

# **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-415-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

#### **Apresentação**

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregarmos juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- “A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais”, em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.

- “A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia”. No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.

- “A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional”. O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reempresariado e os benefícios sociais da atividade econômica.

- “A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero”. O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da personalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- “A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso”. Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- “A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional”. O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandato explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaining’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do *due process of law*, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objetiva a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desviesamento”. O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- “Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro.” O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- “Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada”. A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.



- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comércio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comércio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

## O DIREITO PENAL BRASILEIRO NO INÍCIO DO SÉCULO XXI: NOVAS VELHAS RESPOSTAS AO FENÔMENO DA CRIMINALIDADE

### BRAZILIAN CRIMINAL LAW AT THE BEGINNING OF THE 21ST CENTURY: NEW OLD RESPONSES TO THE CRIMINAL PHENOMENON

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth <sup>1</sup>  
Joice Graciele Nielsson <sup>2</sup>

#### Resumo

O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

**Palavras-chave:** Direito penal, Expansionismo, Condições carcerárias, Pacote anticrime, Lei nº 13.964/2019

#### Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the Brazilian penal expansionism from the enactment of Law No. 13.964/2019. It starts with the following research problem: to what extent does the “Anti-Crime Package” offer answers to the phenomenon of criminality that permeate the expansion of Criminal Law and the worsening of the conditions of the convict? The text is viewed using the hypothetical-deductive method and is structured into two sections: initially, it evaluates the expansion process of Criminal Law as a global phenomenon with local consequences; then, it evaluates the aforementioned expansionist process from the enactment, in the country, of Law No. 13.964/2019.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Criminal law, Expansionism, Prison conditions, Anti-crime package, Law no. 13.964/2019

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UNISINOS); Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ.

<sup>2</sup> Doutora em Direito (UNISINOS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ.

## 1 Considerações iniciais

Em seu diagnóstico sobre o Direito Penal espanhol do início do século XXI, Gonzalo Quintero Olivares (2019) destaca um movimento peculiar: o século XX, em termos de discurso jurídico-penal na Espanha, encerrou-se com um certo predomínio das ideias garantistas e do espírito liberal; no século XXI, no entanto, observa-se um movimento de recrudescimento punitivo que vai de encontro a essa perspectiva, o que se evidencia por meio de um conjunto de modificações legislativas que se caracterizam: a) pela priorização da função repressiva do Direito Penal, pugnando por um modelo de maximização da intervenção punitiva em detrimento de programas pautadas em um modelo de Direito Penal subsidiário/mínimo; b) pela conformação alarmante de um modelo de Direito Penal de autor, centrado na ideia de periculosidade do sujeito e no menosprezo ao princípio da proporcionalidade; c) pelo populismo punitivo (politização do Direito Penal); d) pela progressiva intervenção punitiva na repressão de condutas que não representam, efetivamente, incitação ao ódio; e) pelo recurso ao Direito Penal na resolução de problemas políticos internos.

Quintero Olivares (2019) atribui esse movimento expansionista, em boa parte, à preocupação com o fenômeno do terrorismo, assim como à questão do enfrentamento eficiente à criminalidade organizada e ao controle de fluxos migratórios – neste último caso em decorrência do impacto cultural gerado pela presença dos imigrantes nos países de destino/trânsito migratório. A luta contra o crime organizado, segundo o autor, tem desencadeado o aumento das penas, o adiantamento da intervenção punitiva ao estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico, a criação de novas figuras típicas e, em alguns países europeus, a relativização de direitos fundamentais em nome de uma maior eficiência no enfrentamento às novas formas assumidas pela criminalidade.

Em face deste cenário, o catedrático aponta para uma tendência, no cenário espanhol, de se buscar respostas penais para todo e qualquer problema/conflito urgente que se vislumbre na vida cotidiana, por meio da criação de novos delitos ou da majoração das penas já previstas no ordenamento jurídico. Esse movimento implica um processo de “vulgarização” da resposta punitiva, alimentada pela ideia – disseminada pelos poderes públicos e pelos meios de comunicação – de que a pena é uma espécie de “panaceia universal”, ou seja, uma resposta “lógica e eficaz” para todos os problemas sociais.

