

LEI ANTICRIME E DESAFIOS AFIRMATIVOS DE UM SISTEMA INTEGRAL DE DIREITO PENAL

Márcio Schlee Gomes*

Resumo: No presente estudo busca-se analisar diversos aspectos jurídico-penais da Lei Anticrime e seus reflexos no sistema de justiça criminal brasileiro. A falta de uma sistematização entre as normas penais e as normas processuais penais, com um avanço de incriminações por um lado e um processo penal cada vez mais restritivo, enseja um conflito entre uma política criminal mais afirmativa, mas, por outro lado, uma falta de eficácia para a realização dos fins da pena. A prevenção geral positiva como principal função da pena acaba por não ser efetivada, sendo cada vez mais necessária a integração das normas penais e processuais para que haja maior efetividade da Justiça Penal, o que vem sendo denominado como um “sistema integral” de Direito Penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Política Criminal. Lei Anticrime. Prevenção geral positiva.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais da Lei Anticrime: normas penais e processuais. 3. A necessidade de um sistema integral de Direito Penal. 4. Desafios afirmativos do Direito Penal na nova legislação. 5. Reflexões sobre a expansão do Direito Penal e as regras do processo penal. 6. Temas específicos e política criminal na Lei Anticrime. 7. Fins preventivos do Direito Penal: papel da prevenção geral positiva. Considerações finais. Referências.

Anti-crime law and affirmative challenges of an integral system of criminal law

Abstract: The present study seeks to analyze the legal and criminal aspects of the Anticrime Law and the effects on the Brazilian criminal justice system. The lack of a systematization between criminal rules and criminal procedural rules, with an advance of incriminations on the one hand and an increasingly restrictive criminal procedure, leads to a conflict between a more affirmative criminal politic, but, on the other side, a lack effectiveness for the penalty ends up not being effective, and it is increasingly necessary to integrate the criminal and procedural rules so that there is a greater effectiveness of the Criminal Justice, what has been called as a “integral system” of Criminal Law.

* Promotor de Justiça, RS. Especialista em Direito Constitucional. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro-auxiliar do CNMP (2010-2011). Pesquisador visitante no Max-Plack Institut, Freiburg, e na Georg-August Universität, Göttingen, Alemanha.

Keywords: Criminal Law. Criminal Politic. Anticrime Law. Positive general prevention.

Summary: 1. Introduction. 2. General aspects of the Anti-Crime Law: Criminal and Procedural rules. 3. The need for a integral system of Criminal Law. 4. Affirmative challenges of Criminal Law in the new legislation. 5. Reflections on the expansion of Criminal Law and rules of Criminal Procedure. 6. Specific themes and criminal politic in the Anti-Crime Law. Preventive purposes of Criminal Law: role of positive general prevention. Final considerations. Referencia.

1 Introdução

No final de 2019 foi sancionada a Lei nº 13.964, a qual foi denominada “Lei Anticrime” ou “Pacote Anticrime”, com o objetivo de ser uma legislação avançada e moderna abarcando inúmeros aspectos de direito material e direito processual no âmbito penal, de modo a atender antigas reivindicações da sociedade, diante do clamor popular pelo combate à impunidade, principalmente, no que diz respeito à corrupção e crimes contra a administração pública.¹

A partir de avanços na investigação criminal, com uso de tecnologias modernas e novos modelos investigativos, a chamada “Operação Lava-Jato” culminou com a prisão e condenação de grandes empresários e políticos, gerando um eloquente debate acerca da validade deste sistema e a necessidade de se buscar mecanismos jurídicos que atendessem a demanda social de punição efetiva aos criminosos de “colarinho branco”, do crime organizado e de crimes violentos.

Inicialmente, o projeto contemplava regras para um maior enfrentamento da criminalidade. Entretanto, após curto período de tempo de debate, essa ideia foi descaracterizada no Congresso Nacional, com a aprovação de uma legislação ampla e abrangente, tocando nos mais diversos temas de direito penal, processual penal e, também execução criminal.

Nesse contexto, uma interrogação precisa ser feita. Essa legislação que pontua vários aspectos de direito material e processual, sem haver uma efetiva preocupação com todo o sistema, como se fossem corpos distintos e com finalidades diversas, tem possibilidade de atender a necessidade de eficácia do sistema de justiça criminal?

¹ HABIB, Gabriel. *Pacote Anticrime: temas penais e processuais penais*. Salvador: Juspodivm, 2020; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2019; SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020; PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant’Anna. *Manual da Lei Anticrime*. Campo Grande: Contemplar, 2020.

A doutrina alemã fala em um “sistema integral” de Direito Penal,² que nada mais significa que essa desvinculação do direito penal e do direito processual penal constitui um problema para o sistema jurídico-criminal como um todo, levando, como consequência, a sua ineficácia.

Portanto, no presente estudo, buscaremos analisar aspectos gerais e específicos da “Lei Anticrime”, verificar no que consiste a ideia de um Direito Penal Integrado ou um “sistema integral” de Direito Penal, e os efeitos disso para que se cumpram e se atinjam as finalidades da pena, no que cabe um aprofundamento sobre a atual abordagem da prevenção geral positiva e seus reflexos na sociedade.

2 Aspectos gerais da Lei Anticrime: normas penais e processuais

Apesar de tramitarem há muitos anos no Congresso Nacional anteprojetos de um novo Código Penal e, também, de um novo Código de Processo Penal, até o momento não houve consenso para a sua aprovação, recorrendo o legislador a emendas e reformas na legislação penal e processual penal, o que acaba por gerar várias e incontáveis incongruências, discrepâncias e previsões legais desproporcionais, sem qualquer preocupação sistêmica.

Seja na tipificação de delitos, com leis penais especiais, alteração das penas, ou mudanças no campo do processo penal, o legislador tem lançado mão de reformas pontuais, que geram muitas críticas por não haver uma preocupação com o todo, como se o sistema jurídico-criminal fosse simplesmente formado por áreas que não se comunicam e, em última análise, não teriam uma mesma finalidade.

E, nesse sentido, veio a entrada em vigor da chamada “Lei Anticrime”.³

Com normas de direito substantivo e adjetivo, mesclando inúmeros temas e questões, a nova legislação inseriu normas mais severas em certos aspectos, porém instituiu no campo processual e na execução penal alguns procedimentos que podem representar ainda mais empecilhos para a realização do direito de punir estatal.

² FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004.

³ Nesse sentido, NUCCI observa: “Há muito se aguarda uma ampla reformulação da legislação criminal, incluindo, nesse campo, penal, processual penal, execução penal e leis penais especiais. O ideal seria uma reformulação coerente e sistêmica do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal e de diversas Leis Especiais” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1).

Nesse debate, por certo, deve ser considerado o princípio da proporcionalidade, princípio geral de qualquer ordenamento jurídico e que lança luz a todo sistema, que deve ser lido em sua dupla face: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente⁴ O direito de punir não é efetivado a qualquer custo, mas, sim, com base em um processo penal justo e democrático, respeitados os basilares princípios do contraditório e ampla defesa.⁵

Porém, o processo penal e as regras de execução penal não podem ser verdadeiros entraves para a realização da justiça penal e o cumprimento dos fins da pena. Se isso ocorre, evidentemente, haverá total falta de eficiência do sistema, ensejando impunidade e descrença no ordenamento jurídico-penal como um todo.

Assim, num panorama geral, verifica-se que na “Lei Anticrime” o legislador utilizou-se de regras que apontam para um tratamento mais severo no âmbito do direito penal, porém lançou mão de inovações no campo processual e execução penal, que demonstram a falta de cuidado com um projeto sistêmico de reforma.

No âmbito do direito penal foram inseridas modificações de evidente caráter simbólico, como se observa na questão da legítima defesa por agente de segurança pública,⁶ o aumento do limite máximo de cumprimento de pena para 40 anos, a perda alargada de bens como efeito da condenação, dentre outras alterações pontuais.

Já no campo do processo penal, há pelo menos três grandes transformações: o acordo de não persecução penal, a mudança no sistema de arquivamento do inquérito policial e a criação do juiz de garantias.

⁴ Sobre o tema do princípio da proporcionalidade e existência de dois polos, em que se tem a proibição de excessos pelo Estado contra o indivíduo e, por outro lado, impõe o dever de uma proteção eficiente por parte do Estado em relação aos indivíduos, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵ VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010; WOLTER, Jürgen. et al. *SK-StPO: Systemascher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 4. ed. v. 2. Köln: Carl Heymanns, 2011. Ver também: BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009; JALIL, Maurício Schaun; GRECO FILHO, Vicente. *Código Penal Comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2019.

