



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JANAINA COSTA DE ARIMATÉA CUNHA OLIVEIRA

**A RACIONALIDADE DO “PACOTE ANTICRIME” À LUZ DA TEORIA DA
LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

BRASÍLIA – DF

2021

JANAINA COSTA DE ARIMATÉA CUNHA OLIVEIRA

**A RACIONALIDADE DO “PACOTE ANTICRIME” À LUZ DA TEORIA DA
LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do Título de Mestre em Direito,
Regulação e Políticas Públicas pelo Programa de
Pós-graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientadora: Prof^a. Dra. Roberta Simões Nascimento

Linha de Pesquisa: Direito e Políticas Públicas

BRASÍLIA – DF

2021

Janaina Costa de Arimatéa Cunha Oliveira

A RACIONALIDADE DO “PACOTE ANTICRIME” À LUZ DA TEORIA DA
LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do Título de Mestre em Direito,
Regulação e Políticas Públicas pelo Programa de
Pós-graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Aprovação em 24 de novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Roberta Simões Nascimento
(Orientadora, Presidente)

Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira
(Membro interno)

Professora Doutora Chiavelli Fazenda Falavigno
(Membro externo)

Professora Doutora Débora Bonat
(Suplente)

BRASÍLIA – DF
2021

Dedico este trabalho aos “Meus Cyros”, Cyro pai e Cyro Filho, que estiveram comigo durante toda a trajetória deste Mestrado, ora me apoiando, ora sendo pacientes com minhas angústias e ausências. Amo vocês, amores da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, fonte de vida e inspiração para toda obra realizada por minhas mãos, provedor de todos os dons. À minha família, que sempre acredita no êxito quando eu me disponho a realizar algum projeto. Ao meu chefe, Ministro Sebastião Reis, cuja compreensão e apoio foram indispensáveis para a elaboração do presente trabalho. À minha amiga Laura Marzullo, que Deus usou e continua usando de diversas formas para me elevar a um nível que minha mente carnal é incapaz de imaginar. Minha gratidão a ela pela amizade, companheirismo e por ter insistido para que eu entrasse na seleção do Mestrado Profissional.

“Podemos não conhecer o futuro, mas se conhecemos Aquele que tem o futuro em Suas mãos, podemos aguardar por ele com esperança e sem medo”.

Joyce Meyer

RESUMO

OLIVEIRA, Janaina Costa de Arimatea Cunha. A Racionalidade do “Pacote Anticrime” à luz da teoria da legislação e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 133 folhas. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

O presente estudo parte da concepção de que o atual ordenamento jurídico conta um grande acervo de códigos e leis especiais, em âmbito criminal, destinadas a reger as mais variadas situações e problemas sociais, circunstância que vem a demonstrar a utilização do Direito Penal como principal instrumento de controle social, quando deveria ser considerado a *ultima ratio*. Partindo desta concepção, o estudo se estrutura na vertente de que a legislação criminal deveria contar com um método analítico que fornecesse o máximo de elementos empíricos e idôneos ao legislador, na produção legislativa em tema de Política Criminal. Daí porque o trabalho dedica parte do estudo à racionalidade legislativa e à teoria da legislação, apresentando suas propostas, passando pelas críticas que a doutrina apresenta a respeito do denominado populismo punitivo. A partir de então, são examinadas cinco inovações legislativas realizadas com o advento da Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, a maior e mais recente reforma penal e processual penal brasileira. A escolha das alterações legislativas ocorre em razão de que o trabalho se conclui com a análise da racionalidade da jurisdição a respeito dessas alterações, ocasião em que foram examinados julgados mais recentes do STF e do STJ sobre os temas estudados.

PALAVRAS-CHAVE: Política Criminal, Racionalidade legislativa, Pacote-Anticrime, Teoria da Legislação, Racionalidade da Jurisdição.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Janaina Costa de Arimatea Cunha. The Rationality of the "Anticrime Package" in the light of the theory of legislation and the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. 133 pages. Masters Dissertation - Law School, University of Brasilia, Brasilia, 2021.