Isso requer uma “mudança das lentes” por meio das quais os poderes públicos têm reagido às demandas por segurança por parte da sociedade. Esse fenômeno, no Brasil, requer especial atenção – particularmente diante do fato de que, entre nós, já desde o apagar das luzes

do século XX assiste-se a um movimento de recrudescimento punitivo que se encontra cristalizado na denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) a qual, no nosso sentir, foi responsável por uma “guinada paradigmática” no modo como passamos a tratar, em nosso ordenamento jurídico, as questões relacionadas ao delito.

Desde então, enquanto outros ramos do Direito passaram a viver, entre nós, momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou apenas regulamentação administrativa, no âmbito do Direito Penal se verifica o contrário: proliferam os tipos penais intangíveis e abstratos; incriminam-se variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social; aumentam-se indiscriminadamente as penas; relativizam-se os princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; amplia-se extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais; e, finalmente, reduzem-se garantias processuais por meio da substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência. Tudo isso, não raramente, no bojo de “Pacotes” legislativos que, alicerçados em demandas expansionistas, geram mais instabilidades e inconsistências do que efetivamente contribuem para o “aprimoramento” da legislação penal e processual penal – a exemplo do famigerado “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019).

Esta desmedida ampliação do âmbito de incidência do Direito Penal tem, dentre outros objetivos, o de aplacar o clamor social, iludindo-se, assim, a população, que passa a sentir mais segura com o recrudescimento punitivo, ainda que dito movimento cumpra com funções meramente simbólicas, ou seja, de encobrimento da incapacidade do Estado no enfrentamento de determinados problemas sociais. Neste rumo, a expansão do Direito Penal se apresenta como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que busca no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução (fácil) aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se em nível instrumental (da proteção efetiva).

Diante deste contexto, o artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado?

O texto, perspectivado pelo método hipotético-dedutivo, estrutura-se em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

## **2 O expansionismo penal como uma questão *global* com reflexos *locais***

A ênfase dada aos riscos/perigos da criminalidade na contemporaneidade gera um alarmismo não justificado em matéria de segurança, que redundando no reclamo popular por uma maior presença e eficácia das instâncias de controle social, diante daquilo a que Pérez Cepeda (2007, p. 31) denomina de “cultura da emergência”. Em um contexto tal, o Direito Penal – dada a sua contundência – é apresentado como instrumento privilegiado de resposta (eficaz) aos anseios por segurança. Esse movimento evidencia, na perspectiva de Silva-Sánchez (1999), uma canalização irracional das demandas sociais por mais *proteção* como demandas por *punição*, o que de certa forma até pode ser visto como razoável, dado que em um mundo onde as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, a busca por elementos de orientação normativa – e o Direito Penal, nesse caso, assume especial relevância – se converte quase que em uma obsessão.

Esse contexto pode ser analisado como um conjunto de respostas construídas ao medo e à insegurança enquanto sentimentos fundamentais de compreensão da realidade contemporânea (PÉREZ CEPEDA, 2007). A política criminal que se apresenta no sentido de dar respostas aos riscos da sociedade contemporânea possui alguns traços característicos que são sintetizados por Díez Ripollés (2007, p. 134-135) em: a) uma considerável ampliação dos âmbitos sociais passíveis de intervenção penal, a qual passa a abarcar tanto as novas realidades sociais problemáticas quanto as realidades preexistentes cuja vulnerabilidade é potencializada; b) uma significativa transformação dos objetivos e do campo de atuação da política criminal, que passa a se preocupar majoritariamente com a criminalidade dos poderosos, únicos capazes de desenvolver as novas formas delitivas e que até então dificilmente entravam em contato com o sistema punitivo; c) a proeminência que é dada à intervenção punitiva em detrimento de outros instrumentos de controle social; d) a necessidade de “adequar” os conteúdos do Direito Penal e Processual Penal às dificuldades ínsitas à persecução às novas formas assumidas pela criminalidade, o que perpassa por um processo de “atualização” dos instrumentos punitivos no sentido de torná-los mais eficientes.

Nesse contexto, o Direito Penal se expande e se rearma, sendo possível destacar algumas características essenciais que passa a assumir. A primeira dessas características é uma maior identificação/solidarização da coletividade com as vítimas, em decorrência do medo de tornar-se uma delas. Com isso, deixa-se de ver no Direito Penal um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal, o que redundando em um consenso restritivo quanto aos riscos

tolerados, dado que o sujeito que se considera enquanto vítima potencial de um delito não aceita a consideração de determinados riscos como permitidos. Isso resulta em uma definição social-discursiva expansiva do âmbito de incidência do Direito Penal, visto que a identificação social com as vítimas da criminalidade implica a reivindicação por maior eficiência na sua aplicação e/ou na reparação dos efeitos do delito.

