

UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO: no ordenamento jurídico brasileiro como forma
de alcançar o populismo penal**

Sávio Ramon Santana da Cunha
Júlio Cesar do Nascimento Rabelo

ITABAIANA

2020

SÁVIO RAMON SANTANA DA CUNHA

O DIREITO PENAL DO INIMIGO: no ordenamento jurídico brasileiro como forma de alcançar o populismo penal

Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo – apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Tiradentes
– UNIT, como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Aprovado em ___/___/___

Banca Examinadora

Júlio Cesar do Nascimento Rabelo

Universidade Tiradentes

Renato Carlos Cruz Menezes

Universidade Tiradentes

Nelson Teodomiro Souza Alves

Universidade Tiradentes

O DIREITO PENAL DO INIMIGO: no ordenamento jurídico brasileiro como forma de alcançar o populismo penal

THE ENEMY'S CRIMINAL LAW: in the Brazilian legal system as a way to achieve criminal populism

Sávio Ramon Santana da Cunha

RESUMO

O presente trabalho promoveu uma análise da teoria do direito penal do inimigo, do jurista alemão Günther Jackobs, fazendo um paralelo de como essa teoria influencia a legislação brasileira para satisfazer um populismo penal latente no ordenamento jurídico. O artigo traz os principais conceitos e características da teoria do direito penal do inimigo e do populismo penal, bem como explicita pontos da legislação brasileira que sofre forte influência desses institutos, a exemplo da lei nº 13.964/19, popularmente chamada de lei anticrime, e da lei nº 8072/90, crimes hediondos. A pesquisa buscou apontar violações a direitos e garantias fundamentais em razão da influência de tais institutos na legislação penal.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Lei de Crimes Hediondos. Lei Anticrime. Ordenamento Jurídico Brasileiro. Populismo Penal.

ABSTRACT

The present work promoted an analysis of the enemy's criminal law theory, by German jurist Günther Jackobs, making a parallel of how this theory influences Brazilian legislation to satisfy a latent criminal populism in the legal system. The article presents the main concepts and characteristics of the enemy's criminal law theory and criminal populism, as well as explains points of Brazilian legislation that are strongly influenced by these institutes, such as Law No. 13.964 / 19, popularly called the anti-crime law, and of law nº 8072/90, heinous crimes. The research sought to identify violations of fundamental rights and guarantees due to the influence of such institutes in criminal law.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Hideous Crimes Law. Anticrime Law. Brazilian Legal System. Criminal Populism.

Sumário

1. Introdução
2. O Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de se alcançar o Populismo Penal
 - 2.1 Direito Penal do Inimigo: conceitos e características
 - 2.2 Populismo Penal: conceito e características
3. Legislações penais brasileiras com vestígios do direito penal do inimigo buscando alcançar o populismo penal
 - 3.1- Lei nº 13.964/19 ou “Lei anticrime”
 - 3.2- Lei nº 8.072/90 ou “Lei de crimes hediondos”
4. Considerações finais

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo promover uma análise do crescimento da Teoria do Direito Penal do Inimigo na legislação penal brasileira, como forma de se alcançar o Populismo Penal.

Inicialmente, busca-se compreender o conceito da teoria de Günther Jacobks, a qual tem por base o funcionalismo sistêmico. Essa teoria considera o Direito Penal uma forma de estabilizador social.

A teoria criada por Günther divide o direito penal em dois, quais sejam, O Direito Penal do Cidadão e O Direito Penal do Inimigo. O primeiro trata de um direito penal voltado a pessoa que delinque, mas que devido a seus elementos característicos essenciais é possível ser tratada como Pessoa.

Por sua vez, O Direito Penal do Inimigo seria contrário ao Direito Penal do Cidadão, uma vez que o delinquente se quer deveria ser tratado como pessoa. A pessoa de direitos receberia o status de “inimigo” da sociedade, pois representaria verdadeiro perigo a ordem estatal, em outras palavras, trata-se de um ser que põe fim ao pacto social, em razão da sua natureza voltada a prática de crimes.

A teoria do Direito Penal do Inimigo é amplamente combatida pela doutrina, vez que há exacerbada dificuldade em delimitar quem seria considerado cidadão e quem seria inimigo da sociedade, bem como se seria possível sua existência sob o crivo do Estado Democrático de Direito.

A princípio, promovendo uma breve análise da Constituição Federal de 1988, vislumbra-se que não seria possível a aplicação do Direito Penal do Inimigo, no ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, através de estudos mais minuciosos acerca da legislação infraconstitucional, indaga-se se não haveria verdadeiros institutos penais ou processuais penais que tragam de forma implícita a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Referidos institutos de Direito Penal e Processual Penal, quando devidamente analisados, permitem sua correlação com a teoria criada pelo estudioso alemão, dado que muitas vezes foram criados com ânimos legislativos deturpados por anseios sociais que veem na lei

penal a solução para todos os problemas de combate à criminalidade, resultando em um nítido Populismo Penal.

