

Contributo analítico acerca do suposto aperfeiçoamento da legislação criminal em razão da Lei 13.964/2019

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Fábio Henrique Falcone Garcia*²
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Legitimação, direito e racionalidade: a tensão entre garantismo e expansionismo penal; 3. A lei 13.964/2019 e o escopo de aperfeiçoamento da legislação; 3.1. Alterações de natureza penal; 3.2. Sistema acusatório e motivação da decisão judicial; 3.3. Modificações da legislação de execução penal; 3.4. Procedimento de investigação e políticas públicas; 3.5. Acordos de não persecução e colaboração premiada; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. Introdução

Este artigo procurará discutir o ambicioso escopo de aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal declarado na ementa da Lei 13.964/2019, promulgada após encaminhamento de projeto de lei intitulado, de forma igualmente ambiciosa, de *pacote anticrime* pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Essa visão prospectiva, além de descrever o objeto da legislação, como previsto no art. 5º, da Lei Complementar nº 95/1998, remete a uma condição de legitimação consequencialista, observável, aliás, em todos os ramos do direito³. A lei se apresenta como algo que vem a melhorar a legislação imperfeita existente.

Esse tipo de registro suscita, desde logo, o problema sobre a validade de inserção de juízos axiológicos em disposições legais, que deveriam, ao menos em tese, abster-se de adjetivações dispensáveis (art. 11, Lei Complementar nº 95/1998). A ideia de aperfeiçoar exprime um juízo de valor sobre a legislação. Resta analisar em que sentido se pode falar em aperfeiçoamento da legislação e como essa lei procura atender a esse elevado propósito.

No presente ensaio, a proposta de aperfeiçoamento da legislação será analisada à luz do problema da racionalidade do direito penal e processual contemporâneo. Parte-se do princípio de que a ideia de aperfeiçoamento, em termos jurídicos, reclama persecução de maior coesão sistêmica, a viabilizar incremento de segurança jurídica, identificação

¹ Doutor e mestre em Direito do Estado. Pesquisador vinculado ao CEDAU. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

² Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo pelo departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelo departamento de Direito Constitucional. Integrante do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da EPM.

³ GARCIA, Fábio Henrique Falcone. *As múltiplas faces do direito em Max Weber: fundamentos para uma leitura contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 360.

dos valores axiológicos preponderantes no sistema e redução dos elementos antinômicos que afetam a funcionalidade do direito penal, premido, como já é cediço, por uma tensão crescente entre expansão e garantismo⁴.

O objetivo do ensaio é observar a legislação a partir de um ponto de vista sociológico, discutindo criticamente um projeto que genericamente proclama escopo de aperfeiçoamento da legislação, sem, talvez, dar-se conta da complexidade que envolve o trabalho de sistematização da legislação em face: a) das contradições internas dos valores tutelados pela ordem jurídica; b) das demandas de legitimação e de construção da autorreferência operacional dessa mesma ordem jurídica.

Esses problemas costumam passar ao largo de análises puramente dogmáticas do direito penal, justamente porque se situam noutra plano de observação⁵.

Não se trata, pois, de proceder a uma propedêutica normativa da novel legislação, mas apontar a importância de observar o direito penal e processual penal como um objeto de pesquisa a ser trabalhado por uma ciência da realidade que quer compreender as confluências causais que integram aquilo que Weber denominaria de *legalidade própria* [*Eigengesetzlichkeit*] do direito criminal, ou seja, os elementos estruturais de um domínio específico do direito que em algum momento se diferencia dos demais ramos dessa esfera cultural e adquire uma racionalidade própria, lastreada em valores culturalmente consolidados que afetam a significação das ações, quando orientadas pelo sentido jurídico-penal preponderante.

Para tanto, o artigo será estruturado em três partes. Na primeira parte se discutirá a tensão legitimatória do direito penal contemporâneo, suas causas e consequências. Na segunda, serão examinados alguns aspectos relevantes da legislação que pretende aperfeiçoar o sistema criminal. Na terceira parte serão apresentadas as observações conclusivas.

2. Legitimação, direito e racionalidade: a tensão entre garantismo e expansionismo penal

O direito penal representa, talvez, o signo mais eloquente do Estado de Direito, por envolver emocionantes debates sobre liberdade, mas também porque representou uma mudança estrutural no papel do direito dentro da relação envolvendo poder estatal-cidadão.

Foucault, em seu clássico *Vigiar e punir*, ensina que a segunda metade do século XVIII trouxe consigo a busca pela humanização da pena. O suplício passou a significar, desde então, o excesso, a sede de vingança, o prazer de punir ou, numa palavra,

⁴ GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Transformações do Estado e revisão do garantismo penal nos 30 anos da Constituição Federal. In: LOUREIRO, Francisco Eduardo; DE PRETTO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae. (coord.). *A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 305-326.

⁵ A ideia de níveis de observação foi desenvolvida dentro da Teoria dos Sistemas, por Niklas Luhmann, inspirado nas ideias de Von Foester. Segundo Luhmann, sistemas sociais, entendidos como conjunto fechado de comunicações autorreferenciadas, abertas cognitivamente ao meio e dotadas de códigos operacionais próprios, observam a realidade em níveis distintos. A prática jurídica realiza uma observação de primeiro nível, enquanto a teoria do direito promove uma observação de segunda ordem, sobre a prática jurídica. A ideia central do conceito remete a referências que deslocam o sentido de um plano de observações parciais da realidade, em condição similar àquilo que Weber chama de *pontos de vista do investigador*. Isso significa que, operando em níveis distintos, as observações prática, teórica e sociológica veem coisas distintas. O achado de cada observação, contudo, pode ser relevante porque é ressignificada nas novas comunicações. Para uma compreensão mais aprofundada do tema, ver: CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 47-49; GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Op. cit., 2020, p. 122-126 e 296-304; LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010, 157-160.

a tirania⁶. Desde essa época, penalistas (Beccaria, Duport, Pastoret, Target) teorizaram sobre a necessidade de “suavizar” o aparato judiciário, substituindo castigos físicos por reprimendas racionalmente calculadas, limitadas e proporcionais ao agravo praticado.

De acordo com a análise microfísica de Foucault, a crítica dos reformadores fundava-se na “má economia do poder”, e não necessariamente na crueldade. Tratava-se de corrigir vícios de um modelo punitivo que refletia um sistema de poder marcado pela venalidade e pelo arbítrio do monarca, dado o seu exercício de forma ilimitada e quase privada. A reforma trouxe uma depuração do sistema de punir a partir de uma organização estratégica mais eficiente, com redução de custos econômicos e políticos⁷.

Sem discutir toda plêiade de causas destrinchadas por Foucault, do ponto de vista macrosociológico, pode-se compreender esse processo como uma demanda por legitimação sob as bases impessoais que marcam o ideário liberal político de então⁸, em um processo que acaba por estruturar, a partir da centralidade que a pena assume no debate político-criminal, um direito penal reconhecido como *ultima ratio* para tutela de interesses caros à sociedade⁹. Não por acaso, a pena se tornaria o mais tormentoso problema do direito penal, no dizer de Aníbal Bruno¹⁰, já que revela a face violenta do Estado, que, por muito tempo, procurou ocultá-la sob regimes que propugnavam a existência de uma sociedade sadia e desprovida de conflitos. Talvez isso explique a carência de estudos na área de execução penal, como observa Salvador Netto.¹¹

É possível ler Foucault e Weber de forma muito próxima¹², quando se observa a descrição das condições de reforma do sistema punitivo, como um meio de suavização que persegue legitimação para os operadores do direito e a população em geral. Foucault é explícito: a reforma do sistema penal, caracterizada por uma suavização de penas, codificação mais nítida, diminuição do arbítrio e introdução de garantias atenua o sofrimento não do criminoso, mas dos juizes e expectadores que veem, na lei penal, não mais a vingança do soberano e sim a defesa da sociedade.

A tutela da sociedade é combinada com a tutela da liberdade individual liberal, que se restringe para viabilizar, no ideário iluminista, a vida em comum, justificando-se a interferência mínima do Estado sobre os cidadãos. Se observarmos com cautela, a afirmação foucaultiana de que a reforma introduz um princípio de economia política sobre o sistema de punição, no qual a prevenção almejada é calculada a partir da mínima intervenção, tem-se a combinação perfeita entre processo legitimatório do Estado de Direito – que se caracteriza pela crença no monopólio legítimo do uso da força pelo Estado – e evolução do garantismo penal.

Em outras palavras, o ideário iluminista envolve o reconhecimento da legitimação do direito de punir sob a perspectiva de resguardo da paz social, lastreada na crença de que

⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia Pondé Vassalo. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 69-70.

⁷ Idem, *Op. cit.*, p. 74-75.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 180

⁹ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos CEBRAP*. n. 68, mar. 2004. p. 40-41.

¹⁰ BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 9.

¹¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 30.