Uma segunda característica, decorrente da anterior, é a *politização* do Direito Penal por meio da utilização política da noção de segurança. Esse movimento pode ser considerado como resultado/consequência de um empobrecimento ou simplificação do discurso político-criminal, que passa a ser orientado tão somente por campanhas eleitorais que oscilam ao sabor das demandas conjunturais – midiáticas, populistas – em detrimento de programas efetivamente emancipatórios (PÉREZ CEPEDA, 2007). Como destaca Quintero Olivares (2019),

los legisladores promulgan leyes porque creen que van a ser útiles a la sociedad, o, lo que también es frecuente, a la imagen del partido político que las promueve, y, por lo mismo, a nadie le puede extrañar que el derecho penal (y no solo en España) cada vez castigue *acciones que no ofenden bien jurídico alguno*, salvo que lo inventemos transformando en bien jurídico a todo interés, o todo *sentimiento*, por respetable que sea.

Torna-se possível, assim, a afirmação de que o fenômeno da expansão do Direito Penal também se deve à busca incessante de resolução dos conflitos sociais através de políticas populistas, isto é, que servem para aplacar o clamor social, mas que não apresentam qualquer resolução efetiva para o problema. Os “legisladores de plantão” estão sempre prontos com os seus “pacotes” de medidas de resolução da criminalidade que se traduzem, normalmente, em aumento de penas e restrições de garantias. Esse cenário é observado em inúmeros países do mundo, sendo observado, no contexto europeu, além de Quintero Olivares (2019), por inúmeros outros autores que no decorrer deste estudo são nominados.

No Brasil, esse contexto também fica muito evidente a partir da promulgação, em 2019, da Lei nº 13.964 – que reúne um conjunto de alterações tendentes ao “aperfeiçoamento” da legislação penal e processual penal brasileira – que ficou conhecida como “Pacote Anticrime” (BRASIL, 2019). Referida legislação alterou vários dispositivos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), dentre outras.

O “Pacote Anticrime”, na esteira de outras legislações que, desde os anos 1990, vêm sendo promulgadas no Brasil com o escopo de tornar mais *efetiva/contundente* a resposta estatal

ao delito, evidencia como “os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade – deixam de buscar o *melhor* para preocupar-se apenas com *o que pode ser transmitido de melhor* e aumentar sua clientela eleitoral.” (ZAFFARONI, 2007, p. 77). Isso porque o político que pretender confrontar o discurso majoritário acerca da criminalidade é logo desqualificado e marginalizado dentro de seu próprio partido, razão pela qual acaba por assumi-lo, seja por cálculo eleitoreiro, seja por oportunismo ou até mesmo por medo. Diante da imposição do discurso midiático, os políticos “devem optar entre aderir à publicidade da repressão e ficar na moda (tornar-se *cool*) ou ser afastados pelos competidores internos de seus próprios partidos, que aproveitariam o flanco débil de quem se mostra *antiquado* e *impopular*, ou seja, não *cool*.” (ZAFFARONI, 2007, p. 78).

Como assevera Albrecht (2000), as leis penais não servem somente para os fins instrumentais da efetiva persecução penal, mas devem fortalecer os valores e as normas sociais. A discussão política, mediante a atenção a grupos de interesses, aterrissa no âmbito da legislação. Inclusive os “interesses abstratos do próprio Estado” se encontram nos caminhos da atividade legislativa. Assim, as reformas da criminalização são apreciadas em todos os campos políticos como meio de reafirmação simbólica de valores.

No caso do “Pacote Anticrime”, no Brasil, esse movimento fica muito evidente. Em sua exposição de motivos, a legislação em questão estabelece, como objetivo, a alteração da legislação penal e processual penal brasileira para, assim, aumentar o índice de segurança da população, paralelamente ao aumento da eficácia no combate ao crime organizado, aos crimes violentos e à corrupção. Em linhas gerais, a “promessa” legislativa era a redução da criminalidade no país por meio do enrijecimento da legislação penal e da supressão de garantias processuais penais. Nitidamente, uma legislação criada “sob encomenda” para atender ao “senso comum” punitivo.