É trilhando essa senda que o presente trabalho busca verificar a existência de institutos penais que, como forma de satisfazer o populismo penal, acabam por adotar fragmentos da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

À vista disso, formula-se a seguinte hipótese de pesquisa: O crescimento do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se a tentativa de satisfazer o populismo penal.

Dessa forma, o intuito do presente expediente é fazer uma análise da teoria do Direito Penal do Inimigo em detrimento da legislação penal pátria, na busca pelo populismo penal.

A presente pesquisa será realizada com base no método de raciocínio hipotético dedutivo qualitativo, a fim de se realizar, um exame rigoroso sobre o direito penal do inimigo, o populismo penal e suas incidências no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Tal debate se revela de estrita importância, visto que o crescimento dos referidos institutos no ordenamento jurídico pátrio, podem pôr em xeque direitos fundamentais e garantias constitucionais.

Destarte, a finalidade deste estudo, é averiguar a presença do direito penal do inimigo atrelado a dogmática do populismo penal no ordenamento jurídico brasileiro, buscando institutos que ponham em risco garantias e direitos fundamentais.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO FORMA DE ALCANÇAR O POPULISMO PENAL

2.1 Conceito e Características do Direito Penal do Inimigo

Cuida-se de ramo do direito penal que busca na sociedade civil identificar e segregar as pessoas em duas classes, os cidadãos e os inimigos. Essa última classe seria formada por criminosos de alta periculosidade como terroristas, autores de crimes sexuais, criminosos organizados e outros. (NUCCI, 2020)

Aos inimigos seria prestado tratamento diferenciado em razão de sua condição, pois esses inimigos estariam em um estado de guerra permanente contra o Estado, sendo, portanto, plenamente aceitável que garantias constitucionais fossem violadas ou se quer concedidas. (NUCCI, 2020).

O escritor Guilherme de Souza Nucci, ao citar a obra de Cancio Meliá na qual trabalha a teoria de Jakobs Günther, principal percussor da tese do Direito Penal do Inimigo, enumera os seguintes fatores para adoção dessa teoria:

a) O direito Penal do cidadão é o direito de todos; o direito penal do inimigo é daqueles que formam uma frente contra o Estado, embora possa haver, a qualquer tempo, um “acordo de paz” (p. 33); b) um indivíduo que se recusa a ingressar no estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa; afinal, quem ganha a guerra determina o que é norma, quem perde há de se submeter a essa determinação (p. 40-41); c) para não privar o cidadão do Direito Penal vinculado à noção do Estado de Direito, deve-se denominar de outra forma o conjunto de normas penais voltadas ao combate da criminalidade específica, em autêntica “guerra refreada” (p.4); d) a vigência dos direitos humanos continua a ser sustentada, embora o seu asseguramento dependa do destinatário; o inimigo perigoso pede regras próprias (p. 55); e) em um direito penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso, na ótica do Estado de Direito, do que impregnar todo o Direito Penal com regras específicas e duras do próprio direito penal do inimigo; (MELIÁ, *apud*,NUCCI, 2020, p.302)

Dos escritos do renomado penalista é possível verificar que o direito penal do inimigo é segregacionista, etnocentrista, não humanitário, vez que o inimigo não é tratado como pessoa. A dogmática dessa teoria se mostra completamente incompatível com o Estado de Direito, pois denota um estado de exceção na qual o inimigo estaria em guerra com o Estado.

O tratamento jurídico proposto por tal modelo, seria um sistema funcionalista radical prospectivo, preocupado em impor medidas de segurança a potenciais ou reais agentes dotados de periculosidade que possam pôr em risco a ordem civil, desprovendo esses de garantias penais e processuais como forma de garantir a estabilidade do Estado de Direito para aqueles considerados cidadãos. (BRITO, 2017).

Em verdade, o que se pretende com o direito penal do inimigo proposto por Jakobs não é a introdução do conceito de inimigo no âmbito do direito penal. Objetiva-se que esse seja admitido, desde que, de forma estritamente delimitada, reservada e amarrada, a determinada parcela do ordenamento jurídico, para que não contamine por completo o direito penal, isto é, não sendo possível sua completa extinção, é preciso reprimi-lo (ZAFARRONI, 2008).