¹² VEYGNE, Paul. *Foucault: seu pensamento, sua pessoa*. Tradução de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 21

a punição pode reduzir a incidência de delitos desagregadores¹³. É certo que a noção de prevenção geral em razão do medo da pena, conforme adverte Foucault, é muito antiga. Com a reforma penal iluminista, contudo, o direito penal assume, em sua essência, a demanda por proporcionalidade: justifica-se a pena mínima necessária para evitar o delito¹⁴. Essas são as bases do garantismo, que, como observa Sanchís, reclama sujeição à estrita legalidade e aos limites substanciais impostos por direitos fundamentais¹⁵. Por outro lado, dessa época se extrai a normatividade dos códigos legislativos que denotam um grau de sistematização do pensamento jurídico refinado, a ponto de favorecer o reconhecimento de uma lógica operacional autorreferente. Os Códigos representam o ideal de um sistema de normas perfeito, fechado, desprovido de antinomias e capaz de solucionar os conflitos a partir de suas próprias referências.

As condições de legitimação e funcionamento do domínio do direito penal, contudo, alteraram-se profundamente com as transformações do Estado, da política e da criminalidade contemporâneas.

Com efeito, se o século XX observou o surgimento do Estado providência, legitimado pela noção de que a política poderia ser conduzida pelo direito, ou por “constituições dirigentes”, com políticas intervencionistas, destinadas a dirigir a demanda da economia, as crises fiscais do final do século¹⁶, aliadas à expansão de uma cultura hegemônica neoliberal¹⁷, à revolução tecnológica dos meios de comunicação¹⁸, à modificação do modo de produção e ao surgimento do capitalismo financeiro transnacional, enfim, à série de transformações políticas e econômicas que acompanharam o processo de globalização econômica¹⁹, trouxeram ao século XXI um modelo de Estado competitivo, com reformas significativas em cartas de direitos e políticas de austeridade fiscal, em um ambiente de disputa à busca de investimentos e da emergência de formas criativas de produção/circulação de bens e serviços²⁰.

Essa evolução de uma sociedade de indivíduos para uma sociedade reticular sem vínculos territoriais²¹, com comunicação global em tempo real, trouxe consigo novas formas de legitimação do Estado e de associações políticas criminosas. A crise do Estado-providência e de suas promessas de melhora de condição de vida e a emergência de uma

¹³ RODRIGUEZ, Raúl Carnevali. *Derecho penal como ultima ratio*. Hacia una politica criminal racional. *Ius et praxis*. Talca, v. 14, n. 1, 2008.

¹⁴ Ainda que essa moderação tenha como escopo uma nova forma de tecnopolítica, como diz Foucault, em que a “humanidade” da pena envolve uma “racionalidade econômica”, em que “o mínimo é ordenado pela humanidade e aconselhado pela política” FOUCAULT, M. *Op. cit.*, p. 84

¹⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo e garantismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (coord.). *20 anos da Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

¹⁶ SANTOS, Ivanaldo. Da gênese à crise do Estado de bem-estar. *Cronos*, Natal, v. 5/6, n. 1/2, 2004. p. 289-308.

¹⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

¹⁸ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

¹⁹ FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁰ JESSOP, Bob. *Narrating the future of the national economy and the national state?: remarks on remapping regulation and reinventing governance*. Lancaster, UK: Department of Sociology, Lancaster University, 2003. Disponível em: <https://bitly.com/Lbn1G>. Acesso em: 9 jul. 2020.

²¹ LADEUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and the evolution of general administrative law*. Hamburg: University of Hamburg, 2010. Disponível em: <https://bitly.com/kPqIN>. Acesso em: 9 jul. 2020.

relação sujeito-mundo desvinculada da *civitas* marcam uma *cultura-mundo*²² entremeada por um *ethos* economicista no qual a integração das distintas culturas ocorre por meio da mercantilização e do consumo, desaguando em uma forma de legitimação que pouco ou nada lembra as condições de dominação do Estado liberal. Não são mais garantias de não intervenção estatal que asseguram a legitimação do Estado, mas a oferta de segurança física e econômica, em um contexto de elevada complexidade e risco. A evolução e o volume de transações envolvendo tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de armas e lavagem de dinheiro permitiram que organizações criminosas de abrangência intercontinental se consolidassem como economias paralelas vultosas, influenciando no funcionamento dos sistemas político e econômico²³.

Essa oferta de segurança física e econômica se insere em um contexto cultural mais amplo, pois o Estado, procurando compensar o déficit legitimatório decorrente de sua incapacidade de ação, administra a insegurança como política de Estado, incrementando políticas de controle e vigilância a níveis perigosamente totalitários. Pasquale observa que a administração Obama, em 2010, sequer tinha elementos para indicar o tamanho exato do aparato de vigilância destinado ao combate ao terrorismo²⁴. Durante a pandemia provocada pelo novo coronavírus, diversos países passaram a desenvolver aplicativos com base no uso de localização georeferenciada de telefonia celular, com implicações sérias à intimidade de cidadãos²⁵.

A tutela do risco afeta o funcionamento do direito, suas condições operacionais e, no caso do direito penal, o âmago de princípios que nortearam a sua base liberal iluminista garantista. Hassemer, por exemplo, relata a tendência de se abandonar a ideia do Direito Penal como *ultima ratio* para se converter em *prima ratio*, verdadeiro instrumento de direcionamento do comportamento social (*Steuerung*)²⁶. Observa-se o incremento de elementos de *soft law*, combinados com uma legislação fragmentária, que procura responder casuisticamente às formas mais complexas de manifestação do ilícito penal. Agindo como instância legitimatória desse modelo de Estado-segurança, o Direito Penal passa a perseguir, em uma perspectiva consequencialista, a redução do risco, em um mundo dominado pelo medo. Daí a emergência do chamado *expansionismo penal*.

O problema é que esses vetores operam com níveis de racionalidade diversos. Enquanto os valores que integram a formação do direito penal garantista conduzem a uma racionalidade formal, autorreferente, cuja lógica gira em torno de princípios relacionados à tutela da liberdade individual, tais como a reserva legal, taxatividade, *in dubio pro reo*, mínima intervenção, a racionalidade do direito penal da modernidade

²² LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 15.

²³ CASTELLS, Manuel. Fim de milênio. In: CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução: Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 216-239.

²⁴ PASQUALE, Frank. *The black box society: the secrets algorithms that controls money and information*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2015. p. 13. Ainda nesse sentido, ver: RANCIÈRE, Jacques. O princípio da insegurança. *Caderno Mais*, São Paulo: Folha de São Paulo, edição de 21 de setembro de 2003, disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2109200303.htm>>, acesso em 9/7/2020; SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3ª edição. São Paulo: Cortez Editora, 2010, p. 333-337).

²⁵ Ver, a esse respeito, as recomendações da Information Commission's Office, uma organização não governamental de defesa de direitos civis. Disponível em <<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2617676/ico-contact-tracing-recommendations.pdf>>, acesso em 04/05/2020.

²⁶ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, 2003, p. 148-149.

tardia é comprometida com resultados simbólicos que denotam a força do Estado e “sugerem a ilusão de uma prevenção geral em um mundo dominado pelo medo”²⁷.

Penalistas procuram harmonizar esses valores. Assim, por exemplo, Sánches procura identificar nas condições de risco envolvendo o delito a justificativa para adoção de um direito penal de “duas velocidades” ou, para situações mais graves, de até “três velocidades”²⁸; Jakobs distingue entre o direito penal do cidadão, que comete desvios, e do inimigo, que persegue como fim a destruição do ordenamento jurídico, a reclamar uma resposta estatal mais severa, com mitigação de algumas garantias²⁹.

A falta de uma harmonização entre esses valores, com sólido lastro doutrinário e legislativo, tem conduzido a demonstrações de irracionalidade operacional (ou seja, de incapacidade de se identificar qual a lógica preponderante do sistema decisório), com reflexo nas condições de legitimação do sistema de justiça criminal. Um exemplo sintomático foi a indefinição do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos subsequentes acerca da possibilidade de execução antecipada da pena, com resultados cambiantes e argumentos ora principiológicos, ora consequencialistas³⁰. Na ocasião do julgamento do HC 152.752/PR, o Min. Gilmar Mendes chegou a declarar consternação em relação à pressão exercida para que não modificasse seu posicionamento. Essa consternação, tornada pública, indica a permeabilidade da esfera jurídica às pressões externas que são, a nosso ver, agudizadas pela falta de segurança acerca do critério decisório.

Não bastasse, há problemas estruturais concretos na aplicação da lei penal, que conduzem à sua deslegitimação. Como observa Zaffaroni, especialmente na América Latina, o discurso jurídico-penal sempre foi reconhecido como *falso*, em razão de problemas estruturais que levam à seletividade do sistema penal, à reprodução da violência, à corrupção institucional, à concentração do poder etc.³¹

Para o autor, a legitimação do direito penal depende do reconhecimento de uma racionalidade operacional que, por seu turno, denote a um só tempo: a) a coerência interna do discurso jurídico-penal; e b) seu valor de verdade quanto à operatividade social. Que significa isso? Por coerência interna do discurso, observa o autor, é preciso ir além da não contradição entre termos, ou seja, de uma cosmologia normativa harmônica, autorreferente, centrada na completude lógica do ordenamento. É preciso acrescentar a essa sistematização lógico-dedutiva um vetor axiológico, filosoficamente fundado em uma concepção antropológica dos fins do sistema punitivo. Trata-se de reconhecer que o sistema opera sobre pessoas e que a finalidade do sistema não pode descurar dessa compreensão filosófica fundamental. O outro fator fundamental para que o sistema

²⁷ GARCIA, Op. cit., 2019, p. 319.

²⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 177-194.

²⁹ JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47; JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no direito? Tradução de Luciano Gatti. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 83, p. 27-36, mar. 2009.

³⁰ Em 2016, o STF reviu posicionamento desfavorável, firmado no HC 84.078, de Relatoria do Min. Eros Grau, à prisão após decisão de segunda instância. No julgamento do HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavaski, j. 17/2/2016), a maioria utilizou argumentos consequencialistas, que envolviam a necessidade de resposta estatal à impunidade, enquanto a minoria argumentava com princípios tradicionais do direito penal. Posteriormente, no julgamento do HC 152.752/PR (Rel. Min. Edson Fachin, j. 4/4/2018), o Min. Gilmar Mendes reviu posicionamento.

³¹ ZAFFARONI, E. R. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 18-19.

adquirir legitimidade é a condição de verdade em termos operacionais: é preciso que a projeção social efetiva almejada com a planificação jurídico-penal seja realizável, o que demanda uma planificação proporcional entre meios e fins perseguidos (nível de verdade “abstrata”), de um lado, e que os agentes envolvidos na aplicação do sistema operem sobre a realidade conforme as pautas assinaladas pelo discurso jurídico-penal. Do contrário, esse discurso se revelará falso e carecerá de legitimação.³²

Seja por incapacidade dos órgãos executivos, seja por inadequação estrutural do sistema punitivo, o fato é que a repressão penal, por atingir parcela reduzidíssima do espectro de realidade que pretende cobrir, acaba se verificando seletiva³³ e o discurso penal, portanto, é reconhecido como falso.

Examinemos, pois, os principais aspectos da Lei 13.964/2019 e sua intenção de aperfeiçoamento da legislação, à luz dessas considerações.

3. A Lei 13.964/2019 e o escopo de aperfeiçoamento da legislação

O primeiro aspecto que salta aos olhos na leitura da Lei 13.964/2019 é sua abrangência. À exceção do pleonástico artigo 1º, que viola o aforismo segundo o qual a lei não deve ter palavras inúteis, e do vigésimo, que trata do exíguo prazo de entrada em vigor (30 dias), as demais disposições tratam de modificar nada menos do que 17 leis, envolvendo modificações penais e processuais penais substanciais em diversos instrumentos legislativos que já se encontravam pulverizados em um universo normativo pouco coeso.

Sob o ponto de vista da coerência lógica, uma empreita tão abrangente suscita dúvidas sobre a capacidade do trabalho de sistematização do cabedal normativo, notadamente sobre a adoção de uma planificação jurídico-penal que confira maior consistência ao ordenamento, à vista dos elementos discutidos no item anterior.

Vê-se um esforço significativo para distinguir, na resposta penal, entre hipóteses delitivas que envolvam, ou não, risco elevado de desagregação do tecido social. A lei promove exasperação da resposta penal para alguns delitos mais graves, praticados com violência, emprego de armas ou com um nível de organização elevado. Ao mesmo tempo, procurou-se reduzir a pressão sobre o sistema de justiça criminal, por meio da adoção do acordo de não persecução penal, para crimes que não envolvam violência ou ameaça à pessoa e que tenham pena mínima inferior a quatro anos. Com isso, pode-se afirmar que a intenção legislativa, nas palavras do Min. Alexandre de Moraes, que presidiu a comissão de juristas destinados ao aperfeiçoamento da legislação criminal, era de incrementar a racionalidade instrumental para combate ao crime organizado, distinguindo-o da

³² *Idem, ibidem*, p. 20-23.

³³ Sobre a seletividade do sistema punitivo brasileiro, basta verificar o relatório do Infopen, disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, a demonstrar que, em um período de elevação significativa da taxa de aprisionamento, mais da metade da população carcerária tem pouca instrução, cor da pele parda/negra, contrariando proporção da população brasileira em geral (MOURA, Marcos Vinícius (org.). *Projeto BRA 34/2018*: produto 2. Elaboração de relatório sintético e relatórios analíticos, por unidade da federação e nacional, relativos aos dados do Infopen do período de referência de dezembro de 2016 e os dados do produto 01, considerando a consistência e validação dos dados coletados – Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2018, p. 33-36).

criminalidade individual, como meio de priorizar recursos para a persecução do que se chamou de macro criminalidade.³⁴

Paralelamente, procurou-se aprimorar instrumentos de garantia processual penal, com reforço do sistema acusatório por meio da adoção do sistema de juiz de garantias, justificado pelo receio de contaminação do juiz prolator da sentença condenatória pelo espírito inquisitorial que envolve a investigação criminal. Também se observou modificações significativas no tratamento de procedimentos para coleta de provas, tais como a cadeia de custódia, a colaboração premiada e a captação ambiental, com vistas ao aprimoramento de procedimentos de investigação e criação/aperfeiçoamento de instrumentos vocacionados ao fomento de políticas públicas voltadas para o combate à criminalidade.

Vejamos, sob uma perspectiva crítica, algumas dessas inovações.

3.1. Alterações de natureza penal

A despeito da ambição do chamado *pacote anticrime* e das discussões que resultaram na autoproclamada lei de *aperfeiçoamento* da legislação penal, poucas foram as modificações engendradas na parte geral do Código Penal. Foram alteradas disposições sobre legítima defesa, execução de multa condenatória, livramento condicional, tempo máximo de cárcere, perdimento de bens e prescrição.

Sobre a legítima defesa, a novidade é o parágrafo único do art. 25, a dispor que agente público que repila agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém, *observados os requisitos do caput*, também se enquadra na excludente de ilicitude. Esse dispositivo é fruto do chamado “pacote anticrime”, encaminhado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro ao Congresso Nacional. Em sua redação original, estabelecia uma previsão específica para legítima defesa de policiais em conflitos armados e não previa a observância dos requisitos do *caput*, a sugerir a perigosa legitimação de ações policiais desproporcionais, quer em conflitos armados, quer em situações com vítima. Com o aperfeiçoamento legislativo, o parágrafo único tornou-se inócuo, já que integralmente contido no *caput*.

Esclareceu-se que as execuções de multas condenatórias, consideradas dívida de valor, correrão perante o juiz da execução penal (art. 51). Incrementou-se o tempo máximo de cárcere para quarenta anos (art. 75). Para o livramento, introduziu-se condição negativa, de inexistência de falta grave nos últimos 12 meses, condição que, na prática, já poderia ser cobrada do reeducando pela necessidade de comportamento satisfatório. Houve, pois, detalhamento dessas condições. As disposições sobre prescrição foram adaptadas para impedir seu curso durante recursos a Tribunais Superiores e embargos de declaração, quando inadmissíveis (art. 116, III, C.P.), e durante vigência de acordo de não persecução penal (art. 116, IV, C.P.).

Digna de nota é a previsão para perdimento de bens correspondentes à diferença entre o patrimônio do condenado e o valor compatível com seu rendimento lícito, sempre que houver condenação por crimes cuja pena máxima seja superior a seis anos (art. 91-A do C.P.). Estabelece-se, nesse caso, uma presunção de ilicitude no acúmulo de recursos de origem não identificada, passível de contraprova a cargo do condenado, desde que o

³⁴ A transcrição do discurso do Ministro consta da justificativa do PL 10.372/2018, que se converteu na Lei 13.964/2019. Disponível em: <https://bityli.com/7NsWv>. Acesso em: 11 jul. 2020.

Ministério Público solicite essa perda por ocasião da denúncia, com indicação da diferença apurada. Essa reprimenda penal acessória é exasperada para hipóteses de criminalidade organizada e milícias, caso em que a perda dos instrumentos do crime ocorre ainda que não ponham em risco a segurança das pessoas, moral ou ordem pública, ou sejam passíveis de uso em outros crimes.

Essa disposição é interessante porque denota, a um tempo, a preocupação do legislador com meios acessórios de se desestimular a infração penal e revela, de outro lado, a distinção entre modelos de reprimenda menos incisivos e mais incisivos, conforme a orientação sobre o nível de desagregação que esse ilícito pode causar aos valores comunitários.

Na parte especial do Código Penal houve algumas modificações, com exasperação da reprimenda penal sobre roubos praticados com emprego de arma branca (art. 157, §2º) e com emprego de armas de uso restrito ou proibido (art. 157, §2º-B) e aumento de pena para crime de concussão, que passa a ser apenado com até doze anos de reclusão (art. 316).

Ao mesmo tempo, estabeleceu-se que o crime de estelionato depende de representação, salvo se a vítima for incapaz, maior de 70, criança, adolescente, portador de deficiência mental ou se for praticado contra a Administração Pública (art. 171, §5º do C.P.).

É no âmbito da legislação especial, contudo, que as modificações foram mais significativas, notadamente em relação à Lei de Crimes Hediondos e à Lei 10.826/2003.

