamente ocorreu na tese de Jakobs.

1.2.1.3 O Direito Penal do Inimigo sob uma concepção crítico-denunciadora

Através de um conceito que busca criticar determinados institutos penais considerados autoritários e ilegítimos, inclusive com finalidades ocultas, o Direito Penal do Inimigo sob o aspecto crítico-denunciador seria eficiente em “abrir os caminhos para uma espécie de auto-psicanálise da ciência do direito penal, iluminando seus aspectos obscuros e caçando motivações ilegítimas” (GRECO, 2005, p. 242). Esse viés apresenta-se o mais importante para o presente trabalho, pois na Legislação dos Crimes Hediondos estão inculpidos alguns institutos penais e processuais penais de questionável legitimidade, que remetem a um criminoso visto como um Inimigo do Estado.

Essa aguda autocrítica faz-se importante na Lei dos Crimes Hediondos, a qual apesar de estar praticamente aceita socialmente, demonstra que na “ciência jurídico-penal, é ainda por demais sensível a tendência de, ao fim, dar de qualquer modo razão ao legislador ou à jurisprudência” (GRECO, 2005, p. 242).

Sob o viés crítico-denunciador, entende-se que Jakobs formulou o conceito Direito Penal do Inimigo a fim de fazer uma denúncia crítica de determinados institutos do direito penal. A respeito, Greco enfatiza o benefício dessa severa autocrítica, pois acredita ser “algo de que a ciência do direito penal urgentemente necessita” (GRECO, 2005, p. 242). Assim, revelar-se-iam determinadas obscuridades presentes no Direito Penal, que, apesar de estarem formalmente regulares, ou seja, inseridas na lei, têm suas finalidades ilegítimas ou até mesmo ocultas. A título de exemplo, o autor coloca em destaque a transação penal prevista nos Juizados Especiais Criminais, que “pela evidente violação aos princípios do estado de direito que ela compreende, poderiam muito bem ser complementadas pela pergunta quanto às finalidades não confessadas a que elas de qualquer modo servem.” (GRECO, 2005, p. 242).

Contudo, apesar de reconhecer os benefícios do caráter denunciador do Direito Penal do Inimigo, Greco conclui que tal conceito crítico também é dispensável, uma vez que ele “escorrega inevitavelmente da opinião criticada para o caráter de quem opina, de modo que ele dificilmente pode ser empregado, sem que com isso se formule um reproche pessoal e moral ao defensor de determinada opinião” (GRECO, 2005, p. 244). Assim, o emprego de quaisquer outros termos seriam perfeitamente adequados para demonstrar que determinados institutos penais “desrespeitam os mais básicos e fundamentais limites a qualquer exercício legítimo do poder estatal” (GRECO, 2005, p. 245), vez que a conceituação estudada é “excessivamente difamatória e emocional” (GRECO, 2005, p. 246).

Concluindo, então, seu estudo analítico, Greco defende que o Direito Penal do Inimigo é um termo totalmente dispensável na ciência do Direito Penal, vez que ele não se apresenta adequado seja para descrever determinados institutos penais, nem para justificá-los, tampouco para criticá-los. Sob o aspecto legitimador-afirmativo, “ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário” (GRECO, 2005, p. 246).

Portanto, percebe-se que o Direito Penal do Inimigo pode ser criticado sob os três principais aspectos que pode ser empregado.

1.2.2 A Crítica de Manuel Cancio Meliá

Dentre os autores que formularam críticas ao Direito Penal do Inimigo, Manuel Cancio Meliá foi um dos mais importantes, visto que chegou a produzir a obra “Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas”, em coautoria com Jakobs, sendo que a primeiro momento Jakobs explana sua teoria; e a segundo momento, Meliá a refuta.

Em suas explicações iniciais, Meliá faz referência a um fenômeno que considera atual no mundo, uma expansão do ordenamento penal que julga jamais ter sido vista, e que pode ser verificada seja através da criação de novos tipos penais, seja através da criação de setores inteiros de regulação, ou de reformas que agravem a severidade das penas ou das condições para concessão de benefícios para os apenados/acusados de tipos penais já existentes (Meliá, 2012, p. 76). Esse fenômeno expansivo caracteriza-se principalmente por se constituírem “hipóteses de criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas” (MELIÁ, 2012, p. 76). Segundo o autor, a explicação para tal evolução político-criminal encontra alicerce no Direito Penal simbólico e no ressurgir do punitivismo.

O Direito Penal transmuta-se em Direito Penal Simbólico quando agentes políticos aprovam determinadas leis consideradas rigorosas a fim de dar à população a impressão tranquilizadora de que eles se tratam de agentes decididos e atentos aos anseios punitivos da sociedade (MELIÁ, 2012, p. 79). É o caso, por exemplo, da normativa dos Crimes Hediondos, sancionada a fim de atender ao clamor social de punição frente a casos criminais de grande repercussão midiática. As leis que possuem cunho de Direito Penal Simbólico trazem uma “forte carga moral e emocional, revelando uma manifesta intenção pelo Governo de manipulação da opinião pública, ou seja, tem o legislador infundindo perante

a sociedade uma falsa idéia de segurança” (GRINOVVER, 1978, p. 58 apud DUARTE NETO, 2009). Nesse ponto, contribui ao debate o seguinte posicionamento:

O caráter meramente simbólico do Direito Penal brasileiro vem sendo criticado, com razão, por abalizada doutrina nacional. Sustenta-se que a função simbólica é aquela pela qual não se objetiva, através do instrumental punitivo do Estado, a resolução efetiva de conflitos de interesses sociais. O objetivo da pena e do Direito Penal para a visão simbólica é apenas a produção na opinião pública de uma impressão de tranquilidade gerada por um legislador diligente e supostamente consciente dos problemas gerados pela criminalidade (QUEIROZ, 2005, p. 52 apud ANJOS, 2006)

Já o ressurgir do punitivismo verifica-se como um processo inverso ao que havia ocorrido nas últimas décadas. Ao invés de serem extirpadas determinadas condutas que antes eram tipificadas como infrações penais, conforme ocorria anteriormente, passou a ocorrer a introdução de novos crimes às normas penais, bem como o endurecimento das penas já existentes. Esse superdesenvolvimento da legislação penal evidencia que a única intenção do legislador passou a ser reagir com firmeza e com rigorosidade, em uma simbólica “luta contra a criminalidade” (MELIÁ, 2012, p. 86).

Dessa relação entre o Direito Penal Simbólico e o ressurgir do punitivismo surge o Direito Penal do Inimigo, o qual não só “identifica determinado fato, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro” (MELIÁ, 2012, p. 87). O outro passa a ser concebido como um ser não integrante de uma determinada sociedade, merecedor de exclusão, e, conforme aduz o teórico Jakobs, de coação.

Em que pese Meliá consiga explicar de que forma nasceu o Direito Penal do Inimigo, iguais fundamentos ele não encontra para sustentá-lo: muito pelo contrário, parece incisivo ao dizer que o conceito “só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não Direito Penal presente nas legislações positivas”. Isso porque, nessa teoria, a função da pena se difere da do Direito Penal “verdadeiro”; e, orienta-se pelo Direito Penal do Autor, e não do fato (MELIÁ, 2012, p. 89).

Assim como Greco, o crítico coaduna-se à posição de que a teoria do professor Jakobs parece ambígua, pois não resta clarividente se o teórico limitou-se meramente a descrever determinados institutos já presentes em ordenamentos jurídicos, ou se buscou reafirmar/legitimar sua teoria, através dos pressupostos já explanados a primeiro momento neste trabalho.

Superada a possível ambiguidade e partindo do pressuposto que Jakobs buscou legitimar o Direito Penal do Inimigo, Meliá (2012) conclui que a definição da teoria é incompleta. Isto porque alega que ao identificar um infrator como um inimigo não se busca

identificá-lo como fonte de perigo (um fenômeno natural a neutralizar), e sim um “reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização” (MELIÁ, 2012, p. 97-8). Combate-se o inimigo, então, pela encarnação do mal que ele representa, e não pelo “perigo” que ele emana.

Além disso, Meliá afirma que o Direito Penal do Inimigo não se refere apenas a um fato tipificado penalmente, mas principalmente a elementos que sirvam à caracterização de um infrator como inimigo. Desse modo, o fato tipificado não é o mais importante, mas também o são as características do indivíduo que o fazem pertencer ao grupo do “inimigo”. Tecnicamente, a crítica de Meliá revela que o princípio da legalidade é relegado a segundo plano na teoria estudada, pois a tipificação e suas complexidades “já não são um ponto de referência essencial para a tipificação penal” (MELIÁ, 2012, p. 99).

Sob o viés de segurança pública ou de efetividade preventiva, parâmetro geralmente debatido pelos agentes políticos que buscam dar vigência ou justificar a legitimidade de certas normas, o Direito Penal do Inimigo revela-se ineficaz, posto que não existem quaisquer evidências que revelem que sua aplicação contribui à prevenção policial-fática de delitos, razão pela qual Meliá conclui que o conceito é, além de inconstitucional, dispensável, não devendo sequer ser incluído como uma vertente do Direito Penal Moderno (MELIÁ, 2012).