Não obstante, impede ressaltar que a Teoria criada por Jakobs tem forte fundamento na teoria dos escritores contratualistas. Luiz Flávio Gomes, em brilhante síntese, delinea o aporte filosófico utilizado para a construção do direito penal do inimigo da seguinte forma:

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o 'estado comunitário-legal', deve ser tratado como inimigo (Kant).(GOMES, 2004, p.1-2)

Trilhando essa senda, pode-se notar que a teoria trabalhada por Jakobs não é de plena inovação, uma vez que muitos penalistas e filósofos já debatiam a respeito do poder punitivo estatal, bem como a possibilidade de um tratamento diferenciado aos que se opunham a esses. A principal e mais acertada novidade trazida pelo escritor alemão seria a terminologia empregada, pois denota clareza e honestidade com a problemática trabalhada. (ZAFFARONI, 2008).

Nesse diapasão, não se poderia deixar de elencar as principais características do Direito Penal do Inimigo apontadas por Luiz Flávio Gomes:

a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (GOMES, 2004, p.2)

Diante do exposto, pode-se observar que o Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs, é dotado de bastante controvérsia e críticas por parte da doutrina, portanto, qualquer tentativa de exaurir o debate ou sintetizá-lo é frustrada. Contudo, é possível entender que tanto quem propõe, como quem se opõe, reúne razões contundentes para sustentar suas ideias.

2.2 Conceito e Características do Populismo Penal

Trata-se de uma política criminal desprovida de conhecimento teórico, científico e prático, na qual não se avalia as características do fato delituoso ou de seu autor, uma vez que se utiliza de mero senso comum para criar normas de combate à criminalidade, o que resulta na construção de uma legislação penal desprovida de eficácia.

Luiz de Flávio Gomes, tomando por base os estudos de Ferrajoli, define o populismo penal como:

O populismo penal é um discurso e, ao mesmo tempo, uma prática punitiva (um método, um procedimento ou um movimento de política criminal), paralelo (com características próprias) e, ao mesmo tempo, complementar de tantos outros discursos punitivistas (movimento da lei e ordem, tolerância zero, direito penal do inimigo etc.), e, concomitantemente, uma doença das democracias contemporâneas (FERRAJOLI: 2012, p. 57 apud GOMES, 2018, p.1).

Por sua vez, Natália |França Von Shosten, em sua obra intitulada Populismo Penal no Brasil: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre o direito penal, o conceitua da seguinte forma:

O populismo penal é uma política criminal sem qualquer estudo científico, sem qualquer estudo de caso, sem análise de fatores preponderantes do crime e criminoso, sem estratégias, sem eficácia, sem freios. É um ataque aos denominados “inimigos” do esta, é uma política de exclusão dos indivíduos e supressão de direitos e garantias. (VON SHOSTEN, 2013, P. 1)

Destarte, pode-se dizer que o populismo penal é a opinião das massas interferindo diretamente no poder punitivo estatal, seja através da política ou por ensejo dos meios de comunicação social. Essa forma de política criminal faz com que o sentimento de insegurança da população interfira na construção da legislação penal, fazendo com que qualquer novidade

legislativa que busque métodos de punição mais severos seja implementada sem a realização de estudos que comprovem a sua eficácia.

Luiz Flávio Gomes, com o brilhantismo que lhe é peculiar, enumera as seguintes características do Populismo Penal, veja-se:

a) pela degeneração do funcionalismo penal de Durkheim e de Luhmann (veja Luís W. Gazoto, cuja tese de doutoramento será convertida em livro que publicaremos em conjunto), levada a cabo no campo penal por G. Jakobs (com seu direito penal do inimigo); b) pela transformação da demanda populista por mais castigo em vingança (que é uma festa – Nietzsche), que se vê favorecida por uma técnica (mnemotécnica) também explicada por Nietzsche; c) pela difusão do medo e da insegurança pela criminologia midiática (Zaffaroni: 2012), que assume o papel, a partir da exploração e espetacularização do medo e da insegurança, de (a) empreendedora moral do castigo ou mesmo (b) de uma mídia justiceira (Ferrajoli: 2012, p. 58; L.F. Gomes e D.S. de Almeida); d) pela transformação da segurança social (dos direitos sociais) e individual (segurança do cidadão frente ao Estado) em segurança pública (Ferrajoli: 2012, p. 61), que no fundo é a segurança do Estado e do modelo sócio-econômico que o comanda, que não se confunde com o conceito de segurança nacional das ditaduras; e) pela absoluta ineficácia preventiva das suas medidas (nenhum tipo de crime diminuiu de 1985 para cá, visto que o populismo penal acredita no efeito dissuasório da pena e da condenação). (GOMES, 2008, p.1)

À vista disso, é possível observar que a mídia tem ampla importância na disseminação do populismo penal, haja vista ela ser responsável por despertar uma sensação de insegurança e medo nos cidadãos, fazendo com que esses pressionem a classe política pela implementação de um poder punitivo mais rigoroso. Essa coerção faz com que o direito penal se distancie mais de uma justiça restaurativa e se aproxime mais de uma justiça retributiva.