De um modo geral, as penas envolvendo armas de fogo de uso restrito ou proibido foram exasperadas. Distinguiu-se entre posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, com pena de reclusão de 3 a 6 anos e multa, e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, com pena cominada entre 4 e 12 anos, e multa; além disso, majorou-se a pena cominada para comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo, cujas penas passam a ser, respectivamente, entre 6 e 12 anos de reclusão, para comércio, e 8 a 16 anos, para o tráfico. Finalmente, estabeleceu-se causa de aumento de pena à razão da metade, para delitos praticados por empresas e agentes de segurança pública e privada, nos termos dos artigos 6º a 8º da Lei 10.826/03.

Em relação ao tráfico de armas, o parágrafo único do art. 18 traz previsão de difícil inteligência, ao criar uma hipótese equiparada que, na realidade, envolve situação processual. Dispõe o parágrafo único que “incorre na mesma pena [do tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, *quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente*].

A disposição peca pela falta de técnica, ao misturar hipótese típica com questão processual, quiçá para tornar extrema de dúvida controversia jurisprudencial acerca da natureza do flagrante em situações desse jaez. Ao fazê-lo, longe de criar segurança, introduziu uma figura aberta, sujeita a todo tipo de interpretações, relacionada à presença ou não de elementos razoáveis de conduta criminal preexistente. Ao juiz competirá decidir o que é razoável ou não e até que se estabilizem os parâmetros sobre essa infeliz expressão, ao sistema de justiça recairá o ônus legitimatório da incerteza correlata. Lamentavelmente, a única modificação na Lei 11.343/2006 envolve a introdução de disposição análoga, a respeito da venda de entorpecentes a agente disfarçado.

Houve, ainda, ampliação do rol de crimes hediondos, com introdução das hipóteses de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, por restrição de liberdade à vítima, ou pelo resultado de lesão corporal grave; de extorsão qualificada pela restrição de

liberdade à vítima ou pelo resultado de lesão corporal ou morte³⁵; de furto, qualificado por uso de explosivo ou artefato análogo, capaz de gerar perigo comum. Também se acrescentou, nas hipóteses assemelhadas do parágrafo primeiro do art. 2º, os crimes de comércio ilegal de armas de fogo, tráfico internacional de armas de fogo e de organização criminosa, quando voltados à prática de crimes hediondos. Curiosamente, retirou-se do rol o tipo de posse ou porte ilegal de arma de fogo restrito, mantendo-se, em seu lugar, o tipo de posse ou porte ilegal de arma de fogo proibido.

Essas modificações, aliadas às alterações na Lei de Execuções Penal, notadamente no sistema de progressão de regime de pena, revelam que o legislador reconheceu desvalor maior aos crimes envolvendo uso, porte e posse de armas de uso proibido, vinculando-os a organizações criminosas ou milícias que têm potencial desagregador elevado e que são responsáveis por um tipo de criminalidade intimidadora.

Parece-nos uma opção adequada, ainda se considerada a previsão de representação para delitos que tutelam exclusivamente o patrimônio, como é o caso do estelionato. Há uma adequação, ainda que incompleta, dos bens jurídicos prevalentes. O combate a crimes que envolvem risco à vida, pela letalidade dos instrumentos que estão envolvidos em seu cometimento, ou caracterizados pela organização delitiva, deve preponderar sobre o combate a crimes de natureza patrimonial. Esse recado, importante, não desmerece, contudo, uma crítica fundamental sobre a falta de tratamento de questões sensíveis em delitos relacionados a crimes envolvendo a Administração Pública.

O contexto de aprovação de uma legislação penal de incidência mais gravosa acompanha anos de destaque a escândalos de corrupção, que afetaram a governabilidade do governo federal a ponto de favorecer um processo de *impeachment*. Mesmo assim, a alteração legislativa silenciou a respeito da exasperação de reprimenda penal em delitos envolvendo licitações ou fraudes na prestação de serviços públicos, em que pese tais condutas serem revestidas de extrema gravidade.

A única medida potencialmente relacionada a esse tipo de desvio na Lei 13.974/2019 envolve prática de improbidade (área sensível, porque limítrofe em relação à reprimenda penal), para a qual passou a ser expressamente admitida a celebração de acordos de não persecução cível.

A Lei Geral de Licitação, é oportuno lembrar, é marcada pela timidez em sancionar condutas que podem implicar perdas de centenas de milhares de reais aos cofres públicos e, nada obstante, permaneceu intocada pelo ímpeto moralizador dos atores políticos que encabeçaram a iniciativa do aperfeiçoamento da legislação penal³⁶.

3.2. Sistema acusatório e motivação da decisão judicial

No que se refere ao reforço de um sistema processual penal de natureza acusatória, a Lei nº 13.964/19 trouxe dispositivos vocacionados a eliminar iniciativa probatória do

³⁵ Curiosamente, a lei não exige, na extorsão, que o resultado lesão seja grave, diferença que não se justifica, à luz do tratamento análogo conferido ao roubo. Felizmente, apesar do aparente lapsus legislativo, mencionou-se, em parêntesis, o artigo 158, §3º, do CP, o que torna extirpadas de dúvidas tratar-se de hipótese envolvendo exclusivamente lesões graves.

³⁶ O tipo de fraude à licitação (art. 90, Lei 8.666/93), por exemplo, é apenado com detenção e enseja possibilidade de oferta de acordo de não persecução penal. Não cumprido e sobrevivendo condenação, ensejará cumprimento de pena em regime aberto ou, no máximo, em regime semiaberto, com possibilidade de conversão em regime domiciliar, à vista da insuficiência de vagas normalmente ofertadas em colônias agrícolas, industriais ou casa do albergado.

juiz na fase do inquérito policial (art. 3-A do C.P.P.), bem como a adoção de medidas cautelares, também por impulso do órgão julgador, no curso de toda a persecução penal (art. 282, §2º e 311 do C.P.P.).

Além disso, certamente como ponto alto dessa virada, foi instituído o “juiz das garantias”, como aquele *responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário* (art. 3-B do C.P.P.).

Não se pode negar que qualquer das medidas, inspiradas no desejo de uma maior imparcialidade do juiz que avaliará o mérito da ação penal após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, podem contribuir para um processo penal capaz de assegurar ao acusado melhores condições para o exercício de seu direito de defesa.

Nada obstante, importa ressaltar que a escolha legislativa implica cerceamento do âmbito do poder geral de cautela que o C.P.P. reconhecia como próprio da atividade jurisdicional na tutela dos bens jurídicos mercedores de atenção da regra penal.

Se a balança agora pende em favor do acusado, ficam menos protegidas a vítima do crime e a sociedade que, em caso de atuação deficiente do Ministério Público e/ou da Polícia, não poderão contar com atuação de ofício do magistrado para evitar perecimento de bens e direitos.

Um desenho normativo intermediário poderia ter sido eleito, restringindo-se a iniciativa do julgador em tema referente à liberdade de locomoção do acusado, mas não naqueles relativos a bens que estão à disposição deste ou então ao tipo de cautelar diversa da prisão que lhe possa ser imposto.

Como não houve ressalva legal expressa a respeito, resta aguardar se exceções serão admitidas pela jurisprudência na análise das contingências dos casos concretos, nos quais a omissão do magistrado possa gerar resultados significativamente prejudiciais a outros interesses públicos também em jogo no processo penal (para além da ampla garantia de defesa do réu, que, evidentemente, é um interesse público maior, mas não o único a ser resguardado nessa atividade estatal).

A persecução de uma estrutura radicalmente acusatória também se reflete na modificação do art. 28 do C.P.P., que excluiu o juízo judicial sobre o arquivamento dos autos de inquérito, preconizando a remessa dos autos a uma instância revisora do próprio Ministério Público. Com isso, prestigia-se, de um lado, a independência ministerial como titular da ação penal; todavia, a falta de regulação sobre como seria essa instância revisora levanta questionamentos sobre as condições de efetividade desse tipo de controle. Sem previsão mínima de estruturação dos Ministérios Públicos para tal mister, *é possível* que a revisão de um volume infindável de deliberações de arquivamento venha a ser instrumentalizada por meio de sistema de rodízio entre pares, o que desnatura a ideia de controle efetivo sobre esse tipo de conduta. Por essa razão, aliás, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, com suspensão da vigência *sine die*³⁷.

³⁷ A decisão foi proferida na ADI 6.298 MC/DF, em cautelar que apreciou pedido formulado na ADI 6.305, proposta pela CONAMP, a respeito da alteração do art. 28 e da implantação do art. 28-A, todos no Código de Processo Penal. Segundo o relator, Min. Luiz Fux, o “Congresso Nacional desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais”, violando, pois, o disposto nos arts. 127 e 169 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>, acesso em 16/07/2020.

Além disso, a atuação judicial no regramento anterior, *concessa venia*, servia como meio de *accountability* de tal atividade exercida por instância absolutamente independente, em uma interlocução entre órgãos capaz de evitar arquivamentos inapropriados de investigações. A retirada desse nível de controle pressupõe uma instância revisora devidamente estruturada, procedimentalizada e independente, o que não se verifica no desenho legislativo. A falta de garantia de *accountability* sobre a intenção de arquivamento não constitui mero capricho acadêmico e tem seu alerta mais candente no inquérito judicial instaurado no Supremo Tribunal Federal, a respeito das chamadas *fake news*³⁸.

