

GOVERNANDO ATRAVÉS DO CRIME: ANOTAÇÕES SOBRE O TRAGICÔMICO FENÔMENO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS*

Leandro Ayres França**

RESUMO

Ao apontar as insuficiências teóricas do novo modelo de contratualismo social (fidelidade às expectativas do ordenamento jurídico) trazido à tona pelo direito penal do inimigo de Günther Jakobs, o presente estudo propõe uma nova leitura da atual forma de se governar: o governo através do crime (Jonathan Simon). Neste novíssimo exercício de poder, o modelo político assume o fenômeno da criminalidade como questão estratégica significativa para uma agenda político-punitiva, como argumento para se alcançar objetivos e como paradigma discursivo, tecnológico e metafórico a ser disseminado para instituições de natureza diversa. No contexto da democracia brasileira, ainda muito imatura, o tragicômico fenômeno da Lei dos Crimes Hediondos é elucidativo, o que justifica a sua abordagem específica.

Palavras-chave: governo através do crime, inimigo, direito penal do inimigo, condição de inimizade, Lei dos Crimes Hediondos

ABSTRACT

By pointing out the insufficiency of the new theoretical model of social contractualism brought out by Günther Jakobs' criminal law of the enemy theory (fidelity to the expectations of the legal system), this study proposes a new approach of the current way of governing: governing through crime. In this brand new exercise of power, identified by professor Jonathan Simon, the political model takes the phenomenon of crime as a significant strategic issue for a punitive political agenda, as an argument to achieve goals and as a discursive, technological and metaphorical paradigm to be disseminated to institutions of various kinds. In the context of Brazilian democracy, still very immature, the tragicomic phenomenon of the Lei dos Crimes Hediondos [Heinous Crimes Act] is an elucidative case of governing through crime policy, which justifies its specific approach.

Keywords: governing through crime, enemy, criminal law of the enemy, condition of enmity, Heinous Crimes Act.

* O presente artigo reúne algumas reflexões trazidas no ensaio **Inimigo ou a inconveniência de existir**, cuja redação recentemente encerrei, devidamente adaptadas para esta edição especial da Revista Justiça e Sistema Criminal, produzida pelo Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal.

** Leandro Ayres França é Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado e escritor.

§ 1º. Bem me recordo de certa noite, no derradeiro período de minha graduação em Direito, quando uma colega de turma, no decorrer de uma aula, torceu o corpo em sua carteira, voltou-se a mim e lançou a indagação sobre qual era o meu tema de monografia para a conclusão do curso. E, se lhe demorei a responder, não foi por não ter feito a escolha de um problema ou por conhecer a cautela no tratamento da questão selecionada; demorei-me porque parecia vivenciar a experiência de Bentinho diante de Capitu: a morena se torcia em minha direção, num estranho malabarismo sensual, e me questionava, numa rouquidão que lhe era própria, algo que pouco lhe interessava senão para início de uma conversa. Quando caí por mim daquele canto, ao perceber que ela não portava os olhos oblíquos e dissimulados de Capitolina, respondi-lhe que tratava da teoria do direito penal do inimigo, de Günther Jakobs. De um salto, ela se ergueu sobre o assento: “Você vai combatê-lo, não vai?”

A cada nova crítica feita às ideias jakobsianas, rememoro esse episódio. Salvo raras exceções, as críticas produzidas à sua teoria partem da premissa de que o direito penal do inimigo *não deve existir*. E ponto. Com delineamentos emocionais, a retórica se limita a desqualificar toda a empresa de Jakobs como algo totalitário e contrário ao Estado de Direito. Como bem ressalta Gracia Martin, contudo, o discurso de Günther Jakobs deve ser reconhecido, não só como meticulosamente coerente, mas como uma grande potência teórica e política.¹ A realidade latino-americana nos ensina que é um equívoco satanizar o teórico, porém necessário conhecer seus argumentos e lhes oferecer críticas: o professor alemão pode ser criticado por legitimar, cada vez mais, o direito penal de combate a inimigos; mas, ao mesmo tempo, quando nos deparamos com as políticas penais desenvolvidas em países que não integraram suas observações científicas, Jakobs comprova assumir tão somente o papel de mensageiro da má-nova.

Ao justificar sua proposição, Jakobs fundamentou-se no resgate de teorias contratualistas, para as quais, genericamente, o inimigo era aquele que, ao violar normas do contrato social, por princípio e de forma iterada, abdicava de seu *status* de cidadão. O autor citou Jean-Jacques Rousseau, para quem qualquer malfeitor que atacasse o direito social perdia a sua característica de *membro* da sociedade, uma vez que se encontrava

¹ “Recentemente, quase trinta anos depois de seu diagnóstico do Direito Penal do inimigo, *Jakobs* percebeu que ‘o que existe na discussão científica da atualidade a respeito desse problema é pouco, [e ademais] com vistas a nada’. Em minha opinião, *Jakobs* tem nesse ponto toda a razão. Uma leitura da literatura produzida até agora contra o Direito Penal do inimigo confirma a advertência que fiz no princípio dessa investigação, isto é, revela que a maior parte – se não a totalidade – das objeções formuladas contra ele não conseguem ultrapassar o umbral do emocional e do retórico.” (GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p. 140-142.

em guerra com o Estado; transcreveu Johann G. Fichte: “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com a 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”; fez referência a Immanuel Kant, segundo o qual o indivíduo tratado como inimigo é aquele que não participa do estado comunitário-legal, podendo ele ser expulso – ou impelido à custódia de segurança.² Porém, foi em Thomas Hobbes que Jakobs encontrou a melhor concepção para o seu direito penal do inimigo.

O breve perpassar que realizou pelo histórico de idéias políticas e jurídicas tenciona conceder à sua teoria um importante aval histórico, jusfilosófico e teórico-político.³ Percebemos, de pronto, que o professor tedesco foi hábil na seleção de sua fundamentação teórica: na escrita das referidas doutrinas contratualistas, principiava um período de maiores exigências científicas, o que, por certo, conferiu melhor legitimação a quem delas fez empréstimo. Escrevo isso porque, tal como nos recorda Gracia Martín, construções narrativas muito mais antigas poderiam ter sido utilizadas para fundamentar a teoria do direito penal do inimigo.⁴ No mito de Prometeu, de Protágoras (480-410 a.c.), Zeus enviou aos homens, através de Hermes, o sentido da moral e da justiça, os quais foram repartidos por igual entre todos, para os salvar da destruição total; assim feito, reconhecido que não poderia haver comunidades humanas se todos não comungassem em igual medida do sentido moral e da justiça, Zeus ordenou que “o incapaz de participar da honra e da justiça deve ser eliminado como uma doença da cidade”.⁵ Em um texto não menos agressivo, o sofista Anônimo de Jâmblico defendia que “quem não se submete à lei é alvo da guerra, que conduz à submissão e à escravidão, com mais freqüência que aquele que pauta sua conduta pela reta legalidade.” Até mesmo o doutor Thomas Aquinas, em sua *Summa Theologiæ*, já justificara que o *pecador*, homem não virtuoso, carente de dignidade humana, poderia ser morto pelo Estado como um animal (*velut bestia*). Todavia, sofistas não bastavam e religiosos sempre foram referências perigosas.

² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. p. 25-29.

³ GRACIA MARTÍN, Luis. *op. cit.* p. 119.

⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. *op. cit.* p. 95-97.

⁵ Welzel traduz como “deve ser estirpado como um tumor do corpo social” (WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**. p. 8.) e Guthrie o escreve como “deve ser eliminado como se fosse um tumor canceroso no corpo político” (GUTHRIE. **Historia de la filosofía griega III**. p. 75.)

Ao se fundamentar no trabalho de pensadores de respeitáveis estaturas filosóficas e políticas, Günther Jakobs robusteceu sua concepção com tamanha lógica e coerência que qualquer raso ataque a ela é percebido como inadequado ou carente de sentido. Do mesmo modo, negar uma teoria não impede o planeta de dar voltas em seu eixo e tampouco antepara idéias de se disseminarem. A postura da crítica majoritária e a reação daquela colega precisam ser superadas por uma aproximação analítica e filosófica, contundente com o modo cientificamente rigoroso e impecável do qual procede Günther Jakobs.

§ 2º. Em artigo lançado no ano de 1985, no *Seminário sobre Direito Penal*, em Frankfurt, Jakobs identificou uma extensa área no direito penal alemão na qual se vislumbravam caracteres de um modelo de direito penal muito distinto dos paradigmas do modelo ilustrado, a que chamou de *direito penal do inimigo (Feindstrafrecht)*, e traçou a distinção entre essa e a área restante do sistema, o *direito penal do cidadão (Bürgerstrafrecht)*. Com certo sarcasmo, Jakobs adotou terminologia que sabia seria hostilizada; se houvesse se limitado a repetir o que Hans Welzel ou Franz von Liszt haviam escrito, sem referência a inimigo, sua defesa não teria despertado tamanha polêmica. Porém, o vocabulário escolhido foi seu melhor acerto, uma vez que pôs em apuros todo o penalismo: ao resgatar e tornar explícito o conceito de *inimigo* ou de *estranho*, Jakobs desnudou o fenômeno e a má consciência histórica do discurso penal frente à teoria política. Eugenio Raúl Zaffaroni o reconheceu: “o maior mérito desta proposta é a clareza e a frontal sinceridade com que o problema é definido.”⁶ Até então, porém, sua proposta teórica era uma declaração de guerra, relativamente ampla, ao ilegítimo direito penal do inimigo, tendo como concentração os delitos objetos do direito penal da colocação em risco.

A partir de sua exposição sobre os desafios da ciência do direito penal na *Conferência do Milênio*, na cidade de Berlim, em 1999, Jakobs pareceu reconhecer a impossibilidade de o direito penal se valer de conceitos seculares e se percebeu a sua busca pela legitimação do direito penal do inimigo como parte integrante do direito penal, um direito penal de emergência, com vigência em caráter excepcional e direcionado ao *não-cidadão*.⁷ Diante do ameaçador avanço dessa tendência, o professor de Bonn manteve a separação entre os dois pólos do direito penal e se esforçou a defender a necessidade de sua legitimação parcial como modo de deter a extrapolação de limites.⁸ Sua resignada aceitação e sua infundada pretensão de aspirar contê-la, somadas ao seu entusiasmo com a legislação repressiva, contudo, contribuíram para a legitimação do *direito penal do inimigo*. Diferente de sua exposição anterior, sua declaração de guerra se voltou, então, aos inimigos da sociedade, com preocupação orientada a delitos graves, com destaque ao terrorismo.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 158.

⁷ APONTE, Alejandro. **Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano**. p. 11-12.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit.* p. 157.

Desde as considerações de outubro de 1999, tem sido lugar-comum entre os críticos de Jakobs situá-lo como um defensor de um modelo autoritário de direito penal. E o temor dos doutrinadores fez acontecer exatamente o que mais se temia: no ano de 2002, Günther Jakobs esclareceu a sua concepção de *pessoa* como o cidadão que pode ser arrolado do mesmo modo que uma *pessoa fiel ao direito*, argumento que aqueceu um pouco mais o debate sobre o tema, ao criar e identificar a categoria de *não-pessoas*.⁹ O arremate de seu incêndio ocorreu com a publicação de *Direito Penal do Inimigo*, em 2003, quando Jakobs abandonou sua contenção descritiva e crítica e passou a empunhar a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.¹⁰

Invocando a si a histórica imunidade dos mensageiros¹¹, Jakobs biparte, pois, a sociedade. E direciona esse novo direito a indivíduos que perderam o *status* de cidadão e são considerados *inimigos sociais*. Por *inimigo* se compreende aquele que, em decorrência de seu comportamento, de seu trabalho ou de sua ligação com determinada organização, assumiu postura de abandono do direito. Os argumentos utilizados por Jakobs estão enraizados no funcionalismo penal de Niklas Luhmann, para quem o direito era a generalização congruente de expectativas de conduta.¹² Assim, como o inimigo se recusa a ingressar no estado de cidadania, não pode usufruir os benefícios do conceito de pessoa – ou, cidadão – daí derivando a negação em aceitá-lo como sujeito processual. O inimigo torna-se uma *não-pessoa*.¹³

Desse modo, enquanto o direito penal do cidadão é o direito de todos, como manutenção da vigência da norma, o direito penal do inimigo é o combate a perigos, da coação física até a guerra.¹⁴ No tratamento com o cidadão, espera-se até que se exteriorize a conduta ilícita para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade. Esta pena, como contradição, é portadora de um sentido: “significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto,

⁹ APONTE, Alejandro. *op. cit.* p. 27.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo** (ou inimigos do direito penal).

¹¹ Jakobs escreve, ao princípio de sua obra: “de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa. Nenhuma palavra a mais sobre isso.” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.* p. 10.) Sua evocação é secularmente legítima; tenha-se, por exemplo, as palavras do dramaturgo grego Sófocles: “Bem sei que ninguém estima um mensageiro de más notícias.” (SÓFOCLES. **Antígona**. p. 24); na literatura: “(...) e lamentou que se houvesse banido o costume medieval de enforcar o mensageiro de más notícias”. (MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. p. 285.); ou, o alerta de Tobias Barreto: “Para que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou...” (BARRETO, Tobias. **Crítica política e social**. p. 78.)

¹² AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. p. 143.

¹³ AMARAL, Cláudio do Prado. *op. cit.* p. 126.

¹⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.* p. 30.

a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; (...). Entretanto, a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo. Assim, por exemplo, o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade.”¹⁵ A partir desse raciocínio, Jakobs contempla que seria improvável que a pena privativa de liberdade se convertesse na reação habitual frente a fatos de maior gravidade se ela não contivesse esse efeito de segurança. Sob o encanto da prevenção especial negativa, o professor revela que, materialmente, “é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina ‘pena’.”¹⁶ No tratamento com o inimigo, pois, este é interceptado já no estado prévio, uma vez que se combate a sua periculosidade (eliminação de um perigo).