O populismo penal se revela como um verdadeiro sistema, na qual tem por combustível a mídia, a sociedade é o motor e o poder legislativo é engrenagem que faz tal política se movimentar. O resultado dessa combustão é uma aberração jurídica retrógrada, desprovida de eficiência e eficácia, cuja força motriz é o medo e o ódio das massas.

Não é exaustivo ressaltar que a mídia tem papel principal na formação dessa ideologia, dado que o espetáculo do medo se tornou rentável, a exposição de crimes bárbaros atrai a visão do público, a mídia muitas vezes por falta de conhecimento técnico faz transparecer uma ideia de que a impunidade é fruto de uma deficiência legislativa, quando na verdade, é o populismo penal que conduz a ausência de eficácia legislativa.

Enfim, em que pese, a redundância a que se dirige a Gomes, não se pode desvencilhar da forma como esse sintetiza com perfeição o tema em epígrafe. Portanto, esse define o produto final do populismo penal da seguinte forma:

O produto final gerado pelo populismo penal (o direito penal autoritário e prepotente produzido por ele) é atécnico, irracional, desproporcional (excessivo), desarrazoado, demagógico, antigarantista, hiperpunitivo, neoconservador, reacionário, simbólico (em termos de prevenção de crime), propagandístico, desigual, discriminatório, fundamentalista, racista, nada empírico, muito intuitivo, falso, tendencioso, manipulador, paranoico, enganoso, ineficiente e vingativo (Ferrajoli: 2012, p. 57 e ss.; Luís W. Gazoto; Zaffaroni: 2012, apud, GOMES, 2008).

Dessa forma, não há melhor explicação do que a do supracitado autor, pois qualquer forma de síntese que se tente construir, restaria redundante ou não passaria de mera tautologia.

3 LEGISLAÇÕES PENAIS BRASILEIRAS COM VESTÍGIOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO BUSCANDO ALCANÇAR O POPULISMO PENAL

3.1 Lei nº 13.964/19 ou lei anticrime

A lei 13.964, foi publicada no dia 24 de dezembro de 2019, com entrada em vigência após trinta dias de sua publicação, trouxe diversas mudanças no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execuções Penais e em outras legislações penais esparsas, buscando, *ab initio*, o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao Direito Penal.

Entretanto, avaliando detidamente os dispositivos da referida lei, percebe-se algumas incongruências em seus institutos, os quais são passíveis de questionamento no que concerne à sua conformidade com a Constituição Federal, ou seja, se tal instituto é constitucional à luz da Carta Magna de 1988.

Primeiramente, antes de observar algumas das mudanças trazidas por essa lei, cumpre observar a finalidade para que essa norma foi criada. Os projetos de leis que originaram a lei 13.964/19, foram escritos pelo à época ministro da justiça Sergio Moro, o qual apontou como espírito do projeto o combate a corrupção, ao crime organizado e os crimes com grave violência.

Nesse diapasão, impede transcrever a nota disponível no site do Ministério da Justiça e Segurança Pública:

“Os projetos, segundo o ministro, adequam a legislação à realidade atual, dando mais agilidade no cumprimento das penas, tornando o Estado mais eficiente e diminuindo a sensação de impunidade. “Procuramos identificar pontos da legislação que impedem um combate mais efetivo a esses crimes”, explicou Sergio Moro. Conforme destacou, o projeto também cria novos métodos de investigação e muda a legislação processual a fim de evitar a ocorrência de processos que nunca são concluídos.” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2019, p.1).

Ponto que chama atenção nas palavras do nobre ministro é a expressão “diminuir a sensação de impunidade”, pois tais palavras revelam o verdadeiro motivo de elaboração do projeto, o qual se resume a mera finalidade eleitoreira. O projeto da lei anticrime teve por nítida finalidade a de transmissão da sensação de que o poder executivo estava empenhado em combater a criminalidade, o que evidencia o Populismo penal que existe por de traz dessa norma.

Esse entendimento pode ser ressaltado quando avaliamos o nome a que foi dado o projeto e posteriormente a lei, qual seja, “anticrime”. A lei traz em sua nomenclatura um pleonasma, vez que, toda lei penal, mesmo que benéfica, tem o intuito de combater a criminalidade, não há como vislumbrar uma lei penal pro crime (MENEZES, 2020).

Outrossim, observando as palavras do Ex-Ministro, é possível perceber que o pacote de projetos que originou a lei 13. 964/19, buscava o enrijecimento da lei penal como forma de combate à criminalidade. Ao adotar essa forma de posicionamento, a lei 13.964/19 acabou por implantar institutos no ordenamento jurídico que refletem alguns vestígios do direito penal do inimigo ou foram implantadas em decorrência de mero populismo penal midiático existente na sociedade atual.