Quanto ao instituto do *juiz das garantias*, a preocupação é ainda maior.

Este foi criado para ter vigência praticamente imediata, sem análise prévia de impacto orçamentário e mesmo da viabilidade de sua implantação de forma indiscriminada em todo o país.

Melhor teria sido começar com sua estruturação de forma escalonada, preferencialmente nas capitais dos Estados passando para comarcas de maior porte, autorizando-se sua instalação nas demais localidades a critério dos Tribunais, conforme suas disponibilidades e planejamento para alocação de recursos.

Como tal cautela não foi adotada, imaginando-se que do dia para a noite tudo de resolveria como num passe de mágica, com a singela instituição de um *rodízio* nos locais em que houvesse apenas um juiz (art. 5º-D do C.P.P.), a inovação restou suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar concedida na ADI 6298/DF. Considerou-se presentes elementos de inconstitucionalidade material e formal, notadamente pela violação aos arts. 196 e 99 da Constituição Federal, já que ausente análise de impacto orçamentário, nem observância da competência privativa dos Tribunais para disporem sobre normas de organização judiciária. Nas palavras do Min. Fux, os dispositivos mencionados têm natureza híbrida e a criação do sistema do juiz de garantia praticamente *refunda o processo penal brasileiro*, sem que se tenha minimamente analisado as condições de sua implantação³⁹.

Não bastasse, por ser aplicável a todas as infrações, exceto as de menor potencial ofensivo (art. 3-C, *caput*), haveria a necessidade, ao menos em tese, da estrutura complexa do juiz das garantias também ser introduzida no âmbito das Varas Colegiadas de Combate ao Crime Organizado, que, por seu turno, têm competência para *todos os atos da investigação* relativos a delitos dessa natureza. Logo, a estrutura dessa Vara teria de compatibilizar juízes de garantia e juizes de instrução, com uma divisão que dificilmente permaneceria estanque, na prática.

Finalmente, quanto ao ônus de motivação das decisões judiciais, tem-se que agora o estatuto processual penal, no seu art. 315, segue o modelo tendencialmente exaustivo inaugurado em nosso sistema pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 489, §1º do C.P.C.).

³⁸ O único voto divergente, pela inconstitucionalidade do inquérito, instaurado com base no art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, funda-se na violação ao princípio acusatório, diante da inércia do Procurador Geral da República em promover a investigação. O inquérito foi instaurado a partir da inércia do Ministério Público Federal e atuou como mecanismo de *accountability* em favor da investigação de fatos que envolviam o Supremo Tribunal Federal. Ainda que não se discutam as razões que envolvem o julgamento de validade desse inquérito, quer do ponto de vista sociológico, quer do ponto de vista jurídico, sua existência é prova, *per se*, dos riscos de se retirar o controle horizontal sobre a existência de indícios de autoria e materialidade, notadamente em crimes que envolvam lesão ao patrimônio público. É que a lei 13.964/2019 admite que a vítima recorra à instância revisora ministerial. O Estado, como vítima, muitas vezes não o faz.

³⁹ Disponível em: <https://bityli.com/O1vVf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

Poderia ter sido mantida a fórmula tradicional ao se exigir “decisão motivada” de acordo com os argumentos pertinentes trazidos pelas partes, inclusive no que se refere à observância de precedentes qualificados, esses sim novidade relativamente recente em nosso ordenamento.

Contudo, o legislador buscou prever todos os tipos de decisões insuficientemente motivadas para que o julgador tenha uma espécie de *check list* a ser seguido em cada um dos diversos despachos e sentenças proferidos durante seu expediente.

A tarefa inglória salta aos olhos da própria redação do inciso IV do §2º do art. 315 do C.P.P., segundo o qual o juiz deve se pronunciar sobre *todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a sua conclusão*.

Se uma dada alegação é ou não capaz de influenciar o resultado de um julgamento é questão que necessariamente dependerá das circunstâncias de cada caso concreto e das premissas tidas por relevantes para que o juiz dê seu veredicto.

O melhor controle a respeito dessa prudência a cargo do julgador parece continuar a ser o nosso sistema recursal, de pouco adiantando um texto legal mais ou menos detalhado sobre o ponto.

Em um aspecto, todavia, a reforma do pacote crime nesta parte não é simplesmente inócua, podendo trazer dificuldades na busca da melhor interpretação.

Agora a legislação prevê o dever de a prisão preventiva ser reavaliada a cada 90 dias quanto à necessidade de sua manutenção (art. 316, parágrafo único do C.P.P.).

Imagine-se que a custódia cautelar de um réu tenha sido determinada por destruição de documentos ou ameaça a testemunhas.

Transcorridos 90 dias com bom comportamento no estabelecimento prisional este teria direito subjetivo a ter sua prisão cautelar revogada, já que inexistentes, nos moldes do que estabelece o §2º do art. 312 do C.P.P., elementos contemporâneos quanto ao risco configurado no passado? E se tanto se der após o encerramento da instrução processual e advento da sentença penal condenatória?

Trata-se de hipóteses em que haverá disputas envolvendo o sentido literal da lei e a ponderação de outros valores sensíveis a serem resguardados pelo processo penal, em especial o risco de frustração da aplicação da pena prevista na legislação, o que eventualmente poderá se vislumbrar em determinadas situações nas quais se possa supor que alguém, já condenado pela prática de um crime no bojo de um devido processo, naturalmente se veja propenso a fugir como meio de evitar o desfecho desfavorável que anteveja no seu horizonte.

3.3. Modificações da legislação de execução penal

A Lei 13.964/2019 modifica substancialmente aspectos relevantes da execução penal, destacando-se as alterações acerca das condições de progressão de regime e de sujeição ao regime disciplinar diferenciado.

O art. 52 da Lei de Execução Penal ampliou o tempo de duração do regime disciplinar em função da prática de fato previsto como crime doloso, quando causar subversão da ordem ou disciplina internas, para dois anos, com visitas quinzenais de duas pessoas, direito à cela individual e saída para banho de sol por duas horas, em grupos de até quatro pessoas, desde que não pertencentes ao mesmo grupo criminoso. Além disso, salvo autorização judicial,

as entrevistas devem ser monitoradas, com impedimento de passagem de objetos e contato físico, à exceção das entrevistas com defensor. Previu-se, também, fiscalização do conteúdo de correspondência e participação em audiências, como regra, por videoconferência.

O regime ainda abrigará indivíduos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento e participação em organização ou associação criminosas ou milícias privadas, *independentemente de falta grave*, e lideranças de organizações criminosas ou milícias com atuação em mais de um Estado da Federação. Nesse último caso, os presídios terão de ser federais e o regime poderá ser prorrogado indefinidamente, sucessivamente, por períodos de um ano.

A Lei 13.964/2020 também modificou substancialmente as condições de progressão de regime (art. 112 da LEP), estabelecendo uma progressão escalonada, conforme as condições de reprovabilidade do crime e do apenado.

Assim, para réus primários e sujeitos a condenações por crimes sem violência ou ameaça à pessoa, a progressão se dá com cumprimento de 16% da pena, praticamente equivalente ao 1/6 do regime anterior; se reincidente, a progressão se dará com 20%. Caso o crime tenha sido praticado com violência ou ameaça à pessoa, a progressão se dá a partir de 25%, para primários, ou 30%, se reincidente. A percentagem sobe para 40%, se primário condenado por crime hediondo ou equiparado, ou 60%, se reincidente em crime hediondo ou equiparado⁴⁰.

Ainda, a progressão ocorrerá após cumprimento da metade da pena aos condenados primários por crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado livramento condicional, subindo o percentual para 70%, caso reincidente nessa espécie delitiva. Aos condenados por exercer comando de organização criminosa estruturada para a prática de crimes hediondos ou milícia privada também se aplica o percentual da metade da pena. É digna de nota, também, a exclusão da possibilidade de saída temporária a condenados por crimes hediondos com resultado morte (art. 122, §2º, da LEP).

Como é possível observar, especialmente no âmbito da execução penal, observa-se o recrudescimento do regime da pena como instrumento de resposta à escalada da criminalidade violenta, escolhida, com razão, como elemento de maior desvalor dentro do sistema jurídico-penal. No entanto, ainda que esse movimento tenha uma justificativa emergencial⁴¹, algumas ponderações devem ser feitas em prol do incremento da racionalidade que se espera desse ramo do direito.

Se há uma segura vantagem em discernir os níveis de desvalor da conduta para organização do sistema, as bases legitimatórias de um direito criminal que estabelece distinções no âmbito penitenciário a partir da pessoa são complexas, porque reproduzem

⁴⁰ Aqui, talvez haja uma imprecisão legislativa: o artigo 112, V, da LEP prevê percentual de 40% para progressão de condenado primário por crime hediondo e o art. 112, VII prevê 60% para reincidente em crime hediondo. Pergunta-se a majoração se aplica se a prática do primeiro crime, a gerar reincidência, não for hediondo?

