



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULO DE BRITO CARTAXO

ASPECTOS GARANTISTAS E ANTIGARANTISTAS  
DO PACOTE ANTICRIME NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

BRASÍLIA

2022

PAULO DE BRITO CARTAXO

ASPECTOS GARANTISTAS E ANTIGARANTISTAS  
DO PACOTE ANTICRIME NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB)  
como requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa-Neto

BRASÍLIA

2022

PAULO DE BRITO CARTAXO

ASPECTOS GARANTISTAS E ANTIGARANTISTAS  
DO PACOTE ANTICRIME NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB)  
como requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Brasília, 23 de setembro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. João Costa-Neto  
Orientador

---

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Eneá de Stutz e Almeida  
Membro

---

Prof. Dr. Paulo Queiroz  
Membro

---

Prof. Me. Mateus Rocha Tomaz  
Membro Suplente

## **Agradecimentos**

Primeiramente quero agradecer aos meus pais pela paciência e terem me dado a oportunidade de cursar outra graduação, me incentivando nos estudos e proporcionando meios para que eu chegue nesta etapa final do curso.

Agradeço aos meus amigos que me ajudaram durante o curso e na Universidade de Brasília, dentro e fora do ambiente acadêmico. Principalmente nesta reta final, compartilhando surtos e afagos até a data de entregar a monografia.

Agradeço ao meu namorado que sempre esteve do meu lado me incentivando neste último ano de graduação e que acreditou que esta etapa final se encerraria, sempre com palavras de incentivo “acredita e vai”.

E, por último, ao professor que aceitou ser orientador desta monografia, confiando no meu trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho intenta em realizar uma análise do Pacote Anticrime, lei nº 13.964/19, e suas modificações acarretadas na Lei de Execução Penal, lei nº 7.210/84. Esta análise do Pacote Anticrime busca fazer um comparativo em como as normas de execução penal eram e como foram alteradas, partindo do princípio de que as normas poderiam ter aspectos garantistas ou antigarantistas, aplicando teoria de Luigi Ferrajoli para interpretar e, de alguma maneira, tentar elucidar qual a proposta e para que veio o Pacote Anticrime, uma norma tão prometida, e criada no intuito de melhorar o suposto caos do sistema da justiça criminal segundo seus legisladores. Além de mostrar as violações constitucionais e conivência dos Tribunais Superiores quanto ao assunto.

**Palavras-chave:** Pacote Anticrime. Lei de Execução Penal. Garantismo. Antiguarantismo. Punitivismo.

## **ABSTRACT**

The present work intends to carry out an analysis of the Anti-Crime Package, law n° 13.964/19, and its modifications entailed in the Penal Execution Law, law n° 7.210/84. This analysis of the Anti-Crime Package seeks to compare how the rules of criminal enforcement were and how they were changed, assuming that the rules could have garantism or antigarantism aspects, applying Luigi Ferrajoli's theory to interpret and, in some way, try to elucidate what the proposal is and what the Anti-Crime Package came for, a rule so promised, and created in order to improve the supposed chaos of the criminal justice system according to its legislators. In addition to showing the constitutional violations and connivance of the Superior Courts on the subject.

**Keywords:** Anti-Crime Package. Penal Execution Law. Garantism. Antigarantism. Punitivism.

## **Lista de Siglas**

**PL** – Projeto de Lei

**LEP** – Lei de Execução Penal

**CP** – Código Penal

**CF** – Constituição Federal

**CPP** – Código de Processo Penal

**REsp.** – Recurso Especial

**RDD** – Regime Disciplinar Diferenciado

## Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME.....	10
3. O GARANTISMO E A PROGRESSÃO DE REGIME.....	11
4. A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E A SUPOSTA SENSAÇÃO DE JUSTIÇA.....	24
5. AS VIOLAÇÕES LEGAIS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	29
6. VEDAÇÃO À SAÍDA TEMPORÁRIA AO CONDENADO POR CRIME HEDIONDO COM RESULTADO MORTE.....	35
7. CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39



## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro possui em seu ordenamento Códigos arcaicos que datam antes da Constituição Federal de 1988 e que necessitam de modificações e aperfeiçoamentos para que a lei acompanhe a evolução social e moral da sociedade, a exemplo do Código Penal (1940), Código de Processo Penal (1941) e Lei de Execução Penal (1984). Nesta proposta de atualização e modificação surge o projeto do Pacote Anticrime (PL 882/19), que resulta na Lei 13.964/19, e pode ser interpretado como uma reforma às leis penais, pois a nova lei transforma de maneira substancial a maioria dos diplomas penais.

O intuito do presente trabalho tem como perspectiva analisar as alterações propostas pelo Pacote Anticrime na Lei de Execução Penal, lei 7.210/84, que modificou as partes relativas à Progressão de Regime, constante no art. 112; à Identificação Genética, relativa ao art. 9º; ao Regime Disciplinar Diferenciado, do art. 52; e à Vedação à saída temporária ao condenado por crime hediondo com resultado morte, do art. 122. Partindo da concepção teórica do garantismo de Luigi Ferrajoli para estabelecer quais pontos alterados pelo Pacote Anticrime possuem viés garantista e quais possuem viés punitivista.

Após três anos da promulgação da lei e sua aplicação, se faz necessário realizar uma análise sobre como o diploma normativo está sendo aplicado pelos tribunais e a interpretação da nova norma, que por muitas vezes não é clara em sua redação, necessitando da jurisprudência de Tribunais Superiores para esclarecer a questão.

Além disso, será feita a análise sobre quais pontos alterados na Lei de Execução há o atropelo das garantias fundamentais, algo que é infelizmente comum na legislação penal brasileira. Pois a criação de leis penais não possui um estudo sobre seus reflexos a curto, médio e longo prazos, sequer há acompanhamento da implantação e a correção de seus rumos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME

O PL 882/19, que originou a lei 13.964/19, conhecida como “Pacote anticrime”, foi apresentado pelo então Ministro da Justiça da época, Sérgio Moro, logo após sua nomeação, pois o projeto constituía parte da campanha presidencial das eleições de 2018. Embora não houvesse definições assertivas de como seriam resolvidos o problema da segurança pública e o aumento da criminalidade<sup>2</sup>, o novo projeto foi apresentado com a intenção de tornar mais rígidas e rigorosas as leis do sistema de justiça criminal brasileiro, tendo um viés que pode ser definido como punitivista.

Apesar do projeto apresentado, já havia outros dois textos transitando na Câmara Federal, os PLs 10.372/18 e 10.373/18, que tratavam dos mesmos assuntos ou assuntos similares das leis penais. Com a existência de três projetos que versavam sobre os mesmos temas, foi decidida a criação de uma comissão a fim de compilar todos os textos em um único para ser votado na Câmara dos Deputados e no Senado, seguindo o trâmite legislativo de posterior sanção presidencial, que contou com 20 vetos, dos quais 16 já foram derrubados.

A premissa do Pacote Anticrime é a de que haveria o endurecimento das leis com o sufocamento das garantias fundamentais e um método argumentativo que fosse contra as normas constitucionais. Podendo, inclusive trazer formas duvidosas ao judiciário. Mas o que se vê, passados quase três anos da publicação da norma 13.964/19, é que o entendimento dos tribunais, criação de jurisprudências e julgados, provam que a lei que foi prometida com os aspectos estritamente punitivista, vem, também, se mostrando como algo benéfico e positivo, ainda que pareça ser originado pela desatenção do legislador em sua redação.