⁶ Veja-se a pontual e correta crítica de CUNHA: “foge do ordinário, pois causuístico, ignorando o caráter genérico e impessoal que se exige do legislador na criação de tipos, incriminadores ou permissivos. Tem em seu bojo expressões vagas e imprecisas (ex: conflito armado), campo fértil para interpretações indevidas” (CUNHA. Rogério Sanches. Projeto de lei anticrime e as medidas relacionadas à legítima defesa. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 370). No mesmo sentido: GOMES, Márcio Schlee. Legítima defesa e a atuação policial. In: HABIB, Gabriel. *Pa-cote Anticrime: temas penais e processuais penais*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 605-632.

Além disso, houve a previsão de assistência judiciária a agentes públicos, a questão da cadeia de custódia nas provas periciais, alteração em questões relativas à prisão em flagrante e prisão preventiva, a execução provisória das condenações no Tribunal do Júri com pena igual ou superior a 15 anos, e outras previsões específicas, em diversas leis esparsas, cabendo ressaltar o tema da captura ambiental e a ação controlada e infiltração de agentes.

Na execução penal manteve-se a progressão de regime, porém com alteração dos patamares de tempo de cumprimento de pena, houve novo regramento do regime disciplinar diferenciado (RDD) e também do cumprimento de pena em presídios federais, além de mudanças na saída temporária de presos, a colheita de DNA e falta grave.

Observa-se que, por exemplo, no âmbito penal haveria um tratamento mais rigoroso, com a previsão de cumprimento máximo de pena em 40 anos e, nesse sentido, a ideia de uma legislação “anticrime”, em que o Estado seria mais rigoroso.

Porém, as mudanças no campo do processo penal com a criação do acordo de não persecução penal, juiz de garantias e mudanças na questão da prisão, tudo no sentido de uma suposta adoção de um sistema “acusatório puro”,⁷ mas parecem engessar um sistema penal que já apresenta grande dificuldade de apresentar resultados eficazes à sociedade e, assim, atingir as suas finalidades.

Essa é uma preocupação que não pode escapar ao intérprete, pois o processo possui esse caráter instrumental, sendo fundamental para a realização do direito material, embora constitua uma garantia dos cidadãos.

Dessa forma, é necessário refletir sobre essa sistemática que parece não observar a necessidade de integração entre a matéria penal e processual penal, esquecendo e pondo de lado as finalidades do direito penal⁸ e do próprio direito processual penal.

⁷ Veja-se a posição de MENDES, eminente jurista português, sobre o modelo acusatório: “O modelo inquisitório puro desapareceu sem deixar rasto. Mas o sistema inquisitório ainda vigorou em pleno século XX, em países de regime político autoritário [...] Na generalidade dos países da Europa continental, mas também noutras latitudes, existem atualmente sistemas mistos de processo penal. Na Alemanha e em Itália existem sistemas de tipo misto, tal como em França, Espanha e Portugal. Também no Brasil existe um tipo misto” (MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 31-33).

⁸ Afirma AMBOS: “A função do Direito Penal é a de garantir a proteção de uma convivência pacífica entre os indivíduos que integram uma comunidade, portanto, através da proteção dos bens jurídicos” (AMBOS, Kai. *Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuricidade e outros aspectos*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2006, p. 43).

3 A necessidade de um sistema integral de Direito Penal

De acordo com Freund,⁹ a compactação de um direito penal e processual penal, sem a necessária integração e devida compreensão de sua interligação, constitui num sério empecilho para a realização de justiça.

A vinculação entre o direito substantivo e o direito adjetivo é de importância vital para a eficácia do sistema penal (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*¹⁰).

O Estado criminaliza condutas que representem periculosidade para o meio social, violando bens jurídicos que são entendidos com relevantes em um ordenamento jurídico.

O direito penal visa à proteção de bens jurídicos, conforme a concepção de Roxin,¹¹ em entendimento que é fortemente seguido pela doutrina penal. Para efetivar essa finalidade, definem-se as incriminações e as penas, havendo o direito de punir estatal a partir da ocorrência de uma violação da norma penal. Importa, então, nessa perspectiva, a realização da justiça pública, o Estado traz para si o monopólio da ação penal, no sentido de impedir a desproporcional vingança privada.

Para a realização do direito material, porém, o Estado está adstrito a regramentos específicos – há um instrumento: o processo penal.¹²

Este, portanto, possui dois âmbitos: seu caráter instrumental – mecanismo estatal para a realização do direito penal (material); e ser a garantia do cidadão contra abusos de poder, com a necessidade de respeito a princípios basilares como devido processo legal, contraditório e ampla defesa, com a previsão de um procedimento formal de garantias, que funcionam como um escudo contra atos arbitrários – impede-se a “justiça a qualquer preço”.¹³

⁹ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004.

¹⁰ “Justiça penal funcionalmente eficaz”, conforme ROGALL, Klaus. *Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs und Beweisverwertungsverbote*, NStZ, Berlin, 1988, págs. 385-388.

¹¹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro, 2008; ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020; MEYER-GOSSNER, Lutz. *Strafprozessordnung*. 54. ed. München: C. H. Beck, 2011; MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

¹³ Como adverte VOLK: “Die Wahrheit wird nicht um jeden Preis erforscht” (VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 4).

Igualmente, o processo e suas regras servem para impedir, com a maior força possível, a ocorrência de erros judiciários. Todas as fórmulas e previsões estipuladas na legislação buscam limitar a ação do Estado na persecução penal.

Por isso, Albrecht refere que o direito de punir estatal é exercido como se dentro de um “espartilho”,¹⁴ que deve ser muito bem ajustado de maneira a ser realizada, efetivamente, justiça, com a punição dos culpados e absolvições dos inocentes.

Certo que não se pode perder de vista a necessidade de que o processo penal esteja também ajustado à realidade e disposto em linhas que observem um critério de proporcionalidade. O que se diz aqui é que um processo penal restritivo ao extremo, em que se lance mão de garantias atrás de garantias que não tenham, realmente, uma finalidade ou que estejam desprovidas da noção de realidade, poderá tornar inviável a realização do direito material.

Se não houver uma visão do todo, da interrelação natural entre o direito penal e o direito processual penal, corre-se o sério risco de agravar ainda mais o problema da impunidade e injustiça.

Nesse sentido, Freund e Wolter¹⁵, por exemplo, discorrem sobre essa relação, fazendo uma profunda reflexão sobre o princípio da culpabilidade – a importância vital da efetiva responsabilidade penal subjetiva –, e o papel do processo penal com seu caráter instrumental.

O direito adjetivo, por evidente, tem o papel de ser a forma para a realização do direito substantivo. E essa relação não pode ser menosprezada, como aponta Kindhäuser¹⁶, pois, caso contrário, quanto mais se afasta a relação subordinada do processo em relação às finalidades do direito penal, maiores dificuldades serão verificadas no sistema.

¹⁴ ALBRECHT: “Diante da lei penal todos os cidadãos devem ser iguais, a aplicação da lei precisa ser previsível, a lei penal protege o cidadão contra o arbítrio estatal. O princípio da legalidade processual segue estes axiomas. Cultiva o axioma do tratamento igual, na medida em que deve garantir que iguais violações da lei também são tratadas de modo igual. Exclui a arbitrariedade estatal e cuida da segurança pública. Observando-se o princípio, satisfaz-se a exigência de um emprego controlado e previsível da violência estatal. O princípio da legalidade processual impõe ao Estado perseguidor penal um espartilho apertado. Em caso de lesões do Direito, o Estado precisa se mexer, mas é limitado, por meio do espartilho, em seu espaço de movimento. Um espartilho pode ser desconfortável. Consegue-se maior conforto quando não se precisa movimentar o espartilho, ou quando se pode tirá-lo, em caso de movimento” (ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris, 2010, p. 188).

¹⁵ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen. (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004.

¹⁶ KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.

A função do processo penal, como destaca Volk, espelhando forte doutrina germânica, é a busca da verdade (*Wahrheit*), de justiça (*Gerechtigkeit*) e da paz jurídica (*Rechtsfrieden*).¹⁷

O processo é o instrumento para evitar erros judiciários¹⁸ e, caso haja elementos de prova que apontem, efetivamente, para a culpabilidade do acusado no caso concreto, haverá a certeza de que determinada condenação foi resultado de um procedimento que respeitou as necessárias formalidades legais, de tal sorte que o resultado será a “verdade do caso” (verdade processual ou verdade funcional),¹⁹ uma decisão justa e que põe fim ao conflito decorrente da prática do crime.

