

## ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA INCIDÊNCIA NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Maria Rita Alves Freitas <sup>1</sup>Fernando Celso Gardesani Guastini <sup>2</sup>**Resumo:**

Este trabalho analisou a incidência da teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, na Lei dos Crimes Hediondos. O objetivo foi verificar se essa teoria influenciou a aplicação da lei, especialmente após as reformas legislativas recentes. A relevância do tema justifica-se pelo aumento das penas e pela flexibilização de garantias constitucionais, aspectos que podem colidir com os princípios do Estado Democrático de Direito. A pesquisa adotou uma abordagem dedutiva, partindo da teoria geral do Direito Penal do Inimigo para examinar seus efeitos na Lei nº 8.072/1990. Foram consultadas fontes doutrinárias e bibliográficas para compreender a conexão entre essa teoria e as modificações introduzidas, como o Pacote Anticrime. Concluiu-se que, ao longo do tempo, a Lei dos Crimes Hediondos endureceu o tratamento punitivo e adquiriu um caráter simbólico, especialmente após o reforço trazido pelo Pacote Anticrime. Embora o propósito fosse punir crimes graves, como homicídios e delitos contra vulneráveis, a legislação mostrou-se desproporcional e, em certos aspectos, contrária às garantias constitucionais. A análise apontou que a lei reflete, em parte, os princípios do Direito Penal do Inimigo, ao adotar uma política punitiva expansiva que reduz direitos individuais. Por fim, ressaltou-se a necessidade de uma reforma legislativa que integre a Lei dos Crimes Hediondos a um sistema penal mais equilibrado e justo, evitando contradições nas políticas criminais e assegurando o respeito aos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** direito penal do inimigo; lei dos crimes hediondos; incidência.

**Abstract:**

This study analyzed the incidence of the Enemy Criminal Law theory, developed by Günther Jakobs, in the Law of Heinous Crimes. The objective was to verify whether this theory influenced the application of the law, especially after recent legislative reforms. The relevance of the topic is justified by the increase in penalties and the flexibilization of constitutional guarantees, aspects that may conflict with the principles of the Democratic Rule of Law. The research adopted a deductive approach, starting from the general theory of Enemy Criminal Law to examine its effects on Law No. 8.072/1990. Doctrinal and bibliographic sources were consulted to understand the connection between this theory and the introduced modifications, such as the Anti-Crime Package. It was concluded that, over time, the Law of Heinous Crimes has hardened punitive measures and acquired a symbolic character, especially after the reinforcement brought by the Anti-Crime Package. Although the purpose was to punish serious crimes, such as homicides and offenses against vulnerable individuals, the legislation proved to be disproportionate and, in some aspects, contrary to constitutional guarantees. The analysis

---

<sup>1</sup> Centro Universitário de Votuporanga (Unifev). Votuporanga, São Paulo, Brasil. Bacharelado em Direito. Email: mariarita.alvesfreitas@hotmail.com.

<sup>2</sup> Centro Universitário de Votuporanga (Unifev). Votuporanga, São Paulo, Brasil. Docente e Bacharel em Direito. Email: fernandoguastini@hotmail.com.

indicated that the law partially reflects the principles of Enemy Criminal Law by adopting an expansive punitive policy that reduces individual rights. Finally, the need for legislative reform was highlighted, integrating the Law of Heinous Crimes into a more balanced and just penal system, avoiding contradictions in criminal policies and ensuring respect for the foundations of the Brazilian legal system.

**Keywords:** enemy criminal law; law of heinous crimes; incidence.

## INTRODUÇÃO

À medida em que a criminalidade cresceu ao longo dos anos no Brasil, observou-se uma transformação no modo como os crimes passaram a ser praticados. Entre as décadas de 1980 e 1990, em meio ao aumento da insegurança e ao clamor social, foi promulgada, em junho de 1990, a Lei nº 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos).

O Direito Penal do Inimigo, em linhas gerais, é uma teoria que propõe a aplicação de um regime jurídico excepcional e mais rigoroso para indivíduos considerados ameaças graves à ordem social, diferenciando-os amplamente dos cidadãos comuns. Desenvolvida pelo alemão Günther Jakobs, na década de 1980, essa abordagem flexibiliza garantias processuais e permite medidas punitivas mais severas.

O tema da presente pesquisa, envolveu como enfoque principal, a análise da incidência da teoria do Direito Penal do Inimigo, apresentada por Jaboks, na Lei dos Crimes Hediondos. Desse modo, o estudo observou as modificações das premissas encontradas no Direito Penal, quando vigente se tornou a referida lei, sobretudo na aplicação de garantias e na execução da pena.

Nesse contexto, foi observado os reflexos perante o Estado Democrático de Direito, quando adotadas medidas e sanções mais rigorosas no tratamento ao agente infrator em determinadas situações vistas como mais gravosas a sociedade. A partir dessa proposição, o objetivo da presente envolveu investigar de que forma as mudanças legislativas criminais, especialmente no que diz respeito à adoção ou não dos princípios do Direito Penal do Inimigo, afetaram na aplicação e na eficácia da Lei dos Crimes Hediondos.

A busca pela resposta da incidência da teoria demonstra-se de suma importância devido ao impacto significativo que ambas têm na justiça penal e na sociedade como um todo. Compreender até que ponto os princípios e fundamentos do Direito Penal do Inimigo estão presentes na legislação dos crimes hediondos permitirá uma análise mais aprofundada sobre a orientação das políticas criminais, especialmente no que diz respeito à punição de crimes considerados particularmente graves. Além disso, essa investigação pode fornecer percepções

sobre a seletividade da aplicação da lei e seus efeitos sobre os direitos individuais dos acusados, contribuindo para um debate informado e embasado sobre as práticas judiciais.

Tendo em visto o que foi apontado, o tema demandou uma abordagem metodológica básica, que parte da premissa de um conhecimento consolidado sobre os princípios fundamentais contidos no direito constitucional e penal brasileiro.

Sob uma abordagem dedutiva, partiu-se da teoria geral para compreender as implicações práticas na legislação específica dos crimes hediondos. No centro desta pesquisa, realizou-se uma análise qualitativa das características e implicações da teoria do Direito Penal do Inimigo. Essa abordagem busca aprofundar a compreensão das nuances teóricas e práticas envolvidas na relação complexa entre essa teoria e a legislação penal, além de sua aplicação concreta.

Ademais, esse estudo se apoiou principalmente em fontes bibliográficas e doutrinárias, utilizando-se de obras que abordam tanto o Direito Penal do Inimigo, quanto a legislação dos crimes hediondos, fornecendo as bases teóricas necessárias para a reflexão crítica e a construção de argumentos consistentes, contribuindo para uma análise aprofundada e fundamentada sobre o tema em questão.

## **1 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

No âmbito da criminologia, segundo os ensinamentos de Nucci (2021), é através dela que se estuda as causas dos delitos, bem como suas razões, mediante a análise dos fenômenos sociais e do modelo punitivo ali inserido. Desse modo, é possível verificar as maneiras de aperfeiçoar a política criminal de um Estado.

Dentre as existentes, a teoria do Direito Penal do Inimigo demonstra-se como uma concepção polêmica. Contudo, utilizada e inserida em legislações por todo o mundo, seja de maneira explícita, ou, observada em suas nuances. No Brasil, a criação da Lei nº 8.072/1990, denominada a Lei dos Crimes Hediondos, fora alvo de questionamentos quanto a sua eficácia, aplicação, e até mesmo, da constitucionalidade de seu modelo.

