

07

A evolução da lei dos crimes hediondos sob a análise da teoria do direito penal do inimigo de Gunther Jakobs

The evolution of the law of hideous crimes under the analysis of the theory of criminal law of the enemy by Gunther Jakobs

*Mateus Barbosa Rocha
Paula Assunção Freire
Hewldson Reis Madeira*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.7

RESUMO

O marco inicial da lei nº 8.072/90, a lei dos crimes hediondos, foi o sequestro do empresário Abílio Diniz em 1989, aliado a crescente onda de violência, bem como a intensa mobilização social e política devido ao período vivenciado: a redemocratização, culminando conseqüentemente na criação das normas mais severas. Desta forma, objetiva-se analisar a evolução da referida lei correlacionando à teoria do Direito Penal do Inimigo de Jackobs, levando em consideração às conjunturas do período de sua composição, advinda do exercício da soberania popular e o clamor social para a resolução de crimes considerados bárbaros e suas tipificações, descrevendo a conduta e atribuindo a pena com maior rigor; do mesmo modo que ponderar quanto às influências da referida teoria em paralelo às normas constitucionais, discorrendo sobre sua constitucionalidade. Utilizou-se, para tanto, do método de pesquisa exploratório e documental, a partir de doutrinas específicas sobre o tema, leis, matérias jornalísticas, súmulas vinculantes. Depreendeu-se, por meio do presente trabalho, que a teoria abordada conflita diretamente com a Carta Magna por ter princípios divergentes; em contrapartida, encontra os reflexos de suas características na elaboração da lei dos crimes hediondos quanto às sanções aplicáveis, que foram sofrendo alterações no decorrer do tempo para se tornarem mais condizente ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: crimes hediondos. evolução. direito penal do inimigo.

ABSTRACT

The starting point of law nº 8.072/90, the heinous crimes law, was the kidnapping of businessman Abílio Diniz in 1989, allied to the growing wave of violence, as well as the intense social and political mobilization due to the period experienced: the redemocratization, culminating in consequently in the creation of the strictest norms. In this way, the objective is to analyze the evolution of that law correlating to the theory of the Criminal Law of the Enemy of Jackobs, taking into account the conjunctures of the period of its composition, arising from the exercise of popular sovereignty and the social outcry. for the resolution of crimes considered barbaric and their typifications, describing the conduct and assigning the penalty more rigorously; in the same way as to ponder about the influences of the referred theory in parallel to the constitutional norms, discussing its constitutionality. For this purpose, an exploratory and documentary research method was used, based on specific doctrines on the subject, laws, journalistic materials, binding precedents. It was inferred, through the present work, that the theory approached directly conflicts with the Magna Carta for having divergent principles; on the other hand, it finds the reflections of its characteristics in the elaboration of the law of heinous crimes regarding the applicable sanctions, which have undergone changes over time to become more consistent with the legal system.

Keywords: heinous crimes. evolution. criminal law of the enemy.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal surgiu com a finalidade de proteger os bens jurídicos e necessários à sobrevivência da sociedade que está em constante evolução. Desta forma, as suas principais necessidades – que não poderiam ser atendidas por outros ramos do Direito – seriam tuteladas pelo Direito Penal. Desde a criação do Código Penal Brasileiro, na década de 40, a sociedade

busca reprimir os delitos tidos como mais graves que possuem um teor mais violento e causam repulsa no seio social.

Destarte, o sequestro do empresário Abílio Diniz, mantido em cativeiro por seis dias em 1989, tornou-se o marco inicial que provocou a concepção da lei nº 8.072/90, a lei dos crimes hediondos, tendo em vista que agitou o país e conseguiu grande mobilização social devido ao período político vigente: a primeira eleição para a presidência após a redemocratização. Por essa razão, houve a necessidade de coibir os atos considerado hediondos pela sociedade – fruto de uma evolução social e política – tornando-se um fator de proporcionalidade na aplicação da legislação penal brasileira, uma vez que passou a aplicar a dosimetria da pena e apresentar sanções com maior severidade a um rol taxativo de crimes, a fim de restringir e atenuar a atuação transgressora e manter a paz social, atendendo ao anseio popular.