Enfrentadas as preliminares que persistem sobre a referida legislação, devemos passar a análise de seu mérito, isto é, quais as novidades implantadas no ordenamento jurídico-penal pela referida lei.

A primeira mudança que merece atenção foi a introdução do parágrafo único no art. 25, do Código Penal, o qual nasceu com o intuito de dar maior proteção aos agentes de segurança pública no exercício de suas funções. Contudo, podemos afirmar que de longe tal medida surta efeito em termos práticos.

A mudança produzida na causa excludente de ilicitude, nasceu de um discurso populista, do qual se busca garantir a proteção estatal aos que são considerados agentes da lei frente aos inimigos do estado, no caso, os que se opõem a lei. Impulsionado por um discurso clichê a exemplo de “a Polícia brasileira é a que mais mata e a que mais morre no mundo”, o dispositivo legal foi criado com o intuito de proteger, principalmente, a atuação policial. Porém, como já dito, referida norma de longe produzirá efeitos concretos. Observe-se o que diz o texto normativo:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no **caput** deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (BRASIL,1940).

Em breve leitura do parágrafo, é possível visualizar a falta de eficácia da norma, vez que o próprio dispositivo legal preconiza que para a incidência do parágrafo único é necessário que se observe os requisitos do *caput*. Ocorre que, caso haja o preenchimento dos requisitos do *caput*, já se estaria diante da legítima defesa, pouco importando a condição de agente de segurança pública, ou seja, o agente teria a ilicitude de seu fato excluída pelo *caput*, sendo, portanto, irrelevante a discussão a respeito dos demais requisitos previstos no parágrafo.

Vinicius Assumpção, em poucas palavras explícita isso, veja-se:

O artigo não representa, nem deve representar, ampliação das hipóteses de legítima defesa, podendo-se dizer que se trata, a rigor, de inovação dispensável, considerando-se que a excludente apenas incide quando observados os requisitos do *caput*, que seguem inalterados. (ASSUMPÇÃO,2020, p.2)

Em que pese, esse instituto populista ter criado uma aberração jurídica sem eficácia, o resultado ainda foi melhor do que o que se pretendia quando o projeto de lei foi enviado ao congresso nacional. Pois, do contrário, teria sido implantado no código penal pátrio verdadeiro instituto do direito penal do inimigo.

Isso ocorreria em razão da adição no art. 23, do Código Penal, de um parágrafo segundo, onde haveria a previsão de que o juiz poderia reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorresse de escusável medo, surpresa ou violenta emoção (BRASIL, 1940).

Referida mudança acarretaria sérios problemas aos tribunais para sua aplicação, diante da subjetividade do instituto, o que acabaria por criar uma grande discricionariedade por parte dos julgadores. Em verdade, poderia ocorrer a legalização da prática homicida na atividade policial em busca do controle da criminalidade, criar-se-ia um verdadeiro instituto do direito penal do inimigo (MENDES, 2020).

No debate desse tema, não se poderia deixar de citar o entendimento da ilustre escritora Soraia da Rosa Mendes:

Obviamente que a conduta que ao final foi prevista em lei não se refere a situações “de confronto” como alegadamente acabam sendo categorizadas as mortes de jovens negros e pobres nas periferias brasileiras nos conhecidos “autos de resistência”. E, felizmente, repetimos, não foram aprovadas disposições genocidas como a excludente de ilicitude em caso de “medo, surpresa ou violenta emoção” e o “cenário” de legítima defesa quando o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado prevenisse injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem.” (MENDES, 2020, p. 5)

Destarte, pode-se observar que a alteração legislativa referente a legítima defesa flutuou de um direito penal rígido, alçando o extermínio do “inimigo”, a um populismo penal sem eficácia.

O caráter discriminatório da lei 13. 934/19, não se restringe a esse ponto, o caráter seletivo do inimigo que a lei busca combater continua em outros dispositivos. Ainda referente as alterações introduzidas no Código Penal, é válido apontar a modificação feita no art. 157, do Código Penal.

Em especial a introdução §2º-B, do art. 157, do CP, o qual introduziu a majorante pelo uso da arma de fogo de uso restrito ou proibido, com a seguinte redação “Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo.”(BRASIL, 1940).

A princípio não se vislumbra nenhuma incongruência ou violação a preceito constitucional. Entretanto, ao observar o projeto da lei anticrime é possível verificar que o

agravamento da pena em razão do uso de arma de fogo de uso restrito ou proibido, também seria introduzido no crime de homicídio na condição de qualificadora, porém, essa foi vetada. (Assumpção, 2020).