Dessa forma, parte da doutrina questiona a incidência da teoria na Lei dos Crimes Hediondos, pela semelhança de características e objetivos entre estas. Posto isso, frente ao questionamento central da sua ocorrência de fato, a análise condiciona a recortes detalhados tanto do estudo de Jaboks e Meliá (2012) acerca da teoria, quanto do advento da Lei nº 8.072/1990, até o modo que as sanções se encontram atualmente.

## 1.1 Origem e conceito

A teoria desenvolvida pelo professor e doutrinador alemão Günther Jakobs, à época docente na Universidade de Bonn, obteve espaço quando apresentada em um congresso penalista, no ano de 1985, na cidade de Frankfurt. Posteriormente, foi reconhecida de forma mais ampla devido ao ataque às torres gêmeas ocorrido em New York, nos Estados Unidos, em razão da crescente guerra do combate ao terrorismo (Habib, 2016).

Na definição de Jaboks e Meliá (2012), aquele que, por princípio, desrespeita a norma jurídica, não oferece garantia de agir como uma pessoa e, por isso, não deve ser tratado como cidadão, mas combatido como inimigo.

No cerne do funcionalismo sistêmico, defendido pelo autor, a função do Direito Penal se perfaz em assegurar o império da norma, isto é, garantir a validade do sistema, já que tanto em relação a sua atuação, quanto da sua utilização, o bem jurídico em tese protegido, já se encontra violado (Jaboks; Meliá, 2012).

Cunha (2020, p. 186), explica acerca do funcionalismo:

As premissas sobre as quais se funda o funcionalismo sistêmico deram ensejo à exumação da teoria do Direito Penal do Inimigo, representando a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado "infiel ao sistema". Considera que àquele que se dedica a determinados crimes não se deve garantir o status de cidadão, merecendo, ao revés, punição específica e severa, uma vez que o seu comportamento põe em risco, de forma ímpar, a integridade do sistema.

Elucida Sánchez (2013), que o inimigo é o indivíduo que abandonou o direito, sendo que o mesmo não garante uma segurança mínima cognitiva e, por isso, os meios de assegurar sua conduta em relação a pena é na medida de seu desprovimento. Isso significa que, a medida da sua conduta, este se tornaria perigoso e, com a reiteração, figura como inimigo do Estado.

## 1.2 Principais características dos aspectos jusfilosóficos

De acordo com o que ensina Cunha (2020), o aspecto do inimigo é algo encontrado na filosofia de contratualistas, como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, bem como, citado pelo naturalista Tomás de Aquino.

São estes os primeiros a sistematizar um Direito Penal diverso aos indivíduos que violam normas e, por essa razão, passam a não serem considerados cidadãos, levando a sua eliminação do contexto social.

Ao analisar os percursos filosóficos em sua obra, Jakobs define o direito como um elo existente entre pessoas e seus direitos e deveres titulados, em contrapartida aos inimigos que,

se vinculam apenas pela coação. É nesta posição que o Direito Penal demonstra a sua função, isto é, quem detém a autorização de efetivar a coação mais rigorosa do ordenamento jurídico (Jakobs; Meliá, 2012).

Em um primeiro momento, ao citar Rousseau (1959, apud Jakobs; Meliá, 2012), este compreende que o delinquente ao cometer um delito, infringe o contrato e, por consequência, passa a não integrar mais em seus benefícios, logo, excluído da relação jurídica.

Paralelo a isso, Fichte (1796, apud Jakobs; Meliá, 2012, p. 18), explica acerca da cessão do contrato social:

[...] 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.

Já na perspectiva do iluminista Kant (1907, apud Jakobs; Meliá, 2012), todo indivíduo possui autorização de obrigar outro a integrar uma constituição cidadã, ou seja, ao poder estatal. Aos que venham a não aceitar e demonstram uma ameaça constante a sociedade e ao estado comunitário-legal, deve ser retirado e tratado como um inimigo.

### **1.3 Direito Penal do Cidadão versus Direito Penal do Inimigo**

Sob essas perspectivas abordadas por Jakobs no sentido jusfilosófico, o autor mantém uma posição um tanto quanto distante dos contratualistas, quando apesar do criminoso infringir determinada norma penal, este dever permanecer no contrato social, ou seja, no escopo do sistema jurídico. Desta maneira, o mesmo poderá ajustar-se novamente a sociedade, bem como, terá o dever de reparar o que foi causado (Jakobs; Meliá, 2012).

Quanto a sua concepção, Jakobs aborda a divisão do Direito Penal entre o cidadão comum e o inimigo. Desse modo, entende-se por Direito Penal do Cidadão, aquele agente que venha a cometer infrações penais não reiteradas, não acometendo a estrutura do Estado. Já em relação ao Direito Penal do Inimigo, este destoa-se do cidadão em relação a prática de crimes gravosos, devido a presença da reincidência, ao passo que o agente venha a se tornar um terrorista para o Estado (Masson, 2014).

Neste sentido, os cidadãos comuns, ao cometerem delitos do mesmo grau, isto é, não gravosos, afetam de maneira típica a norma jurídica e, por isso, as sanções elencadas no ordenamento já bastam a fim do restabelecimento da ordem.

Para Valente (2016, p. 81), o direito penal do cidadão se diferencia em razão do disposto:

[...] aquele que infringindo as normas jurídico-criminais não ameaça a segurança [cognitiva] da comunidade, nem gera um sentimento de perigosidade, onera os Estados a criarem um Direito penal garantista e humanista e a promoverem um Direito processual penal de acordo com os princípios do garantismo: dotado de garantias que possam permitir uma defesa condigna, uma autorresponsabilização do facto criminoso e a futura reintegração do agente na sociedade.

Por outro lado, o sujeito que venha a cometer delitos que ameaçam gravemente o ordenamento, colocam em risco a imperatividade normativa do funcionalismo deste, gerando assim uma desestabilização social, de modo que a resposta do estado venha a ser correspondente ao ato praticado (Eisele, 2018).

#### **1.4 Elementos do Direito Penal do Inimigo**

Acerca da divisão demonstrada, Jakobs e Meliá (2012) esclarecem que o Direito Penal do Inimigo é tratado por meio de três elementos principais: a antecipação da punição para prevenir a reincidência futura, a aplicação de penas desproporcionalmente elevadas em relação ao bem jurídico protegido e as medidas excepcionais, que resultam na relativização ou supressão de garantias processuais.

Para Cunha (2020, p. 187), as principais características a respeito dos elementos elencados são:

(i) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios; (ii) condutas descritas em tipos de mera conduta e de perigo abstrato (flexibilizando o princípio da ofensividade); (iii) descrição vaga dos crimes e das penas (flexibilizando o princípio da legalidade); (iv) preponderância do direito penal do autor em contraposição ao direito penal do fato (flexibilizando o princípio da exteriorização do fato); (v) o surgimento das chamadas "leis de luta ou de combate"; (vi) endurecimento da execução penal; (vii) restrição de garantias penais e processuais, característica do Direito Penal de Terceira Velocidade.

Nessa perspectiva, Jakobs e Meliá (2012) indicam que a punição não se interliga diretamente a condutas tipificadas em lei, mas sim em combater indivíduos que violem normas jurídicas consideradas um risco a estrutura estatal e a segurança social.

Diante dessas ponderações, Gomes (2010), menciona que a punição do infrator diante do Direito Penal do Inimigo não seja de acordo com a pena ou mediante o grau da sua culpabilidade, mas sim de modo compatível a sua periculosidade.

Sendo assim, as medidas de segurança dos elementos apresentados correspondem ao “perigo” apresentado pelo agente. Diante disso, pode-se ocorrer determinações desproporcionais, tais como o abuso nas preventivas e cautelares, e a instituição de novas infrações penais que não correspondem aos bens jurídicos existentes.