Por tais razões, o Direito Penal do Inimigo sequer deve integrar o Direito Penal, visto que sua aplicação não visa estabilizar normas, ou seja, não serve para a prevenção geral positiva; só serve para demonizar e excluir determinados grupos de infratores da sociedade, em um parâmetro de aplicabilidade que revela que a teoria não integra o Direito Penal do Fato, mas sim do autor (MELIÁ, 2012).

Além disso, ainda que o Direito Penal do Inimigo integrasse o Direito Penal, o essencial punitivismo e as medidas excepcionais dispensadas ao Inimigo revelam uma total desproporcionalidade entre a pena/medida de segurança aplicada e o bem jurídico tutelado por um sistema jurídico-penal pautado no Estado Democrático de Direito (MELIÁ, 2012).

Quanto à função da pena na teoria estudada, Meliá aduz que ela se apresenta discrepante da função da pena adotada pelo Direito Penal clássico, que é retribuição, prevenção e ressocialização. Para o Inimigo, a pena traduz-se apenas em uma forma de proporcionar segurança à sociedade. Ademais, o autor defende o óbvio: “não há inimigos no Direito Penal, pelo que de fato, todos os seres humanos são cidadãos” (MELIÁ, 2012, p. 112).

Conclui o crítico que o Direito Penal do Inimigo é incompatível com a teoria da prevenção geral positiva; não integra o Direito Penal, bem como a função da sua pena é

contrária à função da pena de um sistema jurídico-penal clássico. Para além de tais críticas, Meliá requer que a teoria seja eliminada das legislações penais e processuais penais modernas, uma vez que resta “ilusória a ideia de um confinamento do ‘Direito Penal’ do inimigo a determinados limites mediante sua jurisdicização” (MELIÁ, 2012, p. 112): ou seja, a teoria excepcional inevitavelmente se confundiria com o Direito Penal que conhecemos por legítimo. O crítico conclui sua análise com o seguinte comentário:

A discussão em torno da conveniência de medidas excepcionais além do ordenamento jurídico-penal, portanto, não é uma questão que pertença ao Direito Penal em sentido estrito, mas um problema de política legislativa. Em todo caso, antes de determinar se parecem materialmente adequadas as opções político-criminais do ‘Direito Penal’ do inimigo, há que assinalar a óbvia fraude de etiquetas que supõe a usurpação do rótulo de Direito Penal por parte das medidas de exceção que conhecemos como ‘Direito Penal’ do Inimigo: neste âmbito, chamar as coisas por seu nome têm invidiosa importância, e as medidas de exceção deveriam ser identificadas, antes de mais nada, formalmente como tais (MELIÁ, 2012, p. 117).

Conclui-se ser necessária uma reflexão acerca do poder legiferante das pessoas que elegemos por nossos representantes políticos: apesar da pertinência do debate acerca da legitimidade do Direito Penal do Inimigo no campo dogmático penal e de filosofia do Direito, a discussão acerca de medidas excepcionais pertence menos ao Direito Penal, em sentido estrito, e muito mais a uma agenda político-legislativa.

1.2.3 A crítica de Gabriel Habib

O professor Gabriel Habib, ferrenho crítico da teoria do Direito Penal do Inimigo, caracteriza as medidas extraordinárias de Jakobs como uma “tentativa de legitimar, apenas formalmente, um Direito Penal totalitário, por meio da positivação na legislação penal de medidas excepcionais/extraordinárias materialmente incompatíveis com o regime democrático e com o Estado de Direito” (HABIB, 2016, p. 8).

Ademais, Habib aduz que Jakobs não soube dar forma e explicação ao momento processual ou extraprocessual em que o Inimigo perderia sua condição de cidadão. Se a perdesse na fase de investigação policial, demasiado precipitado seria, pois neste momento não há certeza sequer da autoria e da materialidade do delito. Se a perdesse com o trânsito em julgado da sentença condenatória, já seria tarde, posto que a instrução processual restou findada e não foram aplicadas as medidas excepcionais que deveriam ter sido dispensadas:

Parece que quando Jakobs sustenta a condição de não pessoa do inimigo, ele deixa de explicitar e fundamentar a forma e o momento pelos quais a pessoa transforma-se em não pessoa. Qual seria o momento exato para essa conversão? Como se faria essa transformação? São perguntas às quais o professor de Bonn não respondeu. A prática de um delito não pode converter-se em um meio para o agente despedir-se da sociedade. Mas não é só. Se Jakobs sustenta a aplicação do Direito Penal do inimigo, inclusive com normas processuais, em que momento, dentro do processo criminal, tais normas seriam aplicadas ao agente à luz do princípio da presunção de inocência? De um lado, somente ter-se-ia a certeza da prática do crime com o trânsito em julgado da sentença condenatória, e aí já não seria mais possível aplicar ao agente as normas do Direito Penal do inimigo, porque o processo já teria chegado ao fim. De outro lado, se o arsenal normativo processual do inimigo for aplicado desde logo, no início do processo, não se terá a certeza da prática do delito e, conseqüentemente, não se poderá afirmar que se trata de um inimigo. Concordamos com Prittwitz, no sentido de que é visível o dano que Jakobs causou com suas reflexões e com o seu conceito de Direito Penal do Inimigo (HABIB, 2016, p. 11)

Outro ponto interessante refere-se ao fato de que, ainda que Habib refute o Direito Penal do Inimigo, ele concordou que as medidas excepcionais que o caracterizam já encontram-se em vigência indiscriminadamente em vários ordenamentos jurídicos, tais como no Brasil, de forma contrária ao que defendia o próprio Jakobs. Jakobs defende que sua teoria deve ter aplicabilidade tão somente em situações emergenciais e excepcionais, no entanto, percebe-se que sua concepção tem sido aplicada “de forma progressiva e desenfreada, em manifesta cultura repressiva em expansão” (HABIB, 2016, p. 18).

Nesse ponto, percebe-se que no ordenamento jurídico brasileiro já estão vigentes várias medidas consideradas excepcionais e de combate à periculosidade de infratores que perturbam a ordem estatal.

2 AS MEDIDAS EXCEPCIONAIS PREVISTAS NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

2.1 A Lei dos Crimes Hediondos

O termo hediondo surgiu a primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual dispôs em seu artigo 5º, inciso XLIII que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”

Apenas dois anos após a promulgação da Constituição, o legislador infraconstitucional passou a prever no ordenamento jurídico brasileiro quais crimes considerava hediondos. Quanto ao tema, ainda persiste uma lacuna jurídica, eis que de 1988 até o ano de 2017, não existe uma definição legal do que seja um crime hediondo. Tal tarefa ficou a cargo, então, da criminologia sociológica, a qual considera hediondos aqueles crimes que causam maior aversão à sociedade, razão pela qual são merecedores de maior reprovação por parte do Estado.

A Lei nº 8.072/90 veio à luz no ordenamento jurídico brasileiro após uma onda de crescimento da criminalidade violenta que veio a amedrontar a sociedade brasileira. Tornaram-se comuns notícias de radiotelevisão acerca de roubos, latrocínios, homicídios, sequestros, ocorrendo uma verdadeira espetacularização da criminalidade cometida mediante violência ou grave ameaça, de modo que, inevitavelmente, instalou-se um sentimento de insegurança generalizado (HABIB, 2016).

Após o sequestro dos empresários Abílio Diniz, findo em 11.12.1989 e de Roberto Medina, findo em 06.06.1990, instalou-se um sentimento de comoção geral na população, que passou a cobrar do poder público mais severidade no tratamento penal da criminalidade violenta.

Rápida e prontamente, o legislador respondeu ao anseio social através da publicação da Lei nº 8.072/90, que passou a prever um rigoroso tratamento penal a quem incidisse em um crime hediondo, de forma inédita no ordenamento jurídico brasileiro.

A legislação dos Crimes Hediondos perfaz um típico exemplo do Direito Penal Simbólico, aquele em que o legislador prevê medidas penais e processuais penais severas no

intuito de passar um sentimento de segurança à sociedade, que cobra do poder público recrudescimento penal no combate à criminalidade violenta.

2.2 As medidas excepcionais previstas na lei dos crimes hediondos como uma forma de expressão do Direito Penal do Inimigo

Para o teórico Günther Jakobs, o Inimigo representa um perigo à sociedade e ao Estado ao não oferecer uma garantia de que irá respeitar o ordenamento jurídico. Para combatê-lo por sua periculosidade, devem ser implementadas algumas medidas excepcionais, características do discurso de combate à criminalidade, as quais podem ser agrupadas em: medidas de natureza penal e medidas de natureza processual penal (HABIB, 2016).

De uma breve análise a tais medidas, depreende-se que o Estado busca cada vez mais restringir a liberdade do indivíduo, bem como suas possibilidades de provar sua inocência, através da desobservância/mitigação de garantias penais e processuais penais asseguradas constitucionalmente. À título de exemplo, saliente-se o prazo da prisão temporária, que para os crimes comuns tem o prazo máximo de 5 dias, prorrogável por igual período; contudo, quando se fala em crimes hediondos, esse prazo é ampliado para 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema necessidade.