Embora o Pacote Anticrime seja uma lei de apenas 20 artigos, é uma lei extensa que modifica 18 leis diferentes, passando pelo Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Crimes Hediondos, Lei de Drogas etc. Por mais que seja uma norma originada de um governo dito conservador e a favor do populismo penal e punitivismo, e que o próprio nome “anticrime” resulte nesse entendimento, o pacote não trouxe só aspectos punitivistas e que vão contra as garantias

---

<sup>2</sup> Na proposta de Plano de Governo na temática de Linhas de Ação, a área de “Segurança e combate à Corrupção” contava com a solução de “enfrentar o crime e cortar a corrupção”.

fundamentais, pelo fato de ter sido a junção de mais outros dois PLs apresentados anteriormente.

### 3. O GARANTISMO E A PROGRESSÃO DE REGIME

O garantismo penal é definido pelo italiano Luigi Ferrajoli e é classificado como uma epistemologia constituída esquematicamente pelos elementos relativos à *definição legislativa* e a *comprovação jurisdicional* do desvio punível<sup>3</sup>, que correspondem às garantias fundamentais penais e processuais. Devendo as leis penais serem aplicadas de acordo com a proporcionalidade, normatividade e materialidade, a partir de uma visão crítica do ordenamento jurídico.

Sob esta ótica é possível analisar com base no julgado do Recurso Especial nº 1.910.240/MG, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, acerca da alteração trazida pelo Pacote Anticrime, na Lei de Execução, especificamente no art. 112, que houve uma mudança tida como garantista, embora o Pacote Anticrime seja visto tal qual uma modificação de normas punitivistas como um todo.

Além dessa definição geral de garantismo, Ferrajoli ainda o divide em três conceitos distintos. No primeiro conceito, se designa garantismo como um padrão normativo do direito, especificamente no direito penal, como um padrão da “estrita legalidade”, no qual o Estado de direito é caracterizado por um sistema cognitivo, chamado também de poder mínimo, existindo um procedimento técnico que busque minimizar a violência e maximizar a liberdade, no plano político; e que seja um sistema que vincula as funções punitivas do Estado, aplicando a garantia dos direitos aos indivíduos, no plano jurídico. Resultando em um sistema garantista quando todo este modelo de sistema penal é eficaz<sup>4</sup>.

Embora a pena possa ter a finalidade de restringir a liberdade do indivíduo, esta também tem como finalidade a integração social do condenado no mundo exterior, não se limitando apenas em punir. Afinal, a Constituição Federal de 1988 assegura, em seu art. 5º, XLVII, b, que não haverá pena de caráter perpétuo. Logo, o art. 1º, da

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002, p. 30.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002, p. 683-684.

LEP, decorre dessa garantia fundamental ao estipular que a execução tem por objetivo efetivar a sentença e proporcionar condições para que o apenado ou internado tenha uma integração social harmônica, visando o dia em que a pena será cumprida e o indivíduo posto novamente em liberdade.

Para se chegar na liberdade é necessário passar pela progressão de regime, na qual o preso conquista sua liberdade de modo gradativo, podendo passar pelos três regimes (fechado, semiaberto e aberto) da execução, instituídos no art. 112, da LEP.

Embora o garantismo tenha como princípio maximizar as liberdades, o Pacote Anticrime trouxe alterações que buscam definir novos níveis de progressão da pena, tornando o regime inicial mais rígido para àqueles que cometeram crimes e conseqüentemente maximizando a redução de liberdades. Consta agora na redação do art. 112, da LEP:

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; ou

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.

O novo diploma legal estabeleceu níveis entre 16% a 70% da pena para progressão. Nota-se que a intenção do legislador, desde o começo, é de aumentar o regime inicial do apenado por se tratar do regime mais gravoso no qual o indivíduo terá que cumprir mais tempo de pena. Porém, no momento que o legislador transcreveu e alterou as frações para porcentagens, o inciso I, do art. 112, da LEP, que trata sobre réu primário condenado por crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, sofreu uma alteração benéfica, diferentemente dos outros incisos, podendo ser lida como um aspecto garantista, ainda que tenha sido uma alteração mínima em números. Em vez de realizar uma mudança mais rígida e dura da pena, houve a modificação de 1/6 (16,6%), da redação antiga do art. 112, para 16% da pena. Ou seja, houve diminuição, ainda que pífia, para a progressão de regime, tornando a nova lei mais benéfica para o réu, tendo aplicação retroativa por se tratar de *novatio legis in mellius*<sup>5</sup>, alcançando fatos ocorridos antes da publicação da lei 13.964/19.

Como demonstrado, o legislador comete o deslize ao alterar o inciso I, do art. 112, da LEP, e em vez de legislar de modo mais rígido, acaba por modificar a lei e torná-la mais benéfica, indo contra a instituição e o modelo idealizado pelo denominado Pacote Anticrime.

Os seguintes incisos do art. 112, da LEP, também tiveram modificações em sua redação e foram alterados a fim de aumentar o tempo do regime inicial, tornando mais rígido ao apenado e conseguindo concretizar a intenção real do Pacote Anticrime: modificar as leis a fim de que estas sejam mais rígidas e severas.

No inciso II, que trata do reincidente em crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, o nível trazido pela nova lei é mais rígido, pois exige 20% do cumprimento da pena para a sua progressão, estando neste patamar àquele que, por exemplo, pratique dois furtos (art. 203, do CP). O diploma antigo trazia o número único

---

<sup>5</sup> *Novatio legis in mellius*: é o princípio de que a nova lei penal benéfica atingirá todo réu, constante no art. 2º, parágrafo único, do CP.

do cumprimento de 1/6 da pena (16,6%) para a progressão nestes casos, havendo, assim, um endurecimento da lei penal de execução da pena.

A mesma lógica se aplica ao inciso III, definido pelo novo diploma legal em 25% de progressão ao réu primário condenado em crime com violência ou grave ameaça à pessoa, sendo, também, superior ao da lei anterior, que versava apenas sobre 1/6, deixando a sistemática antiga e mais benéfica para trás, aumentando o tempo do apenado no regime menos brando.

E, também, no inciso IV, que dispõe sobre a reincidência em crime com violência ou grave ameaça à pessoa, definindo em 30% da pena para progressão, configurando assim uma lei nova mais severa, que só será aplicada a crimes cometidos após sua publicação, surgindo efeito apenas em reincidentes específicos, um novo modo de reincidência trazido pelo Pacote Anticrime. Todos os incisos que dificultam a progressão da pena ou aumentam o tempo em um regime mais rígido não alcançam àqueles que cometeram crimes antes da normativa, reservado o direito da lei penal mais severa não retroagir.

Nos incisos I e III, foram definidos modos de progressão para réus primários, sendo o do inciso I o único mais benéfico, resguardada a não retroatividade da lei menos benéfica para o réu. Nos incisos II e IV, define-se a reincidência em crimes sem violência ou grave ameaça, e àqueles com violência e grave ameaça, respectivamente. Havendo uma lacuna à aplicação da lei àquele condenado reincidente, mas não específico.

Neste aspecto, o Recurso Especial nº 1.910.240/MG, trouxe resolução à controversa discussão entre Defensoria e Ministério Público sobre a definição da progressão de regime do apenado. Pois, como se é sabido, a maioria dos *Parquet* tendem a ter ações que dificultam e impeçam o apenado de progredir. Embora a sua atuação seja no polo ativo, representando o Estado nas ações penais, o Ministério Público ignora um de seus fundamentos de fiscalização da lei, tendo como atividade principal a tentativa de promover a punição exacerbada daquele que cumpre pena. Se esquece que na função de representação do Poder Público a punição deva ocorrer, mas desde que se certifique que seja feita dentro dos limites das normas legais.