Essa visão é necessária para a observância de uma política criminal que respeite o papel de cada uma das matérias que interagem no contexto da área criminal, no campo do direito substantivo e do direito adjetivo, o que possibilitará a realização dos fins do Direito Penal.²⁰

¹⁷ VOLK: “*Die Ziele des Strafverfahrens. Wahrheit: Im Strafverfahren soll die Wahrheit herausgefunden werden. Alle materiellrechtlich relevanten Umstände sollen bewiesen werden. Gerechtigkeit: Ein Gerechtes Urteil setzt ein faires, ordnungsgemässes Verfahren voraus. Die Wahrheit wird nicht um jeden Preis erforscht. Es gibt Interessen, die der Wahrheitssuche im Wege stehen und die in einen Rechtsstaat dennoch geschützt werden müssen. Rechtsfrieden: Das Strafverfahren arbeitet einen sozialen Störfall auf, sichert die Geltungskraft der Strafrechtsnormen und schafft dadurch Rechtsfrieden. Das Urteil soll die Sache erledigen*” (VOLK, Klaus. Grundkurs StPO. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 4).

¹⁸ LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 2: “A criminal justice system that was frequently seen to convict the innocent and to acquit the guilty would fail to win the respect of, and obedience from, those it governed. It thus seems fair to say that, whatever else it is, a criminal trial is first and foremost an epistemic engine, a tool for ferreting out the truth from what will often initially be a confusing array of clues and indicators. To say that we are committed to error reduction in trials is just another way of saying that we are earnest about seeking the truth. If that is so, then it is entirely fitting to ask whether the procedures and rules that govern a trial are genuinely truth-conducive”.

¹⁹ TARUFFO, sobre a concepção de “verdade processual”, ressalta que “se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es *verdadero* si está confirmado por pruebas y es *falso* si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y *no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad” (TARUFFO, Michele. *La Prueba: artículos e conferencias*. Madrid: Metropolitana, 2009, p. 60). MÜLLER refere-se a uma “verdade funcional” (*funktionale Wahrheit*), diante da impossibilidade de aceitar-se um conceito de verdade “material”, o qual seria confundido com a ideia de uma verdade absoluta, filosoficamente, inatingível (MÜLLER, Christoph Markus. *Anscheinsbeweis in Strafprozess: am Beispiel der Feststellung von Kausalität und von Dispositionsprädikaten*. Berlin: Dunkler & Humblot, 1998, p. 124).

²⁰ Essa é a posição de WOLTER, ressaltando a importância de um sistema integral de Direito Penal: El sistema procesal penal y el sistema de determinación de la pena parten, en cambio, del dato de que el autor no sólo ha realizado un injusto culpable merecedor y necesitado de pena, sino que, desde consideraciones genéricas de política jurídica general, así como desde consideraciones específicas de política jurídico-constitucional y de política jurídico-procesal, se atribuye al Estado un derecho a recurrir a la pena (unido a um deber fundamental de ‘persecución y castigo’”) (WOLTER, Jürgen.

Sem dúvida, no contexto nacional, como se observou na Lei nº 13.964/19, continua-se ser a percepção da interligação das matérias, fato que gera incongruências e uma grande dificuldade para que o Direito Penal cumpra com suas finalidades.

Assim, o legislador não pode tratar das questões como se estas fossem isoladas, estanques e desconexas, pois essa posição corrói o sistema jurídico penal, fator que contribui para a impunidade, injustiça e aumento da criminalidade.

4 Desafios afirmativos do Direito Penal na nova legislação

A discussão sobre a missão do Direito Penal e as finalidades da pena perdura ao longo dos séculos. Da evolução dos tempos em que a pena era vista como um mero castigo, sem guardar qualquer proporcionalidade com o mal praticado, inclusive, sendo executada pelos próprios interessados (vingança privada), os sistemas foram se assentando e buscando, ao longo dos anos, a humanização do tratamento dispensado aos criminosos, banindo a tortura, as penas corporais e cruéis.²¹

O Estado, então, monopolizando o direito de punir, passou a exercê-lo, inicialmente, de forma até mesmo brutal e desumana (vide a época da Inquisição), o que, diante do progresso das ideias iluministas, foi sendo abrandado, refletido e debatido, com a busca de justificativas filosóficas e sociais da pena (Kant e Hegel).²²

Assim, a própria construção intelectual da pena como retribuição²³ foi um avanço naquele momento histórico, buscando-se uma punição justa e proporcional do criminoso. Tratava-se da “teoria absoluta” da pena, a qual, em essência, então, entende a pena como expiação do mal e um castigo (*Vergeltungsprinzip*).

Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 37).

²¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Bauru: Edipro, 1999.

²² KINDHÄUSER traz uma resumida análise sobre a posição de Kant e Hegel sobre a função da pena: “*Nach Kant besteht die Aufgabe von Strafe in der Durchsetzung Von Gerechtigkeit. Strafe darf immer nur gegen den Täter verhängt werden, weil er verbrochen hat...Hegel begreift die Straftat als Verletzung des Rechts im Sinne einer Negierung des Rechts: Die Rechtsverletzung erhebe einen Anspruch auf Geltung, dem die Strafe als ‘Verletzung der Verletzung’ und somit als Wiederherstellung des Rechts begegne (Strafe als Negation der Negation des Rechts)*” (KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 45).

²³ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. tomo I. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. Ver, também: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch: kommentar*. München: C.H. Beck, 2001; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Posteriormente, passou-se a entender que a pena não poderia ser considerada apenas uma retribuição ao mal praticado, mas, sim, que sua finalidade deveria contemplar um aspecto preventivo.²⁴

Ao punir, o Estado busca prevenir, com a intimidação, que novos delitos não ocorram, pois o acusado deveria aprender com a punição recebida e, de modo geral, os membros daquela sociedade inibiriam condutas criminosas ao saber que há punição.

Trata-se, assim, da prevenção especial (individual) e da prevenção geral (coletiva), em um aspecto negativo: a não ocorrência de novos delitos – não reincidência e intimidação da coletividade.²⁵

A prevenção, atualmente, é a principal finalidade da punição, não se confundindo com mero simbolismo, pois, sabidamente, a norma penal busca criar uma forma de controle social com a previsão de sanção e essa só se realiza com o poder coercitivo delegado ao Estado. A ideia geral, assim com a punição é evitar que o acusado siga delinquindo e, de outro lado, que a sociedade confie na vigência daquelas normas, abstendo-se de qualquer conduta criminosa.

Entretanto, os resultados dessas teorias são, na prática, difíceis de restarem aferidos, verificando-se um problema grave de réus reincidentes e a dificuldade de saber qual a parcela de indivíduos que, efetivamente, se deixa intimidar pela previsão da punição.²⁶

Assim, fala-se da prevenção geral, porém, em seu aspecto positivo: a pena serve para a afirmação da vigência da norma.

Uma sociedade não pode contar com um ordenamento jurídico em que as sanções previstas não passem de mera folha de papel, previsões inúteis. Uma comunidade em que isso ocorre, por certo, vivenciará situações de caos, com

²⁴ Sobre as teorias da pena e sua evolução, ver: GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2020; ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: a teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013; MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

²⁵ MIR PUIG, acerca das teorias preventivas, sustenta que possuem uma “função utilitária”, considerando que “a pena é necessária para a manutenção de determinados bens sociais” (MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 62). Essa é a mesma concepção de VON LISZT: “A justificação da pena finalística está na necessidade dela para a manutenção da ordem jurídica e conseqüentemente para a manutenção do Estado” (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, p. 159).

²⁶ Nesse sentido, cabe sempre lembrar a advertência de STRATENWERTH: “El discurso sobre el sentido y fin de la pena no es un negocio que estaría concluído, si hubiéramos encontrado de una vez por todas la respuesta “correcta”, sino una de aquellas tareas para la cual nunca podrá haber una solución definitiva (STRATENWERTH, Günter. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 38).

aumento do descumprimento das regras, a total desconfiança nas relações sociais, a relativização de direitos e, dessa forma, mais conflitos e mais crimes.