Para melhor compreensão impede a transcrição das razões do veto, são elas:

“A propositura legislativa, ao prever como qualificadora do crime de homicídio o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, sem qualquer ressalva, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, além de gerar insegurança jurídica, notadamente aos agentes de segurança pública, tendo em vista que esses servidores poderão ser severamente processados ou condenados criminalmente por utilizarem suas armas, que são de uso restrito, no exercício de suas funções para defesa pessoal ou de terceiros ou, ainda, em situações extremas para a garantia da ordem pública, a exemplo de conflito armado contra facções criminosas.” (BRASIL, 2020).

Salienta-se que uma das razões do veto seria uma suposta “insegurança jurídica”, causada aos agentes de segurança pública, pois esses se veriam severamente processados em razão do uso dessas armas “no exercício de suas funções para defesa pessoal”. Esses elementos mostram a verdadeira discriminação por parte da lei 13.964/19, pois ela age de maneira seletiva ao “inimigo” que se pretende atingir.

As razões do veto, em verdade, demonstram o caráter discriminatório da lei, que busca a uns privilegiar e a outros punir mais severamente. A norma nesse ponto faz mais ainda o direito penal brasileiro ser celetista, punindo sempre as classes mais baixas que, geralmente, são as que cometem delitos patrimoniais, a exemplo do roubo.

O veto traduz muito da política do governo responsável pela proposta, o qual impunha um discurso de combate à criminalidade, mas, que como se observa, busca combater apenas um criminoso, aquele que faz parte da classe menos favorecida, esquecendo de buscar a responsabilidade daqueles que se utilizam do poder estatal para cometer abusos de poder.

Dessa forma, pode-se verificar o nítido instituto de um direito penal do inimigo, devido a uma iniciativa populista penal.

Enfrentadas as supracitadas alterações, passa-se a avaliar mudanças ocorridas na lei processual. Dessas, um dos pontos mais relevante é o acordo de não persecução penal, o qual se encontra no novo artigo 28-A do Código de Processo Penal. Esse artigo traz todas as condições e requisitos para a aplicação do instituto, observe-se:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL,1941)

O referido instituto foi uma tentativa de abrir espaço para uma justiça negociada no âmbito do processo penal brasileiro, a qual é amplamente utilizada nos Estados Unidos. Não obstante, a aplicação desse dispositivo busca dar maior celeridade ao processo penal, como forma de solução mais rápida para os litígios (MENDES, 2020).

Em que pese, trata-se de uma alteração legislativa recente, esse dispositivo não é de total inovação no processo penal brasileiro, haja vista, o acordo de persecução penal em muito se assemelhar com os institutos da lei 9099/99, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo.(MENDES,2020).

As semelhanças ficam mais evidentes, quando observa que o III, do §2º, do art. 28-A do CPP, veda a propositura do acordo quando o agente é beneficiado nos últimos cinco anos pela transação penal e pela suspensão condicional do processo. (ASSUMPCÃO, 2020).

Introito, o acordo de não persecução penal pode parecer uma melhoria significativa ao processo penal, porém, deve-se ressaltar o fato de que essa celeridade trazida pelo acordo põe em xeque garantias processuais, a exemplo do devido processo legal e do *nemo tenetur se deteregere*. (MENDES, 2020).

Nesse sentido, vale aprender o que ensina a nobre escritora Soraia da Rosa Mendes:

O acordo de não persecução penal viola as garantias fundamentais ao devido processo legal e ao *nemo tenetur se detegere*; significa, na vida cotidiana da justiça brasileira, um ato de vulneração estatal à pessoa acusada na medida em que não for assistida devidamente por defesa técnica (que para cidadãos e cidadãs com renda inferior a 3 salários-mínimos é, por direito, a defensoria pública); e, por fim, representa uma excrecência inquisitorial em tempos que se tem tentado afirmar o sistema acusatório(MENDES, 2020, p. 68)

Nessa perspectiva, são os ensinamentos do nobre penalista Zaffaroni:

A bargaining ou negociação é pouco menos do que uma extorsão contra as minorias e todos os segmentos de parques recursos. Por essa via, o processo penal acusatório tornou-se, em grande medida, uma ficção, pois a decisão fica nas mãos do próprio acusador (O Ministério Público) (ZAFARRONI, 2008, p.62)

As passagens traduzem muito do perigo que o acordo de não persecução penal pode causar ao suposto “beneficiado” do acordo, pois a deficiência defesa técnica no Brasil é uma realidade, haja vista a ausência defensores públicos, os quais precisam ser substituídos por advogados dativos que, em muitas das vezes, não tem tempo suficiente para a análise do processo e com temor de causar um mal maior ao investigado acabam por aceitar o acordo, o qual, só pelo desrespeito aos princípios já citados, é uma grande violação.

