

A RETOMADA DO DISCURSO POPULISTA PUNITIVO NO BRASIL: UM ESTUDO DOS ASPECTOS ANTIGARANTISTAS DA LEI Nº 13.964 DE 2019

Samuel Cordeiro Orling de Souza¹
Ana Paula Fernandes Teixeira²

RESUMO

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada de “Pacote Anticrime”, entrou em vigor com a finalidade de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, sendo que, em busca de alcançar essa finalidade, promoveu modificações em variados institutos do ordenamento jurídico brasileiro. Sob essa perspectiva, o artigo tem como objetivo analisar os aspectos antigarantistas que estariam presentes na Lei nº13.964/2019, verificando se, por meio deles tem ocorrido a retomada do discurso populista punitivo no Brasil. Para tanto, utilizou-se de pesquisa exploratória e qualitativa, mediante coleta de dados bibliográficos e documentais. Verificou-se que o Pacote Anticrime tem sido inserido no ordenamento jurídico brasileiro em um contexto no qual tem ganhado notoriedade o autoritarismo penal manifesto por meio do recrudescimento da legislação, evidenciando-se um cenário marcado pelo Direito Penaldo autor, no qual ele é tratado como inimigo. Afasta-se, assim, o paradigma contemporâneo do Direito Penal, que tem como marco a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), bem como os movimentos garantistas que buscam a valorização de direitos fundamentais relacionados à tutela da dignidade da pessoa humana, postulado que se mostra necessário ao justo e escorreito devido processo legal na seara criminal. Nesse sentido, concluiu-se que a Lei nº 13.964/19, por meio das alterações produzidas, tais como a execução provisória da pena no âmbito dos julgamentos do tribunal do júri; o aumento do tempo para cumprimento de pena em regime fechado; previsão de hipóteses em abstrato de prisão preventiva, dentre

¹Graduado em Direito pelo Centro Universitário FIPMoc (UNIFIPMoc).

²Docente do curso de Direito do Centro Universitário FIPMoc e mestre em Desenvolvimento Social (Unimontes).

outros aspectos, tem-se alinhado aos discursos populistas punitivos que contrariam a ordem constitucional vigente, conflitando, desse modo, com muitos dos axiomas prescritos pelo garantismo penal.

Palavras-chave: Direito Penal do inimigo. Garantismo penal. Punitivismo. Lei nº 13.964/19.

THE RESUMPTION OF PUNITIVE POPULIST DISCOURSE IN BRAZIL: A STUDY OF THE ANTI-GARANTIST ASPECTS OF LAW No. 13,964/2019

ABSTRACT

Law No. 13,964, of December 24, 2019, called the “Anti-Crime Package”, came into force with the purpose of improving criminal and criminal procedural legislation, and, in pursuit of achieving this purpose, it promoted changes in various institutes of the Brazilian legal system. From this perspective, the article aims to analyze the anti-garantist aspects that would be present in Law No. 13,964/2019, verifying whether, through them, there has been a resumption of the punitive populist discourse in Brazil. To this end, exploratory and qualitative research was used, through the collection of bibliographic and documentary data. It was found that the Anti-Crime Package has been inserted into the Brazilian legal system in a context in which criminal authoritarianism manifested through the resurgence of legislation has gained notoriety, evidencing a scenario marked by the Criminal Law of the author, in which he is treated as enemy. This moves away from the contemporary paradigm of Criminal Law, which has as its landmark the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB/88), as well as the guarantor movements that seek to value fundamental rights related to the protection of dignity of the human person, a postulate that is necessary for fair and accurate due legal process in the criminal field. In this sense, it was concluded that Law No. 13,964/19, through the changes made, such as the provisional execution of the sentence within the scope of jury trials; the increase in the time for serving a sentence in a closed regime; prediction of abstract hypotheses of preventive detention, among other aspects, has been aligned with punitive populist discourses that contradict the current constitutional order, thus conflicting with many of the axioms prescribed by criminal guaranteeism.

Keywords: Enemy Criminal Law. Criminal guarantee. Punitivism. Law No. 13,964/19.

INTRODUÇÃO

O rompimento do paradigma do Estado de Bem-Estar Social trouxe a retomada dos discursos populistas punitivos na América Latina, com reflexos nas leis penais e processuais penais de muitos países que a integram, o que se

contrapõe à ordem neoconstitucional responsável por privilegiar a tutela de direitos e garantias fundamentais.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que, mesmo após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que é considerada uma “Constituição Cidadã”, ainda são constatadas situações nas quais se tentam suprimir conquistas garantistas por meio da aprovação de leis que violam direitos fundamentais assegurados no texto constitucional.

