

A lei prescreve que o acordo seja proposto somente ao investigado que tenha confessado formal e circunstancialmente a prática de infração. Há, nesse ponto, uma diferença significativa com os requisitos das soluções consensuais dos Juizados Especiais Criminais. O acordo de não persecução seguiu a lógica das barganhas anglo-saxãs, ao exigir a declaração de culpa, mas manteve o velho fetiche inquisitório de registrar as minúcias do pecado.

Naturalmente, a negociação não está restrita à confissão realizada no curso da investigação. Nesse momento, não se tem certeza de que será formulada uma proposta de acordo e não se justifica o sacrifício

do direito ao silêncio.

Finalmente, merece destaque negativo a insistência em submeter o acordo à tutela jurídica do Estado. A nova legislação permite que o juiz devolva o acordo, para que seja reformulado, se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições ajustadas. A necessidade de revisar o conteúdo produzido nas fases antecedentes e de controlar os atos praticados é um sinal inequívoco de que não compreendemos a racionalidade da justiça consensual. Nos países anglo-saxões, o magistrado verifica apenas se o acordo atendeu os requisitos mínimos.

#### Notas

- <sup>1</sup> DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparada del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- <sup>2</sup> DELMAS-MARTY, Meirelle. *Processos Penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 256.
- <sup>3</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 104.
- <sup>4</sup> Em alusão à música *Tempos Modernos* de Lulu Santos (1982).
- <sup>5</sup> DELMAS-MARTY, Meirelle. *Processos Penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 292. THAMAN, Stephen C.

Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el Proceso Penal de los Estados Unidos. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Marcial Pons: Madrid, 2008. p.171.

<sup>6</sup> Veja a lista completa de Enunciados do FONAJE em: <<https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>7</sup> DELMAS-MARTY, Meirelle. *Processos Penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 292. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 188.

#### Referências

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparada del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DELMAS-MARTY, Meirelle. *Processos Penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

THAMAN, Stephen C. Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el Proceso Penal de los Estados Unidos. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Marcial Pons: Madrid, 2008.

Autor convidado

# O “PACOTE ANTICRIME” E O RECRUDESCIMENTO PUNITIVO PARA OS JÁ PENALIZADOS: UMA ANÁLISE SOBRE A REINCIDÊNCIA E A HABITUALIDADE CRIMINOSA

## THE “ANTICRIME PACKAGE” AND THE PUNITIVE UPSURGE FOR THOSE ALREADY PENALIZED: AN ANALYSIS OF RECIDIVISM AND CRIMINAL HABIT

### Antonio Macruz de Sá

Graduado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2018).

Advogado Criminalista.

ORCID: 0000-0001-9223-0732

amacruzdesa@gmail.com

### Marianna Haug

Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2020-

2022) e graduada na mesma instituição (2018). Advogada no Instituto

Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC).

ORCID: 0000-0002-2014-8331

marianna.haug@alumni.usp.br

#### RESUMO

O presente artigo trata da alteração legislativa “Pacote Anticrime”, com foco nas mudanças acerca da reincidência e da habitualidade criminosa. Busca-se aferir como o diferente tratamento desses temas pode influir no sistema de justiça criminal do Brasil, considerando os efeitos negativos que a punição estatal inflige sobre os penalizados, e atentando-se às falhas técnicas apresentadas tanto pelo projeto de lei quanto pelas figuras jurídicas estudadas.

**Palavras chave:** Pacote Anticrime. Reincidência. Habitualidade criminosa. Estigmatização. Exame criminológico. Princípios constitucionais.

#### ABSTRACT

This article discuss the legislative amendment “Anticrime Package”, focusing on changes about recidivism and criminal habituality. It seeks to assess how the different treatment of these topics can influence the Brazilian penal system, considering the negative effects that state punishment has on penalized citizens, as well as the technical flaws presented by both the bill and the studied legal concepts.

**Keywords:** Anticrime Package. Recidivism. Criminal habit. Stigmatization. Criminological exam. Constitutional principles.