Por isso, a doutrina germânica em Jakobs, Roxin, Kindhäuser pontua a relevância dessa finalidade da pena: a prevenção geral positiva.²⁷

A teoria da proteção dos bens jurídicos, tese primordial de Roxin, é questionada por Jakobs, o qual, embora não deixe de considerar essa importante função da pena, entende que a sua principal função é a prevenção geral positiva.²⁸

A punição afirma a norma perante a sociedade. Desse modo, no contexto social, passa-se a ideia de que a norma é válida e desta compreensão decorrem os demais efeitos subsidiários da punição.

Portanto, as normas que buscam dar maior efetividade ao sistema penal, adequadas à realidade daquela sociedade, precisam ser produto de uma grande reflexão, estudo prático e compreensão do grau de evolução do meio social, de maneira a não gerar um sistema contraditório, desproporcional, o qual, assim, trará como consequência o descrédito e o descumprimento das regras, com efeitos nefastos para o tecido social.

A legislação “anticrime”, assim, quando aumenta o período de cumprimento de pena para 40 anos; institui a prisão do réu condenado a pena de 15 anos no Tribunal do Júri; traz regras mais rigorosas contra criminosos perigosos em regime disciplinar diferenciado, claramente, busca dar maior efetividade e proporcionalidade ao sistema punitivo estatal, diante de uma situação concreta de criminalidade elevada.

Alguns criticam aquilo que denominam de “Direito Penal Simbólico”,²⁹ porém, por certo que o Estado deve buscar mecanismos de controle que ataquem situações específicas de grande periculosidade ao meio social, como ocorre nas práticas de atos de terrorismo ou ações de organizações criminosas. E, isso, evidentemente, não é apenas legislar por “simbologia”. Na realidade, é a adequação da legislação penal a demandas modernas e que a sociedade está vivenciando na atualidade.

²⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro, 2008; KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 45.

²⁸ De acordo com JAKOBS, “A pena confirma a norma violada e fundamenta, através da dor penal, sua fundamentação cognitiva” (JAKOBS, Günther. Sobre a teoria penal do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 13).

²⁹ Por exemplo, a doutrina de Albrecht, quando refere que “no esforço simbólico de garantir sistemas e normas, o indivíduo – tanto o suspeito do fato, quanto a vítima – sai de foco, necessariamente. O Direito Penal da prevenção oferece uma promessa de cura. Promete soluções para situações de perigo social globais. Estas se dão bem sem a ideia de um lesionado concreto” (ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 588).

Trata-se de uma justiça “funcionalmente capaz” (*funktionsfähige Rechtspflege*) ou uma justiça criminal *funktionstüchtige* como defendem Schäffer, Kleinknecht e Rogall, no direito germânico, sobretudo com vista ao combate ao crime organizado e criminalidade violenta, numa “luta eficaz contra o crime” (*wirksame Verbrechensbekämpfung*).³⁰

Se a primordial função da pena é “prevenção”, ora, não há como negar, essa traz intrinsecamente uma ideia de simbolismo – punição para prevenir: evitar a reincidência, evitar a prática de novos crimes e, sobretudo, na concepção firme de JAKOBS, afirmar o Direito, afirmar a vigência norma.³¹

Agora, é óbvio, isso deve se dar a partir de critérios proporcionais e com base em princípios democráticos e devidamente fundamentados. Não pode ser um “simbolismo” por si só, pois, caso fosse assim, haveria risco de arbítrio e abuso de poder. Então, a ideia deve ser estabelecer normas que emprestem o necessário valor ao sistema jurídico-penal, garantido a sua maior eficácia.

Porém, nesse ponto uma reflexão deve ser feita. Se a legislação vem no sentido de adequar algumas punições à realidade social atual, não se pode, por outro lado, instituir normas que acabem por gerar verdadeiros entraves à eficácia desse sistema. Uma contradição ou uma desproporcionalidade tem o condão de gerar descrédito e, assim, a ocorrência de mais crimes e impunidade.³²

A previsão do juiz de garantias, com menção expressa de possível adoção de um sistema “acusatório puro” no processo penal brasileiro, sem que o Poder Judiciário tenha a mínima possibilidade de implementação desse sistema ou não haver uma reforma sistêmica e um debate profundo sobre o sistema processual adotado no país, sobretudo, quando sempre o juiz teve um papel importante no campo das garantias (e também com a conjugação de outros princípios constitucionais e do processo penal, como verdade real e proporcionalidade), pode retirar a eficácia de outras previsões legais, pois não há uma reforma do todo, pensado como um sistema único, “um sistema integral ou integrado”.

Essa visão não pode ser deixada de lado, pois há antigas críticas da doutrina nacional acerca de inúmeras divergências, contradições e, acima de tudo, falta de proporcionalidade no trato da questão criminal, o que acaba em resultados extremamente negativos.

³⁰ ROGALL, Klaus. *Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs und Beweisverwertungsverbote*, NSTZ, 1988, p. 385-388; também, ver: ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

³¹ JAKOBS: “A teoria do direito penal como proteção da vigência da norma demonstra sua validade especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é uma lesão da vigência da norma, a pena é a sua eliminação” (JAKOBS, Günther. *Direito Penal e funcionalismo*. Tradução André Luís Callegari, Nereu Giacomoli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51.

³² Nesse sentido: BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

O caráter afirmativo do Direito Penal, portanto, passa, necessariamente, por um processo penal justo e adequado à realidade.³³ Os princípios basilares estão na Constituição: devido processo legal, contraditório e ampla defesa. No Código de Processo Penal há todo o regramento necessário para que o Estado busque a punição do culpado e o indivíduo tenha as suas garantias devidamente preservadas.

A previsão de um processo ainda mais restritivo, a criação de mecanismos que o sistema de Justiça Criminal não tem a mínima condição de implementar, as restrições ao papel do juiz, a previsão de prazos que são impossíveis de cumprir, dentre outras medidas processuais, acabam por ser um verdadeiro entrave ao bom funcionamento do sistema. Assim, também, um sistema progressivo de cumprimento de pena na execução penal, mantido na Lei Anticrime, passível de críticas, por continuar adotando um mecanismo que torna penas elevadas em penas baixíssimas,³⁴ sabidamente, fator de descrédito no sistema penal.

Como aponta Moraes, essa progressão de regime, com parcelas de tempo de cumprimento de pena, já se mostrou ineficaz, gerando um ciclo de criminalidade, além de ferir de morte o princípio da individualização da pena,³⁵ algo extremamente grave, tratando-se de claro exemplo da ineficácia do sistema penal em face de previsões que deixam de contemplar, efetivamente, a questão penal de modo sistêmico.

³³ Sobre a concepção de um processo justo alinhado a basilares princípios constitucionais, aponta CANOTILHO: “O que é um processo justo? Como qualificar um processo como justo? Quais os critérios materiais orientadores da determinação do carácter ‘devido’ ou ‘indevido’ de um processo? As respostas – sobretudo na doutrina americana – reconduzem-se fundamentalmente a duas concepções de ‘processo devido’ – a concepção processual e a concepção material ou substantiva. A teoria processual (*process oriented theory*), que poderíamos designar também por teoria do processo devido por qualificação legal, limita-se a dizer que uma pessoa privada dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na lei. [...] A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Esta última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios de justiça” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 494).

³⁴ Ver a crítica em PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e democídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017.

³⁵ Segundo MORAES, “Andou mal a reforma operada pela Lei n. 13.964/19 que deveria ter extinguido o regime semiaberto, retomando os sistemas de livramento condicional e sursis já existentes até 1984 para as hipóteses em que não seja cabível institutos despenalizadores ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos... Jamais poderia o legislador restringir a aptidão da mudança de regime – já que optou por manter o fictício e absurdo regime semiaberto – a critérios meramente quantitativos e a um mero atestado de conduta carcerária” (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Individualização da pena e novo sistema progressivo*. In: SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 293).

Se não houver a visão de que todas essas questões fazem parte de um todo, desde a concepção, as finalidades, as justificativas, as previsões em abstrato e a forma de sua execução na prática, no caso concreto, restará ineficácia e ineficiência, o que aumenta a impunidade, sendo uma consequência grave desse descompasso entre o direito penal e o direito processual.

5 Reflexões sobre a expansão do Direito Penal e as regras do processo penal

De acordo com Silva Sánchez, vivemos no contexto mundial uma possível expansão do Direito Penal.³⁶ Essa expansão decorre do surgimento de novos bens jurídicos que merecem a proteção estatal, assim como a necessidade de ações e respostas a novas demandas, como se vê na questão da criminalidade econômica, criminalidade organizada e terrorismo.