Sob essa perspectiva, o artigo tem como objetivo discorrer acerca dos aspectos antigarantistas presentes na Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), analisando se por meio deles tem ocorrido a retomada do discurso populista punitivo no Brasil.

A justificativa científica e social para o desenvolvimento do trabalho consiste na relevância de se compreender que a modernização do sistema de justiça criminal não deve ser buscar por meio da aprovação de leis que resultam na supressão de direitos e garantias fundamentais, como tem ocorrido com a promulgação da Lei nº 13.964/19.

Assim, para o alcance do objetivo proposto, serão analisadas variadas questões que abarcam a temática, dividindo-se, para tanto, o artigo em três seções, as quais serão responsáveis por discorrer, respectivamente, sobre os movimentos de políticas criminais; acerca do Direito Penal do inimigo e da Lei nº13.964/19; e, por fim, a respeito dos aspectos antigarantistas presentes no Pacote Anticrime.

Destaca-se que, para o desenvolvimento do presente trabalho, será adotada a pesquisa bibliográfica, cuja abordagem dará enfoque aos entendimentos constitucionais, legais e teóricos sobre o assunto.

DESENVOLVIMENTO

Os movimentos de política criminal

Para se analisarem os impactos produzidos no ordenamento jurídico penal brasileiro pelo denominado Pacote Anticrime, como ficou conhecida a Lei nº13.964/19, é preciso, antes, discorrer a respeito das políticas criminais, ou seja,

acerca das correntes teóricas que ditam os rumos do Direito Penal e do Direito Processual Brasileiro.

Na esteira do entendimento apresentado por Dotti (1999, p. 424), conceitua-se política criminal como “o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais.”

A política criminal deve ser elaborada e executada dentro de uma realidade humana e social vigente; é por meio dela que o Estado elegerá os bens jurídicos tutelados. Nesse sentido, Prado (2009, p. 44) conceitua bens jurídicos:

Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.

Uma dessas políticas criminais, o minimalismo penal, garantismo ou movimento garantista, intensificou-se a partir das décadas de 1960 e 1970, por meio de uma construção teórica que propõe a contração do sistema penal com base nos princípios da insignificância e da intervenção mínima do Estado. Ferrajoli (2002, p. 30) diz que o garantismo é orientado a “assegurar, a respeito de outros modelos de Direito Penahistoricamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.”

Verifica-se sobre o garantismo, a existência do princípio da intervenção mínima, pressupondo que o Estado deverá intervir minimamente nas relações sociais. Esse princípio é basilar para a compreensão dessa corrente alternativa, que prega o Direito Penal como *ultima ratio*, quer dizer, a última alternativa do Estado (FERRAJOLI, 2002).

Sob esse prisma, propõe um domínio do Direito Penal que resguarde bens vitais para a convivência em sociedade, sem exceder os limites da intervenção estatal, haja vista que a dignidade da pessoa humana, e os demais princípios e garantias constitucionais necessitam ser tratados como fundamentais e, assim,

funcionarem como os limites que o Estado não deverá ultrapassar. Dentre os limites que o Estado não deve ultrapassar, estão a legalidade, como disciplinam Streck e Morais (2014, p. 102):

A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não impedimento de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a coerção através da sanção das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo.

No mesmo pensamento, salienta Callegari (1998, p. 478): “haja vista que o Direito Penal luta com o bem jurídico liberdade, um dos mais importantes dentre todos, nada mais lógico do que esse ramo do Direito obrigar-se a dispor das máximas garantias individuais.”

O garantismo constitui a tese de que o Direito Penal funciona como a *ultima ratio*, ou seja, condutas consideradas danosas e relevantes deverão ter guarida no Direito Penal, sob a égide de ser menos interventor nos direitos e liberdades individuais:

A justiça penal, com o caráter inevitavelmente desonroso de suas intervenções, não pode ser incomodada e, sobretudo, não pode incomodar os cidadãos por fatos de escasso relevo, como o são a maior parte dos atualmente castigados com simples multas (FERRAJOLI, 2006, p. 383-384).

O movimento de política criminal garantista é o que mais se aproxima daquilo que a ordem constitucional vigente proclama acerca dos direitos e garantias fundamentais assegurados a todos os cidadãos. Gomes (2006, p. 121) endossa que “nem a lei e muito menos a pena pode ser ofensiva à dignidade humana, sob pena de inconstitucionalidade patente.”

A teoria do garantismo penal, do italiano Luigi Ferrajoli, apresentada por meio da obra “Direito e Razão”, propõe os fundamentos para um processo penal mais justo, democrático em que os sujeitos sejam possuidores de garantias processuais e que, por meio delas, possam ser estabelecidos os limites da persecução penal estatal frente ao indivíduo acusado de uma prática delitiva.