This study is based on the concept that the current legal system has a large collection of codes and special laws, in criminal matters, designed to govern the most varied situations and social problems, a circumstance that demonstrates the use of criminal law as the main instrument of social control, when it should be considered the *ultima ratio*. Based on this conception, the study is structured on the idea that criminal legislation should have an analytical method that provides a maximum of empirical and suitable elements to the legislator, in the legislative production of Criminal Policy. This is why the work dedicates part of its study to legislative rationality and the theory of legislation, presenting its proposals, passing through the criticisms that the doctrine presents regarding the so-called punitive populism. Then, five legislative innovations made with the advent of Law n. 13,964/2019 are examined, popularly known as "Anti-crime Package", the largest and most recent Brazilian criminal and criminal procedure reform. The choice of legislative changes occurs because the work concludes with the analysis of the rationality of the jurisdiction regarding these changes, on which occasion the most recent judgments of the STF and STJ were examined regarding the topics studied.

KEY WORDS: Criminal Policy, Legislative Rationality, Anticrime Package, Theory of Legislation, Rationality of Jurisdiction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	11
CAPÍTULO 1 – A RACIONALIDADE LEGISLATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL E POPULISMO PUNITIVO:	15
1.1 A racionalidade legislativa em matéria penal e a judicialização.....	16
1.2 As críticas à irracionalidade legislativa e à política criminal populista:	25
1.3 Prognose legislativa e teoria da legislação:	31
1.4 Ponderações necessárias	38
CAPÍTULO 2 - A RACIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES REALIZADAS COM A LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NO BRASIL.....	41
2.1 A alteração realizada no rol dos requisitos subjetivos para a concessão do livramento condicional e a vedação do benefício para condenados por crimes hediondos ou equiparados com resultado morte.....	42
2.2 A modificação da natureza da ação penal no crime de estelionato	48
2.3 O acordo de não-persecução penal (ANPP).....	52
2.4 Prisão Cautelar: impossibilidade de o Juiz decretar de ofício e reavaliação periódica .	64
2.5 Progressão de regime de cumprimento da pena: o novo art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP).....	70
CAPÍTULO 3 – O PACOTE ANTICRIME NO STF E NO STJ.....	79
3.1 O atual entendimento do STJ a respeito da análise dos requisitos objetivos e subjetivos do livramento condicional, após a alteração do art. 83 do Código Penal, que prevê como requisito o não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses.....	79
3.2 O atual entendimento do STF e do STJ a respeito da retroatividade da norma que modificou a ação penal no crime de estelionato.....	85
3.3 Principais diretivas traçadas pela jurisprudência do STJ e do STF sobre o acordo de não persecução penal	88
3.4 Decisões do STF e do STJ sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva pelo magistrado singular, de ofício; a respeito das consequências da mora na reavaliação nonagesimal da segregação cautelar; e sobre a competência do Tribunal para a reavaliação da prisão em sede de recurso.....	96

3.5 Como a lacuna existente em relação aos reincidentes em crimes comuns, em termos de percentual para a progressão de regime, tem sido solucionada pelo STJ e pelo STF.....	104
CONCLUSÃO.....	109
ANEXO I	115
REFERÊNCIAS.....	125

INTRODUÇÃO:

O que se entende por uma legislação criminal racional? Em que consiste a denominada política criminal punitiva? Quais os principais fundamentos das críticas doutrinárias a esse enfoque? Seria a Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida por “Pacote Anticrime”, um exemplo de produção legislativa irracional e punitivista?

Como o intérprete constitucionalmente investido da competência para julgar as causas que envolvam a aplicação de leis federais e uniformizar a interpretação delas (art. 105 da Constituição), de forma especial, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm decidido a respeito das alterações e dos institutos criados pela nova lei, considerada a maior mudança da legislação criminal brasileira, desde a entrada em vigor da Lei n. 7.209/1984, responsável pela reforma da Parte Geral do Código Penal. Nesse contexto, com base em quais critérios seria possível analisar se tais decisões são acertadas à luz do que pretenderam os legisladores?