⁴¹ Em 2017, houve 65.602 homicídios no Brasil, índice extremamente alarmante, para o qual contribuiu um assustador cenário de guerra ente facções criminosas em expansão. De um lado, o PCC; de outro, facções regionais, aliadas do Comando Vermelho. Há um sintético registro dessa guerra no Atlas da Violência de 2019, publicado pelo IPEA. De acordo com o estudo publicado, há uma tendência de redução da taxa de letalidade por ação violenta em um número crescente de Estados da Federação, a que se opõe o crescimento exponencial dessa forma de criminalidade em Estados do Nordeste, o que teria explicação, ainda que parcial, na expansão das facções criminosas verificada nessa parte do território nacional. Disponível em: <https://bityli.com/P0w6M>. Acesso em: 14 jul. 2020.

a ambivalência entre um direito penal garantista e a pretensão de securitização dos riscos elevados da sociedade contemporânea. São válidas, a esse respeito, as discussões travadas na Itália, cuja legislação parece ter inspirado o legislador pátrio⁴².

Parte-se de uma ideia relativamente simples: procura-se desarticular a ação de lideranças de organizações criminosas com a imposição de um regime de pena supostamente tão rígido que neutralize o risco de ação dos criminosos quando sob a custódia do Estado, tornando o sistema carcerário virtualmente impermeável ao contato externo e neutralizado em relação às condições de expansão desses vínculos no seu interior.

O regime mais gravoso se legitima não sobre o indivíduo que sofre a inserção no *carcere duro* – e que se sujeita a uma condição quase desumana, mas sobre o combate efetivo à organização criminosa⁴³, vista como inimiga⁴⁴ e, no caso brasileiro, sobre o risco inerente à escalada vertiginosa da violência. Persegue-se legitimação, pois, pela eficácia no controle da criminalidade violenta, ainda que tenha de enfrentar a discussão sobre sua validade à luz da tutela dos direitos de liberdade individual.

Por essa razão, esse regime é visto com reservas pela comunidade jurídica italiana.

Ainda que concebido como um microssistema penitenciário autônomo, o art. 41-*bis comma 2* da ordenação penitenciária daquele país recebe críticas pela forma com que se persegue eficácia.

Argumenta-se com o excesso de uma lógica utilitarista, ou seja, com uma racionalidade “econômica” desprovida de valores, quando se opõe, lado a lado, a rigidez do regime especial de cumprimento de pena e os benefícios concedidos àqueles que, integrantes de organizações criminosas igualmente perigosas, colaborem com a justiça⁴⁵.

Há dificuldade para harmonizar o discurso legitimatório do direito penal a partir do reconhecimento de uma criminalidade de excepcional gravidade, a ponto de justificar a adoção de um regime de pena menos “humano”, como meio de neutralização da periculosidade inerente à associação criminosa e, conseqüentemente, de neutralização do próprio criminoso⁴⁶, já que essa solução, ao mesmo tempo, pressupõe o reconhecimento da ineficácia do sistema penitenciário para neutralizar e prevenir a criminalidade em geral.

Talvez por essa razão, o regime foi temperado por decisões da Corte Constitucional e recebeu críticas da comunidade internacional⁴⁷. De acordo com o Presidente da Corte Constitucional italiana, Giovanni Flick, o regime do art. 41-bis não pode ser utilizado com o risco de se tornar um regime *ancora più duro* e em que essa possibilidade possa

⁴² A nova redação do art. 52 se aproxima muito, em conteúdo, das restrições do regime denominado de *carcere duro* para integrantes de associações criminosas do tipo mafioso (art. 41-bis do *Ordinamento Penitenziario*, Legge n. 354, de 26/7/1975) especialmente no que diz respeito à censura de correspondência, ao sistema de monitoramento e de restrição de visitas, bem como ao impedimento de contato com outros presos, salvo grupos de no máximo quatro pessoas, desde que não integrantes do mesmo grupo criminoso. Também a previsão de participação em audiências por videoconferência parece ter inspiração na lei italiana.

⁴³ GIUNTA, Fausto; ARDITA, Sergio; PAVARINI, Massimo. Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. *Criminalia*, Pisa, n. 2, p. 259, 2007. Disponível em: <https://bitly.com/sOu7S>. Acesso em: 14 jul. 2020.

⁴⁴ Nesse sentido, a crítica de Pavarini, para quem a opção pelo regime do art. 41-bis envolve a adoção da lógica do direito do inimigo, de Jakobs. E um direito dessa natureza usa da lógica da guerra: um direito da neutralização seletiva e do controle social tecnocrático. *Idem, ibidem*, p. 272.

⁴⁵ ROMICE, Sergio. Brevi note sull’art. 41 bis O.P. *Giurisprudenza Penale Web*, n. 12, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/mHsyZ>. Acesso em: 17 abr. 2020. p. 19.

⁴⁶ ROMICE, Sergio. Op. cit., 2017. p. 18.

⁴⁷ Disponível em: <https://bitly.com/wYckl>. Acesso em: 14 jul. 2020.

ser usada para obtenção de colaborações premiadas, sob pena de violação de princípios constitucionais daquele país (arts. 13 e 27 da Constituição Italiana).⁴⁸

Em alguma medida, a Lei 13.964/2020 reproduz a aposta italiana que se funda na tese de que o regime diferenciado de cumprimento de pena, conquanto imperfeito, é necessário para impedir o avanço da criminalidade contemporânea⁴⁹. Mas vai além e promove uma reorganização dos tempos de progressão de regime que denota a ideia de recrudescimento *per se* do cárcere como resposta eficaz à criminalidade.

Esse agravamento da pena merece algumas críticas, de natureza teórica e prática.

Primeiro, porque não cuida de problemas estruturais que envolvem o sistema penitenciário brasileiro e que são considerados ingredientes importantes na expansão do crime organizado no Brasil, cuja origem diverge da origem italiana. Enquanto algumas máfias italianas têm história centenária e origem familiar, a organização criminosa mais expressiva do Brasil teve sua origem em meio à evolução da política penitenciária do Estado de São Paulo, a partir de 1990, em um contexto bastante particular⁵⁰.

As más condições de permanência no sistema carcerário constituíram um dos fatores e a base para um discurso legitimatório que alimentou a esfera política dessa organização criminosa. Talvez por essa razão, a adoção do regime disciplinar diferenciado, desde 2001, pelo governo paulista, não teve êxito em estancar o processo de sua escalada hegemônica.

Ao contrário, a despeito do medo incutido nos membros da organização criminosa, a passagem pelo regime diferenciado aparentemente confere ao detento “status” para galgar posição de liderança em seu meio.⁵¹ Assim, ainda que o RDD persiga amparo em um discurso legitimatório da resposta estatal a determinado tipo de ação delitiva/tipo de criminoso, não parece que só o agravamento das condições de cárcere seja útil para desestimular o crescimento do crime organizado brasileiro, cuja consolidação está relacionada, ao menos no nível do discurso, com o combate às condições desumanas de cumprimento de pena.

Daí porque é difícil acreditar que seu propósito seja alcançado na ausência de políticas públicas de médio e longo prazo dirigidas seja à diminuição do grau de encarceramento em nosso sistema, seja à superação de fatores que favoreçam a cooptação de jovens pelo crime organizado⁵².

Ainda sobre as alterações realizadas nos regimes de cumprimento de pena, duas observações finais nos parecem de vital importância.

Embora a Lei 13.964/19 aposte, como se viu, em uma customização da progressão de regime como um dos instrumentos para o “combate” à criminalidade⁵³, não se tratou de medidas necessárias para adequação dos regimes menos gravosos de cumprimento de

⁴⁸ FLICK, Giovanni. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione. *OSSERVATORIO COSTITUZIONALE*, v. 1, 2018. p. 5-9.

⁴⁹ ARDITA, Sebastiano. Op. Cit., p. 262.

⁵⁰ DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121-210.

⁵¹ DIAS, Op. cit., p. 406.

⁵² Idem, p. 416-417.

⁵³ Sobre o ponto vale ainda ressaltar a inclusão pela Lei 13.964/2019 do § 9º no art. 2º da Lei 12.850/2013, cuja redação é a seguinte: “o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo” (Disponível em: <https://bityli.com/VPxQc>. Acesso em: 15 jul. 20).

pena. Não se tratou sobre condições para mobilização de governos federal e estaduais no sentido de criação de instituições aptas ao acolhimento dos reeducandos quando em regime semiaberto e aberto.

A inexistência, na prática, de instituições no regime aberto e a insuficiência crônica do regime semiaberto⁵⁴ são responsáveis por disfunções históricas nas condições de cumprimento de pena, eis que as ideias de progressão e readaptação são substituídas pela permanência indevida no regime fechado por tempo superior ao legalmente previsto (quando a progressão é indeferida por falta de vagas) ou desvirtuada em possíveis progressões por saltos.