## **1.5 Análise do Direito Penal do Inimigo frente aos sistemas de Intervenção Mínima, do Garantismo e do Abolicionismo Penal**

Nas últimas décadas, observou-se uma nítida mudança no âmbito da política criminal como um todo. Quanto a política penal, especificadamente legislativa, o debate que antes focava em propostas abolicionistas e reducionistas, foi gradualmente substituída pela discussão acerca do aumento do poder punitivo. Neste novo cenário, o conceito de “inimigo da sociedade” tornou-se um dos principais pontos de discussão, como ensina Zaffaroni (2011).

À vista disso, cumpre mencionar que o sistema penal adotado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro possui viés na intervenção mínima, em razão de reconhecimento doutrinário majoritário acerca dos sistemas punitivos relacionados a política criminal.

Sobre isso, explica o doutrinador Nucci (2023, p. 24):

Significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

Desse modo, é possível mencionar que o Direito Penal, titular de assegurar bens jurídicos necessários à sociedade e ao seu devido funcionamento, deve ser utilizado de maneira proporcional ao fato, respeitando os limites legais e garantias constitucionais.

Isso quer dizer que, o caráter de proteção penal é limitado em face de bens jurídicos extremamente relevantes socialmente. Dessa forma, é sobre isso que o princípio da intervenção mínima encontra respaldo, uma vez que quanto mais gravosa as restrições impostas ao indivíduo, consequentemente, maior cerceada a sua liberdade.

Em contrapartida, imprescindível indicar o Garantismo Penal defendido por Ferrajoli (2002), sendo que, o jurista italiano ensina o alcance do modelo voltado a legislação minimalista, isto é, da ausência de uma intervenção punitiva excessiva, limitando a tutela de direitos individuais e preservando como foco central a liberdade do indivíduo.

Nota-se que o sistema defendido por Ferrajoli indica respeito máximo aos direitos e garantias processuais e fundamentais, semelhante ao encontrado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, ainda que não consolidado como o sistema penal adotado na legislação brasileira.

Na explicação de Nucci (2021), o Garantismo busca minimizar o Direito Penal em seu máximo, como a supressão da prisão perpétua e a redução das penas privativas de liberdade.

Isso porque, o mesmo compreende que a pena carcerária funciona a longo prazo como um recrutamento da criminalidade organizada.

Em continuidade aos sistemas punitivos, o Abolicionismo Penal busca o aprimoramento do Direito Penal, até que o mesmo possa ser eliminado. Já em relação ao Direito Penal máximo, esta busca o oposto do referenciado no Direito Penal mínimo, tal como uma política criminal mais rigorosa, objetivando punir as condutas consideradas lesivas aos interesses individuais ou sociais (Nucci, 2021).

Como dito, a teoria Jakobs, diferencia-se destes sistemas, quando este prevê possíveis violações de direitos garantidos, uma vez que o agente é visto como inimigo para fins penalizadores. Em sua obra, Jakobs e Meliá (2012), explicam que o Estado necessita em buscar segurança aos cidadãos frente aos indivíduos que reincidem de forma persistente no cometimento de delitos, ainda que não observado certos direitos.

## **2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI Nº 8.072/1990**

No tocante a Lei dos Crimes Hediondos, sancionada em 25 de julho de 1990, foi consolidada através da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, que a referida lei não é passível de fiança, graça ou anistia com relação aos crimes de tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e demais delitos previstos nela (Brasil, 1988).

Em resposta a crescente da criminalidade violenta, mais especificamente, com o sequestro dos empresários Abílio Diniz ao final de 1989 e de Roberto Medina, no ano de 1990, foi que o legislador promulgou no mesmo ano, a lei que trataria os crimes considerados hediondos diferentemente da abordagem prevista no Código Penal (Paulo, 1994).

Nota-se em linhas gerais, que as alterações ao decorrer dos anos, em sua grande maioria, se valeram de clamor popular em combater em caráter mais incisivo os agentes praticantes dos delitos. Com isso, o rol dos crimes na referida lei, foram acrescidos a medida de sua ocorrência ao longo do tempo, seja em razão de sua reiteração, ou mesmo, em face de grande repercussão social ou midiática.

A partir disso, a referida lei sofreu alterações ao decorrer dos anos subsequentes, até a recente reforma significativa com o advento do Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019. Este ampliou o rol de crimes hediondos, flexibilizou garantias materiais, processuais e constitucionais a fim de maior proteção na segurança pública.

Observa-se em primeiro momento que a legislação destes crimes é demonstrativa do Direito Penal Simbólico, sendo este dotado de medidas penais e processuais voltadas a assegurar a sensação de segurança social. Para Lopes Jr (2011, p. 21), “é fácil seguir no caminho

do direito Penal simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionais e presídios superlotados, do que realmente combater a criminalidade”.

Diante disso, serão analisadas as condições que colocam a Lei dos Crimes Hediondos neste cenário simbólico, como sua rigidez comparada as leis ordinárias e os preceitos que levaram as suas modificações.

## **2.1 A definição dos crimes hediondos e equiparados e a insuscetibilidade da fiança, anistia, graça e indulto**

A terminologia jurídica da palavra hediondo vem expressa no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, a qual menciona 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 (Brasil, 1998).

Ao elencar apenas três crimes como hediondos, nota-se que não há uma conceituação clara do significado da hediondez, apenas quais são as condutas amoldadas em uma espécie de maior dano social.

Sobre esse ponto de vista, Bitencourt (2024, p. 719) cita que:

[...] há uma quase unanimidade nacional sobre o entendimento de que a Constituição fixou um regime comum para o crime de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII), equiparando-os quanto a sua danosidade social.

Capez (2023), explica que o constituinte assegurou desde a vigência do art. 5º, XLIII da Constituição Federal, um esboço do que considerava merecer um tratamento penal mais severo. A partir disso, o legislador ordinário é quem seria a definir quais os crimes hediondos de fato. Desse modo, fora proposto três sistemas: o legal, o judicial e o misto.

Diante do sistema legal, somente a lei pode definir, através de um rol taxativo, quais são os crimes hediondos. Dessa forma, não haveria discricionariedade ao juiz em atribuir a mesma definição em outro crime se não os que previstos no rol. Ainda, no sistema judicial, fora ofertado o oposto do primeiro, ou seja, não haveria um rol, mas, sim, a escolha do julgador em atribuir a característica hedionda ou não. Por outro lado, quanto ao sistema misto, haveria a possibilidade de utilização dos dois sistemas anteriormente mencionados (Capez, 2023).

Por óbvio, o sistema legal prevaleceu, e desde então, o rol se modifica a critério do reconhecimento do legislador em considerar a presença de hediondez. Com isso, não se torna hediondo o delito que figure como repugnante, seja pela sua gravidade objetiva ou pelo seu

modo de execução, mas sim pela rotulação feita pelo legislador (Franco, 1994 apud Capez, 2023).

Segundo Habib (2016, p. 22), o sistema adotado é o que se demonstra mais adequado em relação a legislação dos crimes hediondos:

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.

Em relação aos institutos da anistia, graça e indulto, todos são tratados no art. 107, II, do Código Penal de 1940, onde encontram-se as causas de extinção de punibilidade, tendo como objetivo geral cessar a eficácia da condenação (Brasil, 1940). Outrossim, fora reproduzido no art. 2º, I da Lei dos Crimes Hediondos, o que disposto na Constituição Federal (Brasil, 1990).