O problema, segundo Díez Ripollés (2007), não é o fato de que a experiência e as percepções cotidianas do povo condicionem a criação e aplicação do Direito, o que é absolutamente legítimo em um ambiente democrático, mas sim o fato de que essas experiências e percepções são atendidas pelo legislador, na maioria das vezes, sem intermediários especializados, ou seja, sem a interposição de uma reflexão que valere as complexas consequências a que toda decisão penal conduz. Ou seja, no marco do populismo punitivo, as decisões de política criminal se adotam com desconhecimento da evidência e baseiam-se em assunções simplistas de uma opinião pública não informada (LARRAURI PIJOAN, 2005).

Com isso, da mesma forma como acontece no campo midiático, no campo político, a valorização da intervenção da justiça penal atua como mecanismo de encobrimento e ocultação



das contradições do sistema. Ela viabiliza a *personalização* dos problemas sociais, em detrimento de uma imputação política. Com isso, esquiva-se de uma intervenção político-estrutural, trasladando a discussão para aspectos acessórios de forma a desviá-la da essência do problema (ALBRECHT, 2000).

Uma das características marcantes desse processo de “apropriação” do medo e sua racionalização pela política, decorrente justamente da utilização do Direito Penal como “arma política”, é a supressão da dicotomia esquerda-demandas de descriminalização/direita-demandas por criminalização. A esquerda política, historicamente identificada com a compreensão da penalização de determinadas condutas como mecanismo de manutenção do *status quo* do sistema político-econômico de dominação, descobre na contemporaneidade que algumas formas de “neocriminalização” tipicamente de esquerda, como, por exemplo, os delitos de discriminação racial, os que são praticados pelos “colarinhos brancos”, ou os que têm por vítimas mulheres/minorias, são importantes mecanismos de captação de credibilidade política – leia-se “votos”. Assim, os movimentos politicamente alternativos que no princípio mostravam pouca confiança no Estado e na lei hoje também figuram entre os propagandistas do Direito Penal e entre os produtores ativos de leis. Por outro lado, a direita política descobre que a aprovação de normas penais é uma via para adquirir matrizes políticas progressistas (CANCIO MELIÁ, 2005).

As alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no enfrentamento jurídico-penal às organizações criminosas, no Brasil, são emblemáticas para compreender esse fenômeno. O Pacote Anticrime alterou dispositivos da Lei nº 12.850/2013 para estipular penalidades mais severas aos autores de tais crimes. O artigo 2º, § 8º, da referida Lei dispõe que as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição, deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. Por seu turno, o § 9º do art. 2º estabelece que os integrantes de organização criminosa, ou quem praticou crime por meio de organização criminosa, após condenação expressa em sentença, não poderão progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais, se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Tal panorama – aqui exemplificado por meio das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no âmbito do enfrentamento às organizações criminosas no Brasil – evidencia, ao fim e ao cabo, uma escalada “na qual ninguém está disposto a discutir de verdade questões de política criminal no âmbito parlamentar e na qual a demanda indiscriminada de maiores e mais efetivas penas já não é um tabu político para ninguém.” (CANCIO MELIÁ, 2005, p. 104). Nesse sentido, Brandariz García (2004, p. 37-38) destaca que “las crecientes demandas

públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad.”

Outra característica que merece destaque é a cada vez maior instrumentalização do Direito Penal no sentido de evitar que os riscos se convertam em situações concretas de perigo. Surgem leis penais *preventivas* para evitar o reproche da inatividade política diante dos riscos, visto que “el Derecho penal preventivo es un medio ideal de consolación política, una carta de presentación para demostrar que aparentemente existe una actividad política. Ya ninguna política prescinde de el en su arsenal de recursos.” (ALBRECHT, 2000, p. 483).

Com efeito, o componente *futuro* é marcante na ideia de risco, visto que é com base nele e na sua incalculabilidade que as ações presentes devem ser determinadas: a ameaça futura é o centro da consciência em relação aos riscos. Assim, no lugar de um Direito Penal que reacionava *a posteriori* contra um feito lesivo individualmente delimitado, surge um Direito Penal de gestão punitiva dos riscos em geral, tornando-se possível falar em um processo de *administrativização* do Direito Penal, que traz em seu bojo uma supervalorização e o consequente incremento punitivo de infrações de deveres de cuidado, de forma a dar resposta aos delitos de perigo abstrato, no marco da luta contra as novas formas de criminalidade (SILVA SÁNCHEZ, 1999).