Além disso, novos interesses que devem ser protegidos, com a questão ambiental, do consumidor, das relações internacionais, vários aspectos ensejam a possível incidência do Direito Penal como forma de contenção.³⁷

O mundo atual vê a maior capacidade lesiva dos criminosos, assim como tem outros interesses relevantes sendo sacrificados por ações criminosas de intensa magnitude.

Atos terroristas, ações de milícias e organizações mafiosas, crimes de corrupção com atores da esfera pública e privada (ações de políticos influentes e grandes figuras do meio empresarial). Junto a isso, somam-se os criminosos violentos, os reincidentes, os pedófilos e também assassinos e feminicidas. Assim, há, no contexto atual, uma criminalidade diferente dos tempos passados, o que enseja uma cobrança ainda maior do Estado para o combate a esses crimes, com um compromisso de efetividade.

E, nesse caminho, necessário que haja essa compreensão sistêmica: o Direito Penal somente pode ser realizado por intermédio de um processo, justo e democrático, devidamente posto na legislação infraconstitucional (mas vinculado a realizar as normas e princípios constitucionais),³⁸ mas um processo que seja possível de resguardar as garantias dos acusados, todavia, seja, no contexto da realidade, possível de ser executado pelo Estado, resguardando a lógica, o bom senso e, acima de tudo, a proporcionalidade.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luis Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

³⁷ Veja-se: COSTA, José de Faria. *Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

³⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Com isso, sem dúvida, evita-se o arbítrio e, por outro prisma, evita-se a nefasta impunidade.

Portanto, na esteira defendida por Freund,³⁹ deve-se respeitar uma concepção que compreenda um sistema integral de Direito Penal, em que o direito material, o direito adjetivo e, ainda, a própria execução penal, não sejam peças separadas de uma engrenagem, como se existissem por si só e não se relacionassem.

Isso tem sido a causa da ineficácia do sistema penal brasileiro. As reformas pontuais ocorrem com previsões de novos crimes e penas, para regular inúmeras situações, porém com as mudanças periódicas da legislação processual sem a necessária preocupação com o modelo a ser adotado e, principalmente, que seja viável de ser executado, acaba por resultar em ainda mais problemas que dizem respeito à eficiência e à própria finalidade do Direito Penal.

Jakobs, por exemplo, trata do Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*),⁴⁰ o qual surge a partir de uma análise jusfilosófica das finalidades da pena e um paralelo com os novos tipos de criminalidade. É o que Silva Sánchez denominada de “terceira velocidade do Direito Penal”.⁴¹ Na realidade, diante de criminosos que agem como verdadeiros suicidas, que não se adequam ao sistema e normas da vida social, não possuindo o aspecto cognitivo necessário para a responsabilidade penal, o Estado precisa de uma força maior para a imposição de sanções, com a flexibilização de garantias, pois lida com situações de risco extremo e possibilidade de danos severos ao meio social.

Há muitas críticas à concepção de Jakobs, porém, como este próprio jurista adverte, há casos que o Estado precisa agir em prol da defesa social e mesmo que se utilize outro nome⁴², deverão ser encontrados mecanismos mais

³⁹ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen. (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004.

⁴⁰ Jakobs ressalta que “O Estado tem direito a procurar a segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança” JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29. Ver, também: JAKOBS, Günther. *Schuld und prävention*. Tübingen: JCB Mohr, 1976.

⁴¹ Importante, nesse sentido, a posição defendida por Silva Sánchez: “Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal da ‘normalidade’, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um ‘mal’, este se configura como um ‘mal menor’” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luis Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 196-197).

⁴² Como sustenta o referido autor, “uma sociedade que não se encontra em situação de – para repetir uma expressão frequentemente criticada – neutralizar seus inimigos, há de desmorronar-se. Se não desmorrona, então é porque se manifesta, ainda, em situação de neutralizar tais sujeitos (ainda que, por vergonha ou por pudor, se denomine essa ação de outro modo)” (JAKOBS, Günther. Sobre a teoria

fortes e pesados para tentar conter uma espécie de criminalidade que é incomum, anormal e, com toda certeza, muito mais perigosa. Nesse mesmo caminho, o jurista espanhol Silva Sánchez analisa a tese do Direito Penal do Inimigo – a terceira velocidade do Direito Penal – e defende a sua aplicação em situações eminentemente excepcionais.

Explica, nesse sentido, que o Direito Penal de primeira velocidade seria aquele em que há previsão de penas privativas de liberdade, o que enseja a necessidade de um maior número de garantias para o acusado. Já na segunda velocidade estão as situações de substituições das penas privativas de liberdade, como penas pecuniárias e de prestação de serviços comunitários, havendo a flexibilização de certas garantias, observando-se a menor chance de erros com consequências graves. A terceira velocidade seria em casos de crimes gravíssimos, com um grande dano coletivo, em que se poderia também vislumbrar uma diminuição de garantias.⁴³

Como se observa, todo o sistema pensado por Silva Sánchez relaciona o Direito Penal e o processo. Ora, isso é fundamental. Essa visão integradora é essencial e, por sinal, deveria ser compreendida como básica.

Assim, mesmo a expansão do Direito Penal, seja em casos mais graves, seja em casos mais leves, importa observar essa relação entre direito material e direito processual, em que as normas processuais serão primordiais para a possível eficácia do sistema jurídico-criminal.

Veja-se que na Lei Anticrime houve a previsão do acordo de não persecução penal, instituindo-se a possibilidade de condenação e pena por acordo, adotando-se um modelo consensual.

Há, assim, uma flexibilização em casos que envolvam crimes de potencialidade ofensiva mais reduzida, principalmente, sem violência ou grave ameaça à pessoa, pois o acusado será condenado e sem as formalidades de um processo tradicional.

Assim, se para situações mais simples pode-se abreviar o processo com a previsão de aplicação de pena, há casos de gravidade extrema em que se deveria analisar essa possibilidade, como aponta Silva Sánchez,⁴⁴ diante da periculosidade da ação (e do resultado do crime) para a sociedade.

penal do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 12)

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luis Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luis Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 193-194: “Sem negar que a ‘terceira velocidade’ do Direito Penal descreve um âmbito que se deveria aspirar a reduzir a mínima expressão, aqui se acolherá com reservas a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e pro-

O que aqui se defende, e cabe a reflexão, não é uma definição perfeita de um modelo, mas chamar a atenção para a necessidade de coerência e integração no sistema penal brasileiro, em que a doutrina não pode continuar uma queda de braço entre incriminações mais severas de uma lado e um excesso de garantias por outro, como se fossem matérias totalmente assimétricas, distintas e sem qualquer conexão.

A interligação dos temas precisa até mesmo de um despertar na doutrina, pois muitas vezes parece que há um descompasso, um vácuo entre penalistas e processualistas, como se as matérias fossem temas distintos, separados, o que está longe da realidade em termos científicos.

Um sistema integral de Direito Penal é fundamental para que haja proporcionalidade, a proteção devida e necessária para a sociedade (bem comum) e também para o indivíduo, com um sistema eficiente de garantias processuais,⁴⁵ mas que efetivamente realize justiça.⁴⁶

6 Temas específicos e política criminal na Lei Anticrime

Na Lei Anticrime verificam-se mudanças profundas no sistema jurídico-criminal brasileiro. Algumas merecem aqui, por exemplo, especial relevo:

- a) Acordo de não persecução penal;
- b) Arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público, com revisão;
- c) A criação do juiz de garantias;
- d) Afirmção de adoção do sistema acusatório “puro” (art. 3º-A);
- e) Aumento do limite máximo de cumprimento de pena para 40 anos;
- f) Vedação da conversão do flagrante em prisão preventiva de ofício;

cessuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável”.

⁴⁵ Como defende Wolter, “Frisch se detiene a considerar especialmente la relación entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal. El concepto de delito allí desarrollado será aceptado en buena medida por Freund, mientras Kuhlen lo há acogido, aunque con un escepticismo al que no le faltan buenas razones. Sin embargo, dicho concepto encierra el peligro de disminuir la fuerza integradora del sistema del delito y del proceso penal, hasta ahora reconocida” (WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 43).

⁴⁶ Sobre os *Standards* de prova e a discussão sobre a prova no processo penal, tratando de certeza, dúvida e critérios de valoração de prova, ver: GOMES, Márcio Schlee. *A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

- g) Execução provisória da condenação no Tribunal do Júri em casos de fixação de pena igual ou superior a 15 anos;
- h) Maior rigor no regime disciplinar diferenciado e regramento para a prisão em presídios federais;
- i) Cadeia de custódia na questão da prova pericial;
- j) Temas relacionados a agentes infiltrados, perda alargada de bens, escuta ambiental;
- k) Novos patamares de cumprimento de pena para a progressão de regime.