As medidas extraordinárias previstas na Lei dos crimes hediondos podem ser agrupadas como medidas de Direito Penal e de Direito Processual Penal. São medidas de Direito Penal:

1. A vedação da concessão da anistia, da graça e do indulto; 2. a imposição inicial do regime integralmente fechado de pena privativa de liberdade, impedindo, conseqüentemente, a possibilidade de progressão de regimes, de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e de concessão da suspensão condicional da pena; 3. a agravação das penas de alguns crimes; 4. o aumento do prazo para a obtenção do livramento condicional e a sua proibição no caso de reincidência específica (HABIB, 2016, p. 21)

Já as medidas de natureza processual penal são “1. a vedação inicial da fiança e da liberdade provisória; 2. a permissão do apelo em liberdade, desde que o juiz fundamente; 3. O aumento do prazo da prisão temporária” (HABIB, 2016, p. 21).

Nesse ponto, embora por diversas vezes a teoria Jakobsiana apresente-se em tese inconstitucional e contrária aos ditames de um Estado Democrático de Direito, não há como negar que as medidas excepcionais que a caracterizam já se encontram em vigência em

diversos ordenamentos jurídicos-penais. É o caso da Lei dos Crimes Hediondos, que a seguir será analisada.

2.3 Os crimes hediondos e equiparados a hediondos no ordenamento jurídico brasileiro

O termo jurídico “hediondo” está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual dispôs em seu art. 5º, inciso XLIII, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Para que um crime seja considerado hediondo, doutrinadores costumam divergir acerca de qual classificação apresenta-se mais adequada sob o ponto de vista da legalidade, da justiça, da segurança jurídica e da adaptabilidade ao caso concreto. Quando da edição da Lei nº 8.072/90 (também chamada de Lei dos Crimes Hediondos), o legislador infraconstitucional adotou o critério enumerativo ou legal, estabelecendo que são hediondos aqueles crimes elencados no artigo 1º da lei, taxativamente; sem criar, contudo, o conceito de o que se trata a hediondez.

São hediondos os seguintes delitos: homicídio (art. 121 do Código Penal), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que praticado por um só agente; homicídio qualificado (art. 121, §2º, I, II, III, IV, V, VI e VII do CP); lesão corporal dolosa gravíssima (art. 129, §2º do Código Penal) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º do CP), quando praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da CF/88, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; latrocínio (art. 157, § 3º do CP); extorsão qualificada por morte (art. 158, § 2º do CP); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§1º, 2º e 3º do CP); estupro (art. 213, *caput* e §§1º e 2º do CP); estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§1º, 2º, 3º e 4º do CP); epidemia com resultado morte (art. 267, §1º do CP); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e §1º, §1º-A e §1º-B do CP); favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§1º e 2º do CP); e genocídio (Lei nº

2.889/56), além do recém incluso crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/03).

O critério legal, no entanto, é passível de crítica, sendo imprescindível trazer as outras possibilidades de etiquetação de delitos hediondos elencadas pela doutrina.

Guilherme de Souza Nucci (2010) aponta os critérios: 1- enumerativo; 2- judicial subjetivo; e 3- legislativo definidor. O primeiro critério foi aquele adotado pelo legislador brasileiro, o qual enumerou no art. 1º da Lei nº 8.072/90 quais delitos considerou hediondos. Contudo, o que salta aos olhos nessa classificação diz respeito à falta de qualquer parâmetro legislativo ou fundamentação que levou o Parlamento a adotar tal posição de rigorosidade com relação à determinados crimes. Isto porque, em versão anterior à atualmente vigente, o delito de envenenamento de água potável era considerado crime hediondo, mas o homicídio qualificado não era.

No critério judicial subjetivo, cabe ao magistrado, em cada caso concreto, emoldurar um crime como hediondo ou não, ponderando as circunstâncias dos fatos e decidindo se o delito efetivamente é merecedor de especial reprovabilidade. O ponto positivo desse método diz respeito ao não engessamento do caso concreto, com ampla possibilidade de avaliação judicial *in concreto*. Por outro lado, abre margem para arbitrariedade e insegurança jurídica, uma vez que cada magistrado adotaria critérios subjetivos que lhes são próprios, em uma valoração que acabaria “invadindo a seara dos seus valores pessoais, muitas vezes repletos de preconceitos, desvios e falta de bom senso” (NUCCI, 2010, p. 669).

Com relação ao método legislativo-definidor ou misto, o legislador definiria o conceito do que é um crime hediondo, cabendo aos operadores do direito, a partir dessa formulação, enquadrar os tipos penais ou os casos concretos eivados de hediondez. O benefício dessa classificação diz respeito à fundamentação do conceito, evitando uma enumeração de crimes desprovida de critérios. Já o malefício diz respeito à insegurança que uma conceituação provoca no campo dogmático penal, eis que abre margem para dúvidas e inúmeras interpretações diferentes, o que provavelmente geraria à jurisprudência o encargo da interpretação do conceito (NUCCI, 2010, p. 669).

Nucci (2010) assevera que a união de todos os critérios parece ser a solução mais viável. O insigne doutrinador defende que caberia ao legislador, a primeiro momento, classificar vários delitos como hediondos, especialmente os que implicam uso de violência ou grave ameaça contra a pessoa; no segundo momento, ficaria também a critério do legislador criar efetivamente o conceito de hediondo; e, após a criação do conceito, os magistrados poderiam aplicá-lo ou não ao caso concreto, estando adstritos à fundamentação da ideia. A

respeito do tema, importante trazer à baila outro posicionamento acerca do critério mais adequado:

Pensamos que o critério legal é o que mais se coaduna como princípio da legalidade penal. Já o segundo e o terceiro critérios distanciam-se do mencionado princípio, gerando, assim, insegurança jurídica, pois se ao juiz for possibilitada a definição de qual delito deva ser considerado hediondo, mesmo que de forma fundamentada, isso acabará gerando insegurança jurídica e grandes desigualdades na prática, tendo em vista que já não se saberá, de antemão, quais crimes deverão ter o tratamento penal e processual penal mais severo por serem crimes hediondos, colocando em perigo a função de garantia que o tipo legal de crime exerce. Se, pelo princípio da legalidade penal, somente a lei pode dizer quais as condutas que são consideradas criminosas, da mesma forma, somente a lei pode dizer quais são os delitos tidos por hediondos e equiparados (Habib, 2016, p. 22).

Ao nosso ver, apesar do critério legal se apresentar desprovido de uma correlação entre as infrações, tanto quanto ao bem jurídico protegido quanto ao modo de cometimento, é o critério que mais se assemelha com o Princípio da Legalidade Penal.

Além dos crimes hediondos enumerados no art. 1º da Lei nº 8.072/90, o art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, bem como o art. 2º da Lei nº 8.072/90 trataram os delitos de tráfico de drogas (tipificado na Lei nº 11.343/06), tortura (Lei nº 9.455/97) e terrorismo como crimes equiparados a hediondos. Contudo, de acordo com Habib (2016), até o presente momento não existe tipificação legal do delito de terrorismo, o que torna o dispositivo inaplicável no ordenamento jurídico brasileiro, eis que, devido ao princípio da legalidade, “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (art. 1º do CP).

Recentemente, mais precisamente no dia 26/10/2017, o legislador incluiu no rol de crimes hediondos o delito de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/2003), tentados ou consumados. Basta um acompanhamento atento aos noticiários de radiotelevisão para entender a escolha do governante: a inclusão do supramencionado delito veio como uma resposta rápida do legislador atento aos acontecimentos recentes, quais sejam, as execuções de membros da polícia militar do Rio de Janeiro-RJ e a proliferação de armas de fogo de uso restrito nas mãos de traficantes da região, em uma típica manifestação do Direito Penal Simbólico.

Vejam, então, cada uma das medidas excepcionais previstas na Lei dos Crimes Hediondos, e porque elas se relacionam com o Direito Penal do Inimigo.

2.4 A insuscetibilidade da anistia, graça e indulto

O art. 2º, I da Lei dos Crimes Hediondos dispõe que “os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto”. Dessa forma, foi reproduzido o art. 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988 (CF/88), sendo que o legislador ordinário acrescentou o indulto, de modo a limitar ainda mais as possibilidades de perdão estatal do agente que incide em crime hediondo.

Todos os institutos são tratados no art. 107, II do CP, constituindo causas de extinção da punibilidade do agente, eficazes em parar a persecução penal ou em fazer cessar a eficácia da condenação. Cada uma, no entanto, possui peculiaridades que lhes são próprias.

A anistia “é a declaração estatal de que determinados fatos se tornam impuníveis por razões de utilidade social” (NUCCI, 2010, p. 679). É concedida por meio de Lei editada pelo Congresso Nacional (art. 48, VIII da CF/88) e aplicada ao caso concreto por meio do Judiciário. Pode ser concedida antes ou depois de uma sentença condenatória, e beneficia todos os coautores e partícipes do crime, desde que preenchidos determinados requisitos pessoais estabelecidos, e obedecidas algumas restrições, quando impostas. Em outras palavras, trata-se de um “ato do poder do soberano que cobre com o véu do olvido certas infrações criminais, e, em conseqüência, impede ou extingue os processos respectivos e torna de nenhum efeito penal as condenações” (MAXIMILIANO, 1954, p. 155).