Em sua obra, Ferrajoli (2002) estabelece princípios que deverão ser observados para que não se tenha um Estado arbitrário, e se estabeleça um

sistema garantista baseado no respeito pela Constituição, pelos princípios e pelas leis ordinárias.

A teoria do garantismo apresenta a distinção da validade e da efetividade, a dissociação entre o “ser” e o “dever ser” no Direito. Por assim dizer, parte da divergência entre a normatividade e a realidade possui o fulcro no destoar dos modelos normativos de tendências garantistas, e práticas operacionais de tendências antigarantistas, ou seja, o conflito existente validade (e não efetividade) dos primeiros, e efetividade (e invalidade) das segundas (FERRAJOLI, 2002).

Portanto,

Sob ambos os aspectos, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo (FERRAJOLI, 2002, p. 684-685).

Dessa maneira, verifica-se que a referida teoria pressupõe que as normas penais devem ser interpretadas à luz dos princípios:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exteriorização da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2006, p. 91).

Nesta máxima, o garantismo surge como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos. Prega a necessidade de proteção e a defesa ao Estado Democrático de Direito com vistas a se evitar a volta de um estado ditatorial policalesco, com características totalitárias:

Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto (FERRAJOLLI, 2002, p. 693).

Vê-se, pois, que essa teoria está vinculada à Constituição, de modo que não há mais subordinação de um súdito e, sim, cidadãos titulares de direito, deixando de ser direitos naturais e passando a ser direitos constitucionais, pressupondo “o Estado e o cidadão como possuidores de uma soberania reciprocamente limitada” (FERRAJOLI, 2002, p. 687).

Cumprido ressaltar que, no âmbito do Direito Brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) inaugura o novo período democrático no país, após 21 anos do regime ditatorial. E, por ser considerado um texto constitucional alinhado a valores democráticos e que visam a máxima proteção de seus cidadãos, mostra-se de acordo com a teoria garantista explicitada:

Ela “pertence ao povo”, continuam a afirmar todas as Constituições. Mas esta norma equivale a uma garantia: significa, negativamente, que a soberania pertence ao povo e a nenhum outro e que ninguém – presidente ou assembleia representativa – pode apropriar-se dela e usurpá-la. E, como o povo não é um macrossujeito, mas a soma de milhões de pessoas, a soberania popular é, positivamente a soma daqueles fragmentos de soberania que os direitos de todos (FERRAJOLI, 2012, p. 26-27).

Prado (2005, p. 75) preleciona no mesmo sentido:

É preciso que a democracia se faça presente como um valor decisivo na vida das pessoas, pragmaticamente imprescindível para alcançarem a vida digna. Moisés assinala que a cultura política é condição *sine qua non* para a orientação de comportamentos e ações envolvendo a generalização de um conjunto de valores elementares ao processo de democratização, esclarecendo que a desconsideração da dimensão político-cultural afeta gravemente o suporte democrático da sociedade. Não basta um Estado democrático, é necessário que a sociedade também o seja.

Em contraposição, o jurista alemão Günter Jakobs inaugura no século XX, uma outra concepção acerca da política criminal. Essa nova perspectiva de Direito Penal criada por ele, em 1985, sob o nome de “Direito Penaldo inimigo” ou “Direito Penalmáximo”, busca a aplicação da norma penal de forma mais severa e visa atender a certas classes de indivíduos, definidas por meio de seus delitos, e denominadas de “inimigo” (GUERRERO, p.194, 2013).

Bittencourt (2014, p. 125) expõe o que vêm a ser os fundamentos do sistema penal desenvolvido por Günter Jakobs:

Jakobs, por sua vez, incorporando fundamentalmente a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, concebe o Direito Penal como um sistema normativo fechado, autorreferente (autopoietico) e limita a dogmática jurídico-penal à análise normativo-funcional do Direito Positivo, em função da finalidade de prevenção geral positiva da pena, com a exclusão de considerações empíricas não normativas de valorações externas ao sistema jurídico positivo.

Em sua teoria, Jakobs (2007, p. 42) cria a distinção entre cidadão e inimigo, de modo que se tem a despersonalização formulada por ele para quem seria o destinatário das normas mais severas:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Essa caracterização, de acordo com o que assinala Gallardo (2014, p. 26), representa “em todo caso, o antigo truque de transformar os inimigos em seres que, por sua maldade, não preenchem o conceito de humanidade continua vigente.” É preciso salientar que para Jakobs esse inimigo não é político ou religioso, mas, sim, normativo, isto é, contra aquele que rompe com a norma jurídica de forma contumaz, o criminoso profissional e aqueles participantes de organizações com o fim de cometer crimes.