Essa busca de uma justiça negociada põe de lado princípios basilares do processo penal. Essa celeridade punitivista, pode ser vista na teoria do direito penal do inimigo preconizada por Jakobs, tendo em vista que a população pressiona as forças políticas para uma punição mais célere dos inimigos sociais, como forma de remover a sensação e impunidade que permeia a sociedade atualmente.

Destarte, a Lei nº 13.964/19 trouxe diversos de dispositivos incongruentes, passíveis até de questionamento constitucional, haja vista a enorme pressão populista exercida sobre tal legislação, a qual almeja um combate a sensação de impunidade que impera na sociedade brasileira atual. Essa busca acabou por trazer fortes indícios de um direito penal do inimigo para a legislação penal brasileira.

3.2 Lei nº 8.072/90 ou “lei de crimes hediondos”

A lei nº 8.072/90, apesar de haver sido editada há muitos anos, ainda traz bastante polêmica em seus institutos. Desde a sua edição, até as mais recentes alterações, a lei de crimes hediondos é alvo de muitas críticas por parte da doutrina, muitas das quais acabam por chegar aos tribunais, onde a referida lei tem seus dispositivos confrontados perante a Carta Magna e acabam por serem declarados inconstitucionais.

A lei de crimes hediondos é possivelmente a legislação penal brasileira que mais sofreu com o populismo penal na busca pela punição do inimigo. Desde que foi editada, houve inúmeras modificações no intuito de agravar a punição dos crimes previstos em seus dispositivos. Entretanto, muitas modificações foram declaradas como inconstitucionais por ferirem princípios basilares da lei penal, os quais remetem ao direito penal do inimigo.

A lei nº 8072/90 foi promulgada em 25 de julho de 1990, sendo essa precedida de inúmeros caso de crimes de extorsões e sequestros que se encontravam em alta na década de noventa. Porém, os casos mais famosos foram os sequestros do empresário Abílio Diniz e do publicitário Roberto Medina, os quais devido a proporção midiática que tomaram, influenciaram na rápida edição da lei de crimes hediondos. (SENADO, 2010)

Inicialmente, a lei de crimes hediondos se restringiu a crimes de cunho patrimonial, a exemplo da extorsão mediante sequestro, porém, decorridos quatro anos, a legislação viria a ser alterada, em razão de mais uma pressão popular e de agentes específicos. O alvo da vez era o crime de homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio e suas modalidades qualificadas. (SENADO,2010).

A mudança proposta pela então lei 8930/94, foi uma forma de revidar às chacinas da candelária, em 23 de julho de 1993, e do Vigário Geral, em 19 de agosto de 1993. Entretanto, o fato mais notório que incentivou a mudança foi o homicídio da atriz Daniela Perez, vez que sua mãe Carla Perez iniciou uma verdadeira campanha para propor a mudança através de uma iniciativa popular, a qual à época contou com mais de um milhão de assinaturas. (PINTO, 2009)

Dessa forma, pode-se observar que a Lei nº 8072/90, é fruto de um processo populista midiático e de poucos. Isso fica claramente visível quando observamos que ao decorrer do tempo a lei foi sendo adaptada para atender os anseios de alguns, os quais buscavam na lei penal a melhor forma de combate ao crime, prestando um tratamento diferenciado a quem se opunha a essa. Ocorre que, posteriormente, muitos desses institutos foram sendo derrubados, pelos tribunais superiores.

Quando editada a lei de crimes hediondos previu em seu art. 2º §1º, que o regime para cumprimento de pena nesses crimes seria o fechado, não se admitindo a progressão de regime. Contudo, referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF no bojo do HC nº 82.959, em razão de tal instituto ferir o princípio da individualização da pena. (CAPEZ, 2020).

Cumpra ainda apontar que o art.2º §1º da lei nº 8072/90, foi novamente declarado inconstitucional, após a alteração que fez prever que o regime a ser cumprido nos crimes hediondos seria inicialmente fechado. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o HC nº 11.840, declarando a inconstitucionalidade do cumprimento inicial obrigatório em regime fechado. (CAPEZ, 2020)

A progressão de regime nos crimes hediondos ainda sofreu duas outras alterações, as quais buscaram enrijecer o cumprimento da pena. A mudança mais recente foi promovida pela lei nº13.964/19, a qual se encontra em vigor atualmente.

Outro tema controvertido da referida legislação, foi o inciso II do art.2º, o qual vedava a concessão de liberdade provisória para os crimes hediondos. Em virtude, dos vários questionamentos que chegaram as cortes superiores, o congresso nacional editou a lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, a qual aboliu a proibição de liberdade provisória nos crimes hediondos, subsistindo apenas a vedação ao pagamento de fiança. (CAPEZ, 2020).