A graça e o indulto, ao contrário da anistia, possibilitam o perdão de pessoas, e ambos os atos são de competência privativa do Presidente da República (art. 84, XIII da CF/88), sendo, no entanto, delegáveis aos Ministros de Estado, Procurador-Geral da República ou Advogado-Geral da União (art. 84, parágrafo único). De acordo com a Lei de Execução Penal e com a doutrina majoritária, a graça é um perdão individual e solicitado, enquanto o indulto é coletivo. Podem ser totais, quando extinguem totalmente as penas, ou parciais, quando as abrandam. Ao contrário da anistia, só podem ser aplicados após uma sentença condenatória, extinguindo apenas a punibilidade, e não os demais efeitos da condenação.

Vedadas as concessões dessas causas de extinção da punibilidade, foram extirpadas quaisquer possibilidades de perdão estatal pela prática de delitos hediondos, de modo que essa chance de liberdade antecipada do apenado, prevista para os crimes comuns, foi totalmente tolhida pelo legislador.

A doutrina majoritária entende inconstitucional a vedação ao indulto estabelecida pela Lei nº 8.072/90, eis que a Constituição o prevê expressamente e o atribui à competência discricionária do Presidente da República. Dessa forma, não haveria como o legislador ordinário restringir esse poder discricionário atribuído constitucionalmente ao Chefe do Executivo. Filiam-se a essa corrente Alberto Silva Franco, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Francisco de Assis Toledo e Antonio Lopes Monteiro.

A intenção do legislador, portanto, foi fazer com que o apenado cumprisse integralmente sua pena, tolhendo possibilidades de liberdade antecipada previstas para os crimes comuns.

2.5 A vedação inicial da fiança e da liberdade provisória

Até 2007, a Lei nº 8.072/90 previa que os crimes hediondos e equiparados a hediondos eram insuscetíveis de fiança e de liberdade provisória, relegando a segundo plano o direito subjetivo do réu à liberdade provisória, ainda que preenchidos os requisitos legais para tanto. Era flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo, eis que, “se a Constituição estabeleceu que os crimes hediondos e assemelhados são apenas inafiançáveis (norma restrita de direito), não pode o legislador ordinário ampliar essa restrição constitucional, dizendo-os também insuscetíveis de liberdade provisória” (FRANCO, 1994, p. 77).

A intenção do legislador era manter encarcerado o máximo de tempo possível a pessoa que foi presa em flagrante por um delito hediondo ou equiparado, antecipando a punição de forma absoluta para o início da persecução penal. Esse traço, característico do Direito Penal do Inimigo, revela que o legislador buscou neutralizar o Inimigo “mantendo-o na prisão independentemente de qualquer outro elemento, bastando que o crime que ele tenha cometido seja hediondo ou equiparado” (HABIB, 2016, p. 32).

Gabriel Habib (2016) se posiciona no sentido de que a vedação inicial da concessão da fiança e da liberdade provisória demonstrava a clara intenção do legislador em impedir que o acusado respondesse ao processo em liberdade, de modo a antecipar o momento da prisão de maneira absoluta para o início da persecução penal. Essa medida de natureza penal tornava a manutenção da prisão pressuposto óbvio da prisão em flagrante, em uma clara mitigação do direito à liberdade, ainda que em nosso Estado Democrático de Direito a liberdade seja a regra e a prisão a exceção.

A vedação inicial da fiança e da liberdade provisória foi alterada pela Lei nº 11.464/2007, sendo que atualmente apenas a fiança continua sendo proibida:

Art. 2º da Lei nº 8.072/90 - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

II= fiança.

Pelo que foi exposto, a insuscetibilidade de pagamento da fiança para que o flagrado possa responder ao processo em liberdade apresenta-se como uma restrição de Direito Penal que se assemelha ao ideal de mitigação de direitos previsto por Jakobs.

2.6 A disposição inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado

O art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 inicialmente dispunha que o condenado por um delito previsto como hediondo ou equiparado deveria cumprir a pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado. A disposição foi revogada pela Lei nº 11.464/2007, a qual passou a prever que a pena deveria ser cumprida em regime inicialmente fechado. Embora tenha mudado, o artigo ainda subsiste inconstitucional.

Quanto à redação original, resta clarividente que a intenção do legislador era neutralizar o condenado (HABIB, 2016), mantendo-o encarcerado sob o regime mais severo durante todo o cumprimento da pena. Embora o dispositivo tenha sido revogado, durante 17 anos teve seus efeitos operados no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, à época, a jurisprudência assente no STF e STJ, além de grande parte da doutrina, assinalava que o regime integral de cumprimento da pena em fechado impedia o gozo de benefícios tais como a progressão de regime, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a suspensão condicional da execução da pena.

Conforme disciplinavam os entendimentos acima mencionados, a vedação à progressão de regime devia-se ao fato de que o magistrado estaria vinculado à letra da lei, a qual dispunha que o apenado devia cumprir toda a pena em regime fechado; a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos atrelava-se ao fato de que muito provavelmente a pena estabelecida seria superior a quatro anos, ou pelo delito ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa (embora tais requisitos sejam intrínsecos ao disposto no art. 44 do CP); e a impossibilidade da concessão da suspensão condicional da execução da pena também era adstrita ao fato de que, muito provavelmente, a pena seria superior a dois anos, de forma que o instituto se mostrava inadmissível (requisito também intrínseco ao art. 77 do CP).

A flagrante disposição inicial prevista pela Lei dos Crimes Hediondos ignorava até mesmo o art. 33, §2º do CP, o qual estabelece o regime inicial de cumprimento da pena com base na pena aplicada, senão vejamos:

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Não há como negar a desproporcionalidade da instituição do regime integral fechado ao réu primário condenado a uma pena igual ou inferior a quatro anos, que até a vigência da Lei nº 8.072/90 seria cumprida desde o início em regime aberto, atendendo também ao artigo 59 do CP. No mesmo sentido, se a pena fosse superior a quatro anos mas inferior a oito, não sendo o condenado reincidente, o regime inicial instituído seria o semiaberto. Já de acordo com a Lei dos Crimes Hediondos, da forma como inicialmente foi editada, não seria realizada tal valoração na fixação da pena, instituindo-se imediatamente o regime integralmente fechado em sendo o crime hediondo.

A sanha punitivista que inspirou o legislador quando da edição da Lei nº 8.072/90 levou-o a aprovar uma legislação desprovida de razoabilidade, que desejava manter o acusado preso durante todo o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade no mais cruel dos regimes, ainda que sua pena fosse pequena e o caso concreto permitisse a instituição do regime aberto ou semiaberto, a conversão em penas restritivas de direito ou a suspensão condicional da execução da pena.

Instituir o regime integralmente fechado para todos que cometessem um crime hediondo desobsevava o princípio da individualização da penas, ignorava a liberação progressiva do apenado instituída no Código Penal, além de que desrespeitava um dos mais sagrados princípios do Direito Penal, o da última *ratio*. Isto porque, sempre que possível, a pena deve ser instituída de modo menos gravoso o possível para o apenado.

Indubitavelmente, o princípio constitucional da individualização das penas foi ferido de chofre por uma legislação desvinculada de preocupação ressocializadora,

extremamente punitiva e com viés neutralizador do agente, assim como propõe a teoria de Jakobs (Habib, 2016) :

A execução integral da pena, em regime fechado, de acordo com o §1º do art. 2º da lei 8.072/90, contraria, de imediato, ao modelo tendente à ressocialização do delinquente e empresta à pena um caráter exclusivamente expiatório ou retributivo, a que não se afeiçoam nem o princípio constitucional da humanidade da pena, nem as finalidades a ela atribuídas pelo Código Penal (art. 59) e pela Lei de Execução Penal (art. 1º). A oposição a um regime prisional de liberação progressiva do condenado e de sua preparação para uma vida futura em liberdade significa a renúncia ao único instrumento capaz de tornar racional e, desse modo, tolerável - pelo menos enquanto não for formulada uma outra resposta penal idônea a substituí-la – a pena privativa de liberdade e de justificar, até certo ponto, o próprio sistema penitenciário. Daí a razão pela qual o modelo ressocializador não dispensa um programa básico, um “mínimo ético” que deve estar fundamentado em dois vetores: o princípio de atenuação ou compensação e o princípio do *nihil nocere*² (Franco, 1994, p. 145).

Portanto, a disposição inicial do cumprimento integral da pena privativa de liberdade em regime fechado foi declarada inconstitucional pelo STF e alterada pela Lei nº 11.464/07, que passou a prever que a pena seria cumprida em regime inicialmente fechado. Tais disposições vieram mais do que a tempo, eis que, durante 17 anos, muito provavelmente várias pessoas tiveram cerceado seu direito à progressão de regime, jogando-se por terra a liberação progressiva do apenado e dificultando suas chances de ressocialização.