É imperioso destacar que a pena possui um caráter socioeducativo, sendo a condenação do agente criminoso embasada na reeducação e ressocialização do sujeito, não ficando à margem da atuação estatal em conferir uma sanção mais rígida pela prática delituosa. Partindo-se desta premissa, a lei dos crimes hediondos afasta certas garantias legais e constitucionais para reprimir com maior ênfase os crimes tipificados como hediondos, bem como seus equiparados, por sua reprovabilidade social, respaldando-se na Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, que dispõe 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”.

Desta forma, o desígnio do presente trabalho é a análise da influência na legislação penal especial pela teoria do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs, onde um grupo de indivíduos – que apresenta periculosidade aos demais cidadãos – são tratados de maneira diferentes, afastando-se certos direitos e os tornando vulneráveis à aplicação da lei, uma vez que há garantias legais que são negadas devido ao grau de barbaridade do delito cometido ou como forma de proteger o bem jurídico tutelado, externalizado em duas vertentes: a conduta com o cidadão, em que se espera o cometimento do delito para que haja a atuação estatal; e a conduta com o inimigo, em que é interceptado como meio preventivo em virtude de sua prejudicialidade.

Para tanto, pretende-se especificamente abordar quanto à constitucionalidade de alguns normativos da lei dos crimes hediondos, considerando o contraste existente entre a teoria do Direito Penal do Inimigo e o ordenamento jurídico brasileiro. A fim de averiguar quanto ao tema, utilizou-se do método de pesquisa exploratório e documental, a partir de doutrinas específicas sobre o tema, leis, matérias jornalísticas, súmulas vinculantes.

O trabalho encontra-se estruturado em cinco capítulos: no primeiro, será feita a introdução do assunto, trazendo seus aspectos iniciais para nortear a leitura; no segundo, abordará quanto à parte histórica da elaboração da lei dos crimes hediondos, bem com um tópico específico para discorrer quantos aos conflitos de constitucionalidade de alguns de suas normativas; no terceiro, será dissertado sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo de Jackobs, perpassando quanto suas características e formulação; no quarto, a averiguação quanto à incidência de influência da referida teoria na lei dos crimes hediondos; no quinto, as considerações finais do trabalho com a apresentação dos resultados obtidos.

A EVOLUÇÃO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

No desenvolvimento histórico e social, o comportamento humano sempre esteve condicionado aos preceitos, de modo a disciplinar sua atuação e manter o grupo social coeso para que a convivência fosse possível, aumentando conseqüentemente a chance de sobrevivência do agrupamento humano. Contudo,urgia a necessidade de que o ser humano abrisse mão de sua liberdade para uma convivência pacífica, sendo inevitável a criação de normas que pudessem reger a vida em comum. Nas palavras de Cesare Beccaria (1999, p. 27):

“Leis são condições sob as quais os homens independentes e em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador”.

Nesse aspecto, as primeiras legislações majoritariamente versavam sobre condutas tidas por prejudiciais às relações sociais e estabelecia as penas aplicáveis, visando principalmente a pacificação do convívio das comunidades.

Tanto é verdade que uma das mais famigeradas regras da pena, estabelecida de forma escrita desde o primeiro código jurídico da história do mundo, o Código de Hamurabi, constituía-se como uma norma principiológica que auxiliava na aplicação da pena, configurando-se primordialmente pela Lei do Talião, e estabelecia em muitos casos a retribuição aos demandados por intermédio de agravo semelhante ao sofrido. Esse princípio foi conhecido posteriormente pela expressão “olho por olho, dente por dente”. (CASTRO, 2007).

Segundo Flávia Lages Castro (2007), o direito hebraico apresentou evoluções estabelecendo inclusive hipóteses de crimes cometidos sem premeditação, ou seja, “sem querer”, haja vista não se poder utilizar o termo “culposos” para um povo que não tinha acepções de imprudência, negligência ou imperícia (art. 18 Código Penal Brasileiro de 1942).

Ultrapassando os séculos, o direito romano surgiu como um dos maiores marcos histórico-normativos existentes, tendo ele formado o embrião de muitos dos institutos atualmente utilizados no direito brasileiro e de outros países. É nele também que é possível encontrar o cerne do que posteriormente possa ter se tornado os crimes hediondos. A hediondez consiste, em suma, em considerar um grupo de condutas tipificadas como mais gravosas que os demais ilícitos penais, e, por conseguinte, estabelecer-lhes penas maiores e mais graves, visando a repressão ainda maior dessas atitudes.