## 1. Introdução

Logo nos primeiros meses de governo Bolsonaro, em um contexto de ascensão do populismo penal, o então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, apresentou o anteprojeto de lei denominado "Pacote Anticrime". Aprovado pelo Congresso Nacional e, em dezembro de 2019, sancionado pelo presidente, o pacote traz um recrudescimento das punições do Direito Penal brasileiro. Com isso, consolidam-se várias alterações na legislação penal, tendo como um dos principais objetos o recrudescimento no tratamento daqueles que apresentam condutas criminais repetidas, trazendo a eles maior dificuldade para a progressão de regime e vedando a concessão de liberdade provisória. Passaremos então a analisar essas mudanças, considerando seus efeitos potenciais.

## 2. Desenvolvimento

### 2.1 Funções da pena

O cárcere nos é apresentado como um espaço de ressocialização, com a função também de prevenir crimes e de proteger as vítimas. Contudo, as finalidades reais da pena não coincidem com aquelas em geral anunciadas, afinal, conforme indica **Nilo Batista** (1999), a proteção do bem jurídico, tida de maneira geral como objetivo do Direito Penal, será impregnada pela organização social da sociedade que produz o ordenamento criminal. Em decorrência de uma estrutura estratificada de sociedade, o bem jurídico alvo da tutela estatal apresenta caráter de classe, refletindo os valores das camadas dominantes.<sup>1</sup> Assim, o fim buscado pelo Direito Penal e, consequentemente, pela pena, se torna a proteção dos interesses de tais estratos sociais, e não do bem jurídico de maneira geral, o que torna a ressocialização, a prevenção de crimes e a proteção de vítimas um mero discurso oficial para que se legitime a punição.

Destaca-se a incoerência de propor a ressocialização ao mesmo tempo em que se afasta o preso do convívio com a sociedade, sendo que a permanência no cárcere produz apenas estigmas e marginalização social sobre o mesmo:

*"A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação"* (**MIRABETE**, 2002, p. 24).

As promessas de prevenção e de retribuição também não se cumprem, uma vez que estamos em um contexto nacional de encarceramento sem precedentes, e mesmo assim as taxas de criminalidade não diminuem. Tomam-se de exemplo crimes que resultam em mortes violentas, que representam 14%<sup>2</sup> das prisões no caso dos homens e 7% no caso das mulheres. De acordo com dados do IPEA,<sup>3</sup> entre o período de 2013 a 2016 houve um aumento de 25% no número de mortes violentas intencionais, ao passo que, no mesmo período, houve uma expansão da população carcerária em 10%.<sup>4</sup> Nesse sentido, não há que se falar em relação de causa e efeito entre aumento do encarceramento e diminuição das taxas de criminalidade, já que ambos estão em pleno crescimento.

Portanto, percebe-se que o cárcere não evita crimes futuros, nem protege eventuais vítimas, mas existe a fim de garantir controle e enriquecimento sobre os corpos encarcerados. Com isso, qualquer proposta de expansão do Direito Penal apenas aprofunda a prevalência de tais interesses, resultando no aumento do encarceramento em massa, da tortura e do estado calamitoso do cárcere no cenário brasileiro, que já apresenta a terceira maior população encarcerada do mundo.<sup>5</sup>

### 2.2 Mercados ilegais e a produção do estigma de "ex-presidiário"

A reincidência no crime é tratada como um desvio de conduta individual, de insistência em comportamento criminoso e não como adequação a um padrão de trabalho precário, no cenário em que o Estado penal vem se expandindo e sendo usado como estratégia de exploração de novos nichos do mercado precarizado da força de trabalho (**CERNEKA**, 2010). No entanto, trata-se de algo produzido e reproduzido pela própria lógica do sistema de justiça criminal. As pessoas que entram nesse sistema passam por processos de estigmatização e marginalização social, sendo tratadas como "ex-presidiários" pelo resto da vida. Esse aparente detalhe legislativo é, então, uma estratégia

de normatização de comportamentos.

Desse modo, o mercado de trabalho formal apenas recebe essa mão de obra em postos mais precários, de modo que, diante de necessidades econômicas e materiais das pessoas, é comum que elas voltem a se inserir na dinâmica dos mercados ilegais.<sup>6</sup> Assim, esses mercados se alimentam a partir da discriminação produzida pelo próprio Estado, mobilizando mão de obra marginalizada.