Pérez Cepeda (2007) salienta, a propósito, que se vive na sociedade de risco uma autêntica “cultura preventiva”, na qual a prevenção acompanha o risco como uma sombra, desde os âmbitos mais cotidianos até os de maior escala, cujo exemplo maior são as guerras preventivas. Este adiantamento da intervenção do Direito Penal ao estágio prévio à lesão do bem jurídico é um dos traços mais marcantes da nova *doxa* punitiva. Na lição de Pérez Cepeda (2007, p. 313), configura-se uma legislação penal no pretérito imperfeito do subjuntivo, a partir da qual “los comportamientos que se van a tipificar no se consideran previamente como socialmente inadecuados, al contrario, se criminalizan para que sean considerados como socialmente desvalorados.” Com isso, há uma revitalização da ideia do Direito Penal enquanto força conformadora de costumes, ou seja, passa-se a ver no Direito Penal um mecanismo de orientação social de comportamentos.

Para adiantar a intervenção punitiva são utilizadas estruturas típicas de mera atividade, ligadas aos delitos de perigo abstrato, em detrimento de estruturas que exigem um resultado material lesivo (perigo concreto)<sup>1</sup>. Nesse sentido,

se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, cuando no se integra ésta dentro de las modalidades de autoría y participación, además se aproximan, hasta llegar a veces e neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación, de la misma manera se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad. (PÉREZ CEPEDA, 2007, p. 332).

Paralelamente à antecipação da intervenção punitiva, verifica-se um despreço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como “obstáculos” à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança da contemporaneidade. Silva Sánchez (1999, p. 55-56) refere que

desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios y garantías del Derecho penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas.

Com efeito, a partir do fenômeno expansivo vivenciado pelo Direito Penal, além do incremento dos comportamentos elevados à categoria delitiva por meio da antecipação da intervenção punitiva ao estágio prévio à efetiva lesão dos bens jurídicos, verifica-se um processo de flexibilização das garantias político-criminais materiais e processuais, mediante o desrespeito ao princípio da legalidade penal, a redução das formalidades processuais, a violação ao princípio da taxatividade<sup>2</sup> na elaboração dos tipos penais, a violação ao princípio da culpabilidade, etc.

Atenta a esta realidade, Pérez Cepeda (2007, p. 330-331) assevera que

---

<sup>1</sup> Hassemer (1999, p. 55) assinala que os delitos de perigo abstrato ampliam o âmbito de aplicação do Direito Penal, pois, ao prescindir do prejuízo, prescinde-se também de demonstrar a causalidade. Basta somente provar a realização da ação incriminada, cuja periculosidade não tem que ser verificada pelo juiz, já que foi o motivo que levou o legislador a incriminá-la. O trabalho do juiz fica assim extraordinariamente facilitado.

<sup>2</sup> Ferreres Comella (2002, p. 21) assinala que o princípio da taxatividade não é outra coisa senão a exigência de que os textos em que se prevêm as normas sancionadoras descrevam com suficiente precisão as condutas que estão proibidas e quais as sanções que serão impostas às pessoas que nela incorrerem.

aparecen significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales e procesales, en la medida en que se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco, que confía la delimitación del ámbito de lo prohibido a la normativa administrativa, con el consiguiente vaciamiento de la antijuridicidad, que pasa a ser puramente formal; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de desobediencias.

Outra questão que permite um paralelo da realidade brasileira com o contexto espanhol analisado por Quintero Olivares (2019) diz respeito à revalorização do componente aflitivo da pena, rechaçado, durante a maior parte do século XX, porque considerado anacrônico em um sistema penal alicerçado nos princípios estatuídos pela Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema, Garland (2005, p. 43) assevera que “durante la mayor parte del siglo XX era virtualmente tabú la expresión abiertamente asumida de sentimientos vengativos, al menos por parte de los funcionarios del Estado.” No entanto, nos últimos anos, “los intentos explícitos de expresar la ira y el resentimiento públicos se han convertido en un tema recurrente de la retórica que acompaña la legislación y la toma de decisiones en materia penal.” (GARLAND, 2005, p. 43).

Com efeito, cada vez mais são tomados como argumentos os sentimentos das vítimas e/ou seus familiares, bem como de uma população cada vez mais temerosa diante do fenômeno da criminalidade, para apoiar a elaboração de novas e mais rígidas leis penais. Nesse cenário,

desde una visión marcadamente consensual de la sociedad, que minusvalora las diferencias de oportunidades entre sus miembros, la delincuencia se percibe como un premeditado y personalmente innecesario enfrentamiento del delincuente con la sociedad, que exige una respuesta que preste la debida atención a la futilidad de las motivaciones que han conducido a ella. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 84).