No julgado do REsp. 1.910.240/MG, foi reconhecida a aplicação retroativa do art. 112, inciso V, da Lei 13.964/90:

É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado, sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante<sup>6</sup>.

A partir disto, a reincidência específica estipulada nos incisos a qual o réu só será reincidente caso tenha sido condenado em crime da mesma circunstância definida no diploma legal. A interpretação extensiva do dispositivo diante da lacuna legal só pode ser realizada quando a analogia é definida em favor do réu, *in bonam parte*, caso contrário é vedada por violar a definição dos poderes, pois seria o mesmo que o judiciário legislar com a criação de novos tipos penais.

Neste panorama, o segundo significado de garantismo de Ferrajoli, que usa da teoria crítica do direito para designar que o garantismo nada mais é do que uma teoria jurídica que desempenha validade e efetividade, além do vigor das normas. Deslocando seu significado e aproximando o “ser” do “dever ser” do direito, ao destacar as diferenças entre modelos normativos, que tendem a ser garantistas; e modelos operacionais, que tendem a ser antigarantistas. Expondo como a validade, que geralmente não são efetivas, e a efetividade, que possuem pouca validade, ocorrem<sup>7</sup>. O julgado acaba sendo uma verdadeira validação do ser com o dever ser, tornando a lacuna legal como uma forma a ser contornável e aplicável ao caso concreto, mesmo que sem aspectos pré-definidos pelo legislador de como resolver.

Essa definição é uma forma crítica de interpretar o ordenamento, pois é comum que na teoria as normas possam ser garantistas e na prática o garantismo nem chega a acontecer, podendo haver, inclusive, práticas antigarantistas. A ideia de garantismo

---

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). Recurso Especial 1.910.240/MG. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Execução Penal. Progressão de Regime. Alterações Promovidas pela lei 13.964/19 (pacote anticrime). Diferenciação entre reincidência genérica e específica. Ausência de previsão dos lapsos relativos aos reincidentes genéricos. Lacuna Legal. Integração da norma. Aplicação dos patamares previstos para os apenados primários. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Patamar Hodierno inferior à fração anteriormente exigida aos reincidentes genéricos. Recurso não provido. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Erivaldo Almeida Caetano (preso). Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 26 de maio de 2021.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002, p. 684.

pode ser definida como um tipo de positivismo, no qual as normas vigentes, eficazes e válidas, são denominadas pelo autor como juspositivismo dogmático.

Ao analisar a inovação trazida pelo Pacote Anticrime, principalmente na progressão e em relação às porcentagens para se chegar ao regime mais brando, nota-se que o novo modelo operacional confirma a hipótese do segundo significado garantista do autor. Pois, a norma, embora podendo ser mais benéfica ao réu, vinha de um histórico de negligência para que a punição menos benéfica continuasse sendo aplicada, mesmo com a vigência da norma que dispõe em contrário. Mostrando que a validade e efetividade são termos que devem estar juntos, mas que raramente ocorrem.

Para o último significado de garantismo, foram acrescentados à discussão conceitos da filosofia do direito e da crítica política, definindo-o como uma filosofia política que exige do direito, e conseqüentemente do Estado, a justificativa do suporte no qual a tutela e a garantia constituem sua finalidade. Presume-se que o garantismo define, a priori, a separação entre direito e moral; validade e justiça; valoração do ordenamento externo e interno; e, inclusive, o “ser” e o “dever ser”. Ou seja, esta definição e dualidade é o que legitima a ético-política do direito e do Estado<sup>8</sup>.

De modo distinto, o terceiro e último significado aborda a teoria garantista com uma visão externalizada, enquanto as outras duas o veem de forma interna. Em todas as três há a perspectiva crítica, mas a análise agora traz o panorama de uma crítica filosófica e laica, não se restringindo somente à normatividade e o conflito destas normas.

Ademais, o Estado Democrático de Direito utiliza duas fontes de legitimidade para sua constituição, a primeira versa sobre o Poder ser submetido à legalidade formal, exercendo o poder estatal de acordo com o postulado no diploma normativo de forma abstrata. Ao mesmo tempo que a segunda fonte é a subordinação ao princípio da legalidade substancial, devendo o Estado vigiar e aplicar as garantias fundamentais, praticando o *jus puniendi*<sup>9</sup> estatal e da lei, produzindo-a sem transgredir os direitos e garantias fundamentais<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002, p. 685-686.

<sup>9</sup> *Jus Puniendi*: expressão latina traduzida como o direito de punir do Estado.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002, p. 187.



Destaca-se, ainda, que o garantismo penal enseja a aplicação da lei normativa de forma realista, na qual se procura alinhar não só o texto normativo ao fato típico, mas também contextualizar, trazendo legitimidade e racionalidade ao juízo no intuito de limitar o poder punitivo e proteger o indivíduo contra excessos do poder estatal<sup>11</sup>.

A concepção de punição na epistemologia garantista se faz presente desde que decorra de uma infração penal (crimes e contravenções) que comina em sanções (penas e medidas de segurança)<sup>12</sup>, e só se torna reprovável quando a punição atenta aos direitos humanos e às garantias fundamentais, em especial do acusado, pois é o indivíduo que tende a ter seus direitos violados durante a condução do processo criminal ao qual responde. O garantismo não rechaça a punição, mas os modos e meios disruptivos para se chegar na pena e aplicá-la.

Enquanto o garantismo busca a manutenção dos direitos humanos e o respeito das garantias fundamentais, o punitivismo requer punições mais severas para quem for contra a lei, se traduzindo em sentenças maiores, ausência da liberdade condicional ou a redução da maioridade penal, assim como o aumento do policiamento em espaços públicos e o aval do Estado a esses agentes para que possam fazer o que julgarem necessário para implementar a segurança e evitar crimes.

O punitivismo penal pode ser caracterizado como um modelo de aumento de punições de crimes por parte do Estado e a institucionalização da violência através da força para combater específicos grupos sociais com o aval da lei. Utilizando os normativos penais de modo que as ações resultem em uma constante punição, exagerada e célere, representando o sentimento público de insegurança e resultando em objetivos punitivos.

Este conceito cria uma atmosfera do direito penal do inimigo, no qual específicos crimes e grupos podem ter seus direitos e garantias flexibilizadas ou até mesmo restritos, devendo ser tratados de forma diferente de outro grupo social que porventura possa ter cometido o mesmo fato típico.

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002.

<sup>12</sup> QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 14. ed. – Salvador: Editora JusPODIVM, 2020. p. 29.

Respeitar as garantias constitucionais ao conduzir o processo criminal e posterior aplicação da pena ao condenado não se trata de impunidade ou facilidade em inocentar aquele réu, mas fazer com que o devido processo legal e que o Estado Democrático de Direito seja validado na forma material ao praticar aquilo que o constitui. De acordo com Ferrajoli:

[...] o modelo penal garantista, ao ter a função de delimitar o poder punitivo do estado, mediante a exclusão das punições *extra* e *ultra legem*, não é em absoluto incompatível com a presença de momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particularidades circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado.<sup>13</sup>

Não se trata de deixar impune aquele que cometeu o delito tipificado no Código Penal, mas limitar que aquele indivíduo responda e seja punido apenas pelo fato criminoso cometido.