Esses são alguns dos questionamentos que fomentaram a elaboração do presente trabalho, que, embora não responda a todas as perguntas acima, é destinado a apresentar um panorama da teoria da legislação em matéria criminal, tema que conta atualmente com crescente atenção de pesquisadores, bem como, à luz dessa perspectiva teórica, oferecer uma análise da Lei 13.964/2019, sob os aspectos do chamado “populismo punitivo”, da racionalidade legislativa e da respectiva judicialização, apontando se as decisões judiciais que vêm sendo proferidas até agora sobre o Pacote Anticrime fazem sentido dentro desse marco teórico.

No primeiro capítulo, dedica-se o estudo à racionalidade legislativa e à teoria da legislação, mas no contexto do tema e dos conceitos abordados, consideramos importante tratar, também, do que a doutrina denomina populismo punitivo. Isto porque, em se tratando da análise de reformas processuais penais brasileiras, ou mesmo da própria concepção que o Direito Penal tem no país, não só por parte de leigos, mas de boa parte da doutrina penalista, como principal instrumento de controle social¹, a produção legislativa, não raras vezes,

¹ Existiria uma preponderância atribuída à intervenção penal em detrimento de outros instrumentos de controle social, ou seja, a capacidade socializadora do direito criminal é considerada mais eficaz na prevenção de condutas delituosas do que outras medidas de política econômica ou social, ou do que intervenções realizadas no seio de outros setores jurídicos, como o direito civil ou o administrativo, de modo que o princípio da subsidiariedade é seriamente questionado (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 61).

incorre na falácia de instituir políticas criminais voltadas para as consequências, ignorando as causas do fenômeno criminoso².

Tal fenômeno, conforme será analisado, tem se mostrado cada vez mais presente, ante interpretações que, na ânsia por dar coerência aos riscos derivados das novas tecnologias e à delinquência clássica, tem instituído um modelo penal de segurança cidadã, o qual desconsidera outros modelos penais disponíveis, como o ressocializador³ ou da justiça reparadora, e acolhe a estratégia de prever todo tipo de efeitos negativos a médio e longo prazo na abordagem da prevenção da delinquência⁴, ou seja, um modelo de prevenção securitária.

Em termos de racionalidade legislativa e teoria da legislação, considera-se importante a abordagem, não só por se tratar de questões que contam crescente desenvolvimento e atenção da doutrina, mas, em especial, por sua indispensabilidade quando se trata da instituição de uma política criminal.

Dentro dessa análise, pretendemos abordar a judicialização, como forma de examinar os motivos pelos quais se fala em um protagonismo da jurisdição sobre a legislação. Por conseguinte, apresentamos a proposta de Díez Ripollés⁵, autor que defende uma equiparação entre os níveis de racionalidade entre legislação e jurisdição, bem como apresenta um modelo que corresponde à racionalidade legislativa penal.

Delineado tal modelo, são apresentadas críticas nacionais e estrangeiras à irracionalidade legislativa e ao populismo punitivo, pois pressupõe-se que o leitor já possua

² Ignorar as causas do fenômeno criminoso é uma afirmação que se coaduna com o fato de existir um certo consenso na sociedade, que subestima as diferenças de oportunidades de seus membros, de modo que as normas são editadas como se a delinquência fosse sempre premeditada e o delinquente, detentor do *status* de pessoa normal, motivado por razões fúteis, as quais merecem a devida atenção, por meio do incremento das normas punitivas.

³ Existem modelos de reação ao delito. O modelo dissuasório, corresponde ao punitivo, do qual tratamos no presente trabalho. Ao lado deste modelo, existem os modelos ressocializador, que tem por escopo a reinserção social do infrator, com a participação da sociedade, e o restaurador, que busca estabelecer o estado anterior, mediante a reparação do dano causado pelo crime, prezando pela reeducação do autor do fato e a participação efetiva da vítima no processo restaurativo.

⁴ Defende-se que equivaleria ao incremento da criminalização de comportamentos mediante a proliferação de novos bens jurídicos de natureza coletiva, predomínio de estruturas típicas de simples atividade, próprias de crimes de perigo ou de lesão ideal ao bem jurídico, em detrimento de estruturas que exigem resultado material, antecipação do momento em que se procede à intervenção penal, por meio da punição demasiada de ilícitos administrativos, civis ou comerciais, ou pela generalização da punição de atos preparatórios e as significativas modificações no sistema de imputação de responsabilidade e no conjunto de garantias penais e processuais penais (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 61-62).