À vista desse quadro de desorganização administrativa, nem sempre se inicia o cumprimento de pena privativa de liberdade no regime aberto ou semiaberto, fixados por sentença. Por vezes, o início do cumprimento da pena ocorre no regime fechado ou, ainda, observa-se sua comutação informal para o regime domiciliar, expedientes que, apesar de inspirados por exigências da realidade, alimentam a crença de parcelas relevantes da nossa sociedade na impunidade de determinados delitos, dando azo, também, a invocações sobre a seletividade do sistema penal.⁵⁵

Não bastasse, a lei silenciou acerca de meios para implementar controle de execução das penas alternativas à privação de liberdade. Manteve-se a previsão original da LEP (patronatos), destinados a orientar condenados sobre penas restritivas de direitos e a promover fiscalização do cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade, sem qualquer intenção de modificação dessa estrutura, manifestamente deficiente.⁵⁶

A falta de controle sobre o cumprimento dessas penas conduz à noção inexata de que não são, verdadeiramente, sanções penais. Ainda em relação a essa questão, perdeu-se oportunidade para tratar da falta de sanção efetiva na hipótese de descumprimento das medidas despenalizadoras, como se verá no item referente ao acordo de não persecução penal.

Sem cuidar desses problemas, como é intuitivo, o esforço legislativo em comento provavelmente terá efeitos muito aquém daqueles a que se propõe.

3.4. Procedimento de investigação e políticas públicas

A Lei nº 13.964/2019 trouxe alguns dispositivos relevantes para o aprimoramento da processualidade no âmbito do inquérito policial, sobretudo ao disciplinar o que denominou de *cadeia de custódia* de vestígios amealhados pelos agentes de segurança na sua missão de apurar a autoria e materialidade de crimes.

Como atividade estatal desempenhada pela Administração no cumprimento de tarefa que lhe é atribuída pelo nosso sistema jurídico, o procedimento relativo ao inquérito policial é espécie do gênero *processo administrativo*, de modo que deve seguir, guardadas suas especificidades, os princípios republicanos que se extraem do art. 37 da Constituição.

⁵⁴ Nesse sentido, ver: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 79. Esse tipo de disfunção favorece a superlotação que, por seu turno, constitui um dos fatores que conduz o sistema penitenciário brasileiro ao quadro caótico reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF 347 (Disponível em: <https://bityli.com/vPn9f>. Acesso em: 16 jul. 2020).

⁵⁵ Isso porque a variação da interpretação jurisprudencial acerca do tema faz com que alguns consigam o benefício do regime domiciliar, enquanto outros permanecem no regime mais gravoso à espera de vagas.

⁵⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit., 2019. p. 147.

Embora ainda tenhamos muito a avançar para que tanto se concretize (inclusive no que se refere à garantia de inamovibilidade do delegado de polícia na condução de investigações que, segundo os protocolos internos de distribuição de serviço, lhe forem originalmente atribuídas), o regramento da *cadeia de custódia* representa um importante passo nesse sentido.

Definida como o *conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte* (art. 158-A, caput, do C.P.P.), a *cadeia de custódia* traz uma série de regras dirigidas a preservar a higidez desses elementos de prova, o que naturalmente vai repercutir na qualidade da investigação criminal.

Uma primeira observação a respeito é a timidez da lei no que se refere à imposição da realização de registros fotográficos ou mesmo de filmagem quando da atuação dos agentes estatais nas cenas dos delitos.

Com a tecnologia hoje disponível em uma série de eletrodomésticos portáteis à disposição de qualquer cidadão, o legislador poderia ter obrigado esse tipo de documentação mais fidedigna como regra nas apurações de índole criminal, como tem sido adotado, com bastante adesão, nos Estados Unidos.

Embora haja alguma controvérsia sobre a efetividade do uso de câmeras junto ao corpo (BWC) como meio de redução dos índices de violência policial, a medida tem sido defendida por viabilizar maior *accountability* sobre a ação de combate ao crime, além de favorecer o esclarecimento de delitos, desde que aplicada em conjunto com outras medidas voltadas à melhoria das investigações e controle do uso da força por servidores públicos⁵⁷.

Nada obstante, o legislador limitou-se a autorizar o perito a fazer o registro em foto ou vídeo da sua atuação, conforme se constata do inciso III do art. 158 B do C.P.P.

No mais, o estatuto processual estipulou as diversas etapas relativas à *cadeia de custódia* (reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte⁵⁸), determinando ser *proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável*, sob pena de caracterização de fraude processual (art. 158-C, §2º do C.P.P.).

Há a atribuição de responsável pela preservação do vestígio, prevê-se condições mínimas para seu acondicionamento seguro, estipulando-se a forma pela qual se pode ter acesso a tal material (art. 158-D e 158-E do C.P.P.), em especial no que concerne à identificação de quem o fez, bem como sob que motivação.

Além desse avanço, a Lei 13.964/19 traz dispositivos relativos a dois bancos de dados que, oferecendo informações relevantes para a Administração quanto à prática de crimes, podem contribuir para a formulação de políticas públicas capazes de promover a redução da criminalidade.

⁵⁷ LUM Cynthia; STOLTZ, Megan; KOPER, Christopher; SCHERER, J. Amber. Research on body-worn cameras: what we know, what we need to know. *Criminology & Public Policy*, v. 18, p. 93-118, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/z7TmL>. Acesso em: 15 jul. 2020; CHAPMAN, Brett. Body-worn cameras: what the evidence tells us. *National Institute of Justice Journal*. p. 1-5, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/8FNOL>. Acesso em: 15 jul. 2020.

⁵⁸ Art. 158-B do C.P.P., valendo ressaltar que o descarte depende de autorização judicial, conforme se observa do inciso X do dispositivo.

Nesse sentido tem-se a introdução do art. 34-A no Estatuto do Desarmamento, que institui um Banco Nacional de Perfis Balísticos – BNPB, o qual terá por objetivo *cadastrar armas de fogo e armazenar características de classe e individualizadoras de projéteis e de estojos de munição deflagrados por arma de fogo* (§1º).

Esse cadastro será abastecido com os elementos de munição deflagrados por ocasião de crimes (§2º), dado que impõe o estabelecimento de um canal de comunicação permanente entre a polícia científica dos Estados com a referida instituição, condição para uma sinergia capaz de operar favoravelmente para o desvendamento de delitos e enfrentamento a grupos criminosos organizados que atuam em todo o país.

É prevista a gestão do BNPB por uma *unidade oficial de perícia criminal* (§3º), sendo o acesso aos respectivos dados, tidos por sigilosos, não comercializável (§5º) e limitado para os fins previstos na lei (§4º), que contudo faz uma ressalva em tese desnecessária, ao afirmar que o gestor da instituição deve disponibilizar informações se para tanto for instado judicialmente, obrigação que, a grosso modo, decorre do inciso XXXV do art. 5º da Constituição.

O art. 7º-C inserido na Lei 12.037/2009, por sua vez, autoriza a criação, junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais – BNMID, com o escopo de *armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais* (§2º), informações colhidas no bojo de apurações de tal índole ou por ocasião de identificação criminal (§3º).

Há previsão expressa quanto à possibilidade de o BNMID interoperar com bancos de dados geridos por órgãos públicos, de qualquer dos Poderes da República, em qualquer nível de governo da Federação (§5º), sendo que para aqueles que não tenham natureza criminal o compartilhamento de elementos deve se restringir aos necessários à identificação do seu titular (§6º), comando que sugere o amplo manejo do novo instrumento para fins de desbaratamento de organizações criminosas.

Do mesmo modo que se dá com o BNPB, a lei reveste as informações do BNMID de caráter sigiloso (§8º), impede sua comercialização (§10º) e uso para fins diversos do quanto previsto na Lei 12.037/2009 ou determinação judicial (§ 8º).

Ainda sobre o impacto da nova legislação sobre as políticas públicas podemos referir o §2º do art. 133 introduzido no Código de Processo Penal, dispositivo que destina recursos oriundos da alienação de bens apreendidos ao Fundo Penitenciário, que inclusive poderiam ser usados para melhoria de estabelecimentos prisionais, bem como para a criação de unidades aptas a receber condenados à pena privativa de liberdade nos regimes semiaberto e aberto, cuja insuficiência em nosso sistema, como observado acima, é um dos principais desafios para que muitas das boas intenções do legislador se realizem.

3.5. Acordos de não persecução e colaboração premiada

Um último ponto sobre o qual gostaríamos de comentar corresponde ao avanço das técnicas de exercício consensual da autoridade no âmbito do direito penal.

Seguindo evolução análoga à observada em outros ramos do Direito, como o direito administrativo, o que se tem em mente ao se estabelecer acordos de não persecução e ao se procedimentalizar a colaboração premiada é uma visão instrumental da atividade do

Estado nas suas mais diversas searas, ou seja, o entendimento de que a persecução penal não é um fim em si mesmo, mas sim um meio de se satisfazer pautas de interesse geral.

Para quem compreende que a principal finalidade da pena é a prevenção (geral e especial) quanto à prática de condutas tidas por lesivas aos mais elevados bens jurídicos de uma dada comunidade, e não um castigo imposto ao infrator como reflexo de um sentimento de vingança que seria autorizado à sociedade, caso seja possível via acordo se obter o propósito almejado de modo mais eficiente, essa ferramenta deveria ser usada preferencialmente ao agir unilateral que, em potência, continua sendo prerrogativa da organização política.