Sem dúvida, há avanços na finalidade de uma legislação penal mais adequada à realidade, com a tentativa de aparelhar o Estado com mecanismos que possam ser eficazes no combate à criminalidade, sobretudo, a mais grave,⁴⁷ como se vê nas questões referentes a agentes infiltrados, escuta ambiental, perda alargada de bens.

Ainda, o aumento do limite máximo de cumprimento de pena para 40 anos era um consenso diante do aumento da expectativa de vida da população e a existência de casos extremamente graves, com condenações elevadas por criminosos de alta periculosidade.

Da mesma forma, a execução provisória da pena no Tribunal do Júri veio ao encontro de posição que passou a vigorar no Supremo Tribunal Federal (STF),⁴⁸ assim como adequando a situação à realidade fática, pois havia uma flagrante injustiça em casos de condenação de homicidas pelos jurados, a penas de mais de 20 anos de reclusão, porém o réu saía em liberdade, como se nada tivesse acontecido, o que agravava a ideia de impunidade na sociedade.⁴⁹ Restringindo um pouco a posição do STF, o legislador limitou a execução provisória a condenações com uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão. No nosso entender, entretanto, cabe a devida fundamentação pelo juiz-presidente, na sentença, para justificar a segregação, que deve levar em conta as circunstâncias concretas do caso.

Houve maior rigor na situação do regime disciplinar diferenciado e previsões relativas à permanência em presídios federais, ampliando-se prazos, pois, no atual panorama nacional de criminalidade, é inegável que se enfrenta criminosos que agem como verdadeiros terroristas e representam um risco contínuo ao meio social, liderando organizações criminosas.

⁴⁷ HABIB, Gabriel. *Pacote Anticrime: temas penais e processuais penais*. Salvador: Juspodivm, 2020; PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant'Anna. *Manual da Lei Anticrime*. Campo Grande: Contemplar, 2020.

⁴⁸ Posição da 1ª Turma do STF, no HC 118.770/SP. No RE 1.235.340/SC, o Pleno do STF ainda analisa a constitucionalidade da execução provisória da condenação pelo Tribunal do Júri, com posição dos Ministros Luís Barroso e Dias Toffoli pela possibilidade, pendendo, ainda, de julgamento definitivo.

⁴⁹ KURKOWSKI, Rafael Schwez. Execução provisória da pena em condenação no tribunal do júri. In: SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 157.

A política criminal, então, era no sentido de maior severidade, sobretudo no campo dos crimes violentos, econômicos, contra a Administração Pública (corrupção) e crime organizado.

A previsão do acordo de não persecução penal foi um avanço importante. No nosso sentir o legislador poderia ter ido além, ampliando as possibilidades de uma justiça penal negociada, com o que se teria muito mais eficácia e celeridade na justiça criminal. Porém, ficou-se limitado a casos sem violência e grave ameaça e crimes com pena mínima inferior a quatro anos, deixando-se de abarcar as condutas delitivas mais graves. A possibilidade de acordo entre o Ministério Público e a defesa, com a assunção de culpa e aplicação imediata de pena, representa, a nosso ver, um importante avanço, pois é necessário que haja a confiança no trabalho desenvolvido pelas instituições, no que diz respeito ao pleno respeito às garantias dos acusados. Além de o Ministério Público ser fiscal da lei e ter obrigação de ser imparcial, há a fiscalização da defesa constituída ou pública, bem como a final homologação pelo Poder Judiciário.⁵⁰

Assim, trata-se de relevante mudança no sistema, a qual, repetimos, deveria ser ampliada a casos de tráfico de drogas (sem envolver organização criminosa), roubos e outros crimes, pois o importante é preservação das garantias do acusado e, também, como tratamos aqui, a efetividade do sistema penal.

Nesse campo, vê-se que o legislador trouxe mudanças preocupantes na seara do processo penal, algumas que geram não só ineficácia no sistema criminal, mas, sim, seu mais completo engessamento, o que estaria muito longe de ser “anticrime”, ou seja, da política criminal que teria sido adotada com a nova legislação.

A criação do juiz de garantias, prevendo a necessidade de um juiz que será exclusivamente responsável por atuar na fase da investigação e proferindo decisões relativas a cautelares, prisões, liberdade, é uma ideia “importada” de outros sistemas penais, nos quais, por certo, não contam nem com um sexto do grau de criminalidade existente no Brasil. Em nosso país ocorre mais de 60 mil homicídios em um ano.⁵¹ Milhares de roubos, estupros, furtos, inexistindo estrutura suficiente do Judiciário para implementar um sistema que, na realidade, cria uma outra figura judicante, especializada, levando à suspeita de quebra da imparcialidade do que decidisse cautelares na fase investigativa e, posteriormente, presidisse a instrução processual e julgasse.

⁵⁰ Sobre o tema, Figueiredo Dias: “A mediação entre aquela exigência protectora e esta tutela é operadora através do princípio do favorecimento do processo, precisamente definido por Vieira de Andrade como o princípio segundo o qual ‘o Estado tem o dever fundamental de assegurar uma prestação plenamente eficiente do serviço de justiça, enquanto forma de realização do direito à tutela judicial efectiva” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral. Tomo I. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: RT, 2007, p. 38).

⁵¹ Ver o Atlas de Violência de 2020, com os dados sobre os homicídios no Brasil. Disponível em: <<https://www.andes.org.br/diretorios/files/Bruna/atlas-da-violencia-2020.pdf>>. Acesso em: 13 dez 2020.

Salta aos olhos que o sistema com um juiz para o desempenho de todas essas funções tem mais de um século de vigência, vigorando sob qualquer dos regimes políticos que o país já passou ao longo da história, em governos autoritários ou democráticos. Portanto, é uma posição forçada entender que há quebra de imparcialidade, criando um mecanismo que o Estado não tem como implementar e gerenciar.⁵²

Indo além na questão do juiz de garantias, houve a previsão no art. 3º-A de que “o processo penal terá estrutura acusatória”, o que leva a crer que se adotou, com a nova legislação, um sistema acusatório “puro”, em que o juiz deve ficar totalmente inerte, sendo mero figurante no processo penal, apenas com a responsabilidade de decidir quando provocado.

Não por acaso, o STF, em decisão do Ministro Luiz Fux, apreciando pedido liminar, suspendeu a figura do juiz de garantias,⁵³ exatamente expressando a impossibilidade de o Judiciário pôr em prática esse sistema, que representa um verdadeiro entrave para a realização das finalidades do processo penal. Isso, obviamente, no cenário nacional, por suas peculiaridades e dificuldades extremas no campo estrutural.

Ademais, a adoção de um sistema acusatório “puro” representa mera falácia, pois este modelo é contra a cultura jurídica brasileira, bem como não é o que ocorre na Alemanha, França ou Portugal, em que o juiz, como representante do Estado e quem vai dizer o direito e decidir a causa, tem seus poderes definidos em lei, mas que lhe garantem a formação de sua convicção com liberdade, desde que adstrita aos preceitos legais, como bem pondera Kai AMBOS.⁵⁴

⁵² Basta analisar a posição de AMBOS e SCHÜNEMANN sobre o sistema acusatório e a função do juiz no processo penal alemão. Na realidade, no direito germânico há quase um sistema inquisitório, não havendo qualquer discurso sobre violações a garantias, muito menos, de violações constitucionais. Ver: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

⁵³ Conforme decisão cautelar, de 22 de janeiro de 2020, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305.

⁵⁴ AMBOS: “O sistema brasileiro na verdade se encontra em formação, mas já se pode vislumbrar uma aproximação com o sistema Europeu-Continental e, especialmente, com traços que se encontram presentes no direito Alemão. Na verdade, estamos evoluindo para um sistema acusatório, mas não na forma pura e clássica, e sim conservando traços inquisitivos (a parte considerada boa do sistema inquisitivo). Isto não é ruim, sendo que, por outro lado, está dentro da tendência de renovação do processo penal mundial, que procura um novo sistema, que de um jeito ou de outro será mesclado” (AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 79).

O magistrado perguntar às testemunhas em audiência, determinar a oitiva de testemunhas referidas, solicitar perícias essenciais para a formação de sua convicção, por exemplo, são atos que não podem ser sonogados ao próprio julgador da causa.