Nesse ponto, destaca-se as palavras de Günther Jakobs (2015. p.36):

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento como o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, como o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro lado, o tratamento com o inimigo que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Ou seja, embora punitivismo e garantismo não sejam termos antagônicos entre si, o punitivismo implica no antagonismo ao Estado Democrático de Direito, enquanto o garantismo preza pela preservação e validação deste no direito formal e material.

Apesar de não se contraporem etimologicamente, punitivismo e garantismo podem, ainda, se complementar. Pois o direito penal e a aplicação da pena criminal também são ferramentas de garantias constitucionais, afinal os dois buscam a aplicação da pena imputada ao criminoso pelo crime cometido, o que difere são os meios e modos a serem utilizados para chegar ao resultado de sua aplicação.

Enquanto o punitivismo destoa das garantias constitucionais, que aí se pode usar como antagonista ao Estado democrático de Direito, pois o princípio da

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002, p. 34.

inocência, por exemplo, acaba por ser negligenciado em busca de uma punição rápida em favor do clamor popular para que quem tenha cometido o fato criminoso seja punido o mais rápido possível, desrespeitando, assim, as regras do jogo democrático e do devido processo legal.

Ainda que o pensamento punitivista não seja o *modus operandi* do Estado brasileiro de forma declarada, é possível ver que todo o ordenamento penal tem o intuito de punir de forma rígida, sem se preocupar com a ressocialização e reinserção do indivíduo ao terminar sua pena e ser inserido novamente em sociedade. Há um exacerbamento de leis penais que cada vez mais se distancia do conceito de *ultima ratio*<sup>14</sup>, recorrendo ao direito penal para resolver litígios.

Este modo de pensar e aplicar as leis no sistema aumenta a forma como os preceitos e garantias constitucionais não chegam a quem precisa, pois determina-se que um grupo específico é tido como inimigo, mesmo que indiretamente, afastando o fato criminoso e tornando-se um julgamento pessoal e moral ao indivíduo. Podendo crimes iguais serem tratados com maior ou menor rigor em relação ao outro<sup>15</sup>.

As políticas criminais acabam se fundando no populismo para gerar políticas com vieses autoritários e com o aval da população para que seja declarado guerra ao inimigo que não se faz mais cidadão<sup>16</sup>. Há uma guerra entre a própria população, que por meio do próprio Estado se encontra autorizado por seus cidadãos a tomarem medidas em desfavor destes que são declarados inimigos.

O inimigo público resulta numa guerra interna em que determinados segmentos populacionais serão estigmatizados como o vilão a ser combatido. Com o aval dos cidadãos, o poder policial passa a ser o exército que tem como dever combater aquela parte da população determinada como perigosa e de risco<sup>17</sup>, assim como os poderes judiciários e legislativos devem aplicar e criar leis que corroborem este tipo de pensamento.

---

<sup>14</sup> Princípio jurídico de que a lei penal deve ser aplicada somente quando ela é capaz de evitar e punir de forma equivalente a ocorrência do fato.

<sup>15</sup> BONNER, Michelle. "O que é populismo punitivista? Uma tipologia base na comunicação midiática". 2021, p. 91.

<sup>16</sup> BONNER, Michelle. "O que é o populismo punitivista? Uma tipologia baseada na comunicação midiática". 2021. p. 77.

<sup>17</sup> ALVES Jr. Manoel. Política Criminal Atuarial no Desvelar do Punitivismo Seletivo. 2017.

A partir desta conjuntura de combate ao inimigo por meio do cárcere, ou até por meio da exterminação, na qual suas mortes acabam por serem naturalizadas e consideradas como necessárias para chegar a paz almejada, inclusive pela tentativa da criação de tipos que corroborem com isto, a exemplo da alteração do art. 23, do CP, proposta pelo Pacote Anticrime, e que foi **vetada**:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:  
I - em estado de necessidade;  
II - em legítima defesa;  
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível  
Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Com base nisso, se entende a razão da flexibilização das garantias penais e processuais penais e o ódio àqueles que são tidos como defensores dos inimigos (ou garantistas) e a anuência aos excessos policiais. A doutrina, por muitas vezes militar, determina que o inimigo seja o inimigo a ser neutralizado, independente do modo que isso ocorra. O pressuposto é que se está em uma guerra real, na qual deve-se utilizar, também, a força e a inteligência militar, no qual deva haver vencedores e perdedores a serem exterminados.

O conceito de inimigo legitima historicamente o poder punitivo, tendo essa pessoa como alguém que não é digno de receber um tratamento coerente com as garantias constitucionais e direitos humanos, ainda que universalmente estabelecidos<sup>18</sup>. Ser determinado como inimigo é estar diretamente relacionado com um tratamento diferenciado que se recebe em razão de sua condição de ser uma pessoa na qual sua característica de cidadão é negada. Resumindo a sua existência ao perigo abstrato determinado pela autoridade com o aval público de que aquele indivíduo tido como perigoso perde o direito de ser um sujeito de direitos.

O garantismo é uma teoria na qual se defende o máximo de respeito aos direitos e garantias fundamentais, a fim de coibir as arbitrariedades judiciais para proteger indivíduos e réus, deve-se:

[...] assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo

---

<sup>18</sup> BONNER, Michelle. O que é populismo punitivista? Uma tipologia base na comunicação midiática. Matrizes, vol. 15, núm. 1, 2021, p. 77-102. Universidade de São Paulo. São Paulo, Brasil.

grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, e portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra arbitrariedade.<sup>19</sup>

A linha teórica garantista preza que o direito penal e processual penal sejam a *ultima ratio* para resolver conflitos, ao contrário do punitivismo, que busca o aumento das leis penais e, conseqüentemente, as punições, justificadas pelo aumento da insegurança e o clamor popular de que o aumento de leis e penas mais severas irão inibir a ocorrência de crimes. Exemplo disso, é o nome da própria lei 13.964/19, que recorre a essa maneira sensacionalista ao se intitular Pacote “Anticrime”, como se o que já está aí disposto fosse “a favor” do crime e que com sua criação os crimes deixariam de acontecer e, por esta razão, se faz necessário o diploma legal mais rígido, justificado em prol de um “bem maior”. O direito penal brasileiro possui histórico de criação de leis e institutos para solucionar a criminalidade com a falsa percepção de que a edição de tais leis irão inibir, coagir ou diminuir a existência de crimes.

Para fins retrospectivos, a lei nº 8.072/90, criado no governo Collor, que dispõe sobre crimes hediondos, e seleciona determinados crimes a terem seu tempo para progressão de regime aumentados, assim como o tempo da prisão temporária, e que o indivíduo deveria cumprir a pena completa em regime fechado (sendo esta última disposição definida como inconstitucional posteriormente). Os políticos brasileiros na década de 1990 tinham a influência do Direito Penal Máximo, dos movimentos americanos da Lei e Ordem<sup>20</sup>, assim como pela Teoria das Janelas Quebradas, fazendo surgir o movimento de política criminal rígida e autoritária na intenção de reduzir a criminalidade, com a criação de novos tipos penais, aumento de penas para os tipos já existentes e a dificuldade para a progressão de pena.