Sobre eles, Nucci (2023) explica suas peculiaridades. A respeito da anistia, menciona que esta se direciona a fatos e não a pessoas, podendo ocorrer antes da condenação definitiva, a chamada anistia própria, como também, vindo a ocorrer após o trânsito em julgado da condenação, configurando a anistia imprópria. Além disso, só é concedida mediante lei editada pelo Congresso Nacional, e apesar de constar como extinção de punibilidade, possui efeito de excludente de tipicidade, já que apaga o fato cometido.

A respeito da graça e do indulto, ambos são atos de clemência dirigidos à pessoa, e não aos fatos cometidos. Cabe exclusivamente ao Presidente da República concedê-los, sendo a graça aplicada de forma individual ou coletiva, conforme o entendimento da doutrina (Nucci, 2023).

Dito isso, nota-se que nenhum crime hediondo é capaz de ser beneficiado com os institutos, ainda que o indulto seja de competência discricionária do Presidente da República e parte da doutrina entenda que a mesma se mostra inconstitucional por este fato, a vedação é categoricamente expressa por duas vezes.

## **2.2 As modificações do rol taxativo dos crimes hediondos**

Com base nisso, cumpre mencionar algumas alterações significativas na Lei 8.072/1990 ao decorrer dos anos a partir da sua vigência.

Em 1994, fora incluído o delito do homicídio, nas modalidades simples e qualificadas, dispostas no art. 121 do Código Penal. Posteriormente, em 1998, acresceu ao rol o crime de falsificação de remédios, previsto no art. 273, também do Código Penal (Brasil, 1940).

Já em 2007, com a entrada em vigor da Lei nº 11.464, modificou-se a progressão de regime para o cumprimento de 2/5 da pena em caso de réu primário e de 3/5 sendo o mesmo reincidente (Brasil, 1990).

No ano de 2009, com o advento da Lei nº 12.015 que alterou a parte especial do Código Penal nos crimes de liberdade e dignidade sexual, tornaram os crimes de estupro e estupro de vulnerável como hediondos (Brasil, 1990).

No mesmo sentido, já em 2014, com a Lei nº 12.978, foi incluído o crime de favorecimento da prostituição e exploração sexual de criança ou adolescente ou vulnerável. Em seguida, em 2015, o crime de lesão corporal dolosa ou seguida de morte contra integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, ingressou ao rol (Brasil, 1990).

Recentemente, os crimes previstos do Código Penal Militar que possuem identidade aos taxados na lei, também passaram a possuir natureza hedionda com o vigor da Lei nº 14.688/2023 (Brasil, 1990).

Outrossim, com a Lei nº 14.811/2024, fazem parte do rol os crimes de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, sequestro e cárcere privado cometido contra menor de 18 anos, tráfico de criança ou adolescente e os crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990).

Atualmente, os crimes hediondos encontram-se elencados no rol do art. 1º da Lei 8.072/1990. Sendo eles: o homicídio, disposto no art. 121 do Código Penal, praticado em atividade de grupo de extermínio, ainda que cometido por um agente; o homicídio qualificado, como prevê o art. 121, § 2º e seus respectivos incisos do Código Penal; a lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e a lesão corporal seguida de morte, atribuídas nos arts. 129, §2º e §3º do Código Penal, respectivamente, ou ainda contra autoridade ou agente integrantes do sistema prisional e da Força Nacional Brasileira, no exercício de sua função ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau (Brasil, 1990).

Por conseguinte, o roubo nas modalidades de restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V do CP), seja pelo emprego de arma de fogo ou de uso proibido e restrito, como também, o qualificado pelo resultado de lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º do CP); a extorsão qualificada (art. 158, § 3º do CP), e a mediante sequestro (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º do CP) (Brasil, 1990).

Ainda, o estupro e o estupro de vulnerável; a epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º do CP); a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais; o favorecimento da prostituição ou exploração sexual de criança, adolescente ou vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º do CP); o furto pelo emprego de explosivo ou artefato análogo (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º do CP); e o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou automutilação por meio de computadores (Brasil, 1990).

Por fim, o sequestro e cárcere privado contra menor de 18 anos (art. 148, § 1º, inciso IV do CP); o tráfico de criança ou adolescente (art. 149-A, caput, incisos I a V, e § 1º, inciso II do CP); o genocídio; a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito; o comércio ilegal de armas de fogo; o tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição; a organização criminosa voltado para a prática de crime hediondo ou equiparado; os crimes previstos no Código Penal Militar desde que idênticos a este rol; e o § 1º do art. 240, §1º e o art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990).

Por sua vez, os equiparados são os delitos não elencados no rol do art. 1º, e sim, impostos constitucionalmente, sendo eles o tráfico de drogas, o terrorismo e a tortura (Brasil, 1988).

### **2.3 As mudanças introduzidas pelo Pacote Anticrime e os seus reflexos na Lei de Execução Penal, no Código Penal e Processual Penal**

Por conseguinte, no ano de 2019, o chamado Pacote Anticrime, trouxe mudanças importantes na Lei 8.072/90, assim como nos Códigos Penal, de Processo Penal e de Execução Penal.

Sérgio Fernando Moro, ex-juiz federal e à época, Ministro da Justiça e Segurança Pública, atual Deputado Federal, foi um dos responsáveis pela apresentação e alterações legislativas do pacote. As razões trazidas pelo mesmo, era estabelecer medidas que fossem efetivas contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência à pessoa (Lima, 2020).

Acerca das principais mudanças trazidas em relação ao rol, destaca-se a inclusão dos crimes de genocídio, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, tráfico internacional, organização criminosa, furto qualificado com emprego explosivo, dentre outros (Brasil, 2019).

Já no que diz respeito ao Código Penal, pode-se citar modificações como a legítima defesa praticada pelo agente de segurança pública que venha repelir uma agressão, ou mesmo o seu risco a vítima refém, a execução de pena de multa, a introdução de novas causas

suspensivas da prescrição, o confisco alargado de bens e o aumento da duração da pena privativa de liberdade (Brasil, 2019).

Dentro das previsões incluídas no Código de Processo Penal, se destaca a implementação do juiz de garantias. Sobre este, figura-se como responsável pela proteção da legalidade na investigação criminal, como descrito no art. 3º-B, do referido do código supracitado, sendo a sua atribuição central zelar pelos direitos do preso em flagrante, decidir sobre questões envolvendo as medidas cautelares, requisição de documentos no geral e controle dos requerimentos do inquérito policial ou processual judicial (Brasil, 2019).

Diante desses breves apontamentos, para Lima (2020), o pacote e sua tramitação demonstraram ditames contraditórios em seu texto. Neste sentido, expressa a dificuldade legislativa no tocante a mudanças profundas e estruturais no ordenamento em determinados momentos movidos ao anseio da sociedade, como à época da sua aprovação, durante as eleições presidenciais.