⁵ A escolha do autor como um dos marcos teóricos do presente trabalho decorre do fato de que ele é catedrático de direito penal e diretor do Instituto Andaluz Interuniversitário de Criminologia da Universidade de Málaga, na Espanha, e possui diversos estudos de política criminal passíveis de aplicação no Brasil, bem como se apresenta como editor associado de grupos europeus e espanhóis de política legislativa penal. Trata-se de um nome de referência nessa área temática.

condições de, a partir das considerações sobre racionalidade legislativa, avaliar a idoneidade de tais críticas e, evoluindo na leitura do tema, tenha o suporte necessário para refletir de forma consciente a respeito das inovações trazidas com a Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida por Pacote Anticrime.

Considerou-se indispensável versar a respeito da legística, sob as lições constantes da tese de Doutorado de Raquel Lima Scalcon⁶, que ao tratar de teoria da legislação, aborda desde a prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria desta. O primeiro capítulo se encerra com a apresentação de importantes conceitos, técnicas e mecanismos que tem se mostrado fulcrais à decisão legislativa em matéria criminal no Brasil.

Por conseguinte, no capítulo segundo, passa-se à abordagem de cinco temas decorrentes do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) com presença recorrente nos julgamentos do STF e STJ após o advento da referida lei. A escolha decorre da judicialização ocorrida em torno dessas modificações legislativas e justamente para permitir uma análise comparada, no terceiro capítulo, entre as opções legislativas e judiciais a partir dos fundamentos dos julgados que analisaram, na prática, a aplicabilidade das alterações legislativas realizadas.

Ainda no segundo capítulo, são apresentadas as principais críticas da doutrina aos temas indicados, bem como analisada a tramitação dos PL's que resultaram nas alterações legislativas, a fim de discutir a falta ou a presença de racionalidade em cada ponto, ou seja, se houve justificativa suficiente, se a inovação faz sentido ou se ofende algum ou alguns dos critérios de racionalidade apresentados, bem como se alguma das propostas metodológicas da legística foi levada em consideração na aprovação dos projetos.

Nesta etapa, pretende-se oportunizar uma relação entre o modo pelo qual foi realizada a aprovação das alterações legislativas citadas, constantes da Lei n. 13.964/2019, com as propostas de racionalidade e teoria da legislação constantes do capítulo primeiro, bem como verificar a aplicabilidade ou não, das críticas à irracionalidade e ao populismo punitivo.

Por fim, passa-se ao terceiro e último capítulo do trabalho, no qual são apresentadas as principais decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ), escolhidas por versarem sobre as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime e terem pacificado a jurisprudência sobre os temas

⁶ A referida autora, também usada como marco teórico do presente trabalho, é professora permanente da FGV desde 2019, na disciplina de Execução Penal Aplicada aos Delitos Econômicos. Doutora em Direito Penal (2016) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Foi escolhida por ser um dos poucos nomes nacionais especializados no campo de política legislativa em matéria criminal.

abordados, a fim de possibilitar uma análise dos níveis de racionalidade entre legislação e jurisdição, bem como sobre se seria possível se falar em um real protagonismo da jurisdição.

O trabalho é encerrado, então, com uma conclusão, em que são retomados os principais pontos abordados e são feitas as considerações finais.

Assim, com base no marco teórico indicado e a partir da metodologia explicada, a presente pesquisa faz um estudo exploratório e descritivo sobre as inovações legislativas do Pacote Anticrime, apresentadas à luz da teoria da legislação e jurisdição, tratando das seguintes novidades legislativas e suas respectivas interpretações jurisprudenciais:

- A alteração realizada no rol dos requisitos subjetivos para a concessão do livramento condicional e a vedação do benefício para condenados por crimes hediondos ou equiparados com resultado morte;

- A modificação da ação penal no crime de estelionato;

- O acordo de não-persecução penal;

- Prisão cautelar: impossibilidade de o Juiz decretar de ofício e reavaliação periódica;

e

- Progressão de regime de cumprimento de pena: o novo art. 112 da Lei n. 7.210/1984.