Ainda sobre as características do Direito Penaldo inimigo, tem-se que:

Em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 67).

O desenvolvimento do Direito Penal do inimigo evidenciou-se durante a globalização, a nova revolução tecnológica, o rompimento de paradigmas na economia e nas relações sociais, o que fez com que as políticas abolicionistas e reducionistas do Direito Penal não se mostrassem capazes de confrontar esse novo cenário (ZAFFARONI, 2007, p. 13).

Bitencourt (2014), ao retratar o pensamento de Jakobs, indica que, para esse teórico, o Direito Penal tem como finalidade a proteção das normas jurídicas. Com efeito, aduz que o inimigo, por não observar essas leis ou por não tolerar essas normas, não é apenas tachado pelo que fez ou que está prestes a fazer, mas, sim, pelo perigo que representa a toda a sociedade, e, por essa razão, deve ser punido.

Diante do exposto, foi possível discorrer que, em relação às teorias concernentes a políticas criminais, o Direito Penal do inimigo, proposto por Günter Jakobs, se caracteriza pela busca de reafirmação do direito penal, mediante sua aplicação máxima e endurecimento das penas, ao passo que o garantismo penal, idealizado por Ferrajoli, destaca a importância de respeito aos princípios norteadores do ordenamento jurídico para fins de aplicação do Direito Penal, como forma de se evitar o recrudescimento desmedido da norma criminal.

O Direito Penal do inimigo, seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro e a Lei nº13.964/19 (Pacote Anticrime)

Gunter Jakobs, ao formular a teoria do Direito Penal do inimigo, pressupõe que ela surge como um rompimento ao Direito Penal sistematizado ao longo dos séculos, baseado em princípios alinhados aos direitos humanos.

Exemplo do possível reflexo do ideário jakobiano é a legislação criada ao clamor popular, qual seja, a Lei nº8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), embora não se possa olvidar o fato de que a CRFB/88 tenha estabelecido ao legislador ordinário a competência para elevar os delitos à categoria de hediondo, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII (BRASIL, 1988).

Chama a atenção a celeridade pela qual essa lei foi promulgada, o que foi entendido como uma busca por se atenderem casos de repercussão nacional:

Estavam ainda causando impacto no povo os sequestros de pessoas bem situadas na vida econômica, social e política, e a mídia passou a sacudir a opinião pública, que encontrou ressonância no Poder Legislativo, e aprovou o projeto de lei do senado, através de votos de lideranças, sem qualquer discussão, logo sem legitimidade e representabilidade (BENFICA, 1988, p. 1).

A prática legislativa brasileira, ao criar normas ordinárias, como exemplificado na Lei nº8.072/90, evidencia a suposta defesa da política criminal emergencial ou a política criminal do clamor popular. Ferrajoli (2002), em sua obra, faz um alerta quanto à adoção de normas que buscam atender a anseios sociais, pois gera-se, com elas o risco da utilização de práticas policiaiscas.

Em oposição a isso, há de se reconhecer que, no Brasil, vigora uma Constituição garantista, através da qual se busca assegurar a todos os direitos fundamentais decorrentes da proteção à dignidade da pessoa humana (LOPES JUNIOR, 2020).

Sob essa perspectiva, vê-se por vezes a adoção, em leis infraconstitucionais, de práticas antigarantistas, baseadas em legislações de cunho imediatistas ou emergenciais, que visam acalmar o clamor popular em determinado crime considerado midiático, abjeto, que causa repulsa em diversos setores da opinião pública e acabam influenciando a produção legislativa.

Nesse sentido, tem-se que a Lei nº13.964/19 (Pacote Anticrime) também se afigura como uma legislação que se apresenta como resposta ao clamor social, visto que, por meio dela apela-se aos discursos de recrudescimento da norma penal, denotando alinhamento com o Direito Penal do inimigo:

Ele consiste no endurecimento das leis já existentes, na transformação de penas, tornando-as mais severas, além de idealizar a transformação de atos que podem ser resolvidos em âmbito civil em crimes passíveis de punição. Esse clamor urge, também, algumas vezes pedindo a legalização da pena de morte, que vai contra o direito à vida de todo ser humano (CUNHA; SILVA, 2020, p. 10).

Conforme posicionamento albergado por Lopes Júnior (2020), o Pacote Anticrime, em muitos aspectos, conduz ao reconhecimento da adoção de práticas que se afastam do aspecto garantista estampado no texto constitucional.

Insta salientar que a Lei nº13.964/19 foi aprovada no âmbito do Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República em 24 de dezembro de 2019, tendo sido proposta pelo então Ministro da Justiça e ex-juiz federal Sérgio Fernando Moro (BRASIL, 2019).