Dessa forma, é possível observar que sempre tentam na lei penal punir severamente o inimigo social. Entretanto, os responsáveis por determina o inimigo, são sempre os que detêm o poder. Esses, por sua vez, exercem tal poder do modo que bem entendem, variando o seu exercício conforme circunstâncias políticas ou econômicas. Nesse sentido, impede mencionar os ensinamentos de Zaffaroni, no que diz respeito, ao poder punitivo estatal e suas influências (ZAFFARONI,2008).

A história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo , fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional -ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicavam essa etiqueta a quem os confrontavam ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente(ZAFFARONI, 2008, p. 82)

Nesse diapasão, é possível entender o porquê de as supramencionadas legislações mudarem tão rapidamente, quando o interesse de alguns são atingidos. Isso nada mais é do que a concepção romana de *hostis*, aplicada aos dias atuais. (ZAFFARONI,2008).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal do inimigo é um verdadeiro mal institucional, pois ele se esgueira através do sentimento odioso da sociedade, na busca incessante por um culpado pelo caos social. Principalmente, nos dias atuais, onde o mundo vive um movimento político de polarização, no qual as pessoas se veem obrigadas a tomar um partido ou outro partido, vez que a sociedade, por vezes, têm se dividido em dois blocos antagônicos.

Nesse conflito, faz surgir ideias que se opõem as garantias constitucionais que foram conquistadas ao longo do tempo. É nesse espaço que o direito penal do inimigo ganha força. A busca por um poder punitivo estatal, busca se legitimar em institutos como o desenvolvido Jakobs Günther.

No Brasil, a busca por um direito penal mais rígido, veem ganhando mais força nos últimos anos. O sentimento de impunidade na sociedade, faz com que a população pressione o poder legislativo pela edição de uma legislação penal mais gravosa. O que faz com que os políticos editem leis às pressas, sem qualquer comprovação científica de sua eficácia, para neutralizar o suposto inimigo social.

Dessa forma, o poder legislativo que deveria assegurar a criação de leis compatíveis com a Carta Magna, acaba por ele próprio violá-la. Dessa conduta, só se pode imaginar dois caminhos possíveis, o completo implemento do direito penal do inimigo na legislação penal brasileira, fazendo surgir um verdadeiro direito penal subterrâneo ou simplesmente a ineficácia por completo da legislação penal.

REFERÊNCIAS

__. Pacote de Projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional. **JUSTIÇA.GOV**, 2019. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/247956/referencia-site-abnt-artigos/>>. Acesso em: 28 set. 2020.

ASUMPÇÃO, Vinicius. *Pacote Anticrime - comentários à Lei n. 13.964/2019*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591514/>. Acesso em: 30 Sep 2020

BRASIL, Agência Senado. Comoções sociais influenciaram punição de crimes hediondos. Brasília, DF, jul 2010. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/16/comocoes-sociais-influenciaram-punicao-de-crimes-hediondos>>. Acesso em: 28 Oct 2020

BRASIL. Código de Processo Penal. Brasília, DF, Out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020

BRASIL. Código Penal. Brasília, DF, Dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020

BRASIL. Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF, dez 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso em: 02 out. 2020

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal v 4 - legislação penal especial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 9788553619245. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619245/>. Acesso em: 28 Oct 2020

de, B.A. C. *Direito penal brasileiro, 2ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 9788547215231. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215231/>. Acesso em: 01 Set 2020

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo. São Paulo: Notícias Forenses, out. de 2004. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj029698.pdf/consult/cj029698.pdf>>. Acessado em 18 de set. de 2020

GOMES, Luiz Flávio. *Populismo Penal* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 set 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34486/populismo-penal>>. Acesso em: 22 set. 2020.

MENDES, M.S.D. R. *Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788597025002. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025002/>. Acesso em: 30 Sep 2020

PINTO, Débora. O crime que fez mudar a Lei de Crimes Hediondos. Jul 2009. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/16/comocoes-sociais-influenciaram-punicao-de-crimes-hediondos>> . Acesso em: 28 Oct 2020

Souza, N.G. D. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788530988333. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988333/>. Acesso em: 01 Set. 2020

SUPREMO CAST: Lei anticrime: inconstitucionalidade e incongruências. Apresentadores: Bruno Zampier, Francisco Menezes e Carol Carlos. Convidado: Marcos Paulo. Spotify, 09

mar.2020. Disponível em:
<https://open.spotify.com/episode/5wTA6nJzwv6ADYmqAmq3xd?si=vUgUfVKoSByG2o1SckrjkQ> . Acesso em: 28 set. 2020.

VON SOHSTEN, Natália França. Populismo penal no Brasil: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre o direito penal. *Âmbito Jurídico*, Porto Alegre, v. XVI, n. 112, mai. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/populismo-penal-no-brasil-o-verdadeiro-inimigo-social-que-atua-diretamente-sobre-o-direito-penal/>>. Acesso em: 22 de set. de 2020

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.