Nesse ponto, percebe-se que a Lei dos Crimes Hediondos foi editada com um caráter extremamente recrudescedor e característico de Direito Penal do Inimigo, que visava combater à criminalidade através da supressão ou mitigação de vários direitos, tais como o da progressão de regime. Contudo, infelizmente a mesma lei foi aprovada de modo totalmente desvinculado do caráter ressocializador da pena.

2.7 A exasperação das penas de alguns crimes

Em seu artigo 6º, a Lei nº 8.072/90 elencou alguns crimes do Código Penal e aumentou-lhes a pena. Tratam-se dos delitos de roubo, da extorsão mediante sequestro, do estupro, do atentado violento ao pudor (atualmente revogado), da epidemia e do envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal.

Quanto aos delitos supramencionados, parece que não foi adotado nenhum critério de proporcionalidade entre a pena e o bem jurídico tutelado, eis que, para o delito de

² Princípio da atenuação ou compensação, formulado por Adela Asua na obra “El regimen penitenciario abierto”

envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal (art. 270 do CP), apesar de grave, a pena estabelecida ficou entre 10 a 15 anos, patamar excessivamente alto.

No artigo 8º também foi especialmente agravada a pena do delito de associação criminosa quando fosse formado para o cometimento de um crime hediondo ou equiparado. A pena passou a ser de reclusão de 3 a 6 anos, enquanto que para o cometimento dos crimes comuns a pena é de reclusão de 1 a 3 anos.

2.8 O aumento do prazo para a obtenção do livramento condicional e a vedação do benefício em caso de reincidência específica

O livramento condicional da pena consiste na última fase do cumprimento da reprimenda privativa de liberdade, e funciona como um estímulo para que o apenado se comporte bem e retorne ao convívio social de maneira mais célere (HABIB, 2016). Atualmente, a legislação penal comum estabelece que o livramento condicional pode ser obtido: 1- em regra geral, após o cumprimento de 1/3 da pena e 2- pelos condenados reincidentes em crime doloso, após o cumprimento de metade da pena. Em ambos os prazos, é necessário “comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto”, além de que o agente “tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração” (art. 83, III e IV do CP).

Quanto aos condenados por crimes hediondos, o artigo 5º da Lei nº 8.072/90 estabeleceu um prazo diferenciado e ainda mais rigoroso para gozo do livramento condicional: o prazo de cumprimento de mais de 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade, ficando vedado o instituto para reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados. Vejamos a letra da lei:

Art. 5º da Lei nº 8.072/90 - Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso (...):

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

Nesse ponto, observa-se que a intenção do legislador era neutralizar o indivíduo, mantendo-o no cárcere pelo máximo de tempo possível, o que aponta novamente que com suas medidas excepcionais a Lei dos Crimes Hediondos refletiu a teoria do Direito Penal do Inimigo. Além dessa constatação, também se observa uma grave incoerência legislativa: ao

mesmo tempo em que a lei inicialmente vedou a progressão de regime, estabeleceu que o indivíduo poderia sair do cárcere em livramento condicional (ainda que o prazo fosse mais rigoroso do que o previsto na legislação comum).

Desse modo, como é característico de normas emergenciais, a Lei dos Crimes Hediondos foi pouco discutida e questionada, de forma que o espírito de guerra que inspirou o legislador a criá-la turvou a sua tecnicidade e causou um atropelo de ideias. “Parece que no afã de estabelecer a lei e ordem por meio de uma lei o legislador acabou por cair em grave contradição” (HABIB, 2016, p. 30). Essa incoerência pode ser atribuída à forma de edição da Lei nº 8.072/90, que veio à luz no ordenamento jurídico como uma resposta estatal rápida e discursivamente combativa à criminalidade

2.9 A necessidade de fundamentação judicial para o réu apelar em liberdade em caso de sentença condenatória: inversão de valores constitucionais

Vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, em que a liberdade é a regra e o cárcere a exceção. Um dos pilares do nosso ordenamento jurídico-penal está assentado no Princípio da Presunção da Inocência (artigo 5º, inciso LVII da CF/88), que preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O art. 2º, §3º da Lei dos Crimes Hediondos dispõe que “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Assim, para o condenado por um crime hediondo ou equiparado, a liberdade passou a ser exceção e a prisão a regra: ao invés de haver necessidade de fundamentação judicial para a prisão cautelar do Apelante, o legislador dispôs que o magistrado deveria motivar, fundamentar, se decidisse pela liberdade.

Em uma simples análise ao comando legal, nota-se o caráter extremamente restritivo da garantia que o condenado tem de apelar em liberdade, e de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal medida possui caráter de adiantamento da punição do acusado, um dos pressupostos da teoria do Direito Penal do Inimigo, e não pode ser analisada senão como uma afronta ao Estado Democrático de Direito, em que a prisão é medida excepcional e sempre deve ser fundamentada e calcada nos ditames legais e constitucionais.

Tal dispositivo é viciado de inconstitucionalidade, pois “somente se o juiz decidir fundamentadamente é que o condenado poderá recorrer em liberdade” (HABIB, 2016, p. 33). Em outras palavras, caso o juiz não encontre fundamento para permitir o apelo em liberdade, o condenado permanecerá preso, sem que haja o juízo definitivo sobre a sua responsabilidade penal pelo delito. Saliente-se que o apelo pode levar anos até ser julgado, o que configuraria excesso de prazo de prisão.

No entanto, existem doutrinadores que se manifestam favoravelmente à vigência do art. 2º, §3º da Lei dos Crimes Hediondos. Nucci (2016) dispõe, ainda que de forma genérica, que estando presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal) e apresentando-se necessária a segregação cautelar do acusado, deve o magistrado decretá-la, devendo o acusado aguardar o julgamento no cárcere. No entanto, esse posicionamento não acrescenta ao debate dogmático penal, eis que as decretações de prisões preventivas, seja de crimes comuns ou hediondos, já ocorrem da maneira que o doutrinador defendeu: amparadas no processo constitucional e nos ditames do Estado Democrático de Direito, além de respeitarem os requisitos legais.

Ora, esse não foi o objetivo do legislador que editou a Lei dos Crimes Hediondos, eis que em nenhum momento se adianta em fazer referência aos requisitos das prisões cautelares ao determinar que “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade” (art. 2º, § 3º da Lei nº 8.072/90).

Embora tenha deixado de levar em consideração a intenção do legislador ao editar a lei, o doutrinador Nucci defende a medida supracitada fundamentando-se tão somente no fato de que se o legislador entendeu por bem que os delitos hediondos e equiparados são merecedores de especial rigorosidade penal “em função da gravidade objetiva dessas infrações penais, conforme indicação constitucional de tratamento mais rigoroso” (Nucci, 2016, p. 684), é preciso que o juiz fundamente a sentença em caso de entender que o Apelante pode aguardar o julgamento em liberdade.

Assim, denota-se que a necessidade de fundamentação para que o Apelante responda ao processo em liberdade tem conformidade com a restrição de Direitos proposta pelo Direito Penal do Inimigo.

2.10 A elevação do prazo da prisão temporária

A prisão temporária, regulada pela Lei nº 7.960/89, pode ser decretada pelo prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, face à representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. É cabível “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” (art. 1º, I) ou “quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” (art. 1º, II), sempre que houver fundados indícios de autoria ou participação do acusado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016) (Art. 1º, inciso III da Lei nº 7.960/89).

Em se tratando de um crime hediondo ou equiparado a hediondo, esse prazo de 5 (cinco) dias sobe para 30 (trinta) dias, podendo, ainda, ser prorrogado por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, § 4º da Lei nº 8.072/90) . Trata-se de uma amplificação de prazo muito maior do que a prevista para os crimes comuns, cujo objetivo não parece ser outro senão “neutralizar o mero suspeito da prática de um delito, de forma desproporcional e contrária ao princípio da presunção de inocência” (HABIB, 2016, p. 34).

O alargamento dos prazos das prisões preventivas (art. 312 do CPP), sabidamente sem prazo legal definido para término, tem o objetivo de adiantar a punição do acusado e neutralizar o perigo que dele emana, assim como propõe a teoria de Jakobs sobre a prisão cautelar. Desse modo, a ampliação de prazo da prisão preventiva tem correlação com o Direito Penal do Inimigo.

Diante de tudo que foi exposto, existe uma conformação entre as medidas excepcionais que caracterizam o Direito Penal do Inimigo e as medidas extraordinárias previstas na Lei dos Crimes Hediondos, senão retomemos as principais hipóteses.

A medida de natureza penal de criação e agravamento de penas desvinculada de proporcionalidade entre a severidade da pena e a importância do bem jurídico tutelado pode ser facilmente vislumbrada de uma singela leitura do art. 6º da Lei nº 8.072/90, que aumentou a pena do roubo, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor (revogado), epidemia e envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal. No mesmo eito, o art. 8º aumentou a pena do delito de associação criminosa quando formado para a prática de algum crime hediondo ou equiparado. Embora não tenha mais aplicabilidade, o art. 9º previa uma causa de aumento de metade da pena no caso dos delitos de roubo qualificado pela lesão corporal grave ou pela morte, extorsão mediante sequestro nas formas simples e qualificada, estupro na forma simples e qualificada e atentado violento ao pudor (este já revogado pela Lei nº 12.012/09) terem sido cometidos contra as vítimas descritas no art. 224 do CP, o qual também foi revogado pela Lei nº 12.015/2009.