§ 3º. A concepção de Günther Jakobs sobre a sociedade pode ser descrita, então, como um novo modelo de contratualismo social, no qual, ao invés de fidelidade ao pacto com o poder soberano – e conseqüentemente com a coletividade de súditos – o cidadão apresenta garantias de fidelidade às expectativas do ordenamento jurídico. No entanto, na edificação de seu pensamento, há três pontos fundamentais da teoria do *direito penal do inimigo* que merecem censura doutrinária: a ignorância da constância de um paradigma de inimigo no decorrer da história da civilização ocidental; a dissemelhança dos contextos históricos, a qual não permite a transposição das necessidades políticas de um Estado de outro tempo para a realidade hodierna; e a falta de esclarecimento de como se alcança a condição de inimigo.

Quanto ao primeiro tópico, a antiguidade dos textos sobre inimigos comprova que o *inimigo* é uma construção tendencialmente estrutural do discurso do poder punitivo.¹⁷ Ou seja, a distinção teórica promovida por Jakobs pouco traz de novo. No tocante ao segundo argumento, vale ressaltar que a transposição das necessidades políticas de um Estado de outro tempo para a realidade hodierna constitui impropriedade técnica.¹⁸ Se se deve interpretar os conceitos e os princípios jurídico-penais no contexto do materialismo da realidade histórica, deve, pois, prevalecer o ensinamento de Gracia Martín de que “a totalidade dos princípios, critérios político-criminais e dos instrumentos dogmáticos da modernização estão ajustados às exigências do Estado de Direito”, de modo que “essa conformidade realiza-se em um grau tão absoluto que não admite nem exceções nem uma

¹⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.* p. 22.

¹⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.* p. 37-38.

¹⁷ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir.**

¹⁸ FRANÇA, Leandro Ayres. **A fragmentação do discurso de Rousseau por seus contemporâneos.**

mínima relativização”¹⁹. O que se verifica na teoria jakobsiana é a introdução de elementos próprios do Estado total no interior do Estado de direito, o que resulta na implosão deste por aquele e na ruína da responsabilidade científica.²⁰ O saber penal nacional-socialista comprovou ter sido o coroamento da individualização ôntica do inimigo; compará-lo com a teoria de Jakobs, imputando a este o resgate de doutrinas ultrapassadas e totalitárias, mais do que uma crítica, serve como alerta para o comprovado fato de que o desenvolvimento coerente da periculosidade, até suas últimas conseqüências, mais cedo ou mais tarde, acaba nos campos de concentração – ou, na *normalização* do estado de exceção.²¹

Por fim, merece censura a insuficiência teórica de Jakobs por não ter esclarecido como se alcança a condição de inimigo: se é uma condição da qual é portador o indivíduo no momento da realização de algum fato típico do direito penal do inimigo (nesse caso: é inimigo aquele que colabora com um bando terrorista, vez que este é um fato próprio do inimigo), a sentença penal teria valor meramente *declaratório* de uma situação anterior²²; se é uma condição atribuída ao sujeito *a posteriori* (nesse caso: a pessoa que colabora com um bando terrorista despersonaliza-se com a sentença condenatória após um processo contra ela ditado), a sentença penal teria, assim, um caráter *constitutivo*. Todavia, em ambas as possibilidades, se o discurso do direito penal do inimigo diz encontrar esse conceito de *não-pessoa* no abandono duradouro do direito por parte do indivíduo – abandono inferido a partir de sua dedicação habitual, reincidente e profissional à prática de infrações ao direito²³ –, e, considerando que para se comprovar que o indivíduo em questão infringiu real e reiteradamente o direito penal do cidadão ele deverá ser submetido necessariamente a processos penais ordenados pelo direito processual do cidadão, conclui-se que, quando o sujeito entra no processo, o faz na condição de cidadão e dessa forma deve ser tratado no decorrer de todos os procedimentos, não lhe restando outra conseqüência senão o reconhecimento, caso condenado, de que ele infringiu regramento tutelado pelo direito penal do cidadão e por essas mesmas regras foi julgado.²⁴ A declaração/constituição jurisdicional torna-se, pois, contraditória à sua própria prestação.

Por isso, pode-se afirmar que a condição de inimigo não se declara, tampouco se constitui, a partir do ordenamento jurídico ou de uma decisão judicial; a condição de inimigo é fruto da conveniência política. Nesse sentido, Carl Schmitt foi o único que

¹⁹ CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”. p. 31.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit.* p. 160; CONDE, Francisco Munóz. **De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”**. p. 28.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit.* p. 104.

²² GRACIA MARTÍN, Luis. *op. cit.* p. 124.

²³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.* p. 149-150

²⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. *op. cit.* p. 157.

desenvolveu coerentemente a teoria política até suas últimas consequências: ao buscar a essência do político – na polaridade equivalente a *bom* e *mau* do campo próprio da moral, a *belo* e *feio* da estética, a *rentável* e *prejuízo* da economia –, Schmitt encontrou na diferenciação *amigo* e *inimigo* o critério para se definir o *político* autônoma e explicitamente.²⁵ A conveniência política em retirar o *status* de pessoa e, por consequência, em constituir o inimigo é anterior ao julgamento do magistrado, ocorrendo na seleção de bens jurídicos relevantes a serem protegidos, na (mal disfarçada) eleição dos autores em potencial do desrespeito à norma e na previsão do próprio procedimento processual a ele imposto. Decisões estruturais dessa natureza revelam-se como o exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total.²⁶ E, mais importante, tais decisões revelam uma nova forma de se governar: o governo através do crime.

§ 4º. Foi Jonathan Simon, professor da University of California, Berkeley, quem propôs uma nova leitura da relação histórica entre a administração pública estadunidense e o fenômeno da criminalidade. A partir de meados do século XX, instituiu-se uma nova ordem político-social, estruturada entorno à problemática do crime violento, na qual Simon reconheceu a passagem de um *governo do crime* (*governing crime*), no qual as políticas públicas se voltam à prevenção, persecução e minoração do fenômeno da criminalidade, para um *governo através do crime* (*governing through crime*), em que o crime e as formas de conhecimento historicamente associadas a ele – direito penal, criminologia, políticas criminais, narrativas populares do crime – tornaram-se disponíveis para além de seus domínios originais e se transmutaram em poderosas ferramentas com as quais se pôde interpretar e moldar todas as ações sociais como um problema de governo.²⁷

Nesse novo modelo político, o crime tornou-se questão estratégica significativa para uma agenda político-punitiva, passou a ser utilizado para se alcançar objetivos que fossem mais penosos de se conquistar de outro modo – ou, até mesmo, proibido –, e proporcionou a difusão de seu discurso, sua tecnologia e suas metáforas para instituições de natureza diversa. A arte de governar através do crime é bastante evidente no exemplo que Simon oferece quanto às políticas de financiamento federal às universidades e escolas americanas: promulgado em 1994, o *Safe School Act* exige que a escola que pretende se qualificar para receber fundos federais adote políticas nas quais estejam claramente estabelecidas as condições em que pode ocorrer a expulsão de um aluno, haja a previsão de íntima cooperação com a polícia e com agências responsáveis pela tutela de jovens

²⁵ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. p. 27.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit.* p. 17.

²⁷ SIMON, Jonathan. **Governing through crime**. p. 17.

infratores, e se promova a coleta e a elaboração de estatísticas de incidentes criminais; o investimento governamental corresponde diretamente à produção estatística da escola, o que força o mapeamento dos eventos desviantes a alcançar níveis capilares de intervenção e gera o curioso fenômeno em que administradores, professores, pais e alunos lancem-se numa cruzada contra seus próprios correligionários.²⁸

A arte de *governo através do crime* funciona como uma espiral de saber e poder que permite, fortalece e produz tanto quanto reprime, encarcera e estigmatiza.²⁹ Trata-se, sem floreios eufemísticos, da administração dos riscos sociais, tendo como seu melhor instrumento o controle repressivo institucionalizado. E, por mais que estados fascistas de todos os tipos tenham estruturado seus governos através do crime – utilizando táticas criminais, utilizando-se de redes criminosas existentes para exercitar poder político, declarando inimigos do povo os seus oponentes políticos –, a relação entre crime e governo que surgiu nos países ocidentais, nas recentes décadas, decorre mais da história da ordem política liberal, do que de conscientes exceções associadas a regimes autoritários.³⁰

Quando o professor Miguel Reale Jr. apontou as citações de um candidato à Presidência da República e de um candidato a governo estadual – “a favor dos direitos humanos, mas dos humanos direitos” e “a polícia é eficiente, mas os direitos humanos a impedem de trabalhar”, respectivamente –, foi evidenciado que o novo discurso político se dava em pleno exercício da democracia brasileira.³¹ Não foi diferente quando, na inauguração dos Centros Integrados de Operações Policiais (Ciops) em Goiás, o então presidente Fernando Henrique Cardoso acusou advogados e juizes de usarem a lei para libertar bandidos e pediu que o Congresso Nacional promovesse alterações que permitissem que as normas processuais penais fossem *agilizadas*:

Reiteramos um pedido ao Congresso Nacional, para a aprovação de leis que agilizem o Código de Processo Penal. Não adianta a polícia pegar o bandido e o juiz, por articulação de um advogado – que usa as leis e deixa a Justiça sem alternativa – liberar o bandido para assaltar de novo. Isso é inaceitável no Brasil. Se não mudarmos a legislação penal, isso vai continuar assim. (...)

Não podemos mais aceitar que nenhum bandido, no Brasil, seja protegido pelas chicanas que, muitas vezes, alguns maus advogados, sem sentido público, utilizam para fazer com que a Justiça dê liminares e solte esses criminosos.

²⁸ SIMON, Jonathan. *op. cit.* p. 218-220.

²⁹ SIMON, Jonathan. *op. cit.* p. 191.

³⁰ SIMON, Jonathan. *op. cit.* p. 15.

³¹ REALE JR., Miguel. **Insegurança e tolerância zero**. p. 67-68.

René Dotti considerou a declaração como derivada de um “momento de *baixo-astral* e incontinência verbal”³², em especial porque proferida por um homem de admirável dotação intelectual e com a experiência de ter sido exilado por se opor ao regime militar. Sem a intenção de discordar de uma justificativa bastante válida, não é possível deixar de identificar nessas proposições uma dupla dimensão: os discursos políticos correspondem às expectativas partilhadas por significativa parcela do eleitorado; porém, eles também evidenciam que o crime é estrategicamente inserido na pauta político-punitiva. Como destaca Paulo César Busato, as proposições são reveladoras “do modelo político-criminal que está inserido no contexto da política em geral no Brasil atual”.³³

A partir dessa concepção, é preciso ir além da velha constatação de que o direito penal é o instrumento político para o internamento compulsório dos *indesejáveis*, que a prisão é a fábrica de corpos dóceis, que o sistema penal, enfim, simplifica a governança com a bipolarização da sociedade em homens bons e homens maus, que a inimizade deriva de uma decisão judicial. No cenário nacional, não há sequer de se insinuar que o *governo através do crime* é realizado por determinados grupos partidários: análise descritiva das propostas de leis revela que as proposições são oriundas tanto de partidos de direita, como de esquerda e de centro. Mais instigante é perceber que a maior parte (42,9%) das normas promulgadas nas duas recentes décadas tem iniciativa no Poder Executivo, contra 54,8% do Congresso Nacional (39,3% provenientes da Câmara dos Deputados e 15,5%, do Senado Federal).³⁴ A considerável participação do Executivo na agenda da produção legal em segurança pública e justiça criminal e a rapidez da tramitação de suas propostas – geralmente mais punitivistas e neocriminalizantes –, se comparadas com projetos de outras Casas, leva-nos a identificar que o *governo através do crime* no Brasil em muito se assemelha àquele instituído nos Estados Unidos: fortes evidências de uma atividade legislativa de emergência, ampla flexibilização de valores políticos fundamentais, reorientação de orçamentos públicos e de políticas fiscais para a segurança pública em detrimento de outros setores, aumento da população submetida ao controle penal repressivo, alteração de comportamentos pessoais através do gerenciamento da microfísica dos riscos³⁵, e, mais relevante, no que preocupa a este estudo, contribuição para a construção e legitimação da inimizade. Quanto a este último argumento, tem-se o caso paradigmático da Lei dos Crimes Hediondos.

³² DOTTI, René Ariel. As dez pragas do sistema criminal brasileiro.

³³ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? p. 351.

³⁴ CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional**. p. 142, 148, 150-154.

³⁵ FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou uma história ocidental...**

§ 5º. A Constituição da República promulgada no ano de 1988 já contemplava, na redação do art. 5º, XLIII, que os crimes considerados hediondos seriam insuscetíveis de determinados benefícios processuais. Tal previsão, *per se*, revelou duas incongruências: primeiramente, evidenciou-se uma técnica legislativa *menor* ao se incluir no rol de direitos e garantias fundamentais um critério de cerceamento dos próprios direitos e garantias individuais; segundo, ficou manifesta uma lesão legislativa, divorciada de toda a evolução histórica e filosófica do direito penal, o qual, nas palavras do professor João Mestieri, tornava-se “órfão da história, ignorante dos princípios e conquistas já apropriadas pela humanidade, em homenagem a um tratamento sintomático do crime.”³⁶

Desde já, percebe-se que apontar críticas tão somente à lei ordinária não é a conduta mais adequada, vez que, dois anos antes da publicação normativa, o próprio texto constitucional trouxera o instrumento – juridicamente inconveniente – de severidade repressiva, ainda que não definisse quais condutas poderiam ser consideradas hediondas. Repetimos, pois, a indagação de Alberto Silva Franco, elaborada no ano seguinte à publicação da Lei dos Crimes Hediondos: o que teria conduzido o legislador constituinte a formular o inciso XLIII?³⁷

No tocante à restrição de direitos individuais – a graça, a anistia e a fiança –, paradoxal que seja, verifica-se que foram exatamente os parlamentares de formação política democrática aqueles que mais assiduamente defenderam essa proposta.³⁸ A experiência brasileira de *redemocratização dirigida*³⁹ escondera uma política de *autoperdão* e de *esquecimento* dos crimes cometidos pelos agentes do Estado, o que deveria ser evitado para as gerações futuras. Quanto à necessidade de uma distinção qualitativa dos crimes, tendo recém *despertado* numa democracia que desconhecia e lhe assustava, a sociedade brasileira encontrava-se submetida a uma *déception* circularmente viciosa: sofria com o medo de, na impossibilidade de dominar ou refrear a criminalidade, tornar-se vítima de suas ações e desconfiava que os órgãos de controle, mergulhados na sua própria sucata burocrática, seriam incapazes de reagir às ações delinquentes. O temor desprotegido criou a vitimização, a qual, por sua vez, propiciou a adoção de políticas criminais paliativas e passionais. Mas, a esta violência cíclica somou-se o trabalho dos meios de comunicação de massa, os quais, atuando de forma absolutamente irresponsável em um contexto democrático imaturo, dramatizaram aquela realidade e serviram de catalisador a uma cultura do medo que fermentava.

³⁶ MESTIERI, João. Leis hediondas & penas radicais. p. 194-195.

³⁷ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. p. 32.

³⁸ LEAL, João José. **Crimes hediondos**. p. 27-28.

³⁹ Roberta Cunha Oliveira, especialista no processo brasileiro de transição de governo, apontou-me que *redemocratização dirigida* expressa com maior fidelidade o contexto pelo qual o país tem passado, o que me fez substituir a expressão original *democratização gradativa*.

Assim, dois anos após a previsão constitucional, após a apresentação de vários projetos de leis⁴⁰ sobre o tema, após uma onda de extorsões mediante sequestros, com destaque para os casos dos empresários Abílio Diniz, em São Paulo, e Roberto Medina, no Rio de Janeiro, foi elaborada e publicada a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), a qual conceituava como hediondos os seguintes crimes, os quais já eram anteriormente tipificados⁴¹: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio. A lei também majorava as penas de cada um dos referidos crimes e dispunha que estes seriam insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança, liberdade provisória, progressão de regime, sequer de se recorrer de decisão condenatória em liberdade.

Cesare Beccaria já havia alertado, séculos antes, que “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por natureza”; e, por isso, aconselhava que “o legislador deve, conseqüentemente, estabelecer fronteiras ao rigor das penas, quando o suplício não se transforma senão em espetáculo e parece ordenado mais para ocupar a força do que para punir o crime.”⁴² Seu ensinamento perdeu-se nas estantes da história das civilizações ocidentais. E as penas foram majoradas, de modo cada vez mais desproporcional – agravamento alcunhado de *neocriminalização* pelo professor René Dotti.⁴³

⁴⁰ “A Mensagem Presidencial [546/89] e as diversas contribuições contidas nos Projetos de Lei [2.105/89, 2.154/89, 2.529/89, 3.754/89, 3.875/89, 5.270/90, 5.281/90], já especificados, deram origem ao Projeto Substitutivo 5.405/90, elaborado pelo Dep. Roberto Jefferson, Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Redação (DCN, 29.6.90, p. 8.230), e tal Projeto de Lei, em virtude de acordo entre todos os líderes de partidos políticos, e sem nenhuma discussão mais aprofundada, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, em seguida, pelo Senado Federal, transformando-se na Lei 8.072/90, promulgada, com dois vetos (arts. 4.º e 11), pelo Presidente da República, em 25.7.90.” (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. p. 43.)

⁴¹ “O texto legal pecou, desde logo, por sua indefinição a respeito da locução ‘crime hediondo’, contida na regra constitucional. Em vez de fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que entendia ser a hediondez do crime (o projeto de lei enviado ao Congresso Nacional sugeria uma definição a esse respeito), o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão ‘hediondo’ tipos já descritos no Código Penal ou em leis penais especiais. Desta forma, não é ‘hediondo’ o delito que se mostre ‘repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjecto, horroroso, horrível’ (Morais, *Dicionário de Moraes*, 5.º/657, 1953), por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador.” (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. p. 44-45.) A referida técnica utilizada pelo legislador brasileiro – uma antecipação histórica do método *ctrl c-ctrl v*, muito difundida atualmente – gerou distorções inconcebíveis: na redação *original*, não tendo sido selecionada qualquer figura criminosa que atentasse ao bem jurídico vida, foi este bem preterido diante da tutela patrimonial, da dignidade sexual e de algumas situações fáticas de perigo comum.

⁴² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 20, 54.

⁴³ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. p. 77-78.

Nélson Hungria, em seu tempo, já criticava o costume pátrio de se *legislar por legislar*, apelidando tal uso como “prurido legiferante” ou “coceira de urticária”.⁴⁴ De fato, há décadas, tem-se cometido impropriedades técnicas legislativas gritantes que conglobam tanto a má-redação (generalizações, ambiguidades, remissões dinâmicas confusas, esvaziamento do tipo) quanto o ridículo de propostas incabíveis. Aquela perspectiva utópica de um legislador consciente de sua “superior atividade sistematizadora do direito sem abstração da realidade palpitante da vida” quedou-se diante dos fatos.⁴⁵ O legislador brasileiro está mais para um experimentador apaixonado, um Victor Frankenstein. Sim, essa perspectiva do remendo orgânico bem lhe cabe e lhe pode ser lançada a crítica que Nicolau Copérnico erigiu contra seus oponentes: “porém o seu procedimento tem sido daquele que coleta mãos, pés, uma cabeça, e outros membros de vários lugares, todos muito bons em si, mas não proporcionais para um corpo, e nenhum correspondente, por sua vez, aos outros, de modo que o monstro, ao invés de um homem, seria formado a partir deles.”⁴⁶

A Lei dos Crimes Hediondos apresentou essas deficiências, mas suas inconveniências foram ainda mais graves: seu histórico revelou que a sua *razão-de-ser* foi essencialmente um instrumento de governabilidade (*governo através do crime*) que avigorou a política de inimizade através da *frontalidade* de sua redação e da *combatividade* das penas. Por *frontalidade*, expressão extraída das manifestações artísticas, entende-se o direcionamento da linguagem ou da intenção do artista ao espectador àquele que deve ser atingido/agradado por essa comunicação (conforme Julius Lange e Adolf Erman)⁴⁷, bastante evidente nas representações gráficas egípcias e na construção do teatro cortesão de onde o ator jamais voltava as costas ao público, reafirmando-lhe a quem se dirigia a ficção narrada. Zaffaroni bem lembra que a frontalidade sempre foi característica de regimes autocráticos, tal como o nazista: “Todas as leis de defesa e de proteção do Estado nazista eram dirigidas ao *Führer* para agradá-lo, mas também ao público, para propagar as qualidades de um regime interessado em mostrar que, através delas, defendia e protegia esse público. Basicamente, portanto, essas leis autoritárias tinham dois destinatários: os autocratas, a quem seus escribas deviam agradecer para não cair em desgraça, e o público, perante o qual deviam servir de propaganda. Só secundariamente tendiam a burocratizar a supressão de inimigos, que eram os estranhos ou *hostis*.”⁴⁸ A natureza *combativa*, por sua vez, refere-se à transformação da legislação penal em uma legislação de luta, o que se verifica tanto nas novas redações típicas, como nas políticas públicas de segurança (*war on drugs, war on crime, war on terrorism*) e nas ações das agências policiais.

⁴⁴ *apud* BONFIM, Edílson Mougnot. **Direito penal da sociedade**. p. 219.

⁴⁵ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. vol. I. tomo I. 5. ed. p. 106.

⁴⁶ COPÉRNICO, Nicolau. **Dedication of the revolutions of the heavenly bodies**.

⁴⁷ HAUSER, Arnold. **The social history of art**. p. 35.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit.* p. 55-57.

A vida nos ensina: o que está mal, pode muito piorar. Ao final do ano de 1992, a atriz Daniella Perez foi assassinada por seu colega de trabalho Guilherme de Pádua (que era seu par romântico na telenovela) e a esposa deste, Paula Thomaz. Daniella foi morta a golpes de tesoura e por razões ainda não bem esclarecidas (competição profissional entremeada a questões passionais mal resolvidas), o que, para qualquer operador do direito criminal, seja advogado, magistrado, promotor ou policial, foi um crime bárbaro, mas não incomum. Mas, se há quem acredite na falsa ideia de que a morte é o único elemento comum e democrático, este trágico episódio serve para demonstrar que há algumas mortes mais valiosas que outras. Daniella Perez era atriz de novela em ascensão da Rede Globo, era filha da diretora Glória Perez e era casada com o ator Raul Gazolla. De sorte, de sua morte para uma campanha nacional de caça e condenação dos culpados, bastaram poucas horas. A partir de então, Glória Perez iniciou uma cruzada moral para a inclusão do crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. Sua empresa foi pessoalmente frustrante e, parece-me, totalmente desaconselhada, pois seria juridicamente impossível que a reforma na lei atingisse Pádua e Thomaz, uma vez que o crime era anterior à *reformatio in pejus*. De qualquer forma, a novelista conseguiu reunir mais de um milhão de assinaturas e promoveu a tão desejada reforma com a promulgação da Lei nº 8.930/1994.

(Nota a ser lida, em silêncio: Compreenda, cara leitora, que os sofrimentos de uma mãe que tem a filha morta devem ser respeitados e os responsáveis pelo crime, por óbvio, devem ser apenados; mas, daí a provocar o clamor público através da mídia de massa, a gerar graves perturbações da ordem, a incitar reformas legais irracionais e a quebrar o ordenamento jurídico, vai ao largo de uma conduta normativamente aceita. Em fria análise, os atos de Glória Perez deixaram de ser derivados de um luto vindicativo para se constituírem em manifestações terroristas.)

O melhor retrato que um jovem acadêmico possa ter do que aqui se passou com relação à Lei dos Crimes Hediondos se assemelha ao registro feito por Jeff Widener, nos protestos na Praça Tiananmen (1989), daquele jovem desconhecido quem, portando somente uma bolsa e muita coragem, postou-se diante de tanques de guerra, impedindo-lhes passagem. Eivada de inconstitucionalidades, a Lei nº 8.072/1990 operava a pleno vapor, enquanto as críticas doutrinária e jurisprudencial se esforçavam em fazê-la interromper seu curso desastroso. Alberto Zacharias Toron denunciou o mito da prevenção geral que se veiculava em prol da lei: “no plano do agente criminoso e a despeito do Pacto de São José da Costa Rica, despreza-se por inteiro a prevenção positiva, pois, ao se expungir o sistema progressivo, prestigiou-se a custódia com efeito neutralizador. Vale dizer, descrendo-se da ressocialização, joga-se na única coisa aparentemente certa: enquanto preso, o delinquente não ameaça os bens juridicamente protegidos e, enfim, preserva-se a paz

social.”⁴⁹ Francisco Rezek, à época ministro do Supremo Tribunal Federal, votou que “a lei dos crimes hediondos – seguramente não lhe daríamos esse nome, e provavelmente, na esteira da melhor doutrina, não permitiríamos que ela se editasse com tantos defeitos.”⁵⁰

E foi exatamente sua patologia crônica o que lhe enfraqueceu as estruturas internas; além, é claro, de uma desatenção técnica do legislador – ou de uma sabotagem legislativa muito bem elaborada. Em 7 de abril de 1997, foi promulgada a lei que definiu e estabeleceu penas para os crimes de tortura (Lei nº 9.455). No § 7º do artigo 1º, previu-se que o condenado por crime de tortura, salvo os casos de omissão daqueles que tinham por dever evitar ou apurar o delito, *iniciaria* o cumprimento da pena em regime fechado. “O legislador, ao prever apenas o início, tão-somente o início, de cumprimento da pena no regime mais rigoroso, sinalizou no sentido da pertinência de fases outras, adentrando-se o regime semi-aberto e o aberto”, explicou o ministro Marco Aurélio. Logo, uma contradição normativa foi evidenciada: enquanto o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 excluía a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos (“A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”), o crime de tortura – equiparado, no *caput* do referido artigo e no texto constitucional, aos crimes hediondos – passava a contemplar a possibilidade do cumprimento de pena em regime de progressão.

Quadro 1: Normatização dos crimes hediondos e do crime de tortura, na Constituição da República, na Lei nº 8.072/1990 e na Lei nº 9.455/1997.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 (α)	LEI Nº 8.072/1990, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL (β)	LEI Nº 9.455/1997 (λ)
Art. 5º (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.	Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.	Art. 1º Constitui crime de tortura: (...) § 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

⁴⁹ TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**. p.133.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 69.657-1 SP**. Voto do Min. Francisco Rezek.

Em voto no qual restou vencido, no ano de 1998, o ministro Marco Aurélio anotou que, diante da exigência do texto constitucional (α) – o qual havia equalizado e equiparado hipóteses fáticas –, a redação do artigo 1º, § 7º, da Lei da Tortura (λ) revelava-se uma opção político-legislativa-criminal que derogava tacitamente o artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos (β).⁵¹ Bastante intrigante o fato de que, utilizando-se dos mesmos exatos argumentos, cinco anos mais tarde, o voto do ministro Marco Aurélio foi voto vencedor em decisão histórica do *Habeas Corpus* 82.959-7/SP, a qual determinou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990.

Semelhante feito já havia ocorrido anteriormente, quando no ano de 1992, o mesmo ministro havia argumentado que não era o aumento da pena ou o rigor do regime que afastariam o elevado índice de criminalidade: “A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?”⁵² Da mesma forma, as razões apresentadas então foram repetidas no seu voto no HC 82.959-7/SP e, nesta oportunidade, restaram vitoriosas. Os ministros do Supremo Tribunal Federal alegaram que a corte, em evolução jurisprudencial, assentava nova inteligência do princípio da individualização da pena. Para elucidar o fenômeno de *mudança constitucional*, o ministro Gilmar Mendes chegou a resgatar o caso *Plessy versus Ferguson* (1896), em que a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em vagões de trens distintos era legítima, decisão que foi superada pela orientação assumida em *Brown versus Board of Education* (1954), a partir da qual se assentou a incompatibilidade dessa separação

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 76.371-0 SP**. Voto vencido do Min. Marco Aurélio.

⁵² O enfoque dado pelo ministro Marco Aurélio da progressividade como prevenção do bem-estar social foi inédito ao romper com as espécies de prevenção das doutrinas utilitaristas, criando uma possível quinta categoria à qual se poderia referir como uma *prevenção especial positiva de interesse social*: “Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal (...) / A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, (...).” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 69.657-1 SP**. Voto vencido do Min. Marco Aurélio.)

com os princípios básicos da igualdade.⁵³ Na oportunidade da discussão, o ministro Cezar Peluso comentou: “Tão incongruente com o princípio da individualização da pena, da readaptação dos condenados, tão ilógica e irracional se desvela a disciplina instaurada pela chamada Lei dos Crimes Hediondos, que, hoje, temos situação insólita: o condenado por crimes hediondos não pode progredir no regime, mas pode obter livramento condicional, tanto que cumpridos três quartos da pena (art. 83, V, CP – inciso acrescentado pela própria Lei nº 8.072/90). Ou seja, sem que se possa avaliar o seu grau de ressocialização e/ou proporcionar ao condenado condições para sua harmônica integração social por meio da progressão para regimes menos severos (semiaberto e aberto), sai ele diretamente de estabelecimento prisional de segurança máxima (art. 3º da Lei nº 8.072/90) para as ruas!”⁵⁴ O ministro Carlos Ayres Britto foi enfático: “Afim, não é de se confundir jamais hediondez do crime com hediondez da pena”.⁵⁵

Assim, em 23 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da restrição de progressão de regime da Lei dos Crimes Hediondos. Pela constitucionalidade do dispositivo, foram os votos vencidos dos ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim. A partir de então, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade passou a ser regido pelo artigo 33, § 2º, do Código Penal⁵⁶, e a progressão de regime, pelo artigo 112, da Lei de Execução Penal⁵⁷.

⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.959-7 SP**. Voto do Min. Gilmar Mendes.

⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.959-7 SP**. Voto do Min. Cezar Peluso.

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.959-7 SP**. Voto do Min. Carlos Ayres Britto.

⁵⁶ “Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.”

⁵⁷ “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”

Eis que, no dia 28 de março de 2007, foi publicada a Lei nº 11.464, a qual excluiu a vedação à concessão da liberdade provisória e impôs o início do cumprimento da pena em regime fechado, permitindo a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 da condenação (se primário) ou 3/5 (se reincidente). Houve desavisados que acreditaram que a alteração legislativa poderia indicar uma negação ao conservadorismo histórico do legislador pátrio; houve especialista quem tenha subscrito que a nova lei atendia ao reclamo da doutrina processual penal após a decisão do Supremo Tribunal Federal⁵⁸; houve doutrinador quem identificou na iniciativa do legislador a intenção de colmatar uma lacuna advinda do tardio reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo revogado, fazendo o Parlamento se curvar ao Judiciário com a oferta de uma solução intermediária.⁵⁹ Tenho simpatia por esta sugestão, mas, no fundo, acredito que a Lei nº 11.464/2007 foi uma resposta afrontosa à decisão da suprema corte e confirmou a vitória do punitivismo. Vejamos o porquê:

Quadro 2: Evolução do instituto da progressão de regime no ordenamento brasileiro, contemplando as redações do Código Penal, da Lei de Execução Penal, da Lei nº 8.072/1990, do Habeas Corpus 82.959-7/SP (STF) e da Lei nº 11.464/2007.

CÓDIGO PENAL E LEI DE EXECUÇÃO PENAL	LEI Nº 8.072/1990	HC 82.959-7/SP	LEI Nº 11.464/2007
Regime de cumprimento dependente do <i>quantum</i> da condenação	<i>Integralmente</i> em regime fechado	Regime de cumprimento dependente do <i>quantum</i> da condenação	<i>Inicialmente</i> em regime fechado
A partir de 1/6 do regime anterior	Sem progressão de regime	A partir de 1/6 do regime anterior	A partir de 2/5 (primário) e 3/5 (reincidente) do regime anterior

reformatio in pejus

reformatio in mellius

reformatio in pejus

Ao estabelecer regras mais severas quanto ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, tanto quanto ao início quanto às porcentagens, a Lei nº 11.464/2007 vige somente sobre os crimes hediondos e equiparados cometidos após 28 de março de 2007; os fatos anteriores a essa data estão sujeitos ao Código Penal e à Lei de Execução Penal, por força da decisão do HC 82.959-7/SP.

⁵⁸ AMICO, Carla Campos. Inovações decorrentes da Lei 11.464/07. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.15, n.176, jul 2007.

⁵⁹ BALDAN, Édson Luís. **Etiologia e ontologia da normativa penal ocidental**. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 46.

Despreparo técnico do legislador, vitória do discurso punitivo, capricho desorientador do destino, seja o que for, a Lei dos Crimes Hediondos permanece vigente, atuante e ineficaz. Dados estatísticos recolhidos pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente evidenciaram, recentemente, que a legislação extravagante, em especial a Lei nº 8.072/1990, teve plena ineficácia no que tange a alguns crimes, tais como estupro, extorsão mediante sequestro, homicídio e tráfico de entorpecentes, os quais, ao contrário, tiveram suas incidências aumentadas em percentuais significativos: “Os percentuais estatísticos crescem, se estabilizam ou se reduzem com total indiferença em relação ao maior poder punitivo atribuído à legislação penal, que só serve, na realidade, para atender ao efeito puramente simbólico, com a montagem de uma pantomima pseudopenal sem nenhuma consequência eficaz.”⁶⁰

§ 6º. Um passo à frente da concepção *afirmativo-descritiva* de um direito penal do inimigo, deparamo-nos com a constância de um paradigma de inimizade ôntica (*hostis alienigena*)⁶¹ no decorrer da história da civilização ocidental e com sua condição sendo ditada pela conveniência política. É esta decisão que, dentro de seu contexto histórico e social, subtrai o *status* de pessoa daquele cuja existência não lhe é conveniente: a constituição do inimigo ocorre na seleção de bens jurídicos relevantes a serem protegidos, na eleição dos autores em potencial do desrespeito à norma, na previsão do próprio procedimento processual a ele imposto, ou seja, ela é muito anterior à prestação jurisdicional. Neste novíssimo exercício de poder, em que o modelo político assume o fenômeno da criminalidade como questão estratégica significativa para uma agenda político-punitiva, como argumento para se alcançar objetivos e como paradigma discursivo, tecnológico e metafórico a ser disseminado para instituições de natureza diversa, estabelece-se uma nova forma de se governar: governa-se através do crime.

⁶⁰ FRANCO, Alberto Silva. **A lei dos crimes hediondos deve ser abolida? sim.** p. 6.

⁶¹ Na concepção romana, existia distinção entre *inimicus* e *hostis*, pela qual o *inimicus* representava o inimigo pessoal, enquanto o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*. A distinção é expressamente verificável em duas passagens do Novo Testamento (Mateus 5,44; Lucas 6,27), nas quais os apóstolos remetem a mensagem “Amai a vossos inimigos”: na versão grega, o texto sagrado é expresso como αγαπατε τους εχθρους υμων, tendo εχθρός o sentido de inimigo em sentido amplo; na versão latina, lê-se diligite inimicos vestros. Enquanto as línguas modernas são incapazes de distinguir entre o *inimigo* privado e público, as duas variantes clássicas defendem o amor ao próximo, sem estender a possibilidade desse gesto ao inimigo político: os trechos originais não se referem a αγαπατε τους πολεμιος υμων ou a diligite hostes vestros. A partir da identificação do *hostis*, dois eixos troncais sustentariam as suas subclassificações, diversas na racionalidade e no exercício de seu poder punitivo: *hostis judicatus* e *hostis alienigena*. O inimigo declarado (*hostis judicatus*) comportava a figura dos dissidentes ou inimigos, assim declarados pelo poder de plantão, do qual participaram os inimigos políticos puros de todos os tempos. O estrangeiro (*hostis alienigena*), por sua vez, abarcava todos os indivíduos que incomodavam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou estranhos, como forma de proteger o *jus gentium*. Eram inimigos porque eram desconhecidos; por assim serem, inspiravam desconfiança e eram suspeitos por serem potencialmente perigosos. Sobre esse resgate promovido por Carl Schmitt (*Der begriff des politischen*, 1932), vide FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir.**

O tragicômico fenômeno da Lei dos Crimes Hediondos é o caso mais emblemático deste país de uma lei extremamente punitivista, derivada da opinião pública, estruturada em plena verborragia jurídica, criada única e exclusivamente como um (péssimo) instrumento de administração pública. Eis a referência ao passo inaugural de uma nova arte de se governar no Brasil, fundada no crime, na urgência e na exceção⁶².

Até o encerramento deste estudo, a Lei dos Crimes Hediondos permanece vigente, atuante e ineficaz. E tudo indica que assim jazerá.

⁶² Quanto à *urgência* de sua tramitação, ao contrário do ritmo ordinariamente prolongado da atividade legislativa – o que não é de todo um mal, quando se exige equilíbrio, sensatez e coerência sistêmicos –, de sua proposta, através do Projeto Substitutivo 5.405/1990 da Câmara dos Deputados passando pelo Projeto de Lei do Senado nº 50/1990, até sua sanção, transcorreram tão somente 68 dias. Como contraponto, a Lei nº 9.714/1998, que estabeleceu as penas alternativas no Brasil, tramitou, da apresentação de seu projeto (Projeto de Lei nº 2.684/1996) à sua sanção, por 695 dias. No tocante à sua excepcionalidade, nos moldes da leitura agambeniana, é possível identificar o uso do direito para a suspensão das regras do processo democrático com a finalidade de se definir o que poderia ser excluído do espaço da normalidade soberana. (TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção**. p. 101.)

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

AMICO, Carla Campos. **Inovações decorrentes da Lei 11.464/07**. **Boletim IBCCRIM**. ano 15. n. 176. São Paulo: jul 2007.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano: GÜTHER Jakobs y los avatares de um derecho penal de la enemidad. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n. 51, nov./dez. 2004.

BALDAN, Édson Luís. **Etiologia e ontologia da normativa penal ocidental**. in Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências e reforma: colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

BARRETO, Tobias. **Crítica política e social**. Obras Completas de Tobias Barreto. Edição comemorativa. Instituto Nacional do Livro. Ministério da Cultura. Rio de Janeiro: Record, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BONFIM, Edílson Mougnot. **Direito penal da sociedade**. São Paulo: Del Rey, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 05 de outubro de 1988. 41. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 jul. 1984.

Brasil. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 jul.1990.

BRASIL. Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 07 set. 1994.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 08 abr.1997.

BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 nov. 1998

BRASIL. Lei 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art.2º da Lei 8072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 mar. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário**

Oficial [da]República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 69.657-1 SP**. Data do acórdão 18 dezembro 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 76.371-0 SP**. Data do acórdão 25 março 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-7 SP**. Decisão em 02 dezembro 2004. Data do acórdão: 23 fevereiro 2006.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional**: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

COPÉRNICO, Nicolau. Dedication of the revolutions of the heavenly bodies. 1543. In

ELIOT, Charles W. **Prefaces and prologues to famous books with introductions, notes and illustrations**. Harvard Classics. vol. 39. New York: P.F. Collier & Son, 1910.

CRESCO, Eduardo Demetrio. Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”. Tradução: Érika Mendes de Carvalho. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. v. 1, n. 1. São Paulo: jul-dez 2004. p. 9-37.

DOTTI, René Ariel. As dez pragas do sistema criminal brasileiro. **Gazeta do Povo**. Publicado em 14 fev 2002.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRANÇA, Leandro Ayres. **A Fragmentação do discurso de Rousseau por seus contemporâneos**. No prelo.

_____. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.No prelo.

FRANCO, Alberto Silva. **A lei dos crimes hediondos deve ser abolida? sim**: um crime sem definição legal. Publicação Oficial do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. ano 2. n. 2. maio 2006. [Artigo extraído da versão on-line do Jornal Folha de São Paulo, de 04 de março de 2006.

_____. **Crimes hediondos**: notas sobre a Lei 8.072/90. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Cem anos de solidão**. Tradução: Eliane Zagury. 58. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

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

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mandes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.(Série Ciência do Direito Penal Contemporânea; v. 10)

GUTHRIE. **Historia de la filosofia griega III**. Madrid: Gredos, 1988.

HAUSER, Arnold. **The social history of art**, volume I: from prehistoric times to the middle ages. New York/London: Routledge, 2003.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, 1976. v.1, t. 3.

JAKOBS, Günther; CANZIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**: a Lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**: a Lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MESTIERI, João. Leis hediondas & penas radicais.: BARRA, Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Org.). **Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REALE JR., Miguel. Insegurança e tolerância zero. **Revista de Estudos Criminais**. n. 9. Porto Alegre: Notadez, 2003.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SIMON, Jonathan. **Governing through crime**: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. New York: Oxford University Press, 2007.

SÓFOCLES. **Antígona**. trad. Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2008.

TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção**: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. São Paulo: Dissertação de Mestrado (Universidade de São Paulo), 2007.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**. Derecho natural y justicia material. trad. Felipe González Vicén. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.