Cabe apontar que não se trata apenas da reincidência em si, mas de quem a realiza, vez que a seletividade não é apenas perversão, mas marca da própria estrutura do sistema de justiça criminal (**ZAFFARONI**, 1993, p. 6). Nesse sentido, a reincidência como agravante e como fator significativo para decisão acerca do tempo de prisão é algo que recai majoritariamente sobre pessoas negras<sup>7</sup> e pobres. Portanto, as noções de recidivante e de criminoso habitual são sintoma da seletividade do sistema penal, na medida em que reforça a punição para aqueles que já passaram por ele. E é nesse cenário que um em cada quatro condenados vem a reincidir.<sup>8</sup>

Isso se alia ao chamado populismo penal, em que "símbolos são vendidos como soluções para a criminalidade e o constante estímulo ao medo que a mídia, dentre outros agentes ativos, impõe a nosso cotidiano".<sup>9</sup> É nesse contexto, no qual a primeira resposta a qualquer problema social é punição e equipamentos de vigilância, que nasce o dito "Pacote Anticrime", ao passo que se cria uma associação quase imediata entre negritude e periculosidade. A seletividade garante que sempre os mesmos agentes sejam o alvo desses instrumentos penalizantes, de forma que a reincidência reforce isso.

Com a alteração da lei, dificulta-se a progressão de regime e o livramento condicional para recidivantes, além de negar-lhes a possibilidade de liberdade provisória. Essa seletividade tende a se aprofundar ainda mais, uma vez que cria tendências para que essas pessoas fiquem mais tempo presas, o que gera consequências diretas para o estigma e a marginalização sofridos pelos condenados.

### 2.3 Inconstitucionalidade da reincidência

Uma das principais falhas da reincidência enquanto agravante da pena é justamente ampliar a punição com base em conduta criminosa pela qual o agente já foi condenado e penalizado, o que gera *bis in idem*. O agente apenas pode ser responsabilizado pelas ações que não geraram sanção, caso contrário, seria possível penalizar os indivíduos ao longo de períodos indeterminados, configurando-se uma incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Esse é o entendimento de **Juarez Cirino dos Santos**, que descreve a reincidência como uma dupla punição do delito anterior.<sup>10</sup> **Zaffaroni** e **Pierangeli** expressam o mesmo entendimento, apontando que a majoração da pena baseada no cometimento de um crime anterior irá sempre configurar *bis in idem*.<sup>11</sup>

Ainda, a figura jurídica em questão apresenta outros problemas. Conforme aponta **Leonardo Yarochewsky** (2005), a reincidência é uma agravante que se baseia no agente, e não no ato criminoso. Como reincidir em conduta delituosa não gera prejuízo maior ao bem jurídico atingido, o aumento da punição decorre não daquilo que o indivíduo fez, mas daquilo que ele é. A reincidência não pode se adequar ao Direito Penal do fato, mantendo-se próxima a uma criminalização motivada pela personalidade do agente, pois "o fato criminoso não se torna mais grave quando é praticado por um recidivante".<sup>12</sup>

Dessa forma, são graves as proposições acerca da reincidência trazidas pelo Pacote em questão, pois ampliam a dupla penalização citada, acentuando o já existente problema da figura jurídica da reincidência.

### 2.4 O prejuízo ao princípio da presunção de inocência

O "Pacote Anticrime" também fere constantemente a presunção de inocência. O principal exemplo para tanto é a própria possibilidade de se classificar o agente como criminoso habitual, reiterado ou profissional.

No novo artigo 28-A, § 2º, inciso II do Código de Processo Penal, é previsto que a habitualidade, reiteração ou profissionalidade serão verificadas a partir de "elementos probatórios que indiquem" a sua existência. Uma vez constatadas tais características, o investigado estaria impedido de firmar um acordo de não persecução penal com o Ministério Público. Ou seja, o mero indício estaria justificando o re-

crudescimento em prejuízo dos supostos agentes, em desrespeito à presunção de inocência.

Essa problemática se revela ainda mais preocupante ao considerarmos que o supracitado artigo 28-A é referente a momentos anteriores à condenação. Em resumo, o simples sinal de criminalidade habitual, reiterada ou profissional, geraria um tratamento mais duro para com o suposto agente, mesmo que ele não tenha sido condenado, em nenhuma instância judicial, por qualquer crime. Como o referido artigo também faz menção aos recidivos, destaca-se que seriam compreendidos como reincidentes indivíduos que sequer tiveram sua segunda condenação. Ainda, a indeterminação do que seria “*conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”, que infringe o princípio da legalidade, permite que a desconsideração da presunção de inocência ocorra de maneira arbitrária.