CAPÍTULO 1 – A RACIONALIDADE LEGISLATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL E POPULISMO PUNITIVO:

O presente capítulo se dedica a explicar o conceito de racionalidade legislativa à luz dos estudos no âmbito da teoria da legislação em matéria criminal. Como adiantado na introdução, a apresentação das noções-chaves dessa perspectiva é necessária para pavimentar o caminho do objeto central do trabalho, qual seja, a análise das novidades legislativas inseridas pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) e dos respectivos entendimentos jurisprudenciais, proferidos até agora pelo STF e STJ sobre os pontos controvertidos.

A doutrina dedicada ao estudo da teoria da legislação sustenta que desde o aparecimento do positivismo jurídico, os juristas parecem ter assumido o papel estático de busca por uma pretensa neutralidade política, limitando suas contribuições à aplicação do direito posto (positivado), em detrimento da racionalidade na criação da lei. Tal fato faz transparecer que a criação do direito é “coisa de políticos” apenas, dispensando contribuições intelectuais que ultrapassem a seara técnico-jurídica (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 72).

Ao defender o estudo de impacto legislativo como estratégia de contenção da irracionalidade dos discursos punitivos⁷, Carolina Costa Ferreira apresenta algumas conclusões de diversos autores, os quais defendem que o desinteresse pela teoria da decisão legislativa pode, de fato, ser atribuído à influência do positivismo jurídico sobre as teorias do direito no Brasil, que tende a desconsiderar as reflexões do processo de elaboração da norma, promovendo um real distanciamento entre Direito e Política (FERREIRA, 2016, p. 102).

No entanto, em que pese a política legislativa criminal não contar com a mesma atenção que detém a dogmática penal, entende-se que o processo legislativo tem se tornado um espaço de crescente interesse científico nas últimas décadas, tendo em vista a aspiração de se edificar uma direção de racionalização do “padrão e ritmo” da atividade legiferante (SCALCON, 2018, p. 123).

A análise da política legislativa tem muito a ver com a necessidade de averiguar se as leis são ou não úteis, racionais, coerentes e eficazes. Se servem ao propósito para o qual foram aprovadas. A introdução da evolução no âmbito normativo é em si mesma um indicador de melhora da qualidade jurídica e democrática, é uma garantia constitucional de proteção dos

⁷ No contexto do nosso trabalho, consistem em invocar o Direito Penal para solucionar todos os problemas da sociedade, de modo a tratar o rigor penal como única medida de contenção da criminalidade, inflando a seara penal com assuntos que poderiam muito bem ser objeto de atenção de outros ramos do Direito e dando atenção exclusiva aos efeitos do problema da delinquência, no lugar de buscar as suas causas.

direitos constitucionais dos cidadãos (NIETO MARTÍN, MUÑOZ DE MORALES e BECERRA MUÑOZ, 2016, p. 25).

Sem pretensão de promover um estudo exaustivo sobre essa perspectiva, o capítulo se estrutura para, no item 1.1, tratar dos motivos pelos quais se verifica o protagonismo da jurisdição sobre a legislação, analisar os argumentos de quem defende uma equiparação entre os níveis de racionalidade de ambas e examinar o modelo de racionalidade legislativa penal, considerado adequado por Díez Ripollés. No item 1.2, são apresentadas as críticas doutrinárias à irracionalidade legislativa e abordado o chamado “populismo punitivo”, com vistas a chamar a atenção para a necessidade de adoção das propostas da legística, de acordo com os casos concretos que chegaram ao STF e ao STJ, que serão brevemente tratados no item 1.3.

1.1 A racionalidade legislativa em matéria penal e a judicialização

Afirma-se que foi durante o Estado de Direito positivista⁸ que a lei atingiu seu apogeu institucional, fruto de uma vontade contingente, submetida apenas à vontade dos detentores da soberania, ao mesmo tempo em que perdia sua vinculação com a razão, fazendo com que a racionalidade fosse, gradualmente, deslocando-se da criação para a aplicação do Direito.