Flávia Lages Castro (2007, p. 114) *apud* Ulpiano (Dig. 50, 17, 152) ensina que:

Havia distinção entre delitos públicos – como traição (*perduellio*), homicídio (*parricidium*) e incêndio – e delitos privados, que eram o furto o roubo, o dano injustamente causado, a injúria, o dolo, a coação, e quase *delictus*. Ulpiano afirmava: “*Hoc iure utimur: ut quidquid omnino per vim Fiat, aut in vis publicae, aut in vis privatae crimen incidat*” – Nós usamos este princípio em direito: tudo aquilo que se faz com violência cai, ou no delito de violência pública, ou no de violência privada”

Esses, dentre outros sistemas jurídicos na história mundial, estabeleceram condutas sociais de um nível ainda maior de reprovabilidade que os crimes “comuns”, e a evolução histórica, social e jurídica, contribuiu para a elaboração da Lei Federal brasileira nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990.

O Estado Democrático de Direito é resultado da superação dos demais regimes em que se prevalecia a vontade do governante, sendo sua vontade pessoal o principal parâmetro para a criação das leis. A Constituição Federal que está em vigor em nosso país assevera a ampla participação popular como legitimação para o exercício do poder: *“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”*. Nessa conjuntura, as normas jurídicas são expressões da vontade popular sendo promulgadas por seus representantes com o propósito de organizar a sociedade, tais normas possuem sua execução garantida por uma sanção externa e institucionalizada (BOBBIO, 1995).

Com base em todo o arcabouço histórico que envolve os crimes hediondos, esses podem ser conceituados como condutas de cunho mais gravoso que os demais crimes, em razão das suas repercussões extremamente danosas ao convívio social e, portanto, devem ser rejeitadas com mais rigor. Nesse sentido, Barbosa preleciona (1992, p. 212), “o adjetivo hediondo origina-se do latim foetibundus, de foetere, que significa “feder”. Hediondo, por conseguinte, “é o que fede, o sórdido, repugnante, depravado”.

O termo “hediondo”, ou “hediondez”, possui então uma concepção de condutas repugnantes, nojentas, horrendas, ou seja, atos absolutamente imundos, conforme os padrões morais que estão em vigor na sociedade, o que, diga-se de passagem, muda de tempos em tempos. (LEAL, 2003, pag. 37).

Para Lopes (1992, p. 17) um crime seria hediondo “[...] toda vez que uma conduta delitosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido”

O renomado jurista Miguel Reale elaborou teoria amplamente reconhecida, que é a teoria da tridimensionalidade do direito. Desta forma, a teoria abordada possibilita uma interpretação mais correta da realidade jurídica ao não distinguir, mas correlacionar, o fenômeno jurídico: fato, valor e norma. (GONZAGA; ROQUE, 2017).

Desta forma, as normas sempre são criadas posteriormente a uma movimentação social consistente no surgimento de um fato, o que, posteriormente, passa a ser valorado pela sociedade, positiva ou negativamente. Decorrendo deste processo, o ensejo à elaboração de norma que regulamente estes fatos, ordenando a sociedade e gerando a dinamicidade do direito enquanto ciência.

A lei n.º 8.072/90 dispõe sobre a lei dos crimes hediondos, nos termos dos artigos 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, elencando um rol de crimes, os quais sofreram alterações acompanhando a evolução no país no âmbito econômico, político e social. Desta forma, destaca-se que a referida lei surgiu em um momento político muito importante: a redemocratização após o regime militar, além de que a promulgação da Constituição Federal de 1988, a carta magna, era bastante recente. Ademais, devido ao anseio social por uma maior participação do Estado frente a crescente onda de crimes, bem como o período de transição de poderes para uma participação popular mais ativa, a redação original da lei dos crimes hediondos era bastante severa. Para fins elucidativos, esclarecemos sobre as principais mudanças ocorridas ponto a ponto desde sua sanção no ano de 1990.

Originalmente, na lei supracitada, a redação de seu art. 1º disponha de um rol de crime tipificados: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma

qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal e de genocídio, tentados ou consumados. Vislumbra-se, de certa forma, uma contrariedade à sua finalidade, pois não trouxe em seu rol o homicídio, fato esse que gerou imensa revolta social, a qual foi impulsionada pelos meios midiáticos devido ao caso do assassinato da atriz Daniella Perez.