Em sua criação, a lei de crimes hediondos cria um rol taxativo inferior com o comparado atualmente, visto que os crimes hediondos eram limitados a poucos crimes complexos, tais como extorsão qualificada pela morte, latrocínio, extorsão mediante sequestro, e na forma qualificada, além da epidemia com resultado morte. No entanto, com o tempo, outros tipos foram adicionados ao diploma normativo, tal qual lesão corporal dolosa de natureza gravíssima, art. 129, § 2º; lesão corporal

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002, p. 30.

<sup>20</sup> HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais: Tomo I. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 252.

seguida de morte, art. 129, § 3º, ambos do Código Penal<sup>21</sup>, quando a vítima é autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal; homicídio qualificado e praticado por grupo de extermínio; estupro; e estupro de vulneráveis.

Essa nova classificação dos crimes como hediondos, apenas revela que a medida resolutiva para diminuir ou interromper a ocorrência de crimes se origina na pressão social e na atuação enérgica para resolver o problema criminal de forma imediata, sem atacar suas causas ou haver uma verdadeira política criminal acerca do tema. Se apoiando na criação de leis com intuítos políticos e de reeleição, não tendo compromisso real com a solução concreta para o problema da criminalidade, justiça, execução da pena e ressocialização do preso.

Responder ao clamor popular para a criação de normas gera uma falsa sensação de que é uma decisão democrática e que por isso a tomada de decisão se faz justificável, porém a democracia deve ser refletida no Estado de Direito e ir além da democracia numérica, na qual a vontade da maioria se sobrepõe sobre a minoria, protegendo necessidades e interesses imprescindíveis de todos, não permitindo a ausência do poder público<sup>22</sup>.

Para Ferrajoli, o conceito de democracia é reavaliado, passando a chamá-la de democracia substancial, na qual o Estado cumpre materialmente as garantias, e define como democracia formal aquela em que o Estado atua na sua representatividade se fundamentando na legitimidade legal. Deste modo, a democracia substancial é caracterizada pelo conteúdo do julgamento, na mesma proporção que a democracia formal valoriza o formalismo acentuado e a autoridade que vir a exercer a função de decidir<sup>23</sup>.

Este modo de atrapalhar a progressão do preso e sua ressocialização se traduz nos termos do § 1º, art. 112, da LEP, que dispõe as hipóteses para o direito à progressão do condenado, que somente acontecerão se o apenado ostentar boa conduta carcerária, ou seja, ainda que os requisitos temporais estejam cumpridos, a

---

<sup>21</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002, p. 756-757.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 798.

autoridade executiva do diretor do estabelecimento carcerário ainda é quem dá a última palavra no direito à liberdade do preso, sendo um aspecto subjetivo.

Art. 112.

[...]

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Embora não seja uma inovação punitivista trazida pelo Pacote Anticrime, pois já estava presente na antiga redação do diploma normativo, não houve alteração, mantendo-se o caráter punitivista ao deixar o direito à liberdade e a progressão de regime no poder do diretor. Além disso, o exame criminológico aparenta ser dispensável e só é exigido quando houver peculiaridade no caso concreto, inclusive no entendimento do STJ, ao editar a Súmula 439: “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. Não há a obrigatoriedade do exame criminológico, que deveria ser realizado por vários profissionais em conjunto para determinar a periculosidade do apenado e sua capacidade de integração em sociedade, mas há a obrigatoriedade do aval do diretor do presídio, alguém que exerce um cargo administrativo e não possui habilidades técnicas a fim de avaliar se o apenado deve ou não progredir. A não alteração do § 1, do art. 112, da LEP, apenas ratifica que não há interesse do legislador em fazer valer a integração social do preso em sociedade, apenas colocá-lo no cárcere e esperar que o indivíduo lá permaneça o maior tempo possível.

Além disso, ao art. 112, da LEP, foi adicionado o §6º, sendo completamente maléfico para o réu que cumpre pena em estabelecimento prisional:

Art. 112

[...]

§ 6º 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

O dispositivo busca fazer com que o réu continue no regime menos brando e que demore a progredir em direção a sua liberdade. Neste dispositivo foi adicionado que 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 de pena. E que caso o fato ocorra, haverá o reinício da contagem tendo como base a pena remanescente e não o total da pena aplicada. Ou seja, o apenado, mesmo que esteja a ponto de progredir sua pena, pode colocar tudo a perder, permanecendo mais tempo no estabelecimento prisional. Inclusive, este entendimento foi positivado pelo STJ, ao editar a Súmula 534: “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”. Indo na contramão da perspectiva de ressocializar o preso, com o pensamento de que punir seja a melhor via. Havendo uma punição exacerbada para além da pena que já está sendo cumprida.

Apesar disso, o § 7º, prevê uma forma do apenado readquirir e, conseqüentemente, se redimir quanto ao cumprimento da pena, adquirindo, novamente, o bom comportamento carcerário, principalmente por força constitucional que dispõe sobre ser proibido penas de caráter perpétuo, se estendendo também para a progressão da pena.

Art. 112

[...]

§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.

Este dispositivo traz mudanças benéficas para àqueles que estão cumprindo pena privativa de liberdade, tendo como objetivo fazer com que o preso adquira bom comportamento carcerário, sem a necessidade do cumprimento de mais nenhum requisito ou condição, podendo, ainda ser encurtado caso o apenado alcance antes deste um ano, o requisito temporal para a obtenção do direito à progressão que pleiteia. Esta nova situação é mais benéfica aos condenados, de modo que tem aplicação retroativa.

#### **4. A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E A SUPOSTA SENSAÇÃO DE JUSTIÇA**

No intuito de combater à violência, o Estado responde à sociedade com a criação de políticas públicas e normas que possam efetivar a persecução penal e a



solução de crimes. Tendo isto como base, vários países acabam por criar bancos de dados de perfis genéticos na tentativa de traçar e mapear criminosos para auxiliar na investigação do sistema de Justiça<sup>24</sup>.

É inegável a efetividade da criação dos bancos de dados genéticos, mas a ideia inicial para este tema no Pacote Anticrime não teve efetividade na sua publicação, sofrendo algumas alterações. Inclusive, sob recomendação do autor do projeto, é necessário em algum momento distinto que seja aprovada outros aspectos do banco de dados genéticos tratado no Pacote Anticrime, aumentando o rol de condenados que devem disponibilizar seu DNA.

O projeto propôs modificar o Art. 9º-A, da LEP, acrescentando sete itens, aumentando o rol taxativo e a eficiência para identificar o perfil genético a partir da extração do DNA. Dos itens propostos, apenas quatro foram mantidos, em decorrência, também, do veto presidencial ao art. 9º-A, caput, e § 5º, 6º e 7º do Pacote Anticrime:

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

---

<sup>24</sup> BRASIL. V Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos – dados estatísticos e resultados relativos a 28 de novembro de 2017. Ministério da Justiça e Cidadania, 2017.

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.

§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial.

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Está em vigor os normativos constantes do § 1º-A do art. 9-A, da LEP, garantindo a proteção dos eventuais dados genéticos coletados; além do §3º, que tem o intuito de possibilitar ao indivíduo que teve seu DNA colhido acesso aos bancos de dados de perfil genéticos, dando a oportunidade do contraditório pela defesa; o § 4º, que permite a extração obrigatória e retroativa de DNA; e o § 8º, que determina como falta grave na execução penal caso o apenado se recuse a realizar a identificação genética mandatória.

As críticas ao que foi posto na alteração da lei pelo Pacote Anticrime recaem sobre a extração retroativa do DNA (art. 9º-A, § 4º), pois aqueles que já são condenados e estão cumprindo pena também são submetidos à novidade normativa e obrigados a oferecer seu material genético para alimentar o banco de dados. Neste ponto cabe questionar no que a nova lei afeta negativamente presos já condenados, indo contra o princípio da Segurança Jurídica, submetendo ao constrangimento de ter seu DNA colhido, prejudicando o apenado.