Dois desafios se colocam em especial quanto ao uso desse tipo de técnica, que não é da tradição do nosso direito.

O principal é aparentemente de natureza cultural, já que implica uma mudança de paradigma, o que entre nós é ainda mais complexo considerando um histórico permeado por exemplos de relações não republicanas entre agentes estatais e cidadãos, a levantar suspeitas de toda ordem quando se outorga expressamente poder aos servidores para dialogarem com particular, buscando soluções consensuais no desempenho de suas atribuições.

O segundo, em alguma medida atrelado ao primeiro, é a forma de controle a ser estabelecida para que a falta de detalhamento legal quanto à resposta a ser dada no caso concreto não redunde em arbítrio ou em atuações que se deem à margem de razões de interesse público, que devem pautar toda atividade estatal.

À vista desse breve contexto, tem-se que o legislador não avançou quanto à introdução do instituto do *plea bargain* em nosso direito escrito, que permitiria, após o oferecimento da denúncia, a assunção de culpa e a concessão de benefícios ao acusado.

Por outro lado, previu-se expressamente a possibilidade da celebração de acordos previamente ao oferecimento da denúncia pelo órgão da acusação, isso seja na esfera criminal (art. 28-A do C.P.P), seja na da improbidade administrativa (art. 17, §1º da Lei 8.429/1992).

No que diz respeito à colaboração premiada, procedimentalizou-se o instituto já previsto na Lei 12.850/2013, trazendo algumas balizas dirigidas a ordenar as tratativas pré-acordo (art. 3-B e 3-C), a reforçar a consistência das informações a serem disponibilizadas pelo colaborador como condição para obtenção de benefícios (art. 3-B, §4º e 3-C, §3º) e um padrão mínimo de pena (art. 4, §7º)⁵⁹.

Entretanto, perdeu-se a oportunidade para enfrentar a questão sobre a *certeza da sanção*, por meio da previsão, por exemplo, de privação de liberdade em estabelecimentos próprios, por curto espaço de tempo, como consequência do descumprimento do acordo de não persecução penal. Caberia às partes, nos termos do acordo, definir as condições dessa sanção, seguindo parâmetros mínimos e máximos definidos em lei. Esse tipo de solução teria a vantagem de evitar a sensação de impunidade e de assegurar, àquele que se sujeita ao acordo, o benefício de não receber, mesmo quando do seu descumprimento, os efeitos simbólicos da condenação.

⁵⁹ Aspecto extremamente relevante quanto ao ponto foi o estabelecimento de previsão de que o réu delatado deverá ter oportunidade de se manifestar após o prazo concedido do réu que o delatou (art. 4, §8º), o que supre lacuna que até então existia em nosso sistema no tratamento do tema.

A falta dessa previsão traz o risco de ineficácia da medida para desafogamento das Varas Criminais, já que os processos tornarão a correr em caso de rompimento dos termos da avença firmada. Além disso, a resposta penal, nesse caso, será lenta, a favorecer a ideia de impunidade e, pois, a infirmar a coesão sistêmica esperada, reforçando um processo gradual de deslegitimação do nosso aparato repressivo no que concerne ao tratamento de determinados crimes que, apesar de violarem bens caros à comunidade, não recebem a devida atenção por parte do sistema de justiça.

4. Conclusão

Em linhas gerais, a Lei 13.964/2019 priorizou incremento da reprimenda penal sobre a criminalidade violenta ou com elevado potencial desagregador de valores comunitários. Procurou-se, também, reorganizar o sistema de progressão de pena, muitas vezes reconhecido como um dos responsáveis pela sensação de impunidade que permeia o discurso legislativo no âmbito processual penal contemporâneo.

É possível identificar, ainda, a pretensão de melhoria de instrumentos processuais penais investigativos, com restrições à ampla discricionariedade dos órgãos de repressão penal, em medidas que denotam uma preocupação com a processualidade da atuação estatal e a proporcionalidade de armas entre defesa e acusação, do que são exemplos o detalhamento de procedimentos como os da cadeia de custódia e da colaboração premiada, e mesmo a própria adoção do juiz de garantias no processo penal em geral.

Dentre outros ajustes na legislação, houve a criação de importantes ferramentas para o fim de promoção de melhores políticas públicas voltadas ao enfrentamento da criminalidade, em especial a organizada.

Nada obstante, se houve méritos inegáveis na reforma em comento, não houve, por parte do legislador, qualquer cautela em promover um regime de adaptação do processo penal vigente, com acomodação e estruturação dos órgãos envolvidos.

Para, hoje, um estado de incerteza perigoso sobre como será feita a implantação desse sistema, quer quanto aos juízes necessários para atuar nas distintas fases do processo, quer quanto à instância revisora ministerial, para as hipóteses de arquivamento de inquéritos.

Nesse sentido, a adoção do sistema acusatório de forma radical e sem indicação dos meios para sua execução suscita preocupações sobre a possibilidade de implantação de um sistema “acomodado” a partir da estrutura (inclusive orçamentária) vigente, o que provavelmente resultará numa atuação estatal disfuncional, com ampla possibilidade de exploração da confusão gerada pelos acusados de crimes graves, cujos processos seguem hoje ritos marcados por uma maior ou menor indefinição.

Além disso, a falta de cuidado acerca da questão a respeito da efetividade da sanção em crimes menos graves indica que a pretensão de aperfeiçoamento da legislação foi incompleta. Faltou cuidado para perseguir uma sistematização adequada, capaz de integrar as diferentes velocidades de incidência da reprimenda penal em um sistema normativo coeso, capaz de manter sua autorreferência operacional em níveis adequados.

Em suma, a Lei 13.964/2020 deu importantes passos para tentar melhorar a legislação penal e processual penal. Mas falta muito para que se consiga fazer com que o discurso jurídico-penal seja verdadeiro e, pois, legítimo, no sentido proclamado por Zaffaroni.

Bibliografia

- BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 9
- CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CASTELLS, Manuel. Fim de milênio. In: CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 216-239.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer, 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- CHAPMAN, Brett. Body-worn cameras: what the evidence tells us. *National Institute of Justice Journal*. p. 1-5, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/8FNOL>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121-210.
- FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lília Pondé Vassalo. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 69-70.
- FLICK, Giovanni. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione. *Osservatorio costituzionale*, v. 1, 2018. p. 5-9.
- GIUNTA, Fausto; ARDITA, Sergio; PAVARINI, Massimo. Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. *Criminalia*, Pisa, n. 2, p. 259, 2007. Disponível em: <https://bitly.com/sOu7S>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Transformações do Estado e revisão do garantismo penal nos 30 anos da Constituição Federal. In: LOUREIRO, Francisco Eduardo; DE PRETTO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae. (coord.). *A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 305-326.
- GARCIA, Fábio Henrique Falcone. *As múltiplas faces do direito em Max Weber: fundamentos para uma leitura contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2020.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 18, 2003. p. 148-149.
- JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.
- JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no direito? Tradução de Luciano Gatti. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 83, p. 27-36, mar. 2009.
- JESSOP, Bob. *Narrating the future of the national economy and the national state?: remarks on remapping regulation and reinventing governance*. Lancaster, UK: Department of Sociology, Lancaster University, 2003. Disponível em: <https://bitly.com/Lbn1G>. Acesso em: 9 jul. 2020.

LADEUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and the evolution of general administrative law*. Hamburg: University of Hamburg, 2010. Disponível em: <https://bitly.com/kPqIN>. Acesso em: 9 jul. 2020.

LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 15.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUM Cynthia; STOLTZ, Megan; KOPER, Christopher; SCHERER, J. Amber. Research on body-worn cameras: what we know, what we need to know. *Criminology & Public Policy*, v. 18, p. 93-118, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/z7TmL>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Edital n° 34, de 2018. Dispõe sobre a contratação de consultoria especializada para a análise de dados do Sistema Penitenciário Nacional e Segurança Pública. *Diário Oficial da União*: Projeto BRA 34/2018: Produto 2: Brasília, abr. 2018.

PASQUALE, Frank. *The black box Society: the secrets algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 13.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos CEBRAP*. n. 68, mar. 2004. p. 40-41.

RANCIÈRE, Jacques. O princípio da insegurança. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 set. 2003. Caderno Mais. Disponível em: <https://bitly.com/aTJ8L>. Acesso em: 9 jul. 2020.

RODRIGUEZ, Raúl Carnevali. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et praxis*, Talca, v. 14, n. 1, 2008.

ROMICE, Sergio. Brevi note sull'art. 41 bis O.P. *Giurisprudenza Penale Web*, n. 12, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/mHsyZ>. Acesso em: 17 abr. 2020. p. 19.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 30.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 177-194.

SANCHÍS, Luís Prieto. Constitucionalismo e garantismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (coord.). *20 anos da Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Ivaldo. Da gênese à crise do Estado de bem-estar. *Cronos*, Natal, v. 5/6, n. 1/2, 2004. p. 289-308.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 180.

VEYGNE, Paul. *Foucault: seu pensamento, sua pessoa*. Tradução de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 21.

ZAFFARONI, E. R. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 18-19.