Segundo a UOU (2021), Daniella Perez protagonizava a novela “De Corpo e Alma” com o ator Guilherme; contudo, foi brutalmente assassinada ao ser emboscada e esfaqueada por ele e sua esposa. Houve diversas alegações quanto às motivações para o crime bárbaro, dentre eles que estavam tendo um caso; que Guilherme estava se sentindo inseguro devido à separação do casal na novela, o que ocasionaria uma perda de visibilidade do personagem. A mãe da vítima, Glória Perez, utilizou-se da novela para realizar uma série de manifestações a respeito da morosidade e ineficácia do órgão jurisdicional. Assim, por iniciativa da atriz Glória Perez, houve a aprovação do projeto de lei com mais de 1 milhão de assinaturas para que o homicídio qualificado por motivo torpe ou fútil, ou cometido com requintes de crueldade, fosse incluso na lei dos crimes hediondos. O projeto de lei chegou às mãos do então presidente Itamar Franco, sancionando a lei 8.930/94 que incluía o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, havendo uma nova alteração na legislação.

A nova redação não somente veio para incluir o homicídio, mas também retirou a conduta por envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal. Outras mudanças importantes foram a inserção da lesão corporal de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte quando praticadas contra autoridade ou agente (art. 1º, inciso I-A); a extorsão qualificada pela morte era muito restritiva, assim ampliaram seu conceito e adicionaram a restrição de liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte, ou mediante sequestro e na forma qualificada (art. 1º, inciso III, IV); quanto ao estupro, retirou-se o atentado violento ao pudor – acrescentado pela redação da lei n.º 8.930/94 – e o substituiu por estupro de vulnerável para que não houvesse nenhuma incongruência com a redação e ficasse mais esclarecido, (art. 1º, inciso VI), alterado pela lei n.º 12.015/09; o latrocínio foi substituído por roubo (art. 1º, inciso II).

O presidente Jair Bolsonaro sancionou a lei nº 14.344/22 tornando o homicídio contra menor de 14 anos como hediondo, bem como estabelecendo mais medidas protetivas a fim de resguardar os direitos de crianças e adolescentes que sofreram com violência doméstica e familiar.

Batizada como Lei Henry Borel, adveio justamente pela morte da criança, na época do fato com 4 anos de idade, após ser cruelmente espancada pelo padrasto, no Rio de Janeiro. Segundo a BBC NEW BRASIL (2021), o garoto foi encontrado morto no apartamento – em que morava com a mãe e o namorado dela – com diversas lesões graves em todo seu corpo, o casal havido dito que Henry teria sofrido um acidente doméstico. Contudo, por meio dos laudos do IML, constatou-se que a criança morreu devido uma hemorragia interna e laceração no fígado causada por uma ação contundente.

Antes da alteração da lei, os crimes cometidos contra menores de idade apenas tinham um caráter de circunstância agravante, conforme disposto no artigo 61 do Código Penal, inciso II, alínea h:

Circunstâncias agravantes

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

Desta forma, uma das principais implicâncias do caráter hediondo da infração penal é justamente a inafiançabilidade, insuscetibilidade de anistia, graça e indulto, bem como cumprimento da pena em regime inicial fechado.

Um dos pontos importantes do regime legal de combate aos crimes hediondos, foi a Lei Federal n.º 13.964/2019 (o pacote anticrime), que objetivou aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, alterando a lei dos crimes hediondos adicionados às seguintes tipificações, tentadas ou consumadas: o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido; comércio ilegal de armas de fogo; o tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição; organização criminosa, quando direcionada à prática de crime hediondo ou equiparado; furto qualificado mediante o uso de explosivos; roubo circunstanciado, com restrição de liberdade da vítima.

Os conflitos de constitucionalidade na redação da lei dos crimes hediondos em face do disposto na constituição cidadã

A Constituição Federal promulgada em 1988 é um marco na história do país no que diz respeito aos direitos e garantias individuais e coletivas dos cidadãos, dispondo sobre organização do Estado Democrático de Direito, delimitando os alicerces do ordenamento jurídico brasileiro e atuação jurisdicional. Em seu preâmbulo, assevera o compromisso em assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, dentre outros, e justamente por esse enfoque no âmbito social foi denominada como constituição cidadã por Ulysses Guimarães.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito: Muda para vencer! Muda, Brasil!" (GUIMARÃES, 1988)

O Brasil é um Estado democrático de direito que possui entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, princípio norteador para que os cidadãos sejam tratados dignamente independente de suas circunstâncias. Desta forma, o artigo 5º da Constituição Federal, inciso XLVI, versa que a lei regulará a individualização da pena, dispondo que os condenados terão direito a uma pena individualizada no plano legislativo, judiciário e executório, para que a pena seja aplicada à singularidade do caso de maneira proporcional. Portanto, há uma particularização na aplicação da sanção levando em consideração o contexto do ocorrido, a fim de que não haja uma padronização (NUCCI, 2007).