Atribui-se tal fato à evolução das atividades sociotecnológicas, fenômeno que fez surgir a necessidade de um intervencionismo administrativo superior ao do Estado Social, culminando com o aparecimento de uma legislação imprecisa a ponto de permitir a discricionariedade administrativa; ao mesmo tempo, o protagonismo judicial é ressaltado, pois, ante a ausência de conhecimentos inequívocos a respeito das consequências das

⁸ Esse paradigma foi resultado do amadurecimento das preocupações libertárias no jusnaturalismo moderno e no iluminismo que levaram às revoluções liberais, mas a literalidade das Declarações de direitos, especialmente a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 26 de agosto de 1789, não comportava a expressão. O Estado de Direito é uma limitação externa da Soberania, remetendo a ideia de dominação à lei e a proteção dos direitos por um Judiciário independente. Ao passo que, no Antigo Regime (Estado de Direito Absolutista), um elemento central era a razão de Estado, como expressão da potência do Soberano, o Estado de Direito volta-se para a proteção dos interesses do cidadão, inclusive contra as autoridades e suas eventuais arbitrariedades. O Estado de Direito constituiu um paradigma jurídico em que o *status* de cidadão estava protegido constitucionalmente por direitos individuais formais, especialmente a propriedade e a liberdade de contratar, como âmbitos de autodeterminação. A ordem jurídica privada era coordenada de tal forma que a dominação se consubstanciasse em domínio da lei, encadeada hierarquicamente tendo em seu ápice nas leis constitucionais que erigiam uma cadeia de subordinação em que as leis ordinárias se sobrepunham a atos administrativos normativos, ordenados segundo a gradação da autoridade que os editava. Era a organização racional e sistemática de um direito impessoal, em que as normas, especialmente as legais, deveriam ser positivadas, gerais, abstratas, prospectivas, conhecidas, certas e aplicadas de maneira equânime. As relações de autoridade estavam limitadas pela lei e pelo acesso irrestrito a um Judiciário independente. O direito privado assentava-se na separação entre Estado e sociedade, protegendo o cidadão proprietário, numa sociedade centrada na economia (LOPES, 2018, p. 83).

atividades tecnológicas, são os tribunais que têm a última palavra a respeito de sua procedência (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 73).

É possível perceber que a legislação passou a perder racionalidade, terminando por se submeter ao condicionamento do ativismo judicial. Em matéria criminal, é possível verificar o isolamento dos penalistas na aplicação do Direito em detrimento da temática da legislação. Díez Ripollés procura sintetizar o motivo de tal acontecimento, atribuindo este fato a alguns fatores.

O primeiro deles seria a divisão realizada por Fran Eduard Ritter Von Liszt⁹ entre Dogmática e Política Criminal, que terminou por culminar em um descuido generalizado desta última, tida como objeto de críticas, devido à sua “acientificidade” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 74).

Outro fator relevante seria o grande poder alcançado pela teoria do delito¹⁰, cujas nuances desenvolvem relevante contribuição na aplicação do Direito, desempenhando efeito devastador sobre quaisquer tentativas de atribuir de conteúdos especiais da racionalidade na criação deste (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 74).

A este respeito, importante a referência às contribuições de Claus Roxin¹¹ para as ciências penais. O autor construiu sua teoria de modo a atribuir um significado demasiadamente abrangente à política-criminal, em termos axiológicos, implicando na desnaturalização do que é a política-criminal, fenômeno que resulta de três opções metodológicas, quais sejam: de que a luta contra o crime e os criminosos deve se concentrar no uso da lei (do direito penal); de que é por meio da aplicação do direito penal que este manifesta seus verdadeiros contornos, transforma-se e avança, com a criação do direito penal desempenhando um papel central; e, por fim, que é o sistema de responsabilidade criminal o núcleo do direito penal, não o sistema de proteção ou sanções (DÍEZ RIPOLLÉS, 2021, p. 29).