Em tese, a mencionada legislação foi aprovada com o escopo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, visando, ainda, produzir os mecanismos mais efetivos de combate à corrupção, aos crimes violentos, além de modernizar o sistema penal como um todo (BRASIL, 2019).

No contexto em que o Pacote Anticrime foi proposto, discutido e por fim sancionado, verifica-se que houve uma escalada do discurso acerca do endurecimento ao combate à corrupção, aos crimes violentos e às organizações criminosas. À época, o então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, ressaltou que:

A primeira e essencial observação é a de que este projeto tem por meta estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Ele enfrenta os três aspectos, corrupção, organizações criminosas e crimes com violência, porque eles são interligados e interdependentes. Portanto, de nada adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas (BRASIL, 2019).

Ainda na fase de tramitação, o projeto trazia consigo pontos do discurso político de Lei e Ordem, ao dispor sobre tratamentos direcionados a determinados tipos legais dos quais seriam os principais flagelos da sociedade brasileira contemporânea.

Dentre as mudanças que revelam o recrudescimento promovido pelo Pacote

Anticrime, menciona-se a elevação máxima do tempo de cumprimento de pena em regime fechado, que passou de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos, conforme alteração feita no artigo 75, do Código Penal de 1940 (CP/40) (BRASIL, 2019).

A Lei nº13.964/19, então, surge por meio dos discursos populistas de lei e ordem no país, em que se pede o endurecimento das normas penais, a elevação do tempo de cumprimento de penas. Acerca disso, Zaffaroni (2010, p. 39) apresenta um contexto geral acerca dos discursos populistas punitivos que influenciam a prática legislativa, destacando, para tanto, a América Latina:

Na América Latina e talvez em todo mundo é cada vez mais evidente que a resposta política é dada à projeção midiática, e não ao fato mesmo da delinquência urbana. Os políticos pressionados pela projeção midiática, respondem discursivamente e condicionam a ela (projeção) a resposta ao próprio fato, a ponto de omitir-se em relação a ele (fato). Não existem observatórios, estatísticas sérias orientadas para a prevenção, ninguém se ocupa em investigar com uma visão preventiva o fato da delinquência urbana em si mesmo, enquanto os comunicadores sociais e os políticos se concentram na projeção midiática do fato e operam algumas estatísticas pouco confiáveis e bastante inúteis para efeitos preventivos. Enfrenta-se a construção da realidade, e não a realidade, da qual, ao que parece ninguém procura se aproximar.

Seguindo a perspectiva do autor, observa-se que o contexto da Lei nº13.964/19 relaciona-se também aos discursos populistas punitivistas que permeiam a América Latina, como contexto geral, o que é possível inferir das variadas mudanças realizadas na legislação penal com vistas a tornar mais gravosas as sanções àqueles que violam a norma.

O punitivismo deriva da insegurança social e do medo, a partir de normas mais severas e, ao mesmo tempo, autoritárias, visto que são inseridas no ordenamento jurídico com inobservância às garantias penais dispostas na CRFB/88 (LOPES JUNIOR, 2020).

Tem-se, assim, a divisão da sociedade em cidadãos de bem e inimigos, sendo estes últimos considerados os criminosos, que infringem a lei penal, devendo, em consequência disso, serem afastados do convívio social, por não serem merecedores de proteção da norma (JAKOBS; MÉLIA, 2007).

Diante do exposto, foi possível apresentar, nesta seção, os aspectos

introdutórios acerca do contexto de promulgação e finalidade do Pacote Anticrime, tendo-se mencionado que a legislação é apontada como alinhada ao ideário antiguarantista, identificado na teoria do Direito Penal do inimigo.

Os aspectos antiguarantistas da Lei nº13.964/19 (Pacote Anticrime)

A análise da Lei nº13.964/19 deve considerar o Estado Democrático de Direito inaugurado pela CRFB/88, a fim de compreender se as normas consideradas antiguarantistas presentes na referida legislação estão de acordo com o texto constitucional.

O modelo garantista, no âmbito penal, adotado com a CRFB/88, deu-se, em grande medida, pelo cenário de violação de direitos decorrente da ditadura militar que o país enfrentou antes de ser promulgada a Constituição vigente (LOPES JUNIOR, 2020).

Assim, buscou-se assegurar direitos básicos que refletem o respeito à dignidade humana, que deve ser concedida a todos os indivíduos. Além disso, o texto constitucional também passou a vedar expressamente algumas situações, como, por exemplo, penas cruéis, de banimento, de trabalhos forçados e penas de morte (BRASIL, 1988).

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo respeito às liberdades civis, aos direitos transindividuais, à dignidade da pessoa humana, e, de forma geral, significa “[...] que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos” (CANOTILHO, 1998, p. 3).