As leis são organizadas hierarquicamente segundo sua origem, classificadas em normas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, decretos regulamentares, normas internas e individuais. A lei dos crimes hediondos é uma lei ordinária e, portanto, não pode se opor ao disposto nas normas constitucionais, as quais embasam e limitam sua atuação. Não obstante, verificou-se a ocorrência de uma contradição ao texto constitucional – o qual expressa o direito a uma pena individualizada – com a redação original da referida lei, que versava sobre o cumprimento da pena integralmente

em regime fechado:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. (BRASIL, 1990)

Constata-se, dessa maneira, que o regime estipulado feria o princípio constitucional da individualização da pena, já que aplicava uma sanção padronizada não importando as circunstâncias do ato delituoso. Assim, desde que integrasse os crimes tipificados como hediondos, o cumprimento da pena seria obrigatoriamente em regime fechado; conflita também com a humanização da pena, impossibilitando a ressocialização do apenado na sociedade, divergindo do princípio da dignidade da pessoa humana por aplicar uma pena de caráter cruel e desumano, materializando ainda mais a necessidade do sistema punitivo sob a perspectiva de ressocialização do cidadão penalizado, conforme ensinamentos de Alexandre de Moraes: “*Que os objetivos primordiais da Lei de Execuções Penais são propiciar meios para que a sentença seja integralmente cumprida e reintegrar o sentenciado ao convívio social*”. Por se tratar de norma infraconstitucional, não possui legitimidade para se contrapor à Carta Magna, tendo sua redação modificada por uma súmula vinculante alterando para o regime de progressão de pena: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). Nessa conjuntura, a súmula vinculante n.º 26 pacifica a discussão de constitucionalidade:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

Ressalta-se que as súmulas vinculantes, a teor do que dispõe o art. 103-A da CRFB/1988, possuem efeitos obrigatórios a todas as esferas do poder judiciário e da Administração Pública.

Desta forma, as modificações ocorridas em sua estrutura original foram realizadas para que a lei estivesse em consonância ao disposto na Constituição. Outrossim, outra questão que suscita divergências doutrinárias se refere ao seu art. 5º, inciso XLIII, que dispõe que:

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

[...]

XLIII - 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”; (BRASIL, 1988)

Não obstante, a lei de crimes hediondos acrescentou a esse rol o indulto, não sendo mais suscetível nesses casos (Art. 2º, inciso I). Preliminarmente, é imprescindível conceituar os referidos benefícios, os quais estão presentes no Código Penal, art. 7º, inciso II, como causas de extinção de punibilidade, uma forma de perdão ao delito cometido: graça, benefício individual que precisa de provocação para ser concedido por meio de decreto presidencial; indulto, bene-

fício coletivo que pode ser feito de ofício pelo decreto presidencial; e anistia, benefício concedido pelo Congresso Nacional por meio de uma lei federal. Consequentemente as penas serão perdoadas, mas não haverá mudança no histórico criminal do apenado, não fazendo jus ao réu primário em posterior condenação.

Dando prosseguimento, não se vislumbra uma previsão legal constitucional quanto à insuscetibilidade de indulto aos crimes considerados hediondos e os seus equiparados, tais como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, pois veda expressamente somente os institutos da anistia e graça.

O que ocorreu, dessa forma, foi a ampliação por meio de uma lei ordinária de um normativo constitucional não obedecendo à relação vertical, ou seja, a relação hierárquica de obediência à lei maior que norteia e embasa o ordenamento jurídico, configurando em ofensa à subordinação da norma (KELSEN, 1998).

Inexiste declaração expressa dos tribunais quanto à inconstitucionalidade do dispositivo. Todavia, ao longo do tempo houve uma modificação nos entendimentos dos tribunais quanto à aplicação do benefício de indulto em crimes configurados como hediondos, havendo uma pacificação doutrinária e jurisprudencial quando se refere ao chamado indulto humanitário, o que implicitamente suscita uma transgressão ao princípio da legalidade e da individualização da pena neste âmbito na lei dos crimes hediondos, concedendo o indulto desde que atendam certos requisitos, o norteador será o decreto.