Desse modo, pontua uma rapidez demasiada no que diz respeito a uma mudança drástica a legislação, tornando-se uma proposta antagônica da almejada pelos autores da redação, como explica:

É dentro desse contexto de debate democrático do Congresso Nacional, logo, da própria sociedade brasileira, sobre segurança pública, direito penal e direitos fundamentais, que surge a Lei n. 13.964/19. Se o ideal de todo e qualquer diploma normativo é, em tese, a criação de dispositivos legais que sejam ao menos harmônicos e coerentes entre si, fato é que o embate entre forças antagônicas existentes dentro e fora do Congresso Nacional durante a tramitação do Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados) resultou na aprovação de uma Lei cujos preceitos são absolutamente contraditórios entre si. Exemplificando, se, de um lado, optou-se pela introdução da figura do juiz das garantias no nosso Código de Processo Penal (arts. 3º-B a 3º-F), vedando-se, ademais, toda e qualquer atuação ex officio do magistrado independentemente da fase da persecução penal (investigatória e judicial), seja no tocante à prova (CPP, art. 3º-A), seja no tocante às medidas cautelares (CPP, arts. 282, §§2º e 4º, e 311), preservando-se, assim, a imparcialidade do magistrado e o sistema acusatório (C.F, art. 129, I), de outro, passou-se a prever a possibilidade de execução provisória de decisões condenatórias recorríveis proferidas pelo Tribunal do Júri, órgão de 1ª instância, desde que o indivíduo seja condenado a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão (CPP, art. 492, I, "e"), dispositivo que entra em rota de colisão direta com a redação conferida ao art. 283 pelo próprio Pacote Anticrime, que autoriza a prisão de alguém somente nos casos de prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (Lima, 2020, p. 21).

De modo geral, o autor aponta que as modificações penais introduzidas foram provenientes do clamor social, principalmente ao fato do sentimento de insegurança frente a criminalidade do país. Contudo, o resultado político criminal punitivista ocasionou incoerências

e inadequações com o que já era vigente e, desse modo, reproduziu-se mais uma percepção de quantidade, ao invés de adequação e qualidade legislativa.

### *2.3.1 Alteração nos requisitos da progressão de regime e do livramento condicional*

Diante desse panorama, é possível verificar preliminarmente, a distinção significativa das mudanças trazidas com o Pacote Anticrime diante dos ditames encontrados na execução penal, tal como o cumprimento de pena, progressão de regime, dentro outros.

Os regimes de progressão na Lei de Execução Penal trouxeram tratamento diferenciado aos delitos hediondos, com o cumprimento de 50% da pena no caso de delito envolvendo organização criminosa, e 70% nos casos de milícia privada, sendo vedado o livramento condicional neste último (Brasil, 1984).

Acerca disso, o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, menciona o início do cumprimento de pena obrigatoriamente no regime fechado (Brasil, 1990).

Em relação a essa previsão, é possível destacar o princípio constitucional da individualização da pena, que se contrapõe ao modelo da progressão de pena estabelecido pela Lei de Execução Penal e aos critérios do Código Penal. Isso porque, uniformizar diferentes tipos incriminatórios a um único regime prisional, pode não atingir a finalidade disposta na progressão de regime, tal como a ressocialização e reeducação do agente (Brasil, 1984).

Conforme argumenta Bitencourt (2024), o simples fato de o crime ser considerado hediondo não implica, por si só, que o agente deva cumprir a pena em regime mais gravoso, pois, atendidos os requisitos previstos no artigo 33, §2º, do Código Penal, é possível que o cumprimento tenha início em regime semiaberto ou aberto.

É neste conflito que a Súmula Vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal, demonstrou que a progressão de regime possui como razão a ressocialização do preso, uma vez que declarou inconstitucional o referido artigo supracitado da Lei 8.702/1990 quanto ao cumprimento da pena frente aos requisitos passíveis de benefício (Brasil, 2009).

A fim de elucidar as observações feitas quanto ao princípio da individualização da pena frente a progressão de regime, Nucci (2023, p. 352) sustenta:

A individualização executória da pena é consequência natural da adoção do princípio constitucional da individualização da pena. Esta se faz, como já mencionado, em três etapas: a individualização legislativa (fixação do mínimo e do máximo para a pena em abstrato no momento de criação da norma penal), a individualização judicial (momento de concretização da sanção penal na sentença) e a individualização executória (fase de aplicação efetiva da pena em estágios). Por isso, a progressão de regime, forma de incentivo à proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado, é decorrência natural da individualização executória.

Cumpra mencionar que, atualmente, o sistema de progressão de regime que rege os crimes hediondos é o encontrado no art. 112 da Lei de Execução Penal, alterado pelo Pacote Anticrime em 2019 (Brasil, 1984).

Correlacionado a isso, Gonzaga (2024) indica que o Direito Penal do Inimigo encontra guarida na Lei de Execução Penal e nas mudanças trazidas pelo Lei nº 13.964/2019. Isso porque, explica que o art. 52 expresso na LEP, denota que o preso provisório ou mesmo o definitivo podem ser colocados no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), sem observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, uma vez que pautado no alto risco para a ordem e segurança (Brasil, 1984).

Outrossim, em razão disso, incide de pronto a suspeita de ligação ou atuação em organização criminosa em razão do cometimento de delito taxativamente hediondo. É neste ponto que o mesmo fundamenta sua percepção, já que o RDD pode apenas basear-se em uma suspeita, que deveria guardar os princípios mencionados, sendo suficiente para que estes sejam afastados, ainda que distante de uma condenação criminal, como é o caso do preso provisório.

## **2.4 Observações críticas às alterações do Pacote Anticrime na Lei dos Crimes**

### **Hediondos**

O advento da Lei dos Crimes Hediondos, promulgada em 1990, representou um marco no ordenamento jurídico penal brasileiro, principalmente por expandir de forma significativa o rol de crimes considerados mais graves, por meio de sua tipificação no Código Penal. Nesse sentido, foi possível observar uma evolução em seu caráter taxativo, ao incluir infrações penais cuja natureza ou conduta eram consideradas de maior periculosidade e potencial ofensivo à sociedade.

Com a promulgação do Pacote Anticrime, trazido pela Lei nº 13.964/2019, o rol dos crimes hediondos sofreu uma nova ampliação. Esta lei, ao adicionar novos tipos penais à categoria de crimes hediondos e endurecer as sanções, consolidou-se como uma *novatio legis in pejus*, ou seja, uma norma penal que traz maior severidade em comparação à legislação anterior (Nunes, 2021).

É fundamental destacar que, em consonância com o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa, previsto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, o Pacote Anticrime não pode ser aplicado retroativamente. Dessa forma, sua aplicabilidade restringe-se às condutas criminosas cometidas a partir de 23 de janeiro de 2020, data em que a referida lei entrou em vigor (Brasil, 1988).

Dentre as condutas penais inseridas no rol com o pacote, é importante destacar algumas que geram maior controvérsia, como são os casos das que envolvem crimes patrimoniais e as com a posse ou porte ilegal de arma de fogo.

A princípio, no que diz respeito a posse ou porte de arma de fogo, anteriormente, a natureza hedionda apenas se utilizava do termo “uso restrito”, ainda que fizesse menção ao Estatuto do Desarmamento. Com o Pacote Anticrime, surge a expressão “uso proibido” como nova qualificadora, retirando a terminologia antes expressa. Com a modificação, a pena que antes variava entre três e seis anos de reclusão, além da aplicação de multa, passou a ser de quatro a doze anos, como demonstrado no art. 16 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) (Brasil, 1990).

Dessa forma, o crime ou posse de arma de fogo de uso restrito, estabelecida no referido artigo do estatuto e, que é mencionado na Lei dos Crimes Hediondos, já não é mais considerada hediondo. Nota-se a configuração de *novatio legis in melius*, isto é, o oposto da *in pejus*, tornando menos gravosa a situação do agente (Nunes, 2021).

Ainda sobre isso, os acessórios e a munição disposta no estatuto, e mencionadas indiretamente na Lei nº 8.072/1990, encontraram-se sem definição hedionda frente as modificações terminológicas. Neste sentido, Lima (2020) argumenta a fim da exclusão destes, já que apenas o uso proibido é definitivamente expresso. Desse modo, ao considerar os artefatos hediondos, há presença de analogia *in malam partem*, bem como, a violação do princípio da legalidade.