Além disso, a problemática recai, ainda, sobre ser considerado falta grave durante a execução penal caso o condenado se recuse ser submetido à identificação genética (art. 9º-A, § 4º), porque vai contra o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), pois no instante que o material genético fazer parte do banco de dados torna-se possível relacionar o preso a outros crimes.

Cumpra salientar que são situações distintas: haver coleta de material genético na cena do crime durante a investigação policial e colher DNA de maneira compulsória, de modo que obrigue o apenado a oferecer provas contra si mesmo. A afronta ao princípio é flagrante na extração obrigatória, sendo uma prática antigarantista de violação ao direito fundamental contido no art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, e no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica); e no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

O Pacote Anticrime se propõe a ampliar o Banco Nacional de Perfis Genéticos criado, em 2012, a partir do art. 9º-A, da LEP, por meio da lei nº. 12.654/2012, que acrescenta na LEP o art. 9º-A a fim de determinar que apenados que tenham cometido crime doloso com violência de natureza grave contra a pessoa ou por crime previsto no art. 1º, da lei nº. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) sejam obrigados a ter seu DNA extraído para o banco de dados.

O que acontecia antes da alteração proposta pelo Pacote Anticrime era que durante a investigação criminal preliminar ou processual, com intuito de gerar provas no caso, focando indivíduos que são investigados no caso concreto (com interpretação do art. 3º, inciso IV, c/c art. 5º, parágrafo único, da lei nº 12.037/2009, a Lei de Identificação Criminal); e, inclusive, quando a pessoa condenada possui os requisitos do art. 9º-A, da LEP. Não excluindo a possibilidade do investigado, réu ou condenado ser cadastro no banco de dados por força de uma decisão judicial.

Portanto, a proposta do Pacote Anticrime é ampliar o Banco Nacional de Perfis Genéticos em favor da melhoria das investigações, mostrando ser uma medida que, preferencialmente, tem como objetivo trazer eficiência para as ações da polícia e traçar um perfil de pessoas tidas como perigosas, segundo as palavras do ex-ministro que apresentou o projeto da lei Anticrime. Facilitando a disponibilidade de dados que auxiliarão em futuras investigações, aumentando o número de condenados submetidos ao fornecimento obrigatório do DNA para fins cadastrais.

Os requisitos e definições de quem será obrigado a fornecer material genético já era bastante rechaçado e a proposta do Pacote Anticrime, que tem uma perspectiva mais radical para realizar a coleta e determinar quem será submetido a esta, põe a proposta ainda mais em destaque por ser mais rígido do que o já existente.

Ademais, a ampliação da possibilidade da coleta obrigatória de dados acabou sofrendo veto antes da publicação. A proposta inicial era a de que a coleta de DNA deveria atingir pessoas que ainda eram consideradas inocentes, antes das ações nas quais fossem réus não terem transitado em julgado e tendo condenação, em primeira instância, criminal. O dispositivo viola flagrantemente o art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Atingindo o absurdo de forçar a coleta de DNA, a fim de alimentar o banco de dados, daqueles julgados por crimes dolosos, antes do fim absoluto do processo.

É imprescindível, inclusive, citar os riscos de falsas condenações definidas por um banco de dados e sistema de DNA que não possui investimento adequado para se manter. O investimento brasileiro em tecnologias e reconhecimento biológico é escasso. Para fazer acontecer a proposta seria necessário a criação de um banco de dados no Brasil, porém de origem americana, deixando dados de nacionais, pertencentes ao Brasil, sob responsabilidade de uma empresa estrangeira, trazendo outra questão sobre quem tem esses dados e como poderiam ser utilizados.

Punir é necessário e faz parte do Estado Democrático de Direito, caso contrário a impunidade e as ações sem consequências seriam a regra social. Em um Estado consolidado, no qual existe um controle social em que o Poder Público tem o direito e o dever de punir aqueles que são contrários a ordem social, se faz necessário a criação de leis que determinem quais fatos, definidos como típicos, serão puníveis.

Embora o punitivismo seja colocado como contrário ao garantismo, esta definição, de termos antagônicos entre si, não é completamente verídica. O punitivismo e o garantismo concordam em buscar a punição para aquele indivíduo que infringe a norma penal, mas o ponto de discordância está na proporção punitiva e seus excessos<sup>25</sup>.

A controvérsia da extração compulsória de DNA repousa sobre o direito de punir exacerbado, no qual retira direitos do preso, impondo a sua desumanização e tornando um sujeito sem direitos, no qual não lhe são assegurados o contraditório, ampla defesa e o direito de não gerar provas contra si mesmo. A perversidade da

---

<sup>25</sup> BONNER, Michelle. O que é populismo punitivista? Uma tipologia base na comunicação midiática. Matrizes, vol. 15, núm. 1, 2021, pp 77-102. Universidade de São Paulo. São Paulo, Brasil.

identificação genética não está no banco de dados, mas como este será implantado e em quem recai esta perda de direitos.

Embora esta política criminal tenha o caráter preventivo de controlar os riscos posteriores, é problemática sob a perspectiva de produzir dados acerca de terceiros sem justifica pertinente e que viole aspectos da privacidade, dignidade humana, e o direito de ser considerado presumidamente inocente antes do trânsito em julgado. Além disso, essa ferramenta traz sanções mais severas aqueles que praticaram crimes, tendo seu perfil disponível num banco de dados para o resto da vida, violando o art. 5º, XLVIII, b, da Constituição Federal, pois acaba por se tornar uma pena perpétua, uma vez que o apenado já cumpriu sua sentença e ainda possui seus dados disponíveis. Sem contar que a nova tecnologia tira o aspecto humano do processo, tornando a investigação mais mecânica, dando aval para que policiais atuem de forma mais rigorosa, sem contestar, uma vez que a máquina, teoricamente, não erra.

Deste modo, é demonstrado que a efetivação do banco de dados genéticos possui qualidades e defeitos, cabendo uma análise crítica para defini-los. Suscitando a discussão acerca das garantias fundamentais e dos direitos humanos, tanto na Constituição quanto nos acordos nos quais o Brasil é signatário. Expondo que o Pacote Anticrime não é só uma lei aprovada sem fundamento ou análise crítica, por mais que possua, na origem, práticas antigarantista, não sendo uma solução para os crimes em território nacional.

## **5. AS VIOLAÇÕES LEGAIS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO**

Outra alteração trazida pelo Pacote Anticrime foi em relação ao Regime Disciplinar Diferenciado, aumentando exacerbadamente o instituto do RDD, que em sua criação já violava o direito dos presos, a nova lei dispôs assim:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência;

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

§ 2º (Revogado).

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso:

I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade;

II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados

também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.

§ 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.

§ 6º A visita de que trata o inciso III do caput deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário.

§ 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do caput deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos.

Na origem da lei nº 10.792/2003, que criou o RDD, o direito da dignidade da pessoa humana foi violado de forma cruel e degradante, ferindo a dignidade, aplicando castigo físico e moral, por impor isolamento absoluto de vinte e duas horas durante um ano, acarretando danos irreparáveis àquele que cumpre pena, indo além da punição que fora decidida em sentença<sup>26</sup>.