No âmbito doutrinário, predomina que o benefício de extinção de punibilidade se estende aos sentenciados por crimes hediondos ou equiparados, tendo em vista o princípio da humanidade no que concerne a um estado de saúde delicado em que a assistência médica não possa ser prestada dentro da unidade prisional.

Entretanto, na jurisprudência, vigora posicionamento pacífico das cortes, em especial o Supremo Tribunal Federal – STF, no sentido da inconstitucionalidade de indultos para crimes de natureza hedionda em virtude da limitação constitucional e legal à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo na expedição de decreto que vise a concessão deste benefício. É o que se pode ver do julgado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 2.795 (MC), de Relatoria do Min. Maurício Corrêa, Pleno, publicada no Diário da Justiça de 20.06.2003.

Outros Tribunais também têm adotado tal posicionamento, a exemplo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

EMBARGOS INFRINGENTES AO RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONCESSÃO DE INDULTO HUMANITÁRIO. INCABÍVEL. CRIME HEDIONDO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A concessão de indulto humanitário aos condenados por crime hediondo é incabível, em virtude de limitação constitucional e legal à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo na expedição de decreto para conceder tal benefício. 2. Recurso improvido.

(TJ-DF 20180020086143 DF 0008479-83.2018.8.07.0000, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 19/08/2019, CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/09/2019 Pág.: 110/112)

Evidencia-se que a hediondez dos crimes tipificados pela Lei 8.072/90 é tão importante no aspecto jurídico das suas concepções que enseja, inclusive, o afastamento de benefício presidencial de indulto, dadas as circunstâncias que normalmente permeiam os casos envolvendo

esses tipos penais, como homicídio qualificado, estupro de vulnerável etc.

DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No que se refere a teoria abordada, é essencial conceituar o Direito Penal como meio de proteção de bens jurídicos, este sendo tudo aquilo que pode ser tutelado por uma norma. Desta forma, o Direito pode conceber ao detentor do bem os direitos de defesa em face uma lesão iminente, assegurando proteção ao bem de forma estrita: não deve aguardar uma lesão. No caso de uma violação culpável a uma norma protetiva de bens, o Direito pode ameaçar o violador com um dano, mediante a uma determinação de reparação de danos devido à prática de uma conduta não permitida ou por meio de uma imposição de multa (JACKOBS, 2018).

A teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada pelo então escritor Gunther Jakobs, vem ganhando contornos na sociedade pós-moderna, idealizada como uma vertente do que consideravam um braço do Direito Penal, essa teoria surgiu para intitular aqueles que eram considerados “inimigos da sociedade”, os quais cometiam delitos de grande reprovabilidade que atentavam ao bem jurídico tutelado e por isso recebiam um tratamento diferente dos classificados como “cidadãos”, sendo negado a eles certas garantias legais. A base da teoria de Gunther era o funcionalismo sistêmico, onde a finalidade do Direito Penal seria resguardar a vigência da norma e não somente o bem jurídico particular, tendo em vista que a transgressão ao sistema normativo acarretaria uma instabilidade social, tornando-se, portanto, um interesse da sociedade. Desta forma, a pena é a sanção responsável pelo reestabelecimento do equilíbrio social, consolidando e reafirmando a vigência normativa. (JACKOBS E MELIÁ, 2007)

Em sua obra *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Jakobs traça os parâmetros de sua fundamentação teórica ao apresentar as discussões de diversos filósofos sobre a atuação do Estado frente a seus opositores, os quais não respeitavam as normas estabelecidas. Assim, dispôs que os filósofos contratualistas concebiam a existência de um pacto social a fim de que fosse possível uma convivência pacífica entre os homens, dado que são afastados de seu estado de natureza. Consequentemente, os conflitos gerados eram oriundos pelo não cumprimento do contrato social, sendo cabível ao Estado reprimir os violadores para restituir o “status quo” da sociedade. Rousseau – um teórico contratualista – compreendia o delito como uma infração do delinquentes ao contrato, de modo que não poderia desfrutar de seus benefícios. Portanto, Jakobs cita Rousseau para alegar que os infratores que contrapõem o direito social deixariam de ser um membro do Estado, uma vez que se encontra em estado de guerra e devido a isso haveria uma devolutiva proporcional aplicando-se a pena: “ao culpado lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”. Nesta mesma linha, trouxe os argumentos de Fichte alegando que “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 cidadãos e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”, vislumbrando-se uma morte civil, sendo a pena um instrumento de segurança; denotando, também, sobre a mutabilidade do status de cidadão, que seria modificado a depender do ato lesivo praticado.