A mitigação ou restrição de direitos e garantias processuais dos acusados/apenados verifica-se pela vedação da concessão da anistia, graça e indulto (art. 2º, I da Lei nº 8.072/90); pela vedação inicial da fiança e da liberdade provisória estabelecida pela redação original da lei, atualmente substituída apenas pela impossibilidade de concessão de fiança (art. 2º, II); e pela disposição que o Apelante deve aguardar o julgamento de seu apelo no cárcere, salvo se o juiz fundamentadamente decidir pela sua liberdade na sentença.

A ampliação dos prazos de detenção policial e de prisão preventiva são medidas excepcionais que refletem o Direito Penal do Inimigo, e a Lei dos Crimes Hediondos assim o fez ao ampliar o consagrado prazo de 5 (cinco) dias da prisão temporária para o prazo de 30 (trinta) dias em se tratando de crimes previstos no seu corpo de artigos, ou equiparados.

Como se não bastasse, a Lei dos Crimes Hediondos também recrudescer as condições de classificação de internos que já se encontram cumprindo pena, e dificultou a obtenção de benefícios penitenciários (DIAS, 2009, p. 694 e GARCIA MARTIN, 2007, p. 87-90 apud HABIB, 2016, p. 14). Gize-se a imposição do regime inicialmente fechado (antes integralmente) e o aumento do prazo para a obtenção do livramento condicional, que para os condenados comuns, em regra geral, é obtido após o cumprimento de 1/3 da pena e após o cumprimento da 1/2 (metade) da pena pelos condenados reincidentes em crimes dolosos. Já para os condenados por crimes hediondos ou equiparados ficou estabelecido o prazo de cumprimento de mais de 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade para obtenção do

livramento condicional, ficando vedado o instituto para reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados.

Segundo Prittwitz (2004, p. 19), conforme citado por Habib (2016, p. 36), todos aqueles que defendem um Direito Penal arbitrário e autoritário encontrarão em Jakobs a “bênção” científica e filosófica para a sua formulação. Inspirado (ainda que indiretamente) no Direito Penal e Processual do Inimigo formulado por Jakobs, verifica-se que o legislador brasileiro trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 8.072/90.

3 A POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COMO CRIME HEDIONDO

3.1 Retrospectiva da aprovação da Lei nº 13.497/2017

Apresentado ao Congresso Nacional no dia 15/07/2014 pelo então senador do Rio de Janeiro Marcelo Crivella, o projeto de lei 230/2014 dispunha sobre uma alteração no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.072/90, que passaria a considerar hediondo também o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo, previstos nos arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 10.826/03, todos “tentados ou consumados”. Vejamos a redação original do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.072/90:

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado”

A justificativa da lei era clara: buscava conter a onda de criminalidade que assolava o país e que atingira patamares jamais experimentados anteriormente. Para tanto, o Senador Crivella colacionou dados a respeito do aumento das taxas nacionais de homicídio, elencando que a esmagadora maioria eram cometidos mediante uso de arma de fogo. Diante do exposto, pugnou pela aprovação do projeto de lei, buscando tornar hediondos três crimes previstos na Lei nº 10.826/2003, também chamada de Estatuto do Desarmamento.

Após regular tramitação e retirados do projeto os crimes de comércio ilegal de arma de fogo (art. 17 da Lei nº 10.826/03) e tráfico internacional de arma de fogo (art. 18 da mesma lei), o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e seguiu para análise na Câmara dos Deputados na data de 20/10/2015. Na data de 29/09/2017, na Câmara dos Deputados, transcorreu o prazo para interposição de recurso contra o referido projeto de lei, ocasião em que ele seguiu para sanção presidencial.

A pedido direto de Marcelo Crivella³, atualmente prefeito do Rio de Janeiro, no dia 26/10/2017 o Presidente Michel Temer sancionou o projeto de lei, tornando hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Não por acaso, por ocasião de seu discurso o presidente confirmou que sancionou o projeto de lei devido ao fato de que a disseminação do uso de armas de calibre restrito afligia toda a população do Rio de Janeiro:

³ Michel Temer (informação verbal) durante evento realizado no Palácio do Planalto na data 26/10/2017. Matéria completa em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-lei-que-torna-crime-hediondo-posse-ou-porte-ilegal-de-fuzil.ghtml>

“Quero dizer que, na manhã de hoje, eu sancionei esse projeto mencionado pelo prefeito Marcelo Crivella. Projeto que impede o uso de armas de porte exclusivo de uso do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. Porque é isto que aflige o povo do Rio de Janeiro”.

Saliente-se que, ao contrário do que o presidente discursou, o projeto de lei não proibiu o uso de armas de calibre restrito, vez que a posse ou porte ilegal de armas de uso restrito já se encontra proibida, e sim atribuiu hediondez ao tipo legal. Ao que o parecer presidencial demonstra, o chefe do Poder Executivo do Brasil pouco conhecia a respeito da lei que acabara de sancionar.

Após a sanção presidencial, o art. 1º, parágrafo único da Lei 8.072/90 manteve sua estrutura anterior, passando a incluir agora o delito de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito, da seguinte forma:

"Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados. (Redação dada pela Lei nº 13.497/2017 à Lei nº 8.072/90, grifo nosso)

Quanto ao contexto político e social em que foi aprovada a Lei nº 13.497/2017, saliente-se que o ano de 2017 foi marcado por diversas estatísticas vertiginosas a respeito do aumento da criminalidade. Nesse ano foi apreendido no Rio de Janeiro o maior número de fuzis da década: mais especificamente 393 armas de uso restrito entre os meses de janeiro a setembro. Esse número equivale a uma apreensão de fuzil por dia⁴, o que tem levado as autoridades policiais locais a suspeitar que ocorrerá uma guerra pelo domínio do tráfico na região. Além desse índice, registre-se o grande número de mortes de policiais militares na mesma localidade, seja em troca de tiros ou em atos de execução propriamente dita: até a data de 26/08/2017, 100 policiais da corporação do Rio de Janeiro haviam sido mortos⁵. Como não poderia ser diferente, a mídia promoveu grande cobertura de tais estatísticas, que acabaram se tornando objeto de discussão da população local e nacional.

Dentre vários fatores que desencadearam a aprovação da Lei nº 13.497/17, o sensacionalismo veiculado pela mídia a respeito do crescimento da criminalidade não pode ser olvidado. Esse fator provocou um aumento do sentimento de insegurança na população nacional, principalmente a carioca, que novamente clamou ao Poder Público mais segurança

⁴ Matéria completa em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/rj-bate-recorde-de-fuzis-apreendidos-em-um-ano-393-entre-janeiro-e-setembro.ghtml>

⁵ Matéria completa em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/pm-e-baleado-e-morre-no-rj-e-o-100-no-ano.ghtml>

através de maior rigorosidade penal. Diante do exposto, a inclusão da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito como crime hediondo tem caráter tipicamente simbólico, sendo oportuno salientar que a novel legislação “encampa grosseiros vícios de atecnia e inconstitucionalidade” (REBELO, 2017, n.p.).

Vejam os então, os problemas de ordem técnica e constitucional, bem como sua correlação com os ideais do Direito Penal do Inimigo.

3.2 A falta de tecnicidade do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.072/90

Sob o aspecto da teoria geral do crime, o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/2003) é descrito como um crime de mera conduta. Os crimes de mera conduta são aqueles que se limitam a descrever uma conduta, não exigindo qualquer resultado naturalístico para sua consumação (Cunha, 2016). Ou seja, é um crime que “independe da ocorrência de qualquer efetivo prejuízo para a sociedade” (Nucci, 2010, p. 100). Além disso, subdivide-se em unissubsistente e plurissubsistente. Vejam o tipo penal mencionado, de natureza multinuclear:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo (Art. 16 da Lei nº 10.826/2003)

Tratando-se de núcleo verbal que perfaz crime de mera conduta unissubsistente, não comporta tentativa, eis que a consumação ocorre no momento da ação, independentemente do resultado. Já quando se fala de núcleo que perfaz crime de mera conduta plurissubsistente, é possível, em tese, ocorrer a tentativa, eis que a conduta pode ser

fracionada entre atos executórios e consumatórios. Quanto ao crime estudado, parte da doutrina, representada nessa oportunidade por Gonçalves e Baltazar Junior (2015) entende que a tentativa é possível, quando o agente tenta adquirir a arma de fogo, por exemplo. Nucci (2010) também é adepto de tal linha de raciocínio, ao entender que, quando se trata de um crime de porte ou posse de arma plurissubsistente, pode ocorrer a tentativa.