Silva (1999, p. 193) discorre sobre o que representa uma Constituição fundamentada em um Estado Democrático de Direito:

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

A Lei nº13.964/19, ao produzir uma reforma geral no ordenamento jurídico

criminal, com o intuito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, trouxe mudanças importantes como a previsão expressa de que no Brasil se adota o sistema acusatório, o que serve para delinear as funções dos atores processuais, evitando, por exemplo, uma atuação parcial do julgador mediante condutas proativas (LOPES JUNIOR, 2020).

Por outro lado, no entanto, entende-se que outras mudanças parecem contrariar o Estado Democrático de Direito, na medida em que desconsidera a ordem garantista instituída no país a partir da promulgação da CRFB/88 (LIMA, 2021).

A tradição legislativa pátria, pós-constituente, no que se refere a políticas criminais, segue a criação de leis que visam pacificar o clamor social, e o Pacote Anticrime seria um exemplo disso. Assim se entende pelo fato de a Lei nº13.964/19 ter sido oriunda de um forte discurso populista de combate à corrupção, de uma crise institucional, e da sensação de “injustiça” e “impunidade” existente no cenário jurídico vigente.

Karam (2019, p. 2) afirma que:

Este histérico e irracional combate à corrupção, reintroduzindo o pior do autoritarismo que mancha a história de generosas lutas e importantes conquistas da esquerda, se faz revitalizador da hipócrita prática de trabalhar com dois pesos e duas medidas (o furor persecutório contra adversários políticos, eventuais comportamentos não muito honestos de companheiros ou aliados sempre sendo compreendidos e justificados) e do aético princípio de fins que justificam meios, a incentivar o rompimento com históricas conquistas da civilização, com imprescindíveis garantias das liberdades, com princípios fundamentais do Estado de Direito.

Dentre os pontos inseridos pela Lei nº13.964/19 que geram questionamentos menciona-se, primeiramente, a chamada “legítima defesa de agentes de segurança”, inserida no artigo 25, parágrafo único, do CP/40 (NUCCI, 2020).

O instituto da legítima defesa assegura que o indivíduo injustamente agredido pode repelir ataque atual ou iminente contra direito seu ou de outrem. Nesse sentido, o artigo 25, parágrafo único, do CP/40, acrescenta outra hipótese de legítima defesa, ao dispor que: “observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de

crimes” (BRASIL, 2019).

Ocorre, no entanto, que a inserção desse dispositivo pode ser vista como uma criação legislativa de teor populista que busca atender anseios populares e de classe, mais especificamente de agentes de segurança pública, tendo em vista que a hipótese prevista no dispositivo sequer seria necessária, considerando-se que a legítima defesa já haveria de ser reconhecida, nesse caso, independentemente da previsão legislativa (NUCCI, 2020).

Outrossim, constatou-se que a Lei nº13.964/19, por meio do artigo 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal de 1941 (CPP/41), passou a admitir a possibilidade de execução provisória no âmbito do tribunal do júri, em caso de condenações a pena de prisão igual ou superior a 15 anos (BRASIL, 1941).

Não obstante, a doutrina majoritária compreende, a exemplo do que aduz Lopes Junior (2020, p. 1333), que o dispositivo mencionado “viola a presunção constitucional de inocência, na medida em que trata o réu como culpado, executando antecipadamente sua pena, sem respeitar o marco constitucional do trânsito em julgado.”

Esta mudança de paradigma quanto à execução antecipada da pena no âmbito de julgamentos no Tribunal do Júri encontra proximidade com a teoria do funcionalismo penal sistêmico, de Günther Jakobs. É o que afirma Antunes (2019, p. 109), quando alberga o posicionamento de que “enquanto outras correntes do Direito Penal colocam a dignidade da pessoa humana como centro do sistema, o que parece ser mais adequado aos tempos democráticos vividos, Jakobs faz diferente e coloca a sociedade no centro do sistema.”

Nesse contexto, o atual sistema punitivo brasileiro, ao instituir essa regra, a qual demonstra ser produto do Direito Penal do inimigo, produz uma norma penal que representa um instrumento de mitigação antigarantista, considerando-se que a presunção de inocência figura um direito fundamental previsto na CRFB/88 (LOPES JUNIOR, 2020).

Outra alteração promovida pela Lei nº13.964/19 e considerada como resultado do discurso populista punitivo diz respeito ao aumento do tempo máximo em que o indivíduo poderá cumprir uma pena privativa de liberdade, que passou de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos, conforme se verifica no artigo 75, do CP/40 (BRASIL,

2019).