⁹ Foi um dos expoentes da Teoria Causal Clássica ou Teoria Causalista, no início do século XIX, uma das teorias precursoras da teoria do delito, na qual o crime seria dividido de forma analítica em tipicidade, ilicitude e culpabilidade, em um panorama científico marcado pelos ideais positivistas, em que o mundo deveria ser explicado por meio da experimentação dos fenômenos, sem espaço para abstrações. Sua obra de referência é o livro *Direito Penal Imperial Alemão*, de 1881, que passou a ser denominado *Livro de Direito Penal Alemão*.

¹⁰ É um instrumento indispensável para a interpretação da Lei Penal, uma vez que possibilita a compreensão dos elementos necessários à adequação de um fato da vida real a um delito, possibilitando que a imposição da sanção penal correspondente decorra de critérios científicos sérios e com superior grau de sistematização (OLIVÉ, PAZ, OLIVEIRA e BRITO, 2011, p. 217).

¹¹ Claus Roxin é um jurista alemão, considerado um dos maiores influentes da dogmática do Direito Penal, nacional e internacionalmente. Sua obra de referência sobre o tema em exame é “*Gesamte Strafrechtswissenschaft*”, seu *Tratado de Direito Penal*.

Nessas condições, a dogmática torna-se a principal ciência criminal, na qual repousa a configuração do direito penal, além da interpretação jurídica e das pretensões legislativas.

Ao fazer tal constatação, Díez Ripollés sustenta que o caminho para a legitimação que partisse de um Direito a ser criado partiria exatamente do inverso, ou seja, identificando o Direito Penal com a tutela de bens jurídicos de importância suficiente para que nos questionássemos até que ponto deveríamos atingir para assegurar a sua preservação (2016, p. 75).

Uma Constituição normativa propõe a ascensão do grau de racionalidade tanto legislativa quanto jurisdicional, a fim de atender às pretensões teleológicas, éticas e morais da norma fundamental, de modo que a preferência atribuída à racionalidade jurisdicional não se justifica.

No entanto, defende-se que apesar de o Estado de Direito Constitucional criar uma racionalidade legislativa em um plano mais elevado, a Constituição repercute escassamente sobre o legislador, exercendo seus efeitos especialmente na aplicação do Direito, com o fenômeno da judicialização (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 100).

Essa judicialização abriria o caminho para um ativismo judicial no qual o arbítrio irracional do legislador seria matizado com a aplicação de princípios e postulados limitadores pelo intérprete (Juiz), demonstrando o protagonismo da jurisdição sobre a legislação. Questiona-se se a legislação estaria em condições de atingir um nível de racionalidade equivalente à jurisdição.

Díez Ripollés (2016, p. 76), por exemplo, relata a existência de diferentes estudiosos no campo da sociologia e da filosofia defendendo a impossibilidade de a legislação atingir o mesmo nível de racionalidade que a jurisdição.

Apenas a título exemplificativo, de acordo com a teoria sistêmica de Niklas Luhmann¹² legislação e jurisdição se encontrariam posicionadas em uma relação simétrica,

¹² Niklas Luhmann (1927-1998) foi um sociólogo alemão, considerado um dos autores mais importantes e produtivos das ciências sociais no século XX. É autor de uma teoria sistêmica autopoietica que introduz nas ciências sociais conceitos oriundos de diversas disciplinas científicas, tais como a biologia, a física, a psicologia, a economia, a teoria da comunicação, a cibernética, utilizando-os no estudo de fenômenos sociais. Tal teoria contradiz toda a tradição sociológica que considera a sociedade formada por seres humanos que estabelecem relações entre si e reproduzem o que se chama de sociedade. Para Luhmann, a noção de sistema é central e, assim como qualquer organismo vivo (adoção de um conceito biológico), os sistemas sociais são fechados, autorreferenciados e autopoieticos. Os sistemas sociais são autorreferenciais porque são capazes de operar com base em suas próprias operações constituintes. São autopoieticos porque se autoreproduzem ou produzem a si mesmos enquanto unidade sistêmica. Em outras palavras, nossa sociedade é formada por subsistemas, que se relacionam por processos comunicativos. Cada sistema opera por meio de seu código próprio (jurídico/antijurídico), sendo que apenas o direito pode produzir o direito, por exemplo. Esses sistemas são fechados operacