

DA ILEGITIMIDADE DA FIGURA DO "DELINQUENTE HABITUAL" COMO REQUISITO LEGAL NEGATIVO PARA O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

THE ILLEGITIMACY OF THE FIGURE "HABITUAL DELINQUENT" AS A NEGATIVE LEGAL REQUIREMENT FOR THE OFFERING OF THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT

JÉSSICA RAQUEL SPONCHIADO

Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Docente de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Anhembi-Morumbi/São Paulo, desde 2016, e Docente do Curso de Especialização em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal da PUC/Campinas.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5103956615910221>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3228-8390>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124>].

jessicasponchiado@gmail.com

DAIANE AYUMI KASSADA

Doutoranda e Mestra em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Ciências Penais e Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4709159510908237>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3569-6223>].

dai.kassada@hotmail.com

Recebido em: 27.01.2022

Aprovado em: 23.04.2022

Última versão das autoras: 28.04.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Por meio do método dialético, procurou-se investigar possíveis contradições no interior do objeto de estudo, qual seja, a delinquência habitual como requisito legal negativo ao oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal

ABSTRACT: Through the dialectical method, we sought to investigate possible contradictions within the object of study, namely: habitual delinquency as a negative legal requirement for offering the Criminal Non-Persecution Agreement

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124>].

(ANPP) nos termos do art. 28-A, § 2º, II, do CPP. Em termos de estrutura, este trabalho, em primeiro lugar, irá expor aspectos acerca da utilização das noções relativas à delinquência habitual como um regresso ao modelo de direito penal do autor, de modo a ilustrar a carga simbólica que estas noções representaram em passagens do pensamento jurídico-penal, notadamente, como mecanismo de seletividade social. Em um segundo momento, este estudo examinará a figura do delinquente habitual à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro, em especial, a inserção pela Lei 13.964/2019 do 28-A, § 2º, II, do CPP, o impacto teórico e prático quando da sua aplicação no caso concreto, os riscos às garantias penais e processuais penais do investigado que resultam com a sua incidência, comprometendo os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, bem como serão apresentados os impasses que podem ser identificados entre a redação legal conferida pelo legislador da Lei 13.964/2019 e a sua aplicação pela jurisprudência, revelando um evidente tratamento assistemático acerca deste tema.

PALAVRAS-CHAVE: Delinquência habitual – Acordo de não persecução penal – Direito penal do autor – Seletividade penal – Lei 13.964/2019.

(ANPP) under the terms of art. 28-A, § 2º, II, of the CPP. In terms of structure, this work, firstly, will expose aspects about the use of notions related to habitual delinquency as a return to the author's criminal law model, in order to illustrate the symbolic load that these notions represented in passages of thought, criminal law, notably, as a mechanism of social selectivity. In a second moment, this study will examine the figure of the habitual delinquent in the light of the Brazilian criminal legal system, in particular, the insertion by Law 13.964/2019 of 28-A, § 2º, II, of the CPP, the theoretical and practical impact when of its application in the specific case, the risks to the criminal and procedural guarantees of the investigated that result with its incidence, compromising the principles of culpability and the presumption of innocence, as well as the impasses that can be identified between the legal wording conferred by the legislator of Law 13.964/2019 and its application by jurisprudence, revealing an evident unsystematic treatment on this topic.

KEYWORDS: Habitual delinquency – Non-prosecution agreement – Author's criminal law – criminal selectivity – Law 13.964/2019.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Delinquência habitual e o modelo de direito penal do autor. 3. Tratamento diferenciado à delinquência habitual e o retorno à Antropologia Criminal. 4. O conceito de delinquência habitual vinculado à não aceitação dos valores ético-sociais. 5. Da análise das principais tentativas legislativas de inserção do *delinquente habitual* no ordenamento jurídico-penal brasileiro. 6. Das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 para inserção do *delinquente habitual* no ordenamento jurídico brasileiro. 7. Da inadmissibilidade da inserção da figura do *delinquente habitual* pela Lei 13.964/2019 como requisito para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal sob pena de indevida legitimação de um direito penal de autor. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A conferência de sentido e significado ao termo *delinquência habitual* carrega, em si mesmo, diversos momentos na história do Direito Penal moderno. Compreender o conceito relativo à delinquência habitual demanda o estudo histórico

de diversas Escolas Penais, assim como de emblemáticas Escolas Criminológicas. Ademais, a história deste conceito não pode ser dissociada da compreensão material relativa às condições políticas, sociais e econômicas de cada recorte de espaço e tempo a serem selecionados. Trata-se, portanto, de conceito complexo, notadamente, por ter relação com inspirações e modelos de ordem política totalitária ou autoritária.

Neste trabalho, não se pretende desenvolver esta dimensão de pesquisa histórica em torno do conceito relativo à delinquência habitual, o que demandaria um estudo próprio, mas, tão somente, demonstrar resquícios perigosos que este conceito carrega e os respectivos impactos de sua utilização como requisito negativo para propositura pelo Ministério Público do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instituto este previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, cuja inclusão ao ordenamento jurídico se deu por meio da Lei 13.964/2019.

O referido dispositivo legal, em seu § 2º, inciso II, prevê que o Acordo de Não Persecução Penal não se aplica 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. Observa-se que o legislador, apesar de utilizar termos que tangenciem a noção de delinquência habitual, não vincula conteúdo a tais termos na ordem legislativa, de modo a relegar a conferência de sentido e significado ao momento da aplicação e interpretação das normas penais e processuais penais.

A Lei 13.964/2019, responsável pela inserção do art. 28-A no Código de Processo Penal, apresenta, de maneira notável, uma inspiração expansiva do recrudescimento punitivo, principalmente, em torno das alterações realizadas em Leis Penais Especiais¹. Tantas foram as alterações distantes de um modelo clássico e liberal do Direito Penal, que se percebeu uma ideologia de conflito, de combate e de guerra a determinados segmentos de criminalidade.

Apesar desta inspiração, quase totalitária em torno da mencionada Lei, alguns poucos institutos novos (como o próprio Acordo de Não Persecução Penal, a reformulação das etapas relativas à Cadeia de Custódia, entre outros) apresentados poderiam, *a priori*, gerar a percepção de que, em determinados momentos, a Lei 13.964/2019 trouxe alterações restritivas à intervenção jurídico-penal e protetoras às liberdades pessoais. Todavia, ao se analisar a utilização de termos vinculados à noção de delinquência habitual como forma de impedimento à concessão do Acordo de Não Persecução Penal, evidencia-se que a inspiração comentada

1. Por exemplo: Leis 12.850/2013, 8.072/1990, 11.671/2008, entre outras.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

anteriormente também se encontra no próprio art. 28-A do CPP, ainda que de forma aparentemente velada.

A escolha legislativa em torno da utilização da percepção de delinquência habitual como forma de impedir o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não demonstra uma desatenção do legislador, mas, sim, a contaminação intensa de certas ideologias penais conservadoras ao direito penal pela *liberdade* e defensoras do direito penal pela *segurança*.

As expressões relacionadas ao termo delinquência habitual marcaram a história do direito penal inserido em contextos históricos modelados por políticas de Estado totalitário ou autoritário. O uso legislativo de tais expressões, pouco comentado no cenário jurídico atual, demonstra até mesmo o desconhecimento da periculosidade própria do conceito e da complexa história que este carrega, não somente perante o contexto europeu de referência à dogmática penal brasileira, mas ao próprio contexto nacional.

Neste sentido, o presente trabalho pretende demonstrar a problemática em torno da utilização destas expressões como forma de impedir a concessão do ANPP. A estrutura deste estudo será dividida em duas etapas de análise.

Em primeiro lugar, serão expostos aspectos acerca da utilização das noções relativas à delinquência habitual como um regresso ao modelo de direito penal do autor, de modo a ilustrar a carga simbólica que estas noções representaram em passagens do pensamento jurídico-penal, notadamente, na condição de ferreamentas de seletividade social.

Neste sentido, analisar-se-á o conceito relativo à delinquência habitual perante o pensamento jurídico-penal de Franz von Liszt e Hans Welzel. Trata-se apenas de uma ilustração a respeito da utilização deste conceito na condição de instrumento apto a políticas de higienização social, notadamente, em torno de segregar ou neutralizar pessoas que, de acordo com tais pensamentos, não se adequavam aos valores morais relativos ao trabalho e à família.

A análise da perspectiva de Franz von Liszt demonstrará que o conceito de delinquência habitual foi empregado em um momento específico da história do sistema capitalista de produção, no contexto do século XIX, quando, por causa das intensas assimetrias sociais proporcionadas pela radicalidade do modelo econômico liberal, o pensamento jurídico-penal clássico apropriou-se de correntes vinculadas ao positivismo criminológico, com destaque à Antropologia Criminal, como forma de legitimar políticas penais de seletividade social.

Por sua vez, examinar o pensamento jurídico-penal de Hans Welzel em torno da figura da delinquência habitual, em meados do século XX, permitirá observar

que, mesmo em contexto histórico diverso e mesmo diante das transformações metodológicas que a ciência jurídico-penal foi submetida, ainda pôde-se verificar que o conceito de delinquência habitual continuou a se apresentar como um instrumento favorável às políticas penais de seletividade social.

Desse modo, infere-se que os dois autores escolhidos (Franz von Liszt e Hans Welzel) para compreender a figura da delinquência habitual ilustram, de maneira evidente, o caráter de higienização social aplicado ao conceito, ainda que dentro dos moldes do Direito Penal de base liberal, conforme verificar-se-á oportunamente.

Em um segundo momento, este estudo examinará a figura do delinquente habitual à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro, em especial, a inserção pela Lei 13.964/2019 do 28-A, § 2º, II, do CPP, o impacto teórico e prático quando da sua aplicação no caso concreto, os riscos às garantias penais e processuais penais do investigado que resultam com a sua incidência, comprometendo os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, bem como serão apresentados os impasses que podem ser identificados entre a redação legal conferida pelo legislador da Lei 13.964/2019 e a sua aplicação pela jurisprudência, revelando um evidente tratamento assistemático acerca deste tema.

Por fim, esclarece-se ao leitor que o método utilizado para o desenvolvimento deste trabalho refere-se ao método dialético, pois a análise relativa ao objeto de estudo – a percepção da delinquência habitual como impeditivo à concessão do Acordo de Não Persecução Penal – se deu de modo a evidenciar ao leitor as contradições em seu próprio interior, demonstrando os impactos históricos, teóricos e práticos que a sua utilização – do modo pelo qual o legislador inseriu na redação do art. 28-A, § 2º, inciso II, do CPP – simboliza.

2. DELINQUÊNCIA HABITUAL E O MODELO DE DIREITO PENAL DO AUTOR

Os modelos de política criminal e de direito penal se vinculam aos modelos políticos de Estado. A história de Estados totalitários ou marcados pelo autoritarismo evidenciou que as bases filosóficas que fundamentaram o sistema jurídico-penal acabaram por adotar uma análise em torno do próprio indivíduo e não, propriamente, em torno da conduta praticada e do possível resultado danoso. Este direcionamento do sistema jurídico-penal à análise da própria pessoa em si pode dificultar, impedir ou, até mesmo, eliminar direitos e garantias protetoras às liberdades pessoais, de maneira a utilizar os discursos jurídicos pautados na defesa pela segurança e pela contenção de sujeitos perigosos. Contudo, sem apresentar definições e delimitações conceituais.

Donna (2005, p. 77) ilustra esta problemática a partir do contexto histórico do nacional-socialismo, perante o qual a estruturação dogmático-penal se deu conforme a *vontade popular* e o *espírito do povo alemão* de maneira a substituir a concepção dogmática individualista-liberal pela defesa dos interesses da comunidade nacional (SPONCHIADO, 2019, p. 165).

Neste sentido, Monika Frommel (1989, p. 625) demonstra que a consideração do delito como infração de deveres ético-sociais ou morais representa um retorno ao modelo jurídico-penal de base subjetivista, segundo o qual a pena é aplicada a partir de considerações subjetivas e relativas que proporcionam a antecipação da intervenção punitiva a título de contenção de fontes de perigo.

Assim, analisar-se-ão se as diversas alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (as quais serão mencionadas em tópico específico) dirigidas à denominada delinquência habitual e reiterada revelariam a adoção de uma estrutura dogmática distanciada das bases do direito penal clássico-liberal, criado no contexto iluminista, e, por consequência, se estariam ou não mais vinculadas ao modelo de direito penal do autor, típico do contexto de Estados totalitários ou autoritários.

Conforme mencionado, o modelo de direito penal do autor resulta na eliminação de direitos e garantias individuais tão somente pela análise das condições pessoais do indivíduo. Tal restrição é defendida por meio da ampliação, ou, até mesmo, da distorção dos conceitos referentes ao interesse e à valoração social.

Todavia, perante este modelo de inspiração normativa, enfrenta-se um problema: anula-se a verificação empírica dos resultados externos socialmente danosos e transfere-se a resposta jurídico-penal para a condição pessoal dos indivíduos tidos como *antissociais* (DONNA, 2005, p. 77). Este modelo transforma o sistema jurídico-penal em instrumento simbólico de controle ao sentimento social de insegurança, sem nenhuma demonstração científica e empírica da necessidade, merecimento e eficácia das propostas à reincidência e à suposta delinquência habitual.

O propósito de tal estruturação dogmática se orienta pelo sentimento de intensificar a punibilidade e alcançar qualquer eventual desobediência. Em contraposição à tendência clássica, a qual prioriza as garantias do indivíduo, a concepção de *direito penal pela segurança* prioriza os interesses da *comunidade* (DONNA, 2005, p. 80). Assim, legitimam-se o recrudesimento das penas e a exclusão de garantias penais e processuais penais, de maneira a aumentar o controle do Estado sobre o indivíduo.

Benno (2018, p. 7-10) aponta que o modelo de *direito penal pelo conflito* (distante da proteção à liberdade individual perante o poder punitivo estatal) não

incrementa exceções ao modelo liberal clássico, mas o transforma em termos estruturais e funcionais. Busca-se uma legitimação do Direito Penal, ainda no contexto do Estado de Direito, às necessidades e às expectativas sociais modificadas. Todavia, a lei penal passa a representar um instrumento normativo pautado pelo domínio da insegurança (SPONCHIADO, 2019, p. 260).

O tratamento diferenciado à reincidência e à delinquência habitual, conferido pela Lei 13.964/2019, parece revelar uma transformação de normas penais e processuais penais em meros instrumentos que facilitariam a legitimação de um novo sistema jurídico-penal reduzido à perspectiva de intimidação e que simbolizaria o controle do sentimento de insegurança, de maneira a atingir, de imediato, os indivíduos que recebem a classificação de delinquentes habituais. Assim, se revelaria uma total inversão das estruturas clássico-liberais, já que nestas a legitimidade do sistema jurídico-penal é medida pela intensidade do controle ao próprio poder punitivo do Estado diante da intervenção nas liberdades pessoais. A Lei 13.964/2019, em específico no que tange à delinquência habitual² e ao Acordo de Não Persecução Penal, fundamenta-se, tão somente, em *sentimentos sociais* punitivistas em evidente retrocesso às pesquisas de ordem empírica sobre as reais necessidades do sistema criminal.

Para além da crítica, deve-se ressaltar que, em vez desta transformação das normas penais e processuais penais em instrumentos simbólicos de contenção da insatisfação social, a reforma promovida pela Lei 13.964/2019 deveria ter refletido em torno do desenvolvimento de políticas públicas de organização do trabalho aos condenados e aos egressos do sistema penitenciário, o que, por sua vez, poderia apresentar um rendimento à prevenção da habitualidade criminosa em termos mais significativos do que o mero tratamento punitivo.

A seleção do trabalho como forma de reintegração do condenado à sociedade e como meio de prevenção à delinquência é evidente na reforma da parte geral do Código Penal, efetivada em 1984, notadamente, em torno da configuração da Teoria da Pena. O mesmo pôde ser observado perante as inspirações da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), em seu contexto de 1984. Contudo, não foi este o propósito das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, notadamente, pelo fato de estar inserida em um contexto no qual se pleiteia a formulação de um direito penal pela segurança e não pela liberdade.

2. Destaca-se que o foco a ser conferido neste estudo consiste na análise apenas da figura da delinquência habitual e não diretamente o impacto ao instituto da reincidência promovido pela Lei 13.964/2019, pois este último demandaria um estudo próprio.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

Ao contrário das inspirações da década de 80, a Lei 13.964/2019, ao resgatar a noção arcaica de delinquência habitual e colocá-la na condição de impeditivo ao Acordo de Não Persecução Penal, demonstrou a sua conotação subjetiva, relativa, típica de um modelo de direito penal orientado pelo conflito, pelo combate e pela suposta contenção de perigo.

Alamiro Velludo Salvador Netto, em sua pesquisa denominada “*Plea bargaining* e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil”, analisa a importação de modelos de acordos penais ao contexto brasileiro, de modo a realizar a seguinte observação:

“Parece ser irresponsável incorporar qualquer concepção ou instrumento jurídico sem um elevado nível de conhecimento das suas razões de existir em determinado contexto social. Sem estas conceituações básicas e propedêuticas, as discussões se transformam em debates tépidos, repletos de argumentos sem consistência, muito mais baseados em subjetividades intuitivas do que propriamente em fundamentos sólidos e racionais. O sistema criminal não pode apegar-se a falsas soluções, como se a prática existente no estrangeiro fosse, por si só, apta a revelar o segredo mágico para a superação dos sérios problemas do Brasil.” (SALVADOR NETTO, 2019, p. 231.)

Acrescenta-se, ainda, que “a realidade brasileira deve dispensar quaisquer formulações que aumentem, ainda mais, a seletividade do sistema de justiça e a correlata vulnerabilidade de muitas das pessoas que com ele estão cotidianamente envolvidas” (SALVADOR NETTO, 2019, p. 231).

Portanto, a previsão expressa da delinquência habitual no ordenamento jurídico brasileiro, na condição de impeditivo à concessão do Acordo de Não Persecução Penal, merece a devida reflexão científica, não somente em torno do peso histórico que esta figura carrega em si, mas também para que não se transforme em uma formulação que aumente, ainda mais, a seletividade do sistema de justiça criminal, conforme examinar-se-á ao longo deste trabalho³.

-
3. O art. 28-A, § 2º, II, do CPP, apesar de excluir do rol impeditivo a delinquência habitual orientada a infrações penais insignificantes, não elimina a problemática de se tornar uma formulação apta à seletividade penal. O Princípio da Insignificância, na condição de excludente de tipicidade material, é apto a absolver a pessoa que praticou a conduta e não de ser elemento de acordo penal. Ademais, é notável a dificuldade de reconhecimento da insignificância, perante delitos de baixa lesividade, no contexto jurisprudencial brasileiro. Acerca deste tema, cf. FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013;

3. TRATAMENTO DIFERENCIADO À DELINQUÊNCIA HABITUAL E O RETORNO À ANTROPOLOGIA CRIMINAL

O objetivo deste tópico é ilustrar a vinculação da noção relativa à delinquência habitual com modelos de direito penal orientados à segurança e à contenção de fontes de perigo, de modo a considerar que tal conceito carrega uma história, nitidamente, vinculada a políticas de seletividade e higienização social, tão utilizadas no contexto de medidas de segurança. Assim, evidencia-se que o próprio conceito de delinquência habitual traz consigo uma história incompatível com os pressupostos básicos do Direito Penal clássico.

Por conseguinte, selecionou-se, neste tópico, o pensamento de Franz von Liszt, pois tal autor demonstra, de forma objetiva, a vinculação necessária entre a formulação do conceito de delinquência habitual e os postulados da Antropologia Criminal. A adoção de tratamentos desiguais à categoria da delinquência habitual estipula uma proposta político-criminal cujas consequências dogmáticas e processuais exigem a adoção de um modelo de sistema criminal do autor.

De acordo com Liszt (1962, p. 54), a mais severa punição deve ser reservada ao delinquente habitual, mas não pode ser justificada somente perante a ideia de pena retributiva. As finalidades da pena relativas à ressocialização, à intimidação e à neutralização seguem a orientação de tutelar os bens jurídicos, de modo que a cada uma destas três finalidades se reserva a classificação de três tipos diferentes de delinquentes, entre os quais destaca-se a categoria da delinquência habitual.

A delinquência habitual é considerada por Liszt como uma manifestação social patológica. O autor denomina o grupo de indivíduos relacionados à delinquência habitual como *proletariado*, refletindo de forma nítida a estratificação e a desigualdade social que marcou a história do século XIX, no âmbito da crise do liberalismo econômico. Esta categoria de delinquência é vinculada aos mendigos e aos ociosos, de ambos os sexos, bem como aqueles viciados em drogas, prostitutas e sujeitos de vida de duvidosa idoneidade. Agrupa-se na denominada delinquência habitual os degenerados tanto em termos físicos como espirituais, os quais contribuem para formar o exército de massas inimigas da ordem social (LISZT, 1962, p. 54).

MARIN, Gustavo de Carvalho. *Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal 2011-2012*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2016.tde-17122015-082357. Acesso em: 19.01.2022.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

Os reincidentes são classificados em três categorias. A primeira refere-se aos “irrecuperáveis”. Em relação a estes, Liszt (1962, p. 56) assevera que a sociedade apresenta uma necessidade de proteger-se contra tais, sendo a única possibilidade o isolamento perpétuo ou, ao menos, o aprisionamento por tempo indeterminado. Para Liszt, compete às estatísticas criminais indicar quais seriam os delitos cometidos de forma habitual.

Neste ponto, Liszt defende que a Antropologia Criminal é essencial para ajudar o desenvolvimento no âmbito jurídico-penal. Observa-se, então, a ligação do Direito Penal com outras ciências consideradas tão somente como “auxiliares” ao sistema jurídico-penal, notadamente, às formulações de Teoria da Pena (LISZT, 1962, p. 56). A Antropologia Criminal e a Estatística Criminal são selecionadas para cumprirem esta tarefa de auxiliarem nas fundamentações ao sistema punitivo diferenciado à delinquência habitual (SPONCHIADO, 2015, p. 156).

Esse discurso de Liszt é arriscado no contexto social brasileiro notadamente quando se observa a já conhecida elevada taxa de encarceramento por crimes patrimoniais e tráfico de drogas no Brasil. É necessário ressaltar o conhecimento criminológico acerca da realidade carcerária brasileira composta por tais delitos de forma acentuada, assim como a seletividade social, que se torna evidente ao se analisar, principalmente, a seleção de classes marginalizadas (SPONCHIADO, 2015, p. 156).

No contexto brasileiro, a pequena criminalidade patrimonial, ou seja, os delitos patrimoniais que não são cometidos por meio de violência ou grave ameaça, recebe, cotidianamente, a característica de criminalidade massiva e habitual, disseminando-se o discurso de que se deve legitimar o merecimento de pena e afastar o princípio da insignificância a esta categoria de crime.

Por conseguinte, por mais que o art. 28-A, § 2º, II, do CPP, tenha excluído do rol impeditivo a delinquência habitual orientada a infrações penais insignificantes, a problemática não está encerrada, uma vez que resta evidente a dificuldade de reconhecimento da insignificância no contexto jurisprudencial brasileiro, notadamente, perante a pequena criminalidade patrimonial, especialmente quando envolve a delinquência habitual.

Liszt (1962, p. 56) já asseverava que a categoria notável de delinquentes irreuperáveis, habituais, ou melhor, a categoria da criminalidade habitual, seriam aqueles que praticam os crimes contra a propriedade. O penalista clássico elenca os seguintes crimes: furto, receptação, extorsão, roubo, entre outros. Caberia, então, aos crimes contra a propriedade, o efeito mais nefasto da pena, ou seja, a neutralização dos delinquentes habituais. Defendia-se, até mesmo, o isolamento do réu por tempo indeterminado, o trabalho obrigatório e a maior exploração

possível da força de trabalho de modo a ressaltar as ideias da filosofia utilitarista como respaldo às fundamentações punitivas (SPONCHIADO, 2015, p. 157).

Como exceção, Franz von Liszt (1962, p. 59) expõe a possibilidade de ressocialização por meio do trabalho e da instrução para aqueles indivíduos que se encontram no início da carreira criminosa. Estes elementos se transformam em meios para se atingir a finalidade de resistência aos supostos estímulos criminosos. No que diz respeito à delinquência habitual, o referido autor propõe uma limitação temporal quanto ao tempo máximo de prisão aos indivíduos considerados “recuperáveis”, qual seja, 5 (cinco) anos, visto que a libertação posteriormente a este período se faz crucial. Todavia, deveriam permanecer sob vigilância policial por mais 5 (cinco) anos (SPONCHIADO, 2015, p. 157).

No que se refere aos delinquentes ocasionais, categoria distinta da delinquência habitual, a ação delitiva representaria apenas um episódio, influenciada pelo ambiente, e mínimo seria o perigo de uma repetição da mesma. Nestes casos, a pena deveria somente restabelecer a autoridade da lei violada. Nesta categoria ocasional, Liszt (1962, p. 56) engloba os delitos independentemente da gravidade, com exceção àqueles supramencionados, ou seja, os crimes patrimoniais. Pertencem à delinquência ocasional todos aqueles delitos que a estatística criminal não demonstrou que seriam cometidos de forma habitual (SPONCHIADO, 2015, p. 157).

4. O CONCEITO DE DELINQUÊNCIA HABITUAL VINCULADO À NÃO ACEITAÇÃO DOS VALORES ÉTICO-SOCIAIS

No presente tópico, selecionou-se os ensinamentos de Hans Welzel sobre a delinquência habitual com o objetivo de demonstrar a carga histórica que o conceito carrega em si mesmo e sua utilização como instrumento de higienização social, de modo a atingir, excessivamente, àqueles indivíduos marginalizados da sociedade que não se vinculam às imposições morais dominantes.

Ora bem, se as alterações legislativas promovidas pela Lei 13.964/2019 se valem de conceitos cuja historicidade se demonstra vinculada a contextos de intensas assimetrias e conflitos sociais, não se pode olvidar a adoção proposital do termo como uma forma atual de *higienização social*.

Jakobs (2015, p. 387), ao analisar a obra emblemática de Hans Welzel, denominada *Personalidade e culpabilidade*⁴, expõe que, para Welzel, a liberdade não

4. Análise realizada na obra: JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: PAWLIK, Michael; Cornacchia, Luigi (Orgs.). *Hans Welzel*

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

é colocada como possibilidade de escolha entre *valor* e *desvalor*; ao contrário, é considerada livre somente a ação conforme o sentido de valores ético-sociais dominantes em uma dada comunidade.

A partir desta apreensão acerca da liberdade humana, ou seja, a liberdade como a autodeterminação conforme o sentido de valores, Welzel (2009, p. 115) distingue dois grupos de criminalidade. O primeiro grupo seria relativo à criminalidade ocasional. Perante esta, o Direito Penal deveria apresentar uma repressão por meio da análise que recai sobre o *desvalor da ação* proibida, bem como atribuir uma pena retributiva na medida da culpabilidade do autor reconhecido em sua qualidade de *pessoa*.

O segundo grupo de criminalidade se referia aos *indivíduos* que estariam fora da capacidade de vinculação às normas ético-sociais. Welzel (2009, p. 115) os classifica como *delinquentes por estado*, pois estariam determinados a delinquir uma vez que o delito seria resultado de sua própria personalidade. Os *delinquentes por estado* representam, em sentido amplo, a *delinquência habitual*.

Os indivíduos considerados delinquentes habituais não teriam assimilado as normas de conduta social no estrato inconsciente, assim como os delinquentes passionais não teriam desenvolvido as inibições necessárias aos impulsos primitivos. A culpabilidade, nesses casos, se refere a um elemento permanente: a estrutura defeituosa do estrato da personalidade. A reprovação, portanto, recairia sobre o caráter do autor (SPONCHIADO, 2019, p. 211).

Nesta linha de pensamento, os *delinquentes por estado* seriam reconhecidos de acordo com a origem, as condições de vida e a estrutura de caráter dos indivíduos a serem analisados. Welzel (1997, p. 10) coloca nesta categoria os indivíduos inseridos em famílias com graves degenerações caracterológicas ou que apresentam um histórico de antecedentes criminais – cujas condições educacionais seriam deficientes.

Ademais, o referido penalista inclui indivíduos que teriam uma suposta propensão à classe dos *delinquentes por estado*, os quais, em virtude da degeneração do caráter, seriam instáveis e insensíveis (WELZEL, 1997, p. 10). A conduta social destes indivíduos demonstraria a incapacidade para o trabalho e os fracassos escolares relacionados à ampla carência de vinculação aos valores éticos elementares que recairiam sobre a família e o trabalho (SPONCHIADO, 2019, p. 211).

nella prospettiva attuale – Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 387.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

O conceito relativo a *delinquentes por estado* é dividido por Hans Welzel (1997, p. 10) em dois subgrupos: têm-se os indivíduos *associais* que seriam os responsáveis pela criminalidade de rua leve. Os mendigos, os vagabundos, os ociosos e as prostitutas eram postos como “associais” e, contra tais, caberia a aplicação de medida de segurança em casas de trabalho, uma vez que a pena – medida pela culpabilidade – era reservada às pessoas morais com capacidade de orientação aos valores ético-sociais, ou seja, aos delinquentes ocasionais. O segundo grupo, por sua vez, derivado do conceito de delinquentes por estado em sentido estrito, seriam os delinquentes habituais perigosos. Estes eram vistos como os responsáveis pela criminalidade grave, embora esta não se encontre definida nos textos analisados. Reservava-se a este grupo de delinquentes a aplicação de medida de segurança em estabelecimento de custódia.

Hans Welzel (1997, p. 10) afirma que a profunda carência de vinculação ética impede que o Direito Penal exerça sua força de inibição e conformação ética. A pena retributiva medida pela culpabilidade não afeta a periculosidade do autor. Nesta perspectiva, tais autores delitivos deveriam ser encaminhados a outro campo de medida assecuratória que, em conjunto com a pena, pudesse proteger os bens jurídicos de um modo preventivo (SPONCHIADO, 2019, p. 212).

Assim sendo, Hans Welzel (1997, p. 10) afirma que o juízo ético-negativo compete ao juiz criminal e a aplicação de pena ou medida de segurança deve ser pautada de acordo com a classe de autores delitivos: para os *delinquentes ocasionais*, mantém-se a capacidade de orientação conforme os valores ético-sociais e, portanto, legitima-se a aplicação de pena delimitada por meio de lei, a partir de tipos penais claros, definidos, de forma a não eliminar a liberdade de ação do indivíduo. Em contraposição, aos *delinquentes por estado*, com destaque aos *habituais*, parte-se da noção de periculosidade social (os *associais*) e reserva-se a aplicação de medida de segurança (SPONCHIADO, 2019, p. 212).

Pois bem, em termos conclusivos da análise a respeito da utilização do conceito de delinquência habitual pelos autores mencionados (Franz von Liszt e Hans Welzel), pode-se perceber que, apesar do contexto histórico-social de ambos os autores ser distinto, a semelhança se encontra na perspectiva *moralizante* empregada ao conceito de delinquência habitual.

O termo delinquência habitual pretende legitimar o tratamento diferenciado a determinados indivíduos perante os quais retirou-se a qualidade de *personalidade moral* e, portanto, permite-se a supressão de garantias e de direitos.

Todavia, o que se pode compreender, até o presente momento deste estudo, é que tal perspectiva aprisiona, sobremaneira, o sistema jurídico-penal à moral e

aos padrões ético-sociais construídos, notadamente, por uma moral religiosa em torno do *trabalho* e da *família*.

Em suma: a inserção efetuada pela Lei 13.964/2019 da figura da delinquência habitual e a colocação de tais noções, sem delimitação de conteúdo, como impeditivo à concessão do Acordo de Não Persecução Penal, claramente confere um tratamento diferenciado, seletivo, bem como elucida a tendência, perigosa, de confundir os limites entre *Direito* e *Moral*.

5. DA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TENTATIVAS LEGISLATIVAS DE INSERÇÃO DO DELINQUENTE HABITUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Theodolindo Castiglione (1963, p. 134) aponta que não haveria até então antecedente legislativo brasileiro sobre os delinquentes habituais ou por tendência. Contudo, aqui cabe realizar uma ressalva ao Código de Processo Penal Militar de 1969 que vigora até então, o qual prevê no parágrafo único do seu art. 651 uma ampliação do prazo para o requerimento de pedido de reabilitação em se tratando de criminoso habitual ou por tendência.

O Código Penal de 1940 atualmente vigente no Brasil (com a reforma da parte geral de 1984) não faz menção ao delinquente habitual. Tal ausência é justificada na sua *Exposição de Motivos* redigida pelo Ministro Francisco Campos, em particular no item 24, no qual consta que o referido diploma legal não estabeleceria uma classificação especial de criminosos (ocasionais, por tendência, reincidentes e habituais) e que os habituais estariam inseridos na categoria “reincidentes” e estes já possuíam um tratamento mais rigoroso conferido pelo Código Penal de 1940, não fazendo sentido diferenciá-los.

Contudo, para analisar se a inserção da figura do delinquente habitual – conforme inovação promovida pela Lei 13.964/2019 – está em consonância com os princípios (em especial, da culpabilidade/responsabilidade subjetiva) que norteiam o ordenamento jurídico-penal ou se configura mais um mecanismo que potencializa a seletividade do direito penal, é importante verificar a maneira pela qual tal tema foi tratado em sede de Projetos de Lei que já foram elaborados com este intuito e tiveram pretensão em vigorar no Brasil.

Neste sentido, torna-se importante mencionar que o anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria de 1962 previu, ao lado dos reincidentes, nos termos do artigo 60, § 1º, *a* e *b*, o criminoso habitual sendo aquele que: a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade; b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da *mesma*

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas *condições de vida* e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, *acentuada inclinação para tais crimes*.

Ressalta-se que a primeira hipótese é denominada pelo anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria de 1962 de *habitualidade presumida* (art. 60, § 1º, *a*) e a segunda hipótese de *habitualidade reconhecida pelo juiz* (art. 60, § 1º, *b*). Insta destacar que, neste último caso, verifica-se a possibilidade de haver um criminoso habitual ser tecnicamente primário e, mesmo assim, receber um tratamento mais gravoso.

Uma vez caracterizado no caso concreto que o criminoso era habitual, isto trazia implicações jurídico-penais mais gravosas. Isto porque o art. 60, *caput*, do referido anteprojeto, autorizava que a pena ou a soma de penas podia ser aumentada até o dobro, dilatava o prazo de um terço da regra geral estabelecida no art. 111 e ampliava o prazo para a reabilitação do criminoso habitual para dez anos (art. 116, § 1º).

Já no que diz respeito ao Código Penal de 1969, que não entrou vigor, na sua respectiva exposição de motivos redigida pelo Ministro Gama e Silva, no item 26 na parte “aplicação da pena” voltado aos “criminosos habituais ou por tendência” consta que estes “constituem o grande problema da repressão penal. É necessário reagir contra este tipo de criminalidade com instrumentos verdadeiramente eficientes”; um destes instrumentos supostamente eficientes utilizado pelo legislador de 1969 foi a de estabelecer uma pena relativamente indeterminada na hipótese de criminoso habitual. Outrossim, o referido item 26 dispôs que a mencionada *pena relativamente indeterminada* não se confundiria com a medida de segurança, uma vez que naquela “transfere-se a individualização para momento posterior à sentença, considerando a impossibilidade de determinar, rigorosamente, a medida da culpabilidade do agente e o momento de retribuição e da reparação, inclusive da recuperação social do delinquente, que se deve realizar sempre por via judicial”.

Assim, o Código Penal de 1969, no seu artigo 64, § 2º, *a* e *b*, manteve a definição do Anteprojeto de 1962 de Hungria em relação aos criminosos habituais. Ademais, consta no item 28 da *Exposição de Motivos* do referido diploma legal que, “se o criminoso for habitual, a pena aplicável será por tempo indeterminado. A duração mínima dessa pena (que não pode, em caso algum, ser inferior a três anos) é a pena fixada pelo juiz para a infração penal que está sendo julgada”. Porém, em nenhuma hipótese, a duração da pena indeterminada poderia exceder dez anos depois do cumprimento da pena mínima imposta, isto é, da pena referente à infração pela qual o criminoso foi julgado e que não poderia jamais

ser inferior a três anos (art. 64, § 1º). Ainda havia a possibilidade de o criminoso habitual, uma vez considerado semi-imputável, ter a substituição da pena por internação nos termos do art. 94.

Além disso, segundo o Código Penal de 1969, o livramento condicional ao criminoso habitual estava sujeito ao cumprimento mínimo da pena indeterminada e manteve os prazos para a prescrição e para a reabilitação nos termos que já constava no anteprojeto de Hungria de 1962.

Todavia, houve alterações inseridas no Código de 1969 pela Lei 6.016/73 no que diz respeito aos criminosos habituais (MUNHOZ NETTO, 1974, p. 20): i) estabelecendo que a duração mínima da pena relativamente indeterminada não poderia ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados (art. 64, *caput*)⁵, excluindo-se, por outro lado, a necessidade de ser tal mínimo superior a três anos; ii) tornou-se obrigatório ao magistrado, na sentença, classificar o criminoso habitual como de acentuada periculosidade, para o efeito de cumprimento em estabelecimento fechado (art. 38, § 1º, *b*)⁶, ressalvada a hipótese de revisão da declaração de periculosidade (art. 52, § 2º)⁷, com possibilidade de transferência para estabelecimento penal aberto (art. 38, § 4º)⁸.

Segundo Alcides Munhoz Netto (1974, p. 74), “embora a lei não o diga expressamente, a acentuada inclinação para o crime há de decorrer do costume adquirido pela repetição do ato delituoso, pois esta é a consequência necessária da denominação de habitual”. Em outras palavras, a habitualidade é, em princípio, um conceito criminológico e implica uma tendência para delinquir adquirida pela reiteração na prática delitiva.

5. Art. 64, *caput*, do CP/1969 com alteração da Lei 6.016/1973: Tratando-se de *criminoso habitual* ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima a da pena privativa de liberdade, *não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados* (grifos nossos).
6. Art. 38, § 1º, *b*, do CP/1969 com alteração da Lei 6.016/1973: Art. 38. As *penas privativas de liberdade* serão cumpridas: [...] § 1º O *estabelecimento penal fechado* será de segurança máxima. Nele cumprirão pena: [...] *b*) os condenados por tempo inferior a esses limites, que sejam de *acentuada periculosidade* (grifos nossos).
7. Art. 52, § 2º, do CP/1969, com alteração da Lei 6.016/1973: A *periculosidade*, declarada na sentença, *será revista no curso da execução da pena*, por iniciativa do condenado, do diretor do estabelecimento, do Conselho Penitenciário ou do juiz (grifos nossos).
8. Art. 38, § 4º, do CP/1969, com alteração da Lei 6.016/1973: § 4º A *internação em estabelecimento penal aberto* também constituirá fase de execução, podendo atingi-la o *condenado cuja periculosidade tenha cessado ou diminuído* (grifos nossos).

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

Evidentemente, tal tratamento diferenciado ao delinquente habitual não está relacionado ao fato praticado considerado como delito, mas sim ao seu modo de condução de vida e referida constatação afronta claramente um dos princípios basilares do direito penal, qual seja, o princípio da culpabilidade.

A partir da breve exposição de Projetos de Leis historicamente relevantes que pretenderam promover alterações na legislação penal brasileira, em particular no tocante aos delinquentes habituais, embora aqueles não obtiveram êxito em sua aprovação e respectiva vigência no Brasil, infere-se que tais tentativas de modificação, em especial, o texto legislativo do Código Penal de 1969, se deram em momento histórico da ditadura no Brasil, contexto em que o direito penal era utilizado ainda mais como instrumento de segregação e exclusão social.

Neste sentido, vale mencionar que, no contexto do direito nacional socialista na Alemanha, Edmund Mezger havia proposto uma classificação de tipos distintos de autor, entre eles, a categoria dos delinquentes habituais que estava na escala do denominado *delinquente de estado* (CARUSO FONTÁN, 2013, p. 4-5).

Assim, à culpabilidade pelo fato concreto praticado pelo sujeito, deveria se adicionar a culpabilidade pela condução da vida, já que a culpabilidade do autor não era apenas a culpabilidade pelo fato isolado, senão pela condução da sua vida que a feito se degenerar (CARUSO FONTÁN, 2013, p. 4-5).

Outrossim, apesar de tais tentativas em contextos históricos autoritários, verifica-se que, em que pese a indevida pretensão de inserir a figura do delinquente habitual, bem como conferir um tratamento mais gravoso em virtude da incidência desta, os referidos textos legislativos estabeleceram requisitos determinados para que se pudesse reconhecer a configuração da condição de delinquente habitual.

Conforme é possível se depreender, o conceito de *habitualidade presumida* presente nos projetos de leis mencionados não se confunde com a reincidência tal como conhecemos no vigente Código de 1940, uma vez que exige a prática pela segunda vez de crime *doloso* de mesma natureza punida com pena privativa de liberdade e não limita esta repetição de prática delitiva dolosa a um limite temporal e nem condiciona à necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória pela prática de delito anterior.

De outro, a reincidência no Código de 1969 (art. 53), bem como no de 1940 (arts. 63 e 64) caracteriza-se quando o agente comete novo crime, depois de transitar a sentença que, no país ou no estrangeiro o tenha condenado por crime anterior e os seus efeitos perdurariam no período de cinco anos.

É necessário mencionar que reincidência e delinquência habitual são conceitos distintos. Consoante ensinamentos de José Cerezo Mir (2005, p. 1091), sob

o viés criminológico, o delinquente habitual é aquele que, pela prática reiterada de delitos, há criado um hábito de delinquir e o mesmo não deve ser confundido com o reincidente, uma vez que este é sempre um conceito jurídico; já para a habitualidade, não é necessária condenação alguma, bastaria o hábito de delinquir.

Outrossim, a definição de *habitualidade reconhecida pelo juiz* dispensaria a necessidade de condenação anterior, mas exigiria prática ao menos de quatro crimes em um período inferior a cinco anos e possibilitaria que o magistrado considerasse as condições de vida do sujeito para reconhecer habitualidade do indivíduo em prática delitiva e, por consequência, aplicar as consequências jurídico-penais previstas, em especial, quando do cumprimento da pena.

Neste sentido, é possível afirmar que, enquanto na *habitualidade presumida*, os requisitos são objetivos para que possa ser reconhecida a figura do delinquente habitual, na *habitualidade reconhecida pelo juiz*, o magistrado tem ao seu dispor um requisito subjetivo para que possa aplicar as consequências jurídicas ao delinquente habitual, qual seja, *as condições de vida do indivíduo a qual se imputa as práticas delitivas*. Este requisito é extremamente impreciso e subjetivo que, de certa maneira, amplia a discricionariedade do juiz quando da sua análise e, por isso, deve-se exigir uma fundamentação mais robusta por parte do magistrado, sem prejuízo de se indagar acerca da inconstitucionalidade deste requisito para fins de responsabilidade penal subjetiva pelo fato praticado e não pelo modo de ser.

Infere-se que a persecução penal e eventual execução penal para os ditos delinquentes habituais são bastante gravosos, pois o seu reconhecimento implicaria nestes referidos projetos de lei, conforme já apontado, uma ampliação do prazo prescricional, tempo maior de pena a ser cumprida para obtenção da concessão do livramento condicional e, ainda assim, verifica-se o comprometimento da própria ressocialização do sujeito, já que também há ampliação do período para reabilitação.

Cumprе ressaltar mais uma vez que tal tratamento desfavorável diferenciado está totalmente alheio à magnitude dos injustos penais eventualmente praticados e à culpabilidade do agente. Expressão máxima desta referida constatação é a previsão no Código Penal de 1969 de uma pena relativamente indeterminada para responsabilizar o delinquente habitual pela prática de delitos que têm como referencial para dosimetria da pena o parâmetro estabelecido na lei, independentemente da gravidade das condutas e da culpabilidade do agente, ou seja, não deveria ser menor que a metade da soma do mínimo com o máximo cominados e, ainda assim, depois do cumprimento desta pena mínima estabelecida pelo juiz quando da prolação da sentença, o indivíduo poderia estar sujeito ao cumprimento de até dez anos a mais pelo mero fato de ser considerado como

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

delinquente habitual, o que revelaria um extremo descompasso com o princípio da culpabilidade e um autêntico direito penal do autor.

De outro lado, é possível afirmar que algumas das alterações trazidas pela Lei 6.016/73 no texto originário do Código Penal de 1969 buscaram flexibilizar, de certa forma, as regras contidas nesta última. Neste sentido, sublinha-se a obrigatoriedade do juiz de emitir uma declaração de periculosidade para que o indivíduo considerado delinquente habitual pudesse cumprir a pena em regime fechado, evitando-se, assim, uma automaticidade entre a figura do delinquente habitual e cumprimento de pena no regime fechado, bem como previu a possibilidade de revisão da periculosidade do agente e uma possível transferência ao cumprimento em estabelecimento aberto.

Apesar dessas inúmeras incongruências apontadas e que despertaria intensos debates acerca da figura do delinquente habitual previstos nestes Projetos de Lei, depreende-se que, embora a pretensão de inserir este último não estivesse em consonância com o direito penal do fato, tais textos legislativos buscaram de alguma maneira – devendo ser até questionável o seu conteúdo em si – traçar delimitações para a sua aplicação, seja definindo o seu conceito, seja apontando as suas respectivas consequências jurídicas e apresentando na sua respectiva Exposição de Motivos as razões pelas quais se entendia naquelas referidas oportunidades a necessidade de inserção do delinquente habitual como um requisito a ser levado em consideração no âmbito da persecução e execução penal, em especial, o que não se verifica nas alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 que, ao incluir a figura do delinquente habitual em alguns institutos, notadamente como requisito legal negativo para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, o legislador não trouxe sequer justificativas para tanto, conforme verificar-se-á nos próximos itens.

6. DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.964/2019 PARA INSERÇÃO DO *DELINQUENTE HABITUAL* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Observa-se que a Lei 13.964/2019 inseriu a figura do delinquente habitual em diversas alterações legislativas:

“Art. 63-F, § 1º, da Lei 11.343/06: Na hipótese de condenação por infrações às quais esta Lei (Lei de Drogas) comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º A decretação da perda prevista no *caput* deste artigo fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem *conduta criminosa*

habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa.”

“Art. 28-A, § 2º, II, do CPP: O disposto no *caput* (oferecimento do acordo de não persecução penal) deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

[...]

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.”

“Art. 310, § 2º do CPP: Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na *prática habitual*, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, salvo se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas.” (grifos nossos)

Neste sentido, é possível depreender que as referidas modificações legislativas inseridas pela Lei 13.964/2019 conferem ao delinquente habitual um tratamento mais agravado, seja de ordem penal (decretação da perda de bens quando se tratar de infrações previstas na Lei de Drogas), seja de ordem processual penal (denegação de liberdade provisória e impossibilidade de ser contemplado pelo Acordo de Não Persecução Penal).

A partir destas alterações, é necessário analisar se estas estão em consonância com o denominado direito penal do fato consagrado em um Estado Democrático de Direito. Por esta razão, veda-se sancionar o indivíduo que pratica uma conduta considerada crime pelo ordenamento jurídico por questões pessoais, escolhas de vida e pela sua condição subjetiva. Em outras palavras, rechaça-se aquilo que a doutrina denomina de direito penal do autor.

Neste estudo, buscar-se-á examinar, com mais ênfase, a inserção do delinquente habitual no art. 28-A, § 2º, II, do CPP, e suas implicações práticas no âmbito da persecução penal e sua dissonância aos princípios basilares que regem o direito penal.

7. DA INADMISSIBILIDADE DA INSERÇÃO DA FIGURA DO *DELINQUENTE HABITUAL* PELA LEI 13.964/2019 COMO REQUISITO PARA O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB PENA DE INDEVIDA LEGITIMAÇÃO DE UM DIREITO PENAL DE AUTOR

Inicialmente cabe destacar que o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) constitui uma modalidade de Justiça Negocial (ROSA, 2021, p. 644) incluído

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

pela Lei 13.964/2019 com a inserção do art. 28-A do CPP, que tem por objetivo o não oferecimento de uma ação penal em relação à prática de determinado delito quando o agente preenche os requisitos legalmente estabelecidos e, uma vez cumprido integralmente o ANPP, o autor dos fatos terá sua punibilidade extinta pelo juízo competente (art. 28-A, § 13, do CPP).

Assim, depreende-se do teor normativo do art. 28-A do CPP que são requisitos para que se possa admitir que o Ministério Público ofereça o Acordo de Não Persecução Penal: a) confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal pelo investigado; b) a infração penal em questão deve ser praticada sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; c) o ANPP seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as condições alternativas ou cumulativamente previstas nos incisos do *caput* do art. 28-A do CPP.

Ademais, o legislador estabelece condições negativas para que seja autorizado o oferecimento do ANPP (art. 28-A, § 2º, do CPP), isto é, há previsão de algumas hipóteses fáticas que, caso se façam presentes na análise da conduta concreta, ao Ministério Público estará vedado contemplar o autor dos fatos com o ANPP.

Entre estas hipóteses previstas, a que interessa para fins deste estudo é a estabelecida no art. 28-A, § 2º, II, do CPP, segundo o qual não se aplica o ANPP “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” (grifos nossos).

Neste sentido, verifica-se que o legislador conferiu tratamento mais gravoso no âmbito da persecução penal para aquele sujeito denominado “delinquente habitual” ao sinalizar que, se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual do autor dos fatos que se analisa, não será possível que o mesmo seja contemplado pelo ANPP.

Posteriormente aos referidos apontamentos ao longo deste estudo sobre as incongruências envolvidas em torno da figura do delinquente habitual e a constatação de que esta foi aventada em contextos autoritários no Brasil e que, ressaltada a previsão no parágrafo único do art. 651 do Código de Processo Penal Militar – diploma este elaborado a partir das atribuições conferidas pelo art. 3º do Ato Institucional 16/1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional 5/1968 –, tal pretensão adquiriu relevo e efetiva vigência na legislação penal brasileira com as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, seria difícil imaginar que, depois da Constituição Federal de 1988 e todo o processo constante de democratização vivido no Brasil em que se busca a máxima efetivação dos direitos fundamentais, a inserção expressa no ordenamento jurídico penal da figura

do delinquente habitual estaria em consonância com a responsabilidade penal subjetiva e a um direito penal do fato que deve coexistir em se tratando de um Estado Democrático de Direito.

Conforme anteriormente se verificou, a Lei 13.964/2019, de forma arbitrária e completamente desprovida de fundamento, inseriu a figura do delinquente habitual como mecanismo relevante para obstar direitos fundamentais de ordem material e processual que devem ser preservados com a intervenção punitiva estatal, em especial a inviabilidade do agente ser contemplado pelo Acordo de Não Persecução Penal nos termos da lei.

Insta registrar que a Lei 13.964/2019 não traz em seu bojo uma exposição de motivos que justifique tais modificações legislativas, o que, desde já, deveria o teor contido dos dispositivos legais incluídos e/ou alterados ser analisado com a devida desconfiança da sua idoneidade, em especial o art. 28-A, § 2º, II, do CPP, que trata de requisitos negativos para oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal.

Além do mais, a pretendida inserção da figura do delinquente habitual se dá de modo bastante discutível, pois, ao contrário, do que constavam nos projetos de leis que buscaram a mesma pretensão, não traz a delimitação para incidência do conceito, mas torna tal instituto desprovido de significado e justificação razoável, já que não fornece critérios para o seu reconhecimento.

Assim, propicia ampla margem ao magistrado de definir o que se deve compreender por delinquente habitual e, na ausência de critérios objetivos, remanescem apenas requisitos subjetivos que, inevitavelmente, recairá na análise sobre a conduta de vida do sujeito e estará totalmente alheio ao que efetivamente interessa para o Direito Penal, qual seja, responsabilizar o sujeito por condutas determinadas efetivamente praticadas e consideradas infrações penais na medida de sua culpabilidade e da magnitude do injusto penal. Neste sentido, Paulo César Busato (2017, p. 95-96) aponta que atualmente:

“[...] não é mais aceitável uma ‘culpabilidade pelo modo de vida’, ainda que, cumpre reconhecer, para a análise da reprovabilidade da conduta quanto ao fato concreto por vezes seja necessário recorrer a dados da trajetória vital do autor, para a melhor compreensão de seu comportamento nas circunstâncias concretas.”⁹

-
9. Oportuno destacar também as ideias apresentadas por João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem sobre o tema: “O agente deve ser incriminado pelas condutas praticadas e não por sua pessoa, de sorte que se valora um direito penal de fato e não

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

Por isso, embora a culpabilidade seja característica do sujeito, relaciona-se exclusivamente ao fato (BUSATO, 2017, p. 96)¹⁰.

A falta de definição e de delimitação para incidência da controvertida figura do delinquente habitual nas alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (exceção à ressalva “salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo”), tais como a não menção de mesma natureza da prática delitiva e não estabelecimento de lapso temporal ou sequer a quantidade de crimes a serem praticados para fins de configuração de habitualidade na sua conduta ou qualquer outro parâmetro objetivo, a exemplo da previsão que existia no texto do anteprojeto do Código Penal de 1969, podem resultar em análises jurídico-penais que revelem uma seletividade penal ainda mais acentuada e a possibilidade de potencializar ainda mais, de forma indevida e desproporcional, a intervenção punitiva estatal, podendo fomentar, inclusive, um maior encarceramento no já conhecido sistema penal brasileiro altamente degradante e perverso.

Um exemplo para ilustrar esta questão neste contexto seria o fato de que a prática de um crime de furto (art. 155, *caput*, do CP) posteriormente à prática de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), cujo julgamento ainda não tenha transitado em julgado, portanto, não deveria ser considerado como fator de reincidência do sujeito quando da análise do delito de furto.

Neste caso, o sujeito permaneceria primário para fins de análise do crime praticado posteriormente (furto). Contudo, apesar de não incidir reincidência nesta hipótese, considerando o teor contido no art. 28-A, § 2º, II, do CPP, dispositivo legal incluído pela Lei 13.964/2019, a segunda conduta considerada como criminosa poderá eventualmente ser interpretada pelo membro do Ministério Público, a partir das condições de vida do sujeito, como uma habitualidade delituosa, já que não há delimitação legislativa do que se entender por “habitualidade” na

um direito penal de autor. A responsabilidade penal não atua no sentido de punir o ser, senão o fazer de uma pessoa, visto que ‘o direito é uma ordem reguladora de conduta humana’.” (Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal* – Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 243.)

10. BUSATO, Paulo César. *Direito penal* – parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 95-96. Oportuno destacar também as ideias apresentadas por João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem sobre o tema: “O agente deve ser incriminado pelas condutas praticadas e não por sua pessoa, de sorte que se valora um direito penal de fato e não um direito penal de autor. A responsabilidade penal não atua no sentido de punir o ser, senão o fazer de uma pessoa, visto que ‘o direito é uma ordem reguladora de conduta humana’.” (Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal* – Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 243.)

prática delituosa para fins de responsabilidade penal, resultando em um conceito com conteúdo impreciso e suscetível de legitimar um indevido tratamento mais gravoso ao suposto autor dos fatos.

Assim, nesta hipótese, apesar de não se considerar o fator reincidência na análise do furto praticado e, portanto, *a priori*, seja possível o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal nos termos do art. 28-A, § 2º, II, do CP, tendo em vista que a pena mínima é inferior a 4 (quatro) anos e preenchidos os demais requisitos previstos no *caput* do art. 28-A do CPP, com a vigência do referido dispositivo legal do art. 28-A, § 2º, II, do CPP, incluído pela Lei 13.964/2019, poderia abrir uma ampla margem de discricionariedade no sentido do membro do Ministério Público considerar a prática do segundo crime, independentemente da natureza do primeiro e com base nas condições de vida do suposto autor dos fatos, como indicador para configuração do delinquente habitual e deixar de oferecer, indevidamente, o Acordo de Não Persecução Penal neste exemplo, quando, em verdade, o investigado faria jus a este benefício legal que o isentaria de responder a um processo criminal se consideradas apenas a gravidade do injusto e a medida da culpabilidade referente ao fato concretamente praticado, bem como evitaria uma indevida eventual sentença condenatória com todos os efeitos deletérios que ela traz na vida do sujeito.

Esta questão deve ser objeto de atenção porque o próprio legislador sinalizou que a delinquência criminosa não se confunde com a reincidência no art. 28-A, § 2º, II, do CPP. Assim, tendo em vista que o legislador define o que deve ser entendido como reincidência e os efeitos jurídico-penais desta (arts. 63 e 64 do CP), mas não estabelece o que deve ser compreendido por delinquência habitual, a indagação que se coloca como indispensável consiste em responder quais seriam as condutas anteriormente praticadas pelo autor do delito em análise que deveriam compor o conteúdo normativo da figura da delinquência habitual que justifique o não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público.

Assim, cabe destacar os seguintes questionamentos e apontamentos em torno desta imprecisão do conteúdo normativo da figura do delinquente habitual:

“O que configura uma conduta criminal como habitual, reiterada ou profissional? Não se encontrariam tais características já abrangidas pela reincidência? O que aconteceu com a presunção de inocência, sob a qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’? É em razão destes questionamentos que recomendamos bastante atenção quando a recusa ministerial em oferecer o acordo seja fundamentada tão somente na segunda parte do inciso II do § 2º do art. 28-A. O MP terá que fundamentar

em elementos concretos a suposta conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, explicando qual o raciocínio utilizado para o preenchimento desses conceitos, ante a ausência do detalhamento legal.” (BERMUDEZ; ROSA; ROSA, 2021, p. 70.)

Neste contexto, verifica-se uma clara assimetria quanto ao tratamento mais gravoso que se estaria conferindo no âmbito da persecução penal, tendo em vista o entendimento dos Tribunais Superiores em relação ao que não se deva ser compreendido como reincidência e tampouco resultar em efeitos jurídico-penais e processuais penais desfavoráveis ao agente e, assim, poderá fatalmente comprometer, de forma indevida e inconstitucional, o princípio da presunção de inocência.

Isto porque, conforme apontam Paola Gabriele Inda Teixeira *et al.* (2020, p. 355), se os Tribunais Superiores não admitem a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (cf. por exemplo, a Súmula 444 do STJ) também não deveriam autorizar o Ministério Público se recusar a oferecer o Acordo de Não Persecução Penal com o fundamento de que se trataria no caso concreto de hipótese de delinquente habitual levando em conta exclusivamente eventuais inquéritos policiais e ações penais em curso relativos ao agente.

Além disso, cabe destacar que o próprio legislador excepciona esta vedação (oferecimento do ANPP em se tratando de criminoso habitual) quando as infrações penais pretéritas forem consideradas insignificantes.

Consoante já sinalizado, a inovação legislativa promovida pela Lei 13.964/2019, embora tenha previsto a delinquência habitual como requisito negativo para o oferecimento do ANPP, o legislador não explicitou o conteúdo normativo acerca do que se deveria compreender por esta figura para verificar a sua configuração ou não no caso concreto.

Outrossim, tal inovação legislativa ainda pode ser considerada relativamente recente e esta questão específica abordada neste estudo ainda não foi objeto de debate nos Tribunais Superiores até então. Em outras palavras, os Tribunais Superiores (em especial, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal) ainda não possuem tese firmada sobre se este requisito legal de vedar o oferecimento do ANPP em se tratando de delinquente habitual está ou não em harmonia com o ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro.

Contudo, é possível observar prováveis incongruências que os Tribunais Superiores poderão enfrentar se levar em consideração o tratamento que estes conferem ao delinquente habitual em outras temáticas, sobretudo, no âmbito da

aplicação do princípio da insignificância, em contraste com a própria redação legal conferida pelo legislador no inciso II, § 2º, do art. 28-A, do CPP, notadamente, na sua parte final.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, possui entendimento firmado de que não se aplicaria o princípio da insignificância se ficar demonstrada a habitualidade criminosa¹¹. Porém, no âmbito do ANPP, o legislador permite que este seja ofertado ao autor do delito, mesmo em se tratando de delinquente habitual, quando as infrações penais pretéritas sejam consideradas insignificantes e presentes os demais requisitos legais exigidos para tanto.

Nota-se, assim, o tratamento assistemático que se pode conferir ao delinquente habitual pela jurisprudência e pelo próprio legislador, o que revela a necessidade de analisar esta figura de forma mais detida por parte da doutrina e de constituir objeto de atenção por parte da jurisprudência e do legislador.

Até o presente momento, o que se poderia aventar é que o próprio legislador da Lei 13.964/2019 reconheceu que, ao menos, em se tratando de condutas pretéritas insignificantes não há que se conferir tratamento mais gravoso no âmbito da persecução penal ao autor do delito e, portanto, não há que se impedir que o mesmo seja contemplado pelo ANPP (desde que observados os demais requisitos legais estabelecidos no art. 28-A do CPP) justamente em virtude da desnecessidade e inadequada intervenção do poder punitivo em qualquer esfera estatal diante de condutas penalmente irrelevantes; ao mesmo tempo, o legislador sinaliza, neste contexto, um indicativo de que a figura do delinquente habitual é indiferente e não deveria obstar o reconhecimento do princípio da insignificância, o que deverá, certamente, provocar novas reflexões sobre estas questões pelos Tribunais Superiores para que seja resguardado um autêntico Direito Penal do fato em um Estado Democrático de Direito.

Desta maneira, a inserção da figura do delinquente habitual de forma desnecessária, como requisito negativo para viabilizar o Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público, tornou mais rigorosa a possibilidade de seu oferecimento mesmo diante da ausência de fundamentação idônea que justifique conferir tal tratamento excessivamente mais desfavorável ao agente neste contexto.

Assim, a referida figura do delinquente habitual, conforme se pôde verificar neste estudo, pode ser indevida e equivocadamente utilizada para suprir a ausência do fator reincidência – o qual também é bastante criticada pela doutrina,

11. Cf. STJ, 3ª S., EREsp 1.217.514/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09.12.2015, DJe 15.12.2015.

porém, já teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – com objetivo de conferir um tratamento mais rigoroso em termos de persecução penal em razão das condições de vida do autor do delito praticado, violando, assim, não só o princípio da culpabilidade, mas também o princípio da presunção de inocência na esfera da persecução penal, uma vez que, “no Direito Penal que se pretende minimamente comprometido com a dignidade do ser humano e com os postulados do Estado Democrático, tem-se um direito penal do fato – descrição de modelos de condutas proibidas – que considere também o autor, sem, contudo, descrever tipos de autor” (YAROCHEWSKY, 2019, p. 10).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender o modelo de Direito Penal a ser adotado por um Estado significa compreender, conjuntamente, o sistema político adotado e a própria configuração de dada sociedade. Neste sentido, as expressões que remetem à percepção de delinquência habitual, historicamente, vincularam-se a contextos políticos autoritários ou, ainda, a momentos da história ocidental perante os quais se pretendia, por meio do sistema jurídico-penal, selecionar aqueles indivíduos que não se adequavam à ordem de valores morais dominantes ou, em razão da miséria social, eram relegados à marginalização e à violência institucional.

A ilustração da vinculação da percepção de delinquência habitual a estes contextos se deu, no presente trabalho, por meio da exposição do pensamento clássico de Franz von Liszt (século XIX) e do pensamento de Hans Welzel, representante da Escola Finalista (meados do século XX). A pena criminal fora reservada a determinadas classificações de delinquentes, notadamente, os ocasionais, uma vez que, para a delinquência habitual, reservava-se e legitimava-se o império de atuação da medida de segurança.

A exposição destes pensamentos foi realizada com o objetivo de evidenciar que o conceito de delinquência habitual se torna perigoso no que tange ao poder conferido ao Estado, o qual pode suprimir a liberdade pessoal a seu critério de conveniência, apenas preenchendo o conteúdo que lhe convém em termos de finalidade. A história demonstrou que este conteúdo fora, nitidamente, preenchido para cumprir finalidades de higienização social, exploração máxima de trabalho e violações a direitos humanos.

Por conseguinte, ao se conhecer, minimamente, esta problemática firmada em torno das expressões que remetem à percepção de delinquência habitual, tornam-se necessários o estudo, a avaliação e a crítica em torno de sua utilização

pela Lei 13.964/2019, notadamente, no que tange a impedir o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) pelo Ministério Público.

Em termos de história brasileira, verificou-se que, ressalvada a previsão legal do parágrafo único do art. 651 do Código de Processo Penal Militar de 1969 de duvidosa constitucionalidade, inserido no contexto autoritário brasileiro, a figura do delinquente habitual não possuía destaque na ordem legislativa penal e processual penal brasileira até as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019. Torna-se estranho, portanto, que a utilização tenha se dado no contexto do Estado Democrático de Direito, apesar do autoritarismo que marca a história política do Brasil.

Ao analisar a inserção da figura do delinquente habitual pela Lei 13.964/2019, sobretudo o teor do art. 28-A, § 2º, II, do CPP, é possível afirmar que se trata de uma inovação legislativa que não está preocupada com o crime em si, mas, sim, ainda que de forma velada, de segregar seletivamente a pessoa sob a qual recai a imputação da prática de um determinado delito, revelando-se, um autêntico e inadmissível direito penal do autor, bem como a forma como tais modificações rigorosas foram feitas proporcionará um tratamento mais gravoso se comparado com o teor dos textos legislativos que também buscaram inserir a figura do delinquente habitual em um momento político autoritário vivido pelo Brasil.

Outrossim, não há indicativo legislativo do que se deve compreender por delinquente habitual para fins de obstar o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público (salvo no caso de infrações pretéritas insignificantes), o que permite a abertura de um espaço de juízo subjetivo arbitrário por parte deste último e probabilidade concreta de inobservar entendimentos jurisprudenciais consolidados dos Tribunais Superiores do que não deve ser levado em conta desfavoravelmente ao sujeito no âmbito da persecução penal, quais sejam, ações penais em curso e inquéritos policiais, não restando espaço algum para a figura do delinquente habitual em um ordenamento jurídico penal e processual penal que preze por um direito penal do fato, tal como o brasileiro.

Assim, a figura do delinquente habitual pode ser utilizada, de forma discricionária, como fundamento pelo Ministério Público para justificar o não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal ao suposto autor do delito quando ele preencher todos os demais requisitos legais previstos no art. 28-A do CPP, e, por consequência, proporcionar um tratamento mais gravoso ao indivíduo pelas suas condições pessoais e de vida e em descompasso com a magnitude do injusto penal concretamente praticado e a culpabilidade que recai sobre o agente.

Conclui-se que a inserção da figura do delinquente habitual como requisito negativo para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal – tal como foi

feita pela Lei 13.964/2019 — na legislação penal brasileira deve ser urgentemente objeto de análise, de forma mais detida, pelos Tribunais Superiores, mormente pelo Supremo Tribunal Federal, bem como deve constituir objeto de maior debate doutrinário, tendo em vista a clara urgência de reconhecer a sua ilegitimidade sob pena de indevidamente comprometer um direito penal do fato que deve vigorar em um Estado Democrático de Direito e observar, especialmente, os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência.

9. REFERÊNCIAS

- BERMUDEZ, André Luiz; ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. Florianópolis: Emais, 2021.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARUSO FONTÁN, María Viviana. Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”. *Revista Penal*, Valencia, n. 31, p. 3-21, jan. 2013.
- CASTIGLIONE, Theodolindo. Criminosos habituais e por tendência perante o anteprojeto de Código Penal, de Nélson Hungria. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 133-152, jul.-set. 1963.
- Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). *Mídia, sistema de justiça criminal e encarceramento: narrativas compartilhadas e influências recíprocas: campo temático 1: relatório final* – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap) e Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Brasília: CNJ, 2021.
- CEREZO MIR, José. El tratamiento penal de los delincuentes habituales. *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, n. 12, p. 1091-1099, ago. 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Culpa y personalidad: para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en derecho penal. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 5-38, 1987.
- DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidade: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013.
- FROMMEL, Monika. Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 2, n. 2, p. 621-632, maio-ago. 1989.

- FUZIGER, Rodrigo José. *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015.
- JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: PAWLIK, Michael; CORNACCHIA, Luigi (Orgs.). *Hans Welzel nella prospettiva attuale – Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale*. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.
- LISZT, Franz von. *La teoria dello scopo nel diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1962.
- MARIN, Gustavo de Carvalho. *Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal 2011-2012*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi: 10.11606/D.2.2016.tde-17122015-082357. Acesso em: 19.01.2022.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. Criminosos habituais e por tendência. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 15/16, p. 18-33, jul.-dez. 1974.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. v. 1.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal estratégico* – De acordo com a Teoria dos Jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais, 2021.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Plea bargaining* e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, ano 27, p. 229-264, maio 2019.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 33, p. 97-148, anual. 2013.
- SPONCHIADO, Jéssica Raquel. *Proteção penal da vida humana – Dos fundamentos metafísicos ao fundamento real*. São Paulo: LiberArs, 2019.
- SPONCHIADO, Jéssica Raquel. *Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira*. 2015. 413 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/135984/000858405.pdf?sequence=1].
- TEIXEIRA, Paola Gabriele Inda et al. (In)viabilidade do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 11, n. 27, p. 341-361, jul.-dez. 2020.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán – Parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Delincente habitual, por tendência e profissional no projeto “anticrime”: em algum lugar do passado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 10-12, abr. 2019.

ZABEL, Benno. Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 01/2018. Disponível em: [<https://indret.com/del-hecho-al-conflicto-sobre-el-cambio-de-funcion-del-derecho-penal-de-culpabilidad/>].



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas tema

- Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 172/161-206;
- A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil, de Maira Rocha Machado – *RBCCrim* 65/317-344, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 1/403-427 e *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 4/407-431; e
- Constitucionalização penal e a criminologia crítica contemporânea, de Eduardo Moreira – *RDCI* 123/13-28.