Essa restrição do poder do juiz, que não ocorre na Alemanha⁵⁵ ou Portugal, parece querer fazer crer que nosso sistema penal seria *adversarial*, como no sistema anglo-americano, um processo penal “de partes” – acusação x defesa. Porém, esse nunca foi o nosso sistema. Não é de nossa cultura jurídica, não estava previsto na legislação, tratando-se de uma importação de procedimentos que acabam por trazer ainda mais dificuldades para a realização de justiça.⁵⁶

A alteração em relação ao arquivamento, da mesma forma, modifica o procedimento, porém também cai em problema de estrutura das instituições. Seria recomendável que, inicialmente, o Estado tivesse a devida estrutura para lidar com tais situações e, assim, poder abraçar mais essas incumbências.

Certo que há um verdadeiro descompasso com a realidade das instituições que atuam na persecução penal e na realização da justiça criminal, verificando-se exatamente aquela desconexão entre o processo penal e as normas de Direito Penal, fator que dificulta ainda mais a efetivação dos fins da pena.

A inexistência dessa “integração”, lembrada com precisão por Freund⁵⁷, é um assunto que deve ser levado a sério nas questões jurídico-criminais em nosso país, pois esse descompasso, como mais uma vez se testemunha, pela denominada Lei Anticrime, acaba-se por gerar mais descrédito e desgaste ao sistema.

⁵⁵ MEYER-GOSSNER: “*Der Strafprozess ist kein Parteiprozess wie das zivilrechtliche Verfahren. Im Gegensatz zu diesem, das Von der Dispositionsmaxime (dh Von der Verfügungsfreiheit der Parteien) beherrscht ist und in dem Entscheidung auf Grund einer vom Parteivorbringen abhängigen (formellen) Wahrheit ergeht, besteht im Strafprozess für die StA der Verfolgungszwang, das sog Legalitätsprinzip (§ 152 II), ind für StA und das Gericht der Grunsatz der Erforschung der Materiellen Wahrheit*” (MEYER-GOSSNER, Lutz. *Strafprozessordnung*. 54. ed. München: C. H. Beck, 2011, p. 2). Nesse mesmo sentido: KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013. Também, veja-se o que assinala GRECO, sobre o modelo alemão: “No modelo alemão, o órgão jurisdicional não assiste passivamente a um embate entre acusação e defesa, mas é o encarregado de coletar a prova na audiência (§ 244 II StPO: ‘O juízo tem, para descobrir a verdade, de estender a colheita das provas de ofício a todos os fatos e meios de prova que são relevantes para a decisão’). A posição do órgão jurisdicional, assim, é especialmente forte” (GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 15).

⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

⁵⁷ FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004.

E, quando se fala da busca da prevenção como finalidade da pena,⁵⁸ essa tarefa resta inviabilizada diante de ausência de conexão no sistema jurídico-criminal e com todas essas contradições. Isso impacta, de modo extremamente negativo, em todo sistema.

7 Fins preventivos do Direito Penal: papel da prevenção geral positiva

Um sistema integral de direito penal pressupõe uma compreensão sistêmica, que interrelacione direito substantivo e direito adjetivo, observando, ainda, a execução desse direito – execução penal.

Desse modo, não há lógica que sustente uma punição de 15 ou 20 anos em que o acusado cumpra nem mesmo um terço desse patamar em privação de liberdade. Essa sistemática progressiva de cumprimento das penas, sem a mínima dúvida, minou a eficácia do sistema jurídico-criminal no que tange a sua própria essência. Por motivos políticos criminais, que são da alçada do poder executivo, em razão dos gravíssimos problemas do sistema prisional, passou-se a conceder os mais distintos benefícios aos criminosos, mesmo de crimes extremamente graves, o que gerou ainda mais sensação de impunidade e descrédito pela sociedade.⁵⁹

Se de um lado aumentou-se para 40 anos a previsão do cumprimento máximo de pena privativa de liberdade ou se instituiu a execução provisória da condenação pelo Júri quando o réu for sentenciado a pena de 15 anos ou mais, de outro manteve-se um escala de progressão de regime para os condenados, implicando em um critério excessivamente brando, descaracterizando qualquer tratamento mais rigoroso previsto para crimes mais graves,⁶⁰ o que fere de morte o princípio da individualização da pena e o próprio princípio da proporcionalidade pela ótica positiva (proibição de proteção deficiente).

Lembre-se que há pouco foi sancionada Lei Antiterrorismo,⁶¹ a Lei do Crime Organizado foi modificada,⁶² instituiu-se a previsão de qualificadora para os casos de homicídios contra mulheres no âmbito doméstico (feminicídio).

⁵⁸ NAUCKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Tradução de Gustavo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2006.

⁵⁹ Ver a crítica em DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Côrrea Leite de. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2002.

⁶⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Individualização da pena e novo sistema progressivo*. In: SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020

⁶¹ HABIB, Gabriel. *Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016*. Salvador: Juspodium, 2017.

⁶² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado: comentários à Lei 12.850/2013*. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

dio), assim como diversas reformas que buscaram tratar de forma mais severa certos tipos de delinquentes perigosos. Entretanto, no campo processual e de execução penal, a instituição de juiz de garantias, a vedação de qualquer ato probatório pelo juiz ou mesmo de decretar prisões quando entender necessário, de ofício,⁶³ progressão de regime com uma escala detalhada e branda, todos são atos que vem para retirar qualquer força de um sistema penal que se pretende justo, pensando-se no aspecto coletivo.

Pois, não se pode tratar de forma igual os desiguais, constituindo isso uma flagrante injustiça. A flexibilização de garantias em casos mais leves é possível e salutar (embora haja divergências, como em SCHÜNEMANN⁶⁴), porém, em casos de gravidade extrema, de risco elevado ao meio social, com criminosos perigosos, como um “serial killer”, pedófilo, terrorista, narcotraficante, assassinos profissionais, não há como se aceitar que sejam tratados como criminosos comuns. A situação concreta deve ser analisada caso a caso e deve haver essa percepção, de modo a não ficar a norma penal totalmente órfã e sem efetividade.

Esse é o problema dessas reformas pontuais e que deixam de analisar o todo, de observar que o processo penal está a serviço do Direito Penal, como seu instrumento para a realização de justiça.

Verifica-se um desvirtuamento nas finalidades do processo penal, o qual é, sim, uma garantia para o cidadão – sobretudo, o acusado – porém, é a forma, o procedimento legal, democrático, de atingir a justiça, a verdade e a paz jurídica, como apontam Kindhäuser, Roxin e Schünemann.⁶⁵

Nesse aspecto, reforça-se a ideia de que o Direito Penal tem como sua principal finalidade a prevenção geral positiva, em que o caráter afirmativo da norma é sua essência para a validade no âmbito social.⁶⁶

⁶³ Como lembra PACELLI, sobre a possível vedação da prisão cautelar de ofício, “cremos que não se afigura como a melhor solução, na medida em que há situações (sempre excepcionais, é verdade) nas quais a imposição de ofício de medidas cautelares (inclusive de preventiva) é essencial exatamente para a garantia e preservação dos postulados do art. 312 do CPP (desde que presente a devida fundamentação)” (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020).

⁶⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho Penal contemporáneo: sistema y desarrollo, peligro y limites*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

⁶⁵ KINDHÄUSER: “*Als Verfahrensziele werden allgemein Wahrheit, Gerechtigkeit und Rechtsbeständigkeit genannt. Diese Verfahrensziele sind für die Bewältigung des strafrechtlichen Konflikts und damit die Wiederherstellung und Erhaltung des Rechtsfriedens unerlässlich...Die Verfahrensziele der Wahrheit (materiellen Gerechtigkeit), der prozeduralen Gerechtigkeit und der Rechtsbeständigkeit sind in mancher Hinsicht divergent, stehen daher in einem intabilien Verhältnis zueinander und müssen regelmässig austatiert werden*” (KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013); ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht: Juristische Kurz-Lehrbücher*. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012.

⁶⁶ De acordo com LARENZ, “La respuesta puede encontrarse en la idea del carácter necesario de la pena para la conservación de la paz jurídica. Con ello están mencionados preferentemente dos

As demais finalidades, retributiva (punição – castigo), proteção de bens jurídicos, prevenção especial e prevenção geral negativa, são importantes, mas subsidiárias à concepção de prevenção geral positiva, pois esta é a base do sistema, pois para qualquer outra ter validade é necessário que a norma tenha a sua vigência afirmada.⁶⁷ E, portanto, o Estado deve ter a força necessária para fazer valer a norma penal, de maneira que haja essa compreensão pelo delinquente e pela sociedade.