O Autor considerava as teorias muito abstratas, pois um ordenamento jurídico precisa manter o criminoso dentro do Direito e não os excluindo integralmente, por duas razões: a possibilidade de se reajustar com a sociedade e o dever de proceder à reparação. Ademais, relatou

que Hobbes tinha conhecimento dessa lacuna para não eliminar todo delinquente seu status de cidadão, mas que considerava uma rebelião, um retorno ao estado de natureza, rescindindo, assim, o contrato de submissão e se tornando inimigo do Estado. Constatou, portanto, que havia uma divisão entre os Autores, mas que convergia no sentido de que o infrator era considerado inimigo do Estado quando atentava diretamente ao seu direito constituído e ameaçava a paz social.

Infere-se, destarte, que a teoria do Direito Penal do Inimigo distingue o delinquente fora da esfera de cidadão, configurando-o como um agente perigoso a ser neutralizado em prol do bem comum, reconhecendo a existência de um perigo potencial que legitimaria a atuação estatal para intervir como forma preventiva, além da aplicação de penas mais rígidas e diferentes dos que ainda mantêm os status de “cidadão”, havendo a negação de certas garantias legais por ser considerado um “inimigo” do Estado.

AS INFLUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A lei dos crimes hediondos, lei nº 8.072/90, determinava originalmente, em seu art. 2º, que tais crimes, assim como os equiparados aos hediondos, no caso de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, por sua natureza, eram tratados mais rigorosamente, sendo insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, sendo a pena cumprida integralmente em regime fechado (BRASIL, 1990).

Como visto, essa severidade exacerbada – em comparação aos demais delitos – justificava-se pelas circunstâncias fáticas que permeiam os casos abstratos que, de acordo com a citada teoria de Miguel Reale, passaram em algum momento histórico a existir no meio social e a serem valoradas, no caso, negativamente. Em vista disso, houve a necessidade de elaboração de normas que regulamentassem tais condutas, numa tentativa de pacificar a sociedade.

Nessa senda, é possível verificar que há uma compreensão de altíssima reprovabilidade dessas condutas, acima até dos demais crimes ditos comuns, o que acaba por causar uma compreensão dos autores dos referidos delitos como sendo os “inimigos” do Estado, dado o maior risco de perturbação social que causam, o que pode, inclusive, deslegitimar os representantes perante a sociedade.

Com isso, surge o conceito acima descrito de que os cometedores de delitos permeados de hediondez são os inimigos do Estado Democrático de Direito, por se portarem como inimigos da sociedade, dos indivíduos e da paz social, sendo inimigos aqueles que não se adequam ao contrato social e, por isso devem ser punidos com rigor, cabendo a eles a coação e a perda de todos os direitos estabelecidos pelo Estado, tal como Jckobs cita Fitchte “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” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 26).

Rogério Greco também discorre sobre o tema parafraseando o Autor Gunther Jackobs sobre sua primeira versão do direito penal do inimigo:

Em 1985, Jakobs apresenta a sua primeira versão acerca do Direito Penal do Inimigo. Nessa primeira exposição o autor distinguia entre “cidadão” e “inimigo” e sustentava a divisão do ordenamento jurídico penal. Na ocasião, “tentou Jakobs fixar limites materiais criminalizações no estágio prévio à lesão a bem jurídico por meio do par conceitual direito penal do cidadão e direito penal do inimigo” (GRECO, 2015, p. 214).

Constata-se a influência do Direito Penal do Inimigo, em relação ao aspecto de severidade, na redação dos artigos da lei dos crimes hediondos, como é o caso do cumprimento da pena, que originalmente deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, a qual não se adequava de forma alguma ao sistema democrático brasileiro e sendo posteriormente modificada para que ocorresse o cumprimento inicialmente em regime fechado (art. 2º, § 1º); a insuscetibilidade de anistia, graça e indulto; também podemos perceber seus aspectos no caso de uma tipificação de roubo simples em paralelo ao latrocínio (roubo que resulta em morte), onde a pena para roubo vai de 4 a 10 anos e o latrocínio de 20 a 30 anos e multa;

Verifica-se, portanto, uma severidade e inflexibilidade na aplicação de sanção, havendo o afastamento de determinadas garantias legais devido ao delito cometido, além de um tratamento diferenciado pelo Estado aos indivíduos que cometem delitos de natureza hedionda.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente trabalho foi a análise da influência na legislação penal especial – a lei dos crimes hediondos – da teoria do Direito Penal do Inimigo, apresentada por Jackobs.