Cabe destacar que o regime proposto pelo RDD não tem previsão legal no Código Penal e viola ostensivamente o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, na qual está disposto o princípio da reserva legal, desprezando os direitos estabelecidos na formação do Estado Democrático de Direito.

Inclusive, também há violações do instituto da presunção de inocência, estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pois o RDD acrescenta que o sujeito preso preventivamente também pode ser realocado neste tipo extremo de cárcere. Se recair sobre o réu, em prisão preventiva, o RDD, e posteriormente houver a absolvição, o dano causado se torna ainda mais absurdo, uma vez que um regime tão cruel para àqueles que cumprem pena é ainda mais bárbaro para àquele que é inocente.

---

<sup>26</sup> CARVALHO, Salo de; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Crítica à Execução Penal: Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/03, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal*. 2ª Edição. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 287.

Dentre às violências e violações propostas pelo RDD está a violação de correspondência, no inciso VI, art. 52, incluída de forma banal pela lei, sendo flagrante ante aos direitos e garantias do art. 5º, XII, da Constituição Federal. Decorrendo daí violações da intimidade e privacidade, itens fundamentais para o Estado Democrático de Direito e esquecidos na vigência de tal lei.

Além do fato de que a RDD esquece da ressocialização do preso, definida no art. 1º, da LEP:

#### Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Ou seja, não há como ressocialização se o apenado perde o direito de conviver com outros indivíduos já na prisão, que deveria ser um local que proporcione condições para voltar a viver em sociedade. Demonstra-se que o RDD viola vários direitos da pessoa humana e isso apenas piora com as alterações propostas pelo Pacote Anticrime.

Dentre as mudanças apresentadas, o *caput* do art. 52, da LEP, já traz uma possível indisposição internacional, pois define que o regime, agora, inclui o preso estrangeiro, caso tenha cometido crime doloso ou provocar perturbação da ordem e disciplina no estabelecimento prisional em que está. Enquanto na legislação antiga só seria alcançado para tal regime quando apresentasse alto risco à sociedade ou à segurança do estabelecimento prisional, a alteração da norma foi alterada com o viés mais punitivo.

Além disso, a mudança mais radical está elaborada no art. 52, inciso I, da LEP, duplicando o prazo da duração do período em que o apenado pode estar sob o RDD, passando de um ano para dois anos, e ainda autoriza a aplicação repetidas vezes caso o interno cometa nova falta grave, devendo observar, também, o perfil criminal do apenado e se este é integrante de organização criminosa, além dos processos criminais no qual faz parte como réu durante este período<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo; FILHO, Eduardo Rezende Zucato; MASSARO, João Paulo Gomes. Reflexões sobre os malefícios do isolamento do preso imposto pelo novo RDD. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 28, v. 330, p. 22-25.



O novo dispositivo é exacerbado na medida em que o limite definido anteriormente era de até um sexto da pena aplicada e foi retirado da nova legislação, podendo o preso passar toda a sua pena no RDD sem a estipulação de um máximo legal como era feito anteriormente.

Além disso, no inciso III, do art. 52, da LEP, a mudança realizada foi a de que o apenado terá suas visitas mais limitadas, incluindo aí familiares e advogados. Na legislação anterior era disposto que os presos poderiam ter visitas semanais, que além de direito do preso é peça fundamental para a reinserção na sociedade, ter contato com sua família e poder conversar com um profissional que tenha capacidade em entender e explicar seu processo. Agora, as visitas serão quinzenais e será vedado o contato com o visitante, pois será necessário a instalação de proteção de vidro que evita o contato físico, contribuindo cada vez mais para às violências e restrição de direitos daquele que cumpre pena.

Dentre o rol de barbaridades que alteraram o RDD, o inciso IV, do art. 52, da LEP, é o único que faz sentido no intuito de inibir a criminalidade e o desenvolvimento de organizações criminosas ao definir que àqueles submetidos ao RDD, quando forem sair para o banho de sol diário de duas horas, são proibidos a terem convivência com outros presos da mesma organização criminosa, com o grupo limitado a quatro pessoas.

Os incisos V e VII, do art. 52, da LEP, foram incluídos no sentido de todas as entrevistas nas quais o apenado do RDD participar serem monitoradas e/ou fiscalizadas por profissional do estabelecimento prisional; e que, preferencialmente, as audiências serão realizadas por videoconferência para evitar o deslocamento do preso, respectivamente. Cada inciso é mais uma forma de privar e violar o direito dos presos, o primeiro violando sua intimidade ao realizar entrevistas e o outro o direito de convivência, uma vez que já estar submetido ao RDD é ter sua socialização com outros presos negada, ir às audiências seria um pequeno alívio nesta abundância de enclausuramento e restrição de contato com outras pessoas, agora também inexistente.

Aliás, o § 1º, do art. 52, da LEP, define que para que o preso seja submetido ao RDD não há a necessidade de ser comprovado o envolvimento com a organização criminosa, bastando que haja somente indícios sem necessidade de provas, e que

para ser submetido a tal regime não é necessário que se tenha cometido falta grave. Ou seja, o parâmetro da falta grave que provoca o RDD é deixado de lado para ser substituído pela dúvida, violando o princípio *in dubio pro reo* quando aplicado na Execução Penal.

Por fim, o § 3º, do art. 52, da LEP, define que o RDD seja cumprido em unidade prisional federal caso o preso esteja envolvido em organização criminosa de modo interestadual. Aplicado neste caso que as visitas do inciso III, deverão ser gravadas e acompanhadas por agente do estabelecimento prisional, conforme o § 6º deste mesmo artigo.

Como se vê, o Regime Disciplinar Diferenciado viola o art. 1º, da LEP, assim como garantias e direitos fundamentais dispostos no art. 5º, da Constituição Federal. O procedimento impiedoso e cruel acaba por ser normalizado no RDD e causa ainda mais aversão quando se compreende que não é instituído pelo juízo em sentença, mas é decidido por sanção administrativa, sem o direito ao contraditório ou à ampla defesa. O preso fica sujeito à subjetividade discricionária dos agentes penitenciários e o diretor da prisão.

A ausência de limitação para a aplicação do RDD pode levar o preso a passar toda sua pena em total isolamento, tendo como única relação social os outros três presos que participam pelas duas horas de banho de sol diárias, pois o contato físico com familiares e advogado foi restrito em quinzenas, e repelidos pela instalação de vidros que bloqueiem o contato físico. Não há como falar em socialização do preso para ser reintegrado na sociedade após sua pena ser em todo modo restrita em relação ao mundo exterior.

A inclusão do RDD, desde 2003, à LEP, é uma formalização e materialização das violências e violações de garantias fundamentais e direitos da pessoa humana. E embora possua várias críticas desde sua promulgação, o regime está em pleno funcionamento há mais de quinze anos, inclusive com a anuência dos Tribunais Superiores que reconheceram sua constitucionalidade<sup>28</sup>.

A falsa crença do legislador do RDD como instrumento de combate às organizações criminosas acontece mais uma vez com o Pacote Anticrime, e na

---

<sup>28</sup> STJ HC 40.300/RJ. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07.06.2005

alteração do instituto ao tornar mais severo. É a afirmação punitivista do Estado em tornar as normas mais severas a fim de acabar com os crimes de forma populista e sem ações que realmente ensejam seu fim. Restringindo direitos fundamentais básicos àqueles que já estão no cárcere para que de modo simbólico a força do Estado utilizada para combater o crime pareça ter eficácia, ainda que desde a criação do RDD e seu posterior endurecimento não apresentem de modo material a melhoria que os motivou.