Ocorre que, quando o legislador elencou como crime hediondo o art. 16 da Lei nº 10.826/2003, seja tentado ou consumado, incidiu em grave erro técnico, pois não há de se falar em tentativa em crimes de mera conduta quando unissubsistentes, ou seja, quando cometidos mediante um único ato. Dessa forma, nos delitos do art. 16 da Lei nº 10.826/03 que são unissubsistentes, não existe fracionamento da conduta e uma divisão entre atos executórios e consumatórios, estando consumado o crime no momento da ação: “não há meio termo, ou o delito foi consumado, ou apenas não existe ilicitude. Se há contato do agente com a arma, o crime está consumado; se não há, inexistente qualquer crime” (REBELO, 2017, n.p.). A jurisprudência pátria é uníssona nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CRIME FORMAL OU DE PERIGO ABSTRATO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N. 83/STJ. INCIDÊNCIA. 1. O Tribunal de origem, ao entender que o delito pelo qual o recorrente restou condenado é de perigo abstrato e de mera conduta, cuja "consumação se dá com o simples fato de estar na posse ou porte de arma de fogo, munição ou acessório, não se exigindo qualquer finalidade específica, isto é, dolo específico", decidiu em conformidade com a hodierna e pacífica jurisprudência deste Sodalício. 2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 610230 DF 2014/0279234-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 14/04/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/04/2015).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIAS COMPROVADAS. PROVAS ROBUSTAS RECONHECIMENTO PESSOAL. PALAVRAS DA VÍTIMA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA OU SUPRIMIDA. CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO INAPLICÁVEL AO CASO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. 1. Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima, que narra com coesão e clareza o fato delituoso, assume especial relevo, principalmente quando corroborada por outros elementos e, ainda, quando não há provas ou razões para injustamente incriminar o réu ou acrescentar ao seu relato fatos não condizentes com a realidade. (...) 5. O tipo descrito no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003 é misto alternativo, de natureza múltipla (multinuclear), bem como de mera conduta, ou seja, todas as condutas ali descritas, separadas ou conjuntamente, enquadram-se na

tipificação legal supramencionada e não se exige resultado para sua consumação, pois se cuida de crime de perigo abstrato, não se admitindo, portanto, tentativa. 6. Admite-se o porte e a posse compartilhada de arma de fogo, excepcionalmente, quando a arma está disponível ao uso de quaisquer dos agentes e, ainda, quando presentes os requisitos gerais da coautoria, quais sejam: a) pluralidade de pessoas; b) unidade de fato; c) vínculo psicológico entre os participantes; e d) relevância causal das condutas. precedente do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, Paraná e Santa Catarina. 7. Recurso da defesa parcialmente provido, recurso do ministério público provido.” (TJ-DF - APR: 20130510068137 DF 0003627-65.2013.8.07.0008, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 06/02/2014, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/02/2014 . Pág.: 217 – Grifo nosso).

Ao punir delitos de mera conduta unissubsistentes na forma tentada, o que ocorreria é a retroatividade do *iter criminis* em fase anterior à execução, passando a serem puníveis os atos preparatórios. E até o presente momento, atos preparatórios não são puníveis no ordenamento jurídico senão quando expressamente previstos (REBELO, 2017).

O aumento da incriminação de atos preparatórios faz parte do conjunto de medidas penais que caracterizam o Direito Penal do Inimigo (HABIB, 2016), e que celebram a antecipação da barreira da punibilidade. Assim como Jakobs dispunha, o inimigo é interceptado no estado prévio, e combatido devido a sua periculosidade. Nesse sentido, percebe-se que subsistem traços da teoria Jakobsiana na Lei nº 13.497/2017.

3.3 A insuscetibilidade de fiança

Uma vez que o delito de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito passa a ser hediondo, um dos seus efeitos imediatos é a insuscetibilidade de colocação do flagrado em liberdade mediante pagamento de fiança (REBELO, 2017). Nesse ponto, a Lei nº 13.497/2017 não inovou, vez que a insuscetibilidade da concessão de fiança já encontra-se expressamente prevista na Lei nº 10.826/2003, senão vejamos:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Vide Adin 3.112-1)

Além disso, o art. 21 da Lei nº 10.826/2003 também estabelecia que os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e o comércio ilegal e tráfico internacional

de arma de fogo (art. 16, 17 e 18, respectivamente) são insuscetíveis de liberdade provisória, assim como também originalmente dispunha a Lei nº 8.072/90. Ocorre que, tanto o art. 14 quanto o art. 21 da Lei nº 10.826/2003 foram objeto de controle de constitucionalidade, sendo declarados inconstitucionais pelo STF por ocasião do julgamento da Adi 3.112-1, que declarou a desproporcionalidade da inafiançabilidade em se tratando de crime de mera conduta, como é o caso da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (REBELO, 2017). Vejamos a ementa do julgamento:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública inocorrente, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. **IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - **Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.** VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos**

respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. (ADI 3112, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538 – Grifo nosso).

Gize-se o voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski:

“Alega-se, ainda, que são inconstitucionais, no aspecto substantivo, os parágrafos únicos dos arts. 14 e 15, que proíbem o estabelecimento de fiança para os crimes de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo”.

Quanto a esses delitos, acolho o entendimento esposado pelo Ministério Público, segundo o qual se trata de uma vedação desarrazoada (sic), “porquanto não podem estes ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou crimes hediondos (art. 52, XLIII, da Constituição Federal).”

Ademais, como bem assentado na manifestação da PGR, cuida-se, em verdade, de crimes de mera conduta que, “embora reduzam o nível de segurança coletiva, não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.”

Portanto, como já assentado pela Suprema Corte, a proibição ao arbitramento de fiança ao crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito afigura-se desarrazoada, porquanto se trata de crime de mera conduta, que é cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, sem grande perturbação da ordem jurídica. Crimes de mera conduta são aqueles que se limitam a descrever uma ação, sem indicação de resultado lesivo; o de porte de arma também é de perigo abstrato, não há de se falar em resultado danoso, motivo pelo qual é desproporcional a vedação à fiança.

Quanto à vedação à liberdade provisória inicialmente prevista na Lei dos Crimes Hediondos, também se trata de um dispositivo de flagrante inconstitucionalidade, que inclusive foi alterado pela Lei nº 11.464/2007, pois contrariava o princípio da presunção da inocência e promovia o adiantamento da punição a momento anterior à sentença condenatória, da forma que o Direito Penal do Inimigo dispõe.

Assim, a Lei nº 13.497/2017 veio ao ordenamento jurídico já eivada de inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte por ocasião do julgamento da ADI 3.112-1. Não surpreende ao doutrinador e jurista ativista que logo ela venha a ser objeto de controle de constitucionalidade, e, novamente, a mesma vedação da Lei nº 10.826/2003 venha a ser declarada inconstitucional na Lei nº 8.072/90 (REBELO, 2017).

Diante dos apontamentos teóricos e jurisprudenciais levantados nesse trabalho, denota-se que apesar do legislador brasileiro não adotar explicitamente o Direito Penal do Inimigo, de uma simples leitura atenta à Lei nº 8.072/90 são facilmente vislumbrados seus principais traços, especialmente na aprovação da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito como crime hediondo. Aliás, não só a Lei dos Crimes Hediondos, mas outras leis recrudescedoras (exemplo: Lei nº 11.343/2006), características do Direito Penal Simbólico e emergencial, demonstram que a teoria do professor alemão não está restrita à sua pátria: muito pelo contrário, vem sorrateiramente adentrando ordenamentos jurídicos pautados no Estado Democrático de Direito, relegando a segundo plano o que o seu próprio criador almejava: que ela fosse restrita à situações excepcionais.

CONCLUSÃO

O objetivo principal desse trabalho foi estudar a teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs, bem como as principais críticas contrárias ao seu conceito. Partindo-se dessa base teórica, buscou-se analisar a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), indagando-se se existe uma conformidade entre as medidas extraordinárias aplicadas ao Inimigo na teoria de Jakobs, e as medidas excepcionais previstas ao infrator que incide em um crime hediondo.

Segundo propõe Günther Jakobs, o Direito Penal possui dois polos: o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O Direito Penal do cidadão é aplicado ao infrator comum, aquele que por um mero deslize vem a praticar um crime, contudo ainda apresenta um comportamento que oferece garantia de respeito ao ordenamento jurídico. Já o Direito Penal do Inimigo se aplica aos indivíduos considerados perigosos, que cometem determinados crimes atentatórios à ordem estatal, e que, por isso, não devem ser tratados como cidadãos.

Enquanto que no Direito Penal são garantidos direitos penais e processuais penais ao cidadão, no Direito Penal do Inimigo tais garantias são mitigadas ou até suprimidas: são as chamadas medidas extraordinárias, que o autor defende que devem ser dispensadas ao Inimigo, que, ao oferecer um risco aos demais cidadãos e ao Estado, não pode ser tratado como cidadão, nem usufruir das benesses inerentes a essa condição.