Considerações finais

De tudo que tratamos, conclui-se que a existência de um descompasso entre o direito material e o direito processual é causa de sérios problemas, causadores, em grande parte, da falta de eficiência do Direito Penal.

Uma nova legislação que abarca os mais diversos temas, sem se preocupar em preservar aspectos fundamentais do direito substantivo e a sua eficácia no meio social, acaba por não contribuir para um verdadeiro avanço e um efetivo enfrentamento dos problemas que justificaram a elaboração de um novo mandamento legislativo. E essa é a questão da chamada “Lei Anticrime”, que trouxe em sua causa uma ideia de maior rigor (vê-se o caráter simbólico do enfrentamento da questão), porém com previsões extremamente restritivas no processo penal e na execução penal, que simplesmente impedem qualquer efeito prático no resultado final.

Desse modo, o desafio da prevenção geral positiva como finalidade precípua do Direito Penal fica cada vez mais distante, pois o descrédito no sistema segue intacto, o que favorece a impunidade e o aumento da criminalidade.

Jakobs assinalava exatamente nesse sentido, ressaltando a importância do caráter afirmativo da norma penal,⁶⁸ tratando-se de pressuposto essencial para

de los fins de la pena: la prevención general y, em las penas de privación de libertad de larga duración, la protección de la sociedad frente a un agente calificado de peligroso... Toda condena, como reacción frente a un comportamiento inmoral y digno de ser penado, produce un efecto de pedagogía social; actúa el juicio moral y con ello la vigencia de la norma en la consciencia de la sociedad” LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p. 100).

⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, resumidamente, expõe, assim, a sua concepção sobre as finalidades da pena: “A teoria penal aqui defendida pode resumir-se do modo seguinte: 1) Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; 2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; 3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; 4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de segurança individuais” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: RT, 2007, p. 84).

⁶⁸ JAKOBS, Günther. Sobre a teoria penal do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

que haja a produção efetiva de qualquer outro resultado que se busca com a aplicação de uma sanção penal. MIR PUIG, igualmente, reforça esse argumento, pois para uma sociedade avançar é necessário que o princípio da confiança esteja afirmado na base do meio social,⁶⁹ sendo que diante de qualquer descumprimento – prática de um crime – a punição serve como um modo de afirmação do Direito, algo essencial para uma comunidade em que busque relações baseadas na ética e no respeito.

Uma norma que sirva apenas de figuração, sem que seja observada ou cumprida pelos indivíduos do meio social, gera um descrédito e, assim, uma avalanche negativa, que compreende valores, ações, culminando com maior degradação do tecido social.

Por isso, a legislação penal deve ser compreendida nos moldes propostos por Freund, um sistema “integral” de Direito Penal.⁷⁰

A norma penal e a norma processual penal devem guardar plena coerência e consonância, previstas em um sistema que vislumbre as diferentes situações que ocorrem no mundo real, com criminalidade que pode ser leve, média, grave ou gravíssima (ex: terrorismo), sem que haja contradições em suas finalidades.

O Direito Penal busca, com a aplicação de uma pena, afirmar a vigência da norma (sociedade sob guarida do Direito), e o processo penal, com suas garantias, visa a realização de justiça, verdade e paz jurídica – instrumento para a efetivação do direito material (penal). Imperativo que haja conexão total, que se tenha uma vinculação absoluta entre a matéria penal e processual penal, única forma de garantir-se maior eficácia ao sistema.

Portanto, em que pese os pontos importantes trazidos pela Lei nº 13.964/19 (Lei Anticrime), mais uma vez verifica-se que o legislador brasileiro precisa unificar o sistema e fazer um estudo muito mais amplo, em que as matérias de

⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007. Ver, também: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: RT, 2007.

⁷⁰ Freund, com precisão, defende o sistema integral de Direito Penal: “Por ‘sistema integral del Derecho Penal’ no sólo entiendo el Derecho penal sustantivo y el Derecho de la determinación de la pena, sino también el Derecho procesal penal como auténtico campo de aplicación de los dos anteriores. El Derecho penal no es posible en la práctica sin un ‘proceso’ o, dicho de forma más precisa, el Derecho penal sólo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso y de las modificaciones que éste comporta. Sin el proceso es imposible que los fines del Derecho penal se desarrollen con eficacia y, por este motivo, un sistema penal que no dé importancia al proceso resultará indudablemente muy corto de miras, al ignorar una dimensión esencial de la simple posibilidad de que se haya cometido el hecho punible” (FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 93).

penal, processo penal e execução penal sejam analisadas e contempladas como um todo, caso contrário, seguiremos com reformas pontuais, desconexas e desproporcionais, geradoras de mais descrédito no nosso sistema jurídico-penal.

E, como lembra Volk, a efetividade do tratamento penal também constitui um princípio do Estado de Direito (*Auch die "Effektivität der Strafrechtspflege" gehört zum Rechtsstaatsprinzip*).⁷¹

Muito precisamos avançar. A criminalidade, em nosso país, é alarmante. Há necessidade de uma unificação do sistema, com a previsão de normas que guardem conexão com os mandamentos constitucionais e, acima de tudo, que formem um sistema harmônico e coerente, de modo que a punição, realmente, constitua a afirmação da vigência da norma penal, com a necessária eficácia e a garantia de realização de justiça.⁷²

Referências

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMBOS, Kai. *Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuricidade e outros aspectos*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2006.

_____; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Bauru: Edipro, 1999.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. Projeto de lei anticrime e as medidas relacionadas à legítima defesa. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2019.

⁷¹ VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 6.

⁷² “Por outras palavras, o Estado de Direito só pode realizar-se quando se torne seguro que o agente criminoso será, no quadro das leis vigentes, perseguido, sentenciado e punido em tempo razoável com uma pena justa. Por isso um processo penal funcionalmente orientado constitui uma exigência irrenunciável do Estado de Direito” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: RT, 2007, p. 38).

_____; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado: comentários à Lei 12.850/2013*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Côrrea Leite de. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. 2 ed. São Paulo: Millennium, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: RT, 2007.

_____. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do estado de direito ou um novo princípio?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen. (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GOMES, Márcio Schlee. *A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. Legítima defesa e a atuação policial. In: HABIB, Gabriel. *Pacote Anticrime: temas penais e processuais penais*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 605-632.

GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2020.

HABIB, Gabriel. *Pacote Anticrime: temas penais e processuais penais*. Salvador: Juspodivm, 2020.

HABIB, Gabriel. *Lei Antiterrorismo: Lei 13.260/2016*. Salvador: Juspodivm, 2017.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Sobre a teoria penal do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito Penal e funcionalismo*. Tradução André Luís Callegari, Nereu Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Schuld und prävention*. Tübingen: JCB Mohr, 1976.

JALIL, Maurício Schaun; GRECO FILHO, Vicente. *Código Penal Comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2019.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.

_____. *Strafgesetzbuch*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.

_____; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: B de f, 2011.

- KURKOWSKI, Rafael Schwez. Execução provisória da pena em condenação no tribunal do júri. In: SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética juridical*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.
- MEYER-GOSSNER, Lutz. *Strafprozessordnung*. 54. ed. München: C. H. Beck, 2011.
- MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Individualização da pena e novo sistema progressivo. In: SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- MÜLLER, Christoph Markus. *Anscheinsbeweis in Strafprozess: am Beispiel der Feststellung von Kausalität und von Dispositionsprädikaten*. Berlin: Dunkler & Humboldt, 1998.
- NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Tradução de Gustavo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: a teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013.
- PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e democídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017.
- PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant'Anna. *Manual da Lei Anticrime*. Campo Grande: Contemplar, 2020.
- ROGALL, Klaus. *Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs und Beweisverwertungsverbote*, NStZ, Berlin, 1988, p. 385-388.
- ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro, 2008.
- _____; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht: Juristische Kurz-Lehrbücher*. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch: kommentar*. München: C.H. Beck, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho Penal contemporáneo: sistema y desarrollo, peligro y límites*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

_____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luis Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

SOUZA, Renee do Ó. *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

STRATENWERTH, Günter. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2019.

TARUFFO, Michele. *La Prueba: artículos e conferencias*. Madrid: Metropolitana, 2009.

VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010.

WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: FREUND, Georg; WOLTER, Jürgen (Org.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación y proceso penal*. Tradução de Ramon Ragués I Vallés. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____; et al. *SK-StPO: Systemascher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 4. ed. v. 2. Köln: Carl Heymanns, 2011.