Um problema similar se verifica com a proposição do parágrafo segundo do artigo 310 do Código de Processo Penal. Ao afirmar que os condenados reincidentes devam ter sua liberdade provisória negada após prisão em flagrante, se considera esses presumidos agentes como culpados do novo fato criminoso, sem uma devida condenação. Assim, para esses agentes deve ser decretada a prisão preventiva mesmo que seus fundamentos, constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal, não estejam presentes, o que abre margem para que as pessoas sejam presas sem qualquer amparo legal.

### 3. Conclusões

A alteração legislativa que o Pacote trouxe pode levar a resultados práticos bastante graves, aprofundando um estado alarmante de encarceramento em massa e não propondo qualquer política de segurança pública comprovadamente efetiva. As mudanças no que diz respeito à reincidência e habitualidade criminosa, além de carregarem a inconstitucionalidade dessas figuras jurídicas, também tendem a fortalecer o grave estado de encarceramento ao dificultar a progressão de regime e ampliar a parcela da pena cumprida em regimes mais duros.

Ainda, o “Pacote Anticrime” também traz redação que desrespeita frontalmente o princípio da presunção de inocência, contrariando o dispositivo constitucional do art. 5º, LVII, ao estabelecer que não haverá concessão de liberdade provisória em casos de suspeita de reincidência.

Diante disso, os acusados de reincidência ou habitualidade criminosa, ou que supostamente iriam reincidir, poderão ficar muito mais tempo presos, em regime fechado e diante de maior arbitrariedade do judiciário. Isso gera diretamente um aumento significativo da população carcerária e, conseqüentemente, uma piora nas condições de insalubridade do cárcere. Os possíveis resultados de aplicação dessas alterações legislativas apontam, portanto, para um cenário em que a seletividade do sistema de justiça criminal se aprofunda ainda mais, punindo novamente os já penalizados.

### Notas

- 1 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 116.
- 2 INFOPEN. Relatório Junho 2016-. p. 43. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- 3 IPEA. *Atlas da violência: mortes violentas*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/link/7/crimes-violentos-contra-a-pessoa-registros-policiais>>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- 4 INFOPEN, op. cit., p. 9. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- 5 Idem, ibidem, p. 7.
- 6 KEMP, V. H.; MACHADO, M. N. M.; TOLEDO, I. d'A. Os sentidos do trabalho para egressos do sistema prisional inseridos no mercado formal de trabalho. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 17, n. 1, p.85-99, 2014. DOI: 10.11606/issn.1981-0490v17n1p85-99

- 7 INFOPEN, op. cit., p. 32. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- 8 CNJ. Um em cada quatro condenados reincide no crime. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>> Acesso em: 15 fev. 2019.
- 9 SEMER, Marcelo. Populismo e seletividade forjam um sistema carcerário injusto e falido. In: SILVA, Givanildo, Manoel da (org.). *Quebrando as grades: liberdade incondicional*. São Paulo: Sefras, Amparar, 2017. p. 78.
- 10 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 541.
- 11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 750.
- 12 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 143.

### Referências

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.  
CERNEKA, H. A. Encarceramento em massa: lembrando que a massa tem nomes, famílias e histórias. São Paulo: *Revista PUCVIVA*, 2010.  
MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ROXIN, Claus. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al. Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.  
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca de las penas perdidas*. Bogotá: Editorial Temis, 1993.

Recebido em: 26/02/2019 - Aprovado em: 10/09/2019 - Versão final: 13/08/2019

# DAS INCONSTITUCIONALIDADES DO ARTIGO 122, § 2º, DA LEP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.964/2019

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 122, § 2, OF LEP,  
WITH THE WORDING BY LAW 13.964 / 2019

**Mariana Py Muniz Cappellari**

Doutoranda em Ciências Sociais PUCRS. Mestra em Ciências Criminais PUCRS. Especialista em Direito Privado pela UNISINOS e em Ciências Penais PUCRS. Professora da Pós-graduação Especialização em Direito Penal e Processo Penal da FEEVALE. Defensora Pública do Rio Grande do Sul desde 2006.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1216941473436094>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3599-1890>

[mpymuniz@hotmail.com](mailto:mpymuniz@hotmail.com)