A finalidade do Direito Penal para Jakobs, que adota a teoria da prevenção geral positiva, consiste na reafirmação da vigência da norma que é violada quando alguém pratica um delito. Já o Direito Penal do Inimigo não tem outra finalidade senão combater o Inimigo por sua periculosidade, interceptando-o no estado prévio a fim de resguardar a sociedade do mal que ele representa. A título de exemplo, o autor conceitua a prisão preventiva, prisão cautelar que não busca a regular participação do acusado em todas as fases de um processo, e sim assegurar que o Inimigo não volte a delinquir e não se valha de estratégias que atrapalhem o regular prosseguimento da persecução penal.

O autor defende que o Direito Penal e o Direito Penal do Inimigo não se contrapõem isoladamente, mas que, ao contrário, coexistem no contexto jurídico penal, razão pela qual muitas vezes, imperceptivelmente, andam juntos. Embora haja essas duas tendências, Jakobs defende a aplicação do Direito Penal do Inimigo apenas em situações emergenciais e excepcionais, a fim de combater verdadeiros perigos, não sendo recomendável banalizar essa excepcionalidade.

A criminalidade praticada pelo inimigo está ligada ao terrorismo, aos crimes sexuais, ao tráfico de drogas, criminalidade organizada, dentre outros delitos. Interessante salientar que não existe um critério de conexão entre tais delitos, eis que cada um é praticado de uma maneira e cada um tutela um bem jurídico diferente. Nesse sentido, percebe-se uma identificação entre os crimes praticados pelo Inimigo e alguns dos crimes hediondos. Além disso, é fator comum à teoria e à Lei dos Crimes Hediondos a falta de correlação entre os delitos.

Quanto às medidas excepcionais defendidas por Jakobs, elas podem ser agrupadas em medidas penais e processuais penais, sendo que todas buscam mitigar ou até eliminar direitos e garantias dos acusados e apenados. Novamente, observa-se que na Lei dos Crimes Hediondos estão elencadas diversas medidas extraordinárias que objetivam relativizar ou suprimir direitos do infrator, justificando-se tal medida devido ao fato de que os crimes hediondos são merecedores de especial reprovação estatal.

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) veio à luz no ordenamento jurídico em uma típica manifestação do Direito Penal Simbólico, eis que na década em que foi aprovada acontecia uma onda de criminalidade jamais vista anteriormente, que foi alvo de intensa cobertura midiática e que, por isso, amedrontou demasiadamente a população. Por sua vez, a população clamou ao Poder Público mais segurança através de maior rigorosidade penal, e o legislador respondeu quase que imediatamente com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, deixando a impressão de que o Poder Público estava atento e correspondendo aos anseios da sociedade.

Embora traga em seu cerne diversas medidas excepcionais, tais como a insuscetibilidade de fiança ou o maior prazo de cumprimento de pena para gozo do livramento condicional, muitas delas já foram declaradas inconstitucionais pelo STF e deixaram de ser aplicadas nos casos concretos. É o caso, por exemplo, da disposição inicial de que o infrator deveria cumprir a pena de um crime hediondo em regime integralmente fechado. Atualmente, vigora a redação de que a pena será cumprida em regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90); contudo, esse artigo ainda afronta a Constituição, eis que fere o princípio da individualização da pena se a escolha do regime ocorrer tão somente com base no aludido artigo e não for devidamente fundamentada.

Desde a década de 1990 até os dias atuais, a Lei nº 8.072/90 já sofreu diversas alterações, sendo incluídos novos crimes e retirados outros, retiradas determinadas disposições e inclusas outras, restando clarividente que a Lei vem sendo modificada de acordo com os interesses políticos e sociais que surgem em cada época. Atualmente, a posse ou porte

ilegal de arma de fogo de uso restrito esteve em evidência devido ao grande número de fuzis apreendidos no Estado do Rio de Janeiro, armamento este que permitiu a ocorrência de uma verdadeira execução de policiais militares lotados na corporação da cidade do Rio de Janeiro-RJ.

Novamente, em uma típica manifestação do Direito Penal Simbólico, o legislador tornou hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/2003) através da Lei nº 13.497/2017, tornando-o, dentre outras consequências, inafiançável. Ocorre que a insuscetibilidade de fiança em se tratando de crime de mera conduta já foi declarada inconstitucional pelo STF, demonstrando que a aludida Lei já nasceu eivada de vícios.

Quando foi editado o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), o legislador dispôs que o crime de porte ilegal de arma de fogo seria inafiançável. Contudo, essa disposição foi submetida a controle concentrado de constitucionalidade e declarada inconstitucional pelo STF por ocasião do julgamento da Adin 3.112-1. A vedação à fiança mostrava-se desarrazoada devido ao porte ilegal de arma de fogo ser um crime de mera conduta, ou seja, sem graves resultados causados no mundo naturalístico.

Portanto, a Lei nº 13.497/2017 foi introduzida no ordenamento jurídico já eivada de inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte desse país, não sendo admirável que em breve ela seja submetida a controle de constitucionalidade. Essa inserção legislativa, assim como a própria Lei dos Crimes Hediondos, chama muito mais a atenção por sua pretensa rigorosidade do que por sua efetiva aplicação. Isso sem discorrer com profundidade sobre o fato de que a Lei dos Crimes Hediondos não provocou a queda das taxas de criminalidade: muito pelo contrário, aumentou-as.

Diante do exposto e sem esgotar o tema, restou confirmada uma perfeita conformidade entre as medidas excepcionais previstas por Günther Jakobs no Direito Penal do Inimigo e as medidas extraordinárias previstas na Lei dos Crimes Hediondos. A Lei dos Crimes Hediondos é uma típica manifestação do Direito Penal Simbólico, não surpreendendo que, a cada ano haja retirada ou inclusão em seu corpo de artigos de um novo crime que tem se destacado na mídia e na realidade político-social. Além disso, não surpreende ao jurista atento que cada nova mitigação ou supressão de direitos incluída na Lei dos Crimes Hediondos tenha sua constitucionalidade questionada, assim como inevitavelmente tem ocorrido com as anteriores.

Por fim, cabe dizer que a sociedade exerce um papel fundamental na criação de leis penais e processuais penais mais punitivas, pois, impulsionada pelo sentimento de

insegurança que é emoldurado em jornais e revistas de grande circulação, clama ao legislador mais segurança através de maior rigorosidade penal, acreditando que a cadeia pode ser a chave para a resolução dos problemas que assolam a população brasileira. Desse modo, o Poder Público relega a segundo plano a implementação de políticas penitenciárias, sociais e preventivas que poderiam auxiliar no enfrentamento do crescimento da criminalidade que tem ocorrido no país.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto, Brasília, DF-2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25. nov. 2017.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 25. Nov. 2017
- BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 24 Nov. 2017
- BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, de 26. jul. 1990, P. 14303. Disponível em: . Acesso em 30. mar. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 26**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 30 mar. 2017.
- COSTA, Fernanda Otero. **Uma Linha Abissal no Estado Democrático de Direito: O Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/92/59>>. Acesso em: 30. Mar. 2017.
- CUNHA, Rogerio Sanches. **Lei 13.497/17: Torna hediondo o crime de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito**. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/28/lei-13-49717-torna-hediondo-o-crime-de-posse-ou-porte-de-arma-de-fogo-de-uso-restrito/>>; Acesso em: 25. Nov. 2017
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL - SISTEMA DE INFORMAÇÃO PENITENCIÁRIA – **InfoPen** - Estatística. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 30. Mar. 2017.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES DUARTE NETO, Júlio. **O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154>. Acesso em nov 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em 30. mar. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; coordenador Pedro Lenza. **Legislação Penal Especial Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46-75

GRECO, Luiz. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 30. mar. 2017.

GRINOVVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e Autoridade da Sentença Penal**. 1 edição, São Paulo, RT, 1978, p 58._

HABIB, Gabriel. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos**. 1 ed. Editora Impetus. 2015.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentário à Constituição Brasileira de 1946**. 1954, v. 1, p.155

MAZUI, Guilherme. **Temer sanciona lei que torna crime hediondo posse ou porte ilegal de fuzil**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-lei-que-torna-crime-hediondo-posse-ou-porte-ilegal-de-fuzil.ghtml>. Acesso em 20. nov. 2017.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos. Texto, comentários e aspectos polêmicos**. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9ª ed. Editora Forense, 2016.

PRADO, Luiz Régis. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra**. Disponível em: < <http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 30. mar. 2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza, **Funções do Direito Penal**, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 52.

REBELO, Fabricio. **Hedionda Inconstitucionalidade. Os graves vícios jurídicos abrigados na Lei nº 13.497/17, que tornou hediondos os crimes de posse e porte ilegais de arma de fogo de uso restrito**. Disponível em:

<https://rebelo.jusbrasil.com.br/artigos/514333655/hedionda-inconstitucionalidade>. Acesso em 22. Nov. 2017.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.60

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos; notas sobre a Lei 8.072/90**. 3. Ed. São Paulo, 1994.

SOUSA, Kárittha Katarine Silva Nunes de. **A Lei de Drogas à luz do Direito Penal do Inimigo: o usuário como cidadão e o traficante como inimigo**. 2012. 51 f. Monografia (Faculdade de ciências jurídicas e sociais) – Centro Universitário de Brasília. Brasília.