É importante destacar, que ocorreram decretos presidenciais subsequentes, como o Decreto nº 9.847/2019, que flexibilizou os requisitos da aquisição e porte de arma de fogo, expandindo o rol de armas de uso permitido, contrariando à época os objetivos do Estatuto do Desarmamento (Brasil, 2019).

Atualmente, com a grande maioria dos dispositivos revogados, a questão terminológica que define o caráter hediondo, claramente demonstra-se inconsistente com a premissa que foi ofertada como propósito do Pacote Anticrime, sendo o enfrentamento da criminalidade e ao crime organizado que, visivelmente, se utiliza amplamente de delitos envolvendo armas de fogo de uso restrito.

Em continuidade, nota-se mais uma controvérsia legislativa no que diz respeito ao furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Como destaca Lima (2020), antes do Pacote Anticrime, o furto não se encontrava no rol dos crimes hediondos, nem na sua modalidade simples, tampouco em sua qualificada, já que se trata de um

crime que não envolve violência ou grave ameaça contra a pessoa. Observa-se que, a inclusão desta conduta se amolda ao meio de execução do cometimento do furto.

É exatamente neste ponto que se nota certa discrepância ao objetivo da Lei dos Crimes Hediondos, bem como, ao Pacote Anticrime. Isso porque, tratando-se de um meio de execução, o crime de roubo circunstanciado pela destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, disposto no art. 157, § 2º-A, inciso II, do Código Penal, não foi incluído pelo legislador no rol (Brasil, 1940).

Notadamente, este delito é mais grave ao passo da conduta constituir-se de violência e grave ameaça, sendo a natureza incriminadora do próprio roubo em sua modalidade simples. Com isso, mais uma vez, constata-se a inexorável desproporcionalidade entre duas condutas, claramente opostas em questão de repercussão jurídica, aparentemente ignorada pelo legislador.

Nas palavras de Nunes (apud Camargo; Felix, 2020, p. 226):

Os delitos apontados como hediondos passam a ter tratamento penal agravado pela mera decisão legislativa, tendo em conta que o legislador da Lei nº 8.072/90 simplesmente pinçou do macrossistema condutas penais de forma não criteriosa, etiquetando as mesmas com a pecha de hediondas.

Paralelo a isso, inclui-se também ao rol dos crimes hediondos, o roubo circunstanciado e qualificado, mais especificadamente, o latrocínio, os casos envolvendo a restrição da liberdade da vítima, emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito e o pelo resultado de lesão corporal grave ou morte (Brasil, 2019).

Analisando as hipóteses trazidas ao delito, indiscutível a gravidade quando se trata de situações envolvendo resultado morte, tal como o latrocínio. Por outro lado, a inserção da restrição da liberdade e do emprego de arma de fogo, é de caráter subjetivo quanto a presença de efetiva periculosidade, este que é essencial quanto a definição da hediondez.

É nesta linha de raciocínio que, Falavigno e Costa (apud Camargo; Felix, 2020) constata um caráter mais simbólico, do que efetivamente necessário, na escolha dessas hipóteses como hediondas. Para estes, o crescimento desorientado do rol taxativo, releva um fracasso na prevenção geral, resultando apenas em medidas carcerárias volumosas. Sendo que, os crimes graves, como o homicídio qualificado e o estupro, e outros, como esses, nestas condições, recebem o mesmo tratamento, sem que haja efetivamente uma explicação efetiva para a sua inclusão na Lei dos Crimes Hediondos.

### **3 A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB UM ASPECTO CONSTITUCIONA**

A Constituição Federal de 1988 foi quem consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Nela, são previstos os direitos sociais, individuais e coletivos, bem como os deveres dos mesmos e, as garantias fundamentais. Em seu preâmbulo, fica evidente a disposição de princípios que estruturam o poder estatal e sua atuação (Brasil, 1988).

Assim, sendo ausente um rol taxativo de crimes considerados hediondos no texto constitucional, coube a legislação extravagante atribuir punibilidade as infrações penais consideradas passíveis de ameaça social, como ocorreu com a Lei nº 8.072/1990.

Ocorre que, as deliberações frente a essa premissa social, podem resultar em leis desproporcionais e exorbitantes frente aos preceitos já estabelecidos e, dessa forma, podem contrariar direitos fundamentais tutelados pela Magna Carta de 1988, como também, atingir o poder punitivo estatal como um todo de maneira desarmônica.

Para Bitencourt (2024), o Direito Penal, como um todo, no Estado Democrático de Direito pode ser concebido de uma maneira autoritária ou totalitária de Estado, sendo o seu instrumento a perseguição aos inimigos do sistema jurídico, ou através de uma concepção democrática de Estado, havendo um consenso entre os cidadãos de uma sociedade.

Sobre isso, é válido observar quanto a definição dos delitos que se encontram elencados na Lei dos Crimes Hediondos no quesito valorativo moral e constitucional, isto é, a escolha pelo grau de periculosidade diante de tantas tipificações encontradas no Direito Penal, bem como, a sua adequação ao modelo democrático existente.

Sobre isso, o questionamento se vale acerca da proporcionalidade entre os crimes considerados mais graves diante de outros. Tal como, pode-se verificar a incidência de determinado crime com emprego de conduta específica considerado hediondo, enquanto o mesmo cometido em outro cenário, não se vale da mesma regra.

Neste sentido, a observância se faz quanto a razoabilidade ao tratar com mais rigidez o que, em sua maioria, já possui consequências rigorosas frente ao modelo penal e constitucional adotado no cerne jurídico brasileiro, comparado a outros ou, ao mesmo, em situações distintas.

Neste sentido, Bitencourt (2017, p. 449-453), ensina:

Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governantes utilizam o Direito Penal como panaceia de todos os males (direito penal simbólico); [...] Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios de políticos serve apenas como “discurso legitimador” do abandono progressivo das garantias

fundamentais do direito penal da culpabilidade, com a desproporção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato.

É neste raciocínio que diante da complexidade da prestação jurisdicional frente ao cometimento de delitos comuns durante a história da sociedade, como é o caso do homicídio, bem como, ao surgimento de novas modalidades antes não tão habituais, é que se busca a maneira mais eficiente de combater estes.

Contudo, como explica Brito Filho (2020), o Direito Constitucional Penal necessita em adotar a utilização de mecanismos distintos em face de formas diferentes de criminalidade, ou seja, ainda que as ferramentas possam ser novas, não há como os princípios constitucionais serem demasiadamente flexibilizados.

É neste ponto que o Direito Penal do Inimigo pode consumir os valores que norteiam a Constituição, uma vez que o cometimento de qualquer um dos delitos taxados como mais gravosos, antecipa possíveis violações quando ainda não se sabe da verdade real dos fatos, uma vez que de pronto, são vistos como inimigos da sociedade.

Sobre isso, Zaffaroni (2011, p. 191), ensina acerca do tratamento a esse grupo de pessoas:

A admissão resignada de um tratamento penal diferenciado para um grupo de autores ou criminosos graves não pode ser eficaz para conter o avanço do atual autoritarismo cool do mundo, entre outras razões porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos ab initio quem são essas pessoas.

Nota-se que, em relação ao princípio da proporcionalidade, o mesmo possui conexão com o da dignidade da pessoa humana. Sobre isso, paralelo ao que Zaffaroni explica, Capez (2023) menciona que a incriminação deve ser proporcional ao corpo social, isto é, a limitação trazida por determinado delito, deve trazer vantagem ao interesse social tutelado.