## **6. VEDAÇÃO À SAÍDA TEMPORÁRIA AO CONDENADO POR CRIME HEDIONDO COM RESULTADO MORTE**

Como já explicado de maneira exaustiva nos capítulos anteriores, o Estado deve aplicar as penas privativas de liberdade, de acordo com a lei, sem deixar de cumprir com o dever da ressocialização do preso. A saída temporária é um instituto criado no intuito de pôr em prática a reinserção do indivíduo que cumpre pena na sociedade, conquistando o direito de saídas gradativas até o final de sua pena em que será posto novamente em liberdade. Obviamente, o Estado também visa que o detento tenha um bom comportamento para conseguir tal direito, facilitando, assim, a administração e harmonia do estabelecimento prisional, em troca da recompensa de ter o direito à saída temporária.

É imperativo definir que saída temporária não deve ser confundida com o indulto ou a permissão de saída. A saída temporária contempla àqueles que cumprem pena e estão submetidos ao regime semiaberto, conquistando, por direito, a autorização, ainda que temporária, de sair do estabelecimento no qual cumpre pena, como dispõe o art. 122, da LEP:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

§ 1º A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.  
§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.

O direito à saída temporária é definido pelo Juízo da Execução, que determinará que o preso, de forma individual e sem vigilância direta, ou seja, sem acompanhamento de qualquer agente penitenciário, poderá deixar o estabelecimento prisional desde que utilize o monitoramento eletrônico em comum acordo, também, com o Ministério Público e a administração prisional. Como demonstrado no artigo subsequente, é necessário, ainda, que o apenado cumpra alguns requisitos, tais como:

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

A partir deste momento o preso começa a ter contato com a sociedade novamente, deixando o espectro do estabelecimento prisional, ainda de forma gradativa e não abundante, demonstrando ser um dos primeiros passos na sua recuperação e no cumprimento da pena.

O passo da saída temporária para a ressocialização não se confunde com a permissão de saída, constante no art. 120, da LEP, pois esta é uma autorização para sair do presídio de forma ocasional, determinado por lei, em caso de falecimento, doença de familiares ou necessidade de atendimento médico, valendo também para presos submetidos ao regime fechado, por meio de vigilância direta e escolta, cabendo a decisão ao diretor do presídio.

Ao passo que o indulto se refere a extinção de punibilidade, concretizando a liberdade prematura do preso, podendo ser realizada coletivamente ou individual, por ordem do Presidente, o chefe do Executivo. Previsto no art. 84, XII, da Constituição Federal, o indulto é regulado por decreto e provido anualmente, cabendo ao Presidente estabelecer condições para sua concessão. Pela tradição, o indulto é

estabelecido no final do ano e apelidado de indulto natalino. É vedado para presos condenados por crimes hediondos, tortura, terrorismo e tráfico ilícito de drogas.

O Pacote Anticrime não só aumentou o rol de crimes hediondos, como incluiu o § 2º, no art. 122, da LEP. Ou seja, aquele que praticou crime hediondo com resultado morte está fora do escopo para ser contemplado pela saída temporária. Surgindo o questionamento se aos apenados que cometeram crimes com esses parâmetros e já gozam do direito da saída temporária, teriam esse direito retirado.

Pela elaboração histórica do Pacote Anticrime e a vontade dos legisladores, não restam dúvidas de que o direito deveria ser retirado, partindo de um ideal punitivista e exacerbamento das leis penais, o direito deve ser retirado, mesmo que a saída esteja de acordo com os princípios da pena que ensejam o convívio com a sociedade e a família, fundados, ainda, no fato de que a execução se trata de lei processual, tendo vigência imediata e geral aos casos que couberem aplicar.

Porém, o entendimento da doutrina majoritária é de que por ser uma lei prejudicial ao condenado, esta não pode retroagir, não atingindo àqueles que cometeram crimes hediondos com resultado morte e que já possuem o benefício da saída temporária, respaldado pelo art. 5, XL, da Constituição Federal, no qual dispõe que a lei penal não retroagirá, salvo em benefício do réu, não encontrando lastro para que a alteração definida pelo Pacote Anticrime atinja àqueles que já cumprem pena e que continuem a desfrutar de tal direito.

## **7. CONCLUSÃO**

Diante da pesquisa realizada e o que foi demonstrando ao longo do texto, é possível observar que as leis penais necessitavam de uma reforma para que fossem atualizadas, porém o que foi trazido com o Pacote Anticrime, na maioria dos casos, apenas acentuou a piora da norma que já não era assertiva. Fortalecer o poder punitivo estatal a partir do Pacote Anticrime só fez com que o Estado se tornasse cada vez mais rigoroso e severo ao aplicar as penas, não contribuindo com a diminuição de crimes e sua inibição.

A partir do que foi narrado, é possível perceber que o Pacote Anticrime promove a desumanização do preso em torno de uma punição além daquela já estipulada em

sentença. A criação de certos dispositivos apenas coloca o Estado Democrático de Direito em situação questionável e não estimula em nada a melhoria da segurança para o povo brasileiro. Ao contrário, estimula o preso a voltar a cometer crimes sem dar a oportunidade de ter uma ressocialização adequada que preserve os direitos humanos. O punitivismo é o alicerce central do Pacote Anticrime, porém há alguma rachadura garantista em meio a todo o endurecimento do sistema penal e das normas, particularmente em relação a Lei de Execução.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BONNER, Michelle. O que é populismo punitivista? Uma tipologia base na comunicação midiática. Matrizes, vol. 15, núm. 1, 2021, pp 77-102. Universidade de São Paulo. São Paulo, Brasil.

BRASIL. Decreto Lei 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Diário Oficial da União, Brasília, 6 de jul.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 out.

\_\_\_\_\_. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Crimes Hediondos. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul.

\_\_\_\_\_. Lei 12.037, de 1 de outubro de 2009. Identificação Criminal do civilmente identificado, Diário da União, Brasília, 1º out.

\_\_\_\_\_. V Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos – dados estatísticos e resultados relativos a 28 de novembro de 2017. Ministério da Justiça e Cidadania, 2017.

CARVALHO, Salo de; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Crítica à Execução Penal: Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/03, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. 2ª Edição. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ESTRELA, Marianne Laíla Pereira. SILVAR JUNIOR, Nelson Gomes de Sant'Ana e. TANNUSS, Rebecka Wanderley. Política Criminal em Contexto Neoliberal: a configuração do punitivismo no Brasil. João Pessoa, 2021.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. SMANIO, Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2002.

HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais: Tomo I. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2015

IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo; FILHO, Eduardo Rezende Zucato; MASSARO, João Paulo Gomes. Reflexões sobre os malefícios do isolamento do preso imposto pelo novo RDD. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 28, v. 330, p. 22-25, 30 abr. 2020. Disponível em:

<<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/294>>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

JAKOBS, Günter e MANUEL, Cancio Meliá. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

PASTANA, Débora Regina. Os contornos do Estado Punitivo no Brasil. 2007.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 14. ed. – Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

SHMITT, Pula Helena. Espaços de exceção: a produção biopolítica do medo e do inimigo. in: Biopolíticas. Curitiba: iEA Academia, 2015.

SILVA, Jorge da. Militarização da segurança pública e reforma polícia: um depoimento. In: BUSTAMANTE, Ricardo e SODRÉ, Paulo César. Ensaios jurídicos: Direito em revista. Rio de Janeiro: IBAJ, 1996.