O aspecto antigarantista dessa alteração pode ser constatado nas palavras de Masson (2020, p. 458), quando diz que “não seria correto privar alguém de sua liberdade retirando-lhe a esperança de um dia voltar a viver em sociedade.”

Esse aumento do cumprimento da pena privativa de liberdade de 30 para 40 anos não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana disposto na CRFB/88, além de refletir a ineficiência do Estado para a resolução do problema da criminalidade, manifestando-se, assim, a falta de eficácia das políticas criminais, o que, nesse caso em específico, torna ainda mais precário o sistema prisional brasileiro (LIMA, 2021).

Nesta esteira, frise-se que o Conselho Nacional do Ministério Público disponibilizou em endereço na internet o ‘Sistema Prisional em Números’, plataforma que permite aos usuários acessar informações acerca das penitenciárias brasileiras. Como norte, impende destacar que a última atualização da plataforma, no segundo trimestre de 2019, atesta que a população carcerária gira em torno de 728.229 detentos, sendo que mais de 230 mil estão presos na região Sudeste do país (IBCCRIM, 2019).

Face a esse cenário preocupante acerca do encarceramento em massa que já se verifica no Brasil, país que possui a terceira maior população carcerária do mundo, vale considerar que o aumento do tempo máximo do cumprimento da pena privativa de liberdade, promovido pela Lei nº13.964/19, expõe que “ao invés de prevenir a criminalidade, tudo indica que a medida irá fomentá-la, causando mais superlotação, revoltas e robustecendo a ligação de presos com organizações e associações criminosas (DEZEM; SOUZA, 2020, p. 33)”.

Também se questiona a alteração legislativa promovida pela Lei nº13.964/19 ao dar nova redação ao artigo 28-A, §2º, inciso II, do CPP/41, que trouxe o seguinte: [...] “se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” (BRASIL, 2019) – redação que cria uma lacuna quanto à definição do que seria a conduta “habitual, reiterada ou profissional”, no que concerne a um momento anterior à existência de uma sentença condenatória. Essa imprecisão geraria o risco de que um simples indício pudesse representar prejuízo ao investigado ou réu, representando, via de consequência, uma violação ao princípio da legalidade, bem como o princípio da

presunção de inocência (NUCCI, 2020).

Em síntese, o mero indicativo, ainda que simples, de que o indivíduo possuiria o “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” (IBCCRIM, 2020).

Questiona-se, também, o §2º, do artigo 310, do CPP/41, inserido pelo Pacote Anticrime, visto que o dispositivo cria hipóteses em abstrato de decretação da prisão preventiva, quando, na verdade, essa modalidade de segregação cautelar somente deve ser admitida em última hipótese e quando as particularidades do caso concreto sinalizam para sua imprescindibilidade (LIMA, 2021).

Diz o §2º, do artigo 310, do CPP/41: “se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares” (BRASIL, 1941).

Considerando-se o conteúdo axiológico do Direito Penal do inimigo, o dispositivo acima transcrito mostra-se alinhado com essa vertente teórica, pois cria hipóteses automáticas de prisão preventiva, o que até então não se admite no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a liberdade é a regra, sendo cabível a sua restrição apenas quando o juiz, concretamente, infere que há um risco em se manter o indivíduo solto.

O Pacote Anticrime também inseriu no CP/40 o artigo 91-A, o qual tem sido objeto de questionamento. Assim preconiza o dispositivo:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei 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 que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no *caput* deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

O artigo acima mencionado evidencia o que já se convencionou chamar de “confisco alargado”, tendo em vista que, antes de sua criação, a medida confiscatória se limitava aos instrumentos e produtos do crime (NUCCI, 2020).

Com a nova regra, será possível que o juiz determine o confisco para além dos instrumentos e produtos do crime, o que será uma forma de se combater o enriquecimento ilícito. Porém, diferente do confisco tradicional, “o confisco alargado não é efeito automático da condenação. Cuida-se de instituto reservado à discricionariedade do magistrado, cabendo a ele a análise do caso concreto para avaliar a necessidade ou não da medida” (MASSON, 2020, p. 498).

Brandão e Santana (2019, p. 130) fazem a seguinte crítica:

Primeiramente, tem-se que, sem qualquer razão aparente, estabeleceu-se o marco de seis anos de reclusão como referencial para os crimes que admitiriam o perdimento de bens proposto. O arbitramento de tal patamar, não fosse o meticuloso uso da expressão ‘poderá ser decretada’, representaria manifesto cortejo ao Direito Penaldo autor, um estabelecimento do Direito Penaldo inimigo – que permeia a desconfiança dos mais atentos ao projeto de modo geral.