É nesta correlação que se pode analisar se o delito guarda mais custo, do que efetivamente vantagem a coletividade. Isto é, diante da gravidade dos crimes hediondos e de suas imposições, o que de fato se mostra necessário e compatível aos ditames essenciais do ordenamento ou, o que se destoa, a fim de buscar um inimigo social com base em um grupo de delitos tidos como mais perigosos.

Para Moraes (2017), neste aspecto, vislumbra-se a flexibilização do princípio da legalidade em face de imputação objetiva e da ofensividade da exteriorização do fato. Sobre

isso, o mesmo menciona que a rigidez da execução penal e a criação artificial de crimes levam a inobservâncias de princípios básicos.

Bitencourt (2024), relaciona os limites das penas relacionadas a Lei dos Crimes Hediondos como uma obsessiva vontade de exasperar de maneira brutal a punição de certas infrações penais, ainda que ocorra a não observância dos princípios do bem jurídico e da proporcionalidade. Ainda cita, que o excesso de legislação extravagante cerceou a harmonia e coerência do sistema criminal brasileiro, uma vez que ignorou os princípios norteadores da primeira fase de individualização da pena.

Neste raciocínio trazido por Bitencourt, fica evidente que a política criminal adotada não se amolda as premissas postuladas na legislação brasileira. Isso porque, evidentemente, em contexto legislativo, encontra-se conflitos entre leis ordinárias e extravagantes, e o que se demonstra ainda mais ponderoso, o distanciamento da supremacia da Constituição Federal de 1988.

É sobre isso que Bitencourt explica (2024, p. 720):

O excesso de legislação extravagante, sem qualquer cientificidade, destruiu o que restava de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro, ignorou os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico e abandonou todo e qualquer critério que pudesse orientar a primeira fase de individualização da pena, a legislativa, renunciando, inclusive, o dever constitucional de adotar uma política criminal adequada aos postulados de um Estado Social e Democrático de Direito. Com efeito, a legislação sobre os crimes hediondos, a despeito de sua receptividade pela maioria dos tribunais superiores, viola as garantias jurídico-penais asseguradas na própria Constituição Federal em vigor.

Paralelo a isso, quando Jakobs afirma em sua teoria que a pretensão punitiva visa oferecer segurança a sociedade, bem como, a prevenção da reiteração da ocorrência dos delitos, contudo, ao mesmo tempo, busca essa reação de combate excessivo ao indivíduo, não incluindo preceitos tidos como fundamentais e indispensáveis. Com isso, em uma análise específica a delitos notoriamente diferentes, observa-se a busca de ameaçar o agente tido como inimigo social, ao invés da eficácia na proteção dos cidadãos (Jakobs; Meliá, 2012).

Nota-se que, a política criminal adotada no Brasil deve ser inteiramente ligada ao modelo constitucional que é o Estado Democrático de Direito. Por óbvio, em razão da alta complexidade e heterogeneidade social, bem como, em face dos cenários criminais se alteram ao decorrer do tempo, demonstra-se claramente dificultoso alinhar esta política criminal frente a crimes gravosos, isto é, os considerados hediondos.

Contudo, se há premissas imperativas que norteiam um sistema jurídico por inteiro, a gravidade dos delitos e a pretensão punitiva devem margear os limites destas, para que ocorra

um equilíbrio e eficiência entre a proteção dos cidadãos e ao objetivo principal atribuído no sistema punitivo adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

É acerca dessa problemática legislativa conflitante que o doutrinador Nucci (2021, p. 279) leciona: “não bastasse, o processo penal brasileiro, que necessitaria, igualmente, seguir a mesma política criminal utilizada para o direito penal, experimenta alterações legislativas em variados rumos, ora rigoroso, ora tolerante”.

#### **4 ANÁLISE COMPARATIVA: DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS**

O Direito Penal do Inimigo, consoante o estudo elucidado, demonstra, em alguns aspectos, proximidade na Lei dos Crimes Hediondos. A priori, como ensina Franco (2007), a doutrina brasileira no geral, não buscou se aprofundar no que diz respeito as obrigações de criminalização dispostas na Constituição Federal de 1988. Por essa razão, observa-se uma distinção entre as normas constitucionais vigentes e a estruturação da Lei nº 8.072/1990.

A teoria de Jaboks possui como enfoque principal justamente o distanciamento dos “inimigos” da sociedade e, ao analisar a evolução da Lei dos Crimes Hediondos, bem como, a sua contextualização social às épocas, percebe-se a busca desproporcional de buscar alguém a quem culpar, através de um certo “achismo” do legislador.

Neste cenário, com a evidente crescente da criminalidade, mais precisamente, do crime organizado, pauta muito discutida no cerne da Lei nº 8.072/1990, decorrente, dentro de várias outras questões, da ausência de políticas públicas juntamente à alta impunidade, surge essa característica do Direito Penal mais simbolístico. Isto é, a emergência de mudança frente as inseguranças da sociedade, buscando uma resolução mais rápida das exigências feitas em relação a criminalização.

Diante disso, Falavigno e Costa (apud Camargo; Felix, 2020, p. 130) explicam que as alterações legislativas frente ao combate da criminalidade violenta, atualmente, apresentam um caráter de exasperação baseado diretamente a uma fundamentação simbólica. Para estes, o cenário se opõe ao Direito Penal, como também, ao efeito da pena, não havendo uma utilidade clara a ser visualizada.

É neste momento, com essas motivações, que se criam novos tipos penais, o que de certa forma, gera uma sensação de pacificação social, como se todos os dilemas jurídicos e de punibilidade fossem resolvidos imediatamente. Para Cunha (2020), há uma discrepância no que se refere a propriedade subsidiária e fragmentada do Direito Penal, instaurando-se apenas uma

legislação inteiramente punitivista, preferindo as garantias do cidadão, a mesma trazida por Jaboks e Meliá (2012) quando explicam essas as diferenciando do Direito Penal do Inimigo.

Paralelo a isso, Meliá ao tratar sobre isso analisando a obra de Jaboks (2012), dispõe que a política criminal atual se perfaz diante de um caos normativo, ou seja, pelo próprio modo de se utilizar o Direito Penal, prevalecendo o simbolismo, a seletividade e optando, indubitavelmente, pela solução do encarceramento.

Através disso, Jaboks e Meliá (2012, p. 64) elucidam:

Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do Inimigo.

À vista disso, é cristalino indicar por vezes nuances, ou a incidência precisa do Direito Penal do Inimigo, no ordenamento brasileiro. Para além, dos tratados nesta análise, tal sendo a Lei dos Crimes Hediondos, com sua grande alteração realizada pelo Pacote Anticrime, podem ser vislumbrados na Lei de Drogas perspectivas da teoria, ao passo que o tráfico de drogas se trata de uma conduta hedionda (Brasil, 1988).

Dessa forma, quando se trata especificadamente do Pacote Anticrime, indiscutivelmente a legislação que trouxe maior alteração na Lei dos Crimes Hediondos e, conseqüentemente, às correlacionadas, nota-se o marco da flexibilização dos direitos e garantias penais, como também, da punição mais rigorosa de determinados delitos.

Para além disso, as alterações realizadas na Parte Especial do Código Penal, constituem o mesmo padrão opressivo, como o aumento de pena privativa de liberdade, bem como, ao tratamento desta na Lei de Execução Penal. É sobre isso que Jaboks e Meliá (2012) tratam quanto a atividade legislativa em matéria penal, ao passo que os marcos penais devem estabelecer sanções desproporcionalmente altas.

Assim, verifica-se uma clara expansão do Direito Penal no cenário criminal brasileiro, seja pela criação de novas tipificações delitivas, seja pela reformulação de tipos penais já existentes no ordenamento jurídico. Esse processo ocorre a uma velocidade maior que em décadas passadas, refletindo no que é denominado por Jaboks (2012, p. 73) como uma “explosão jurídico-positiva do Direito Penal do inimigo”.