Nesse sentido, a pena deixa de levar em conta qualquer possibilidade de reabilitação/ressocialização do delinquente, o que conduz a uma revalorização do componente aflitivo da pena, ensejando “una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que, en buena parte, se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias de la comisión de un delito” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 85), o que resta claro a partir do aumento do tempo de prisão cominado para determinados crimes, do endurecimento do regime penitenciário, do estabelecimento de condições mais estritas para a progressão de regime, da criação de regimes disciplinares diferenciados de cumprimento de pena, etc.

A propósito do tema do enrijecimento do regime penitenciário – que será aprofundado no tópico subsequente –, destaca-se, no Brasil, a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 75 do Código Penal, aumentando o limite máximo de pena privativa de liberdade que pode ser cumprida no país: na redação anterior do dispositivo o teto era de 30 anos; hoje, esse limite foi aumentado para 40 anos.

Além disso, diversas figuras típicas do Código Penal e da legislação penal extravagante foram incluídas, pelo Pacote Anticrime, ao rol dos crimes hediondos da Lei nº 8.072/1990, o que certamente impactará o sistema carcerário brasileiro – reconhecidamente imerso em um “estado inconstitucional de coisas” (ADPF nº 347). Foram incluídos na referida lei: a) o crime de roubo quando circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V), assim como quando circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B); b) a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º); c) o furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A); d) o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e) o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; f) o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

Nitidamente, estamos diante de um fenômeno paradoxal de “redescoberta da pena de prisão” quando nunca na história foi tão evidente a falência de nosso sistema carcerário. A prisão era considerada uma instituição problemática que, embora necessária como último recurso, era contraproducente no que diz respeito aos objetivos correccionais, o que levou ao investimento de muito esforço na tarefa de criar alternativas ao encarceramento e sinalizá-las aos juízes penais para que fossem efetivamente aplicadas.

Durante a maior parte do século XX parecia produzir-se uma mudança fundamental no sistema de penas, contra o encarceramento e em favor das penalidades monetárias e outras formas de penas supervisionadas pela comunidade. No entanto, nas últimas décadas verifica-se no mundo todo – e no Brasil não tem sido, obviamente, diferente – uma inversão dessa tendência, assistindo-se à redescoberta da prisão como pena por excelência, não no que diz respeito à sua capacidade socializadora ou reabilitadora, mas sim como meio de incapacitação e castigo que satisfaz a contento as demandas populares por retribuição e segurança pública (GARLAND, 2005). Nesse processo,

una institución con una larga historia de expectativas utópicas e intentos periódicos de reiventarse – primero como penitenciaría, luego como reformatorio y, últimamente, como centro correccional – finalmente ha visto su ambición reducida drásticamente a la incapacitación y el castigo retributivo. (GARLAND, 2005, p. 51).

Assim, de uma instituição decadente e fadada ao ostracismo, a prisão transforma-se em um importante pilar da ordem social contemporânea, fenômeno denunciado por Quintero Olivares (2019) quando salienta que

todo apunta, por desgracia, a que las prisiones serán, por mucho tiempo, las reinas del sistema punitivo, y los legisladores, especialmente los españoles, no muestran especiales deseos de que las cosas cambien, posiblemente, se dirá, por miedo al rechazo social y al uso demagógico que harán otros partidos políticos contra cualquier paso dirigido a reducir la prisión. Y, no nos engañemos, la cuestión penal no compensa una eventual pérdida de votos. Incluso podríamos comprobar que ni la restauración de la pena de muerte tenía efectos significativamente negativos en el electorado.

São estas as principais características que o Direito Penal orientado ao enfrentamento aos novos riscos, medos e inseguranças da contemporaneidade apresenta – em âmbito global e local –, o que acena para o fato de que se está diante da configuração de um modelo de intervenção punitiva que representa um sério risco às liberdades e garantias fundamentais do cidadão, com sérias consequências no campo da execução penal, conforme análise a ser empreendida na sequência.

### **3 Os reflexos da expansão punitiva no campo da execução penal**

Ao analisar a temática da execução penal em solo espanhol, Quintero Olivares (2019) salienta sua preocupação com a “excesiva abundancia de penas privativas de libertad en nuestro sistema, así como la exagerada duración de muchas de las que se imponen”, demonstrando uma postura de desalento ao afirmar que “la revisión de esa realidad costará mucho tiempo y no hay que abrigar esperanzas de grandes cambios.”

No Brasil, parece que restam poucas esperanças aos que almejam um “futuro” da execução das penas menos aflitivo e violador de Direitos Humanos. A Lei nº 13.964/2019, nesse sentido, não criou filtros restritivos ao encarceramento. Pelo contrário, ela se encontra alicerçada na crença – há muitos anos denunciada pela Criminologia Crítica – de que a prisão, efetivamente, funciona. Isso fica evidente quando se constata que uma das mudanças mais impactantes produzidas pelo “Pacote Anticrime” no campo da execução penal diz respeito, no âmbito da Lei nº 7.210 (Lei de Execuções Penais - LEP), às normas que regulamentam a progressão de regime de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Anteriormente à vigência da Lei nº 13.964/2019, nos termos do art. 112, LEP, o sujeito condenado poderia progredir de regime, mediante determinação do juiz da execução penal, desde que tivesse cumprido um sexto do tempo total da pena e que fosse comprovado seu bom comportamento no espaço carcerário. Nos casos regidos pela Lei dos Crimes Hediondos as regras para progressão eram mais rígidas, exigindo o cumprimento de dois quintos e três quintos da pena para condenados primários e reincidentes, respectivamente. Com a vigência do “Pacote Anticrime” o artigo 112, LEP, passou a ter a seguinte redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I – 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II – 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III – 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV – 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado;

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Da análise do dispositivo legal citado percebe-se o aumento da quantidade da pena a ser executada pelo condenado para que possa progredir ao regime mais benéfico, demonstrando, também, restrições ao processo de individualização na fase executiva. Além disso, a Lei nº 13.964/2019 alterou e adicionou parágrafos ao art. 112, LEP, prevendo que:

a) o apenado, em qualquer caso, somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão (§1º);

b) a decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes (§2º);

c) não se considera hediondo ou equiparado, para os fins de aplicação do art. 112 o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (§5º);

d) o cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente (§6º).

De acordo com Krauser, Engelmann e Hauser (2020, p. 218), “houve, na maior parte dos casos, uma exasperação dos requisitos que cercam a progressão de regime”, sendo que essas “inovações legislativas configuram-se um irrefutável retrocesso, visto que aumentam o lapso temporal de segregação do preso, e conseqüentemente, elevam o gasto público com a execução penal.”

Do mesmo modo, o art. 83 do Código Penal brasileiro, que rege o livramento condicional, sofreu alterações decorrentes da Lei nº 13.964/2019, sendo que seu inciso III passou a exigir, para a concessão do benefício, a comprovação: a) do bom comportamento durante a execução da pena; b) do não cometimento de falta grave nos últimos doze meses; c) do bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; d) da aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. Esse incremento dos requisitos no dispositivo citado tornam a norma mais severa, dificultando o acesso do condenado ao benefício do livramento condicional.

O art. 122, LEP, que versa sobre a saída temporária dos apenados, também sofreu alterações por meio da edição do “Pacote Anticrime”. O dispositivo passou a contar com dois parágrafos, que estabelecem que: a) a ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução (§1º); b) não terá direito à saída temporária o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte (§2º). Mais uma vez, a “crença na pena privativa de liberdade” mostra sua face no bojo do processo de “aprimoramento” legislativo proposto pela Lei nº 13.964/2019: notadamente, buscou-se enrijecer os dispositivos que dizem respeito à execução penal, dificultando que os apenados acessem determinados benefícios que, no caso do §2º, configura *bis in idem*, na medida em que a vedação à saída temporária de acusados pela prática de crime hediondo com resultado morte independe de sua primariedade ou bom comportamento no cárcere, o que representa, em síntese, uma dupla punição.

Por fim, cumpre salientar que o Pacote Anticrime também alterou, no âmbito da LEP, o denominado regime disciplinar diferenciado (RDD). O *caput* do art. 52 passou a permitir a inclusão de condenados nacionais e estrangeiros no conjunto dos sujeitos que podem submetidos à medida. Já o inciso primeiro do art. 52 alterou o prazo de duração máxima do



RDD, que passou de 360 dias para dois anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie. O inciso terceiro alterou o regime de visitas nesse regime, sendo que a frequência da visitação passa de semanal a quinzenal, com duração máxima de duas horas em ambiente que não permita qualquer contato físico entre detento e visitantes. O quarto inciso também foi alterado, sendo o banho de sol agora realizado grupos de até quatro pessoas e sem contato entre presos do mesmo grupo criminoso. O parágrafo primeiro do art. 52, por seu turno, permite que o preso seja conduzido ao RDD caso apresente “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” ou se recaírem, sobre ele, “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.” Não há qualquer especificação legal sobre o que seriam tais “fundadas suspeitas”, abrindo-se, portanto, o flanco para a discricionariedade na aplicação de uma medida que, sabidamente, é própria de um regime de cumprimento de pena rechaçado pela Constituição Federal de 1988: degradante e cruel.

Esse endurecimento das condições jurídicas da população encarcerada ocorre em um contexto no qual a infringência aos direitos humanos dos apenados pode ser considerada uma constante. A não observância das condições básicas à vida digna transforma o sistema prisional brasileiro em um espaço geograficamente delimitado de afronta às diretrizes da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Execução Penal. As funções atribuídas e legitimadoras à privação de liberdade parecem desprezadas e aparentam não obter o êxito formalmente almejado. Mesmo assim, influxos punitivistas insistem em fazer do cárcere o destino por excelência, no Brasil, daqueles estratos que historicamente estiveram à margem de nossa sociedade.

#### **4 Considerações finais**

Dentro dos limites deste trabalho, foram analisadas algumas características do fenômeno expansivo vivenciado pelo Direito Penal brasileiro na contemporaneidade. As medidas punitivistas gestadas no país nas últimas décadas têm produzido uma superpopulação carcerária, colocando o Brasil na terceira posição do *ranking* internacional no que se refere ao número de pessoas presas. Paralelamente, as condições de vida no cárcere brasileiro tornam-se cada vez mais desumanas, fazendo com que o país seja reiteradamente denunciado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos em virtude da situação caótica nas quais se encontram as suas penitenciárias. Nesse sentido, convém salientar que o perfil da população carcerária nacional, composta, majoritariamente, de homens jovens, negros e pobres, também evidencia

que a prisão, antes de uma instituição disciplinar, em uma época na qual enormes contingentes humanos não são mais úteis ao sistema de produção, transforma-se em um local destinado àqueles sujeitos considerados inservíveis ao modelo vigente.

O fato é que, como salientado por Quintero Olivares (2019), as tendências que têm sido observadas como características do fenômeno contemporâneo do expansionismo penal, tanto na Espanha quanto no Brasil, se encontram em posição diametralmente oposta às diretrizes punitivas que são próprias do exercício do *jus puniendi* em um Estado Democrático de Direito.

Essas características do expansionismo penal significam, invariavelmente, um movimento de retomada do repressivismo em relação àquelas pessoas que, pauperizadas, ocupam espaços marginais na organização das sociedades contemporâneas e, reflexamente, transformam-se em alvos preferenciais da intervenção punitiva. Com isso, busca-se legitimar um modelo de política criminal que “naturaliza” a existência de cidadãos de primeira, segunda e, não raro, terceira classe – a exemplo do que se tem observado em relação à implementação do Direito Penal como coadjuvante das políticas (xenofóbicas) de controle de fluxos migratórios por alguns países da União Europeia e à seletividade étnico-racial que marca indelevelmente o sistema penal brasileiro desde os primórdios de sua história.

## Referências:

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000, p. 471-487.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In. CABANA, P. F.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L. M. (org.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 15-63.

CANCIO MELIÁ, Manuel. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito penal. Trad. Lúcia Kalil. In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b, p. 89-115.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ano XXXV, n. 103, jan.-abr. 2002, p. 63-97.

FERRERES COMELLA, Victor. *El principio de taxatividad em matéria penal y el valor normativo de la jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 2002.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 1999.

KRAUSER, Bruna Oliveira; ENGELMANN, Fernanda; HAUSER, Ester Eliana. Os impactos do pacote anticrime (Lei 13.964/19) no processo de execução de penas privativas de liberdade no Brasil. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: DPE, ano 11, n. 26, 2020, p. 218-239.

LARRAURI PIJOAN, Elena. Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión, em *Derecho penal y la política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Las penas en el siglo XXI, reflexiones obligatorias. ROCA DE AGAPITO, L. (dir.). *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SALOMÃO, Saulo Salvador. *Calabouços da miséria: uma análise crítica sobre a criminalização da pobreza no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madri: Cuadernos Civitas, 1999.

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