Conclui-se, portanto, que a doutrina do direito penal do inimigo teve forte influência na formulação base da lei dos crimes hediondos por trazer negações a certas garantias legais devido ao delito cometido, além da rigorosidade na sanção penal, a qual sofreu alterações ao longo do tempo para estar em consonância com a Constituição Federal e acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Ademais, salientou-se sobre a valoração dos fatos sociais e o desenvolvimento político, econômico, cultural e social da sociedade, bem como a atuação legislativa em traçar novos parâmetros para a aplicação da pena.

Nessa visão, denota-se que o Direito Penal do Inimigo, por mais que vá em contraposição às normativas constitucionais, permeou a criação e desenvolvimento da lei dos crimes hediondos, o que eventualmente sofreu modificações para se tornar mais condizente com nosso ordenamento pátrio, mas ainda possui reflexos na severidade das penas aplicadas e benefícios negados.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Licínio. Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel “Dos Crimes Hediondos”. São Paulo/SP: RT, 1992.

BBC NEWS BRASIL (Brasil). Caso Henry Borel: o que se sabe sobre a morte da criança de 4 anos e prisão da mãe e do padrasto. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56681829>. Acesso em: 07 jun. 2022.

Beccaria, Cesare Bonesana. Marchesi di. 1738-1793. Dos delitos e das penas | Cesare Beccaria; | tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. - 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

1999.

BOBBIO, Norberto. Teoria Da Norma Jurídica. 2. ed. São Paulo/Sp: Editora Edipro, 2003. 183 p. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/48669/6802-0-Norberto-Bobbio-Teoria-da-Norma-Jurdica-0.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Mensagem de veto Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

_____. Lei Federal nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Brasília, DF, 08 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

_____. Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 30 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Diário da Justiça. Brasília, 22 dez. 2009. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2330/Sumulas_e_enunciados#:~:text=S%C3%BAmula%20Vinculante%2026%20%E2%80%93%20Progress%C3%A3o%20de%20regime&text=2%C2%BA%20da%20Lei%20n.,a%20realiza%C3%A7%C3%A3o%20de%20exame%20criminol%C3%B3gico.. Acesso em: 14 maio 2022.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS (Brasil). O assassinato de Daniella Perez. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/559022479/o-assassinato-de-daniella-perez>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CASTRO, Flávia Lages de. HISTÓRIA DO DIREITO GERAL E BRASIL. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. 572 p.

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Graça, Indulto e Anistia. 2022. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/graca-indulto-e-anistia>. Acesso em: 14 maio 2022.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do Inimigo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, nº 7, 2005. p. 223.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do equilíbrio. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 214.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8072-25-julho-1990-372192-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=2%C2%BA%20Os%20crimes%20hediondos%2C%20a,cumprida%20integralmente%20em%20regime%20fechado.>

GONZAGA, Álvaro de Azevedo, ROQUE, Nathaly Campitelli. Tridimensional do Direito, Teoria. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/>

tridimensional-do-direito. Acesso em: 15 mai. 2022

JAKOBS, Günther. Proteção de Bens Jurídicos: Sobre a Letigimação do Direito Penal. 90 p. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS, 2003. Tradução apresentação e notas por: Pablo Rodrigo Alflen.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manual Cânicio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid:Civitas, 2003.

_____. Derecho penal del enemigo, Noções e Críticas. 81 p. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS, 2007.

JORNAL O GLOBO (Rio de Janeiro/RJ). Sequestro do empresário Abilio Diniz agitou campanha presidencial em 1989. 2015. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/sequestro-do-empresario-abilio-diniz-agitou-campanha-presidencial-em-1989-15745169>. Acesso em: 17 abr. 2022.

Kelsen, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

LEAL, João José. Crimes Hediondos: A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2006, P.162.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PUPERI, Victoria. A Origem Histórica da Lei de Crimes Hediondos. 2018. Disponível em: <https://puperi.jusbrasil.com.br/artigos/632872149/a-origem-historica-da-lei-de-crimes-hediondos>. Acesso em: 17 maio 2022.