No que guarda relação ao rol taxativo da Lei dos Crimes Hediondos, para Jaboks (2012), o inimigo presente nos sistemas atuais, correspondem ao criminoso econômico, ao integrante do crime organizado, o terrorista, o criminoso sexual e de outras infrações consideradas perigosas, como o tráfico de drogas e de arma.

Analogicamente, a maioria destes supracitados, já faziam parte da Lei nº 8.072/1990 antes da vigência do Pacote Anticrime, o que se alterou após, fora a inclusão dos crimes próximos a este, sem necessariamente haver uma categorização entre eles. Para Habib (2016), é neste ponto que Jaboks e a Lei dos Crimes Hediondos se aproximam, pois não há qualquer critério de identificação ou vinculação nesta categorização criminal entre os delitos.

Logo, observa-se certa arbitrariedade por parte do legislador na atribuição do que o mesmo considera gravoso, como se demonstra na presença do rol o crime de furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, sendo ausente o roubo nesta mesma condição operante, indiscutivelmente mais danoso. Com isso, causa-se a sensação da punição “a qualquer custo”, sem buscar efetivamente o combate eficaz da criminalidade (Nunes, 2021).

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o presente trabalho analisou a hipótese de incidência da teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs, na Lei dos Crimes Hediondos, em razão das suas alterações legislativas apresentarem ser, predominantemente, midiáticas e desproporcionais perante o disposto no ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, demonstrou-se ocorrer um critério simbólico em determinados delitos escolhidos para integrar ao rol da hediondez.

Em primeiro momento, verificou-se as peculiaridades da teoria desenvolvida por Jaboks, desde os percursos jusfilosóficos em que o autor se baseou, até as distinções e elementos utilizados pelo mesmo, a fim de demonstrar a equivalência de seu estudo na aplicação da justiça nas políticas criminais. Em suma, nota-se clara distinção entre o cidadão e o inimigo, sendo este segundo, considerado um terrorista para o Estado ao passo que venha a cometer crimes considerados mais gravosos a sociedade.

Sobre isso, verificou-se distintos apontamentos por parte da doutrina em relação a compatibilidade da teoria aos preceitos que baseiam a legislação penal e processual penal como um todo. Desse modo, confrontou-se esta aos principais sistemas do direito penal, tal como o garantismo, abolicionismo e intervenção mínima, sendo este último reconhecido majoritariamente como o sistema punitivista adotado atualmente no Brasil. Evidentemente que, o Direito Penal do Inimigo não observou correlação alguma com o referido sistema utilizado, como também, é alvo de críticas por parte de doutrinadores brasileiros.

Ainda, através da pesquisa detalhada das modificações da Lei nº 8.072/1990 ao longo dos anos, foi possível constatar os eventos sociais desencadeadores da sua ampla reforma até os dias atuais. Neste sentido, a recente Lei nº 13.964/2019, denominado Pacote Anticrime, ampliou consideravelmente não só o rol dos crimes hediondos, como também, os textos do Código Penal e Processual Penal. Tais mudanças, geraram controvérsias sobre a proporcionalidade das penas, bem como acerca da flexibilização de alguns direitos.

Logo, com base na verificação das alterações, restou certificado que a Lei dos Crimes Hediondos é julgada por sua rigidez punitivista em vista de demonstrar-se incompatível com as premissas das garantias constitucionais, como exemplificado na violação do princípio da individualização da pena reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, no que diz respeito ao Pacote Anticrime, as inclusões feitas pelos legisladores no rol dos crimes hediondos, segundo a doutrina, representaram um crescimento desorientado. Isso porque, houve um embasamento destas escolhas de caráter exclusivamente simbólico, isto posto em relação a tratativa igualitária de crimes claramente desiguais no quesito de periculosidade.

Sob esse prisma, pode-se concluir que, desde a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, o sistema penal brasileiro passou por um evidente processo de endurecimento. Esse fenômeno foi impulsionado tanto por modificações legislativas decorrentes de episódios criminais de grande repercussão social, quanto pela significativa contribuição trazida pelo Pacote Anticrime. Tais mudanças refletiram um aumento expressivo da intervenção estatal no âmbito das penalizações, resultando, inevitavelmente, na flexibilização de algumas garantias fundamentais asseguradas pela Constituição.

Nesse contexto, a correlação entre o a teoria analisada e a Lei dos Crimes Hediondos tornam-se evidente, uma vez que ambas se fundamentam na adoção de uma política punitiva expansiva. Isso significa a imposição de penas mais rigorosas aos agentes considerados perigosos, ainda que implique a relativização ou até mesmo a violação de seus direitos e garantias individuais, como Jaboks menciona ao diferenciar o direito do cidadão e o direito do inimigo.

Assim, a Lei dos Crimes Hediondos, especialmente após o fortalecimento proporcionado pelo Pacote Anticrime, parece fundamentar-se em um critério meramente simbólico, o que contraria os princípios do Estado Democrático de Direito. É necessária uma adequação legislativa não apenas nessa lei, mas também uma reforma ampla das leis penais, a fim de evitar a existência de um conjunto disperso e contraditório de políticas criminais.

Dessa maneira, é possível contribuir efetivamente a uma prevenção da criminalidade, bem como, cumprir com os objetivos propostas com a criação da Lei dos Crimes Hediondos, isto é, o tratamento proporcional aos crimes realmente mais graves, como são os casos do homicídio, dos delitos que envolvem crianças, adolescentes e vulneráveis, dentre outros.

Contudo, para isso, é fundamental que a referida lei esteja em consonância com o Códigos Penal e de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, como também com a Constituição Federal, para que não seja apenas uma medida emergencial e com lacunas, mas sim parte de um sistema coerente e integrado aos preceitos basilares do Direito Penal.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. Volume 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629325/>. Acesso em: 05 mai. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 03 maio 2024.

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 União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm). Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm). Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 26**. 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 n. 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. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula775/false>. Acesso em: 03 abr. 2024.

BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. **Direito Penal do Inimigo: aplicação e (in)constitucionalidade**. 2020. Dissertação (Mestrado em Teoria do Direito e do Estado), Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, SP, 2020. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1951>. Acesso em: 05 abr. 2024.

CAMARGO, Rodrigo O. de; FELIX, Yuri. **Pacote Anticrime – Reformas Penais: reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019**. Florianópolis: Emais Editora, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624597/>. Acesso em: 22 abr. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020.

EISELE, Andreas. **Direito Penal: Teoria do Delito**. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2002. *E-book*. Disponível em: <https://deusgarcia.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 03 maio 2024.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. *E-book*. 2010. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620340/>. Acesso em: 06 mai. 2024.

HABIB, Gabriel. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos**. 1 ed. Niterói: Editora Impetus, 2016.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel C.; **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à lei 13.964/2019 artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 8. ed. vol. 1. São Paulo: Método, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/419/edicao-1/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 05 abr. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641437/>. Acesso em: 05 mai. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Volume Único. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646630/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

NUNES, Lucas Dutra. **As alterações do pacote anticrime no código penal e na lei dos crimes hediondos à luz do direito penal do inimigo**. 2021. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/228231/TCC.pdf;jsessionid=485EE3BD120FF15C3896A27443897C66?sequence=1>. Acesso em: 06 ago. 2024.

PAULO, Folha de S.. **Principais sequestros**. 1994. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/4/30/cotidiano/4.html>. Acesso em: 14 ago. 2024.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o terrorismo**: o “progresso ao retrocesso”. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.