Diante do exposto, verifica-se que o Pacote Anticrime, por meio das novas regras inseridas no ordenamento jurídico penal brasileiro, tem contribuído para o recrudescimento da legislação criminal, sendo que, em muitos aspectos, a Lei nº13.964/19 revela-se como antigarantista, fomentando o fortalecimento do Direito Penaldo inimigo.

CONCLUSÃO

Ao se estudarem as teorias concernentes a políticas criminais, verifica-se que o Direito Penal do inimigo, proposto por Günter Jakobs, caracteriza-se pela busca de reafirmação do direito penal, mediante da sua aplicação máxima e endurecimento das penas.

Por sua vez, o garantismo penal, idealizado por Luigi Ferrajoli, destaca a importância de respeito aos princípios norteadores do ordenamento jurídico para fins de aplicação do direito penal, como forma de se evitar o recrudescimento desmedido da norma criminal. Entende-se que, no âmbito do Direito brasileiro, a CRFB/88, ao estabelecer um rol de direitos e garantias fundamentais em seu texto normativo, acolheu as bases dessa corrente teórica.

Tem-se, pois, que o garantismo penal se revela no Estado Democrático de Direito constituído no Brasil por meio da CRFB/88, e busca oferecer aos indivíduos direitos essenciais, que funcionam como limitadores do poder do Estado.

No entanto, malgrado o paradigma garantista que se verifica no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, por vezes há tentativas de supressão de direitos por meio da promulgação de leis que se revelam contrárias às conquistas fundamentais alcançadas na seara penal e processual penal.

É o caso da Lei nº13.964/19 (Pacote Anticrime), responsável por promover alterações variadas na legislação brasileira, sendo muitas delas consideradas como contrárias à ordem constitucional garantista instituída.

Conforme se destacou, a modernização do sistema de justiça criminal não se deve dar por meio do retrocesso garantista, manifesto na criação de legislação penal de emergência que busca atender anseios sociais ou determinadas categoriais de indivíduos.

A prevenção e repressão de infrações penais devem ocorrer mediante a criação de políticas públicas criminais eficientes, e não apenas por meio do recrudescimento da legislação criminal.

Conforme destacado, a Lei nº13.964/19 foi responsável por inserir na legislação penal brasileira variados dispositivos que possuem normas de duvidosa constitucionalidade, em virtude de violarem garantias fundamentais.

Mencionou-se, a exemplo, a previsão da possibilidade de execução provisória

da pena no âmbito do tribunal do júri, no caso de sentença que condene o réu a pena igual ou superior a 15 anos; a possibilidade de prisão preventiva com base em hipóteses em abstrato; o aumento do tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade, dentre outros pontos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Caroline Mesquita. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/documentacaoedivulgacao/docbiblioteca//bibliservicosprodutos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Presuncaodelnocencia.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2021.

BENFICA, Thaís Vani. **Crimes hediondos e assemelhados**: questões polêmicas. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Breno Cavalcanti Araújo; SANTANA, Rafael de Sá Santana. **Pacote “anticrime” e a exasperação do tratamento quanto às medidas de perdimento de bens e utilização por parte dos órgãos de segurança pública**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 09 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 09 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Pacote Anticrime. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 09 maio 2021.

BRASIL. **Mensagem 50 ao PL 882**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=55975F56EF9F99F687C718BDAD453663.proposicoesWebExterno2?codteor=1712111&filenome=Tramitacao-PL+882/2019>. Acesso em: 09 maio 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1998.

CUNHA, Paulo Giovani Moreira da; SILVA, Ruth Stein. A quem atinge o punitivismo penal? **Revista do Pet Economia Ufes**. Vol. 1. Julho, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/peteconomia>. Acesso em: 09 maio 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime**: Lei 13.964/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DOTTI, R. A. **A crise do sistema penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Taram. (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GALLARDO, Helio. **Teoria crítica**: matriz e possibilidade de direitos humanos. São Paulo: Unesp, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUERRERO, Ramiro Anzit. A base ideológica do Direito Penal do inimigo (Günter Jakobs): sociedade de risco e seus efeitos no estado democrático de direito. **Revista Esmat**, Palmas, Ano 5, nº 5, pag. 191 a 217 - jan/jun 2013. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/78/84. Acesso em: 09 maio 2021.

IBCCRIM. **O “Pacote Anticrime” e o recrudescimento punitivo para os já penalizados**: uma análise sobre a reincidência e a habitualidade criminosa. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/444>>. Acesso em: 09 maio 2021.

JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/25982564/karam-maria-lucia-a-esquerda-punitiva-texto>>. Acesso em: 09 maio 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo em el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2007.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **Delinquência urbana e vitimização das vítimas**. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PQ1LCeacPHAJ:https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/download/7191/5319/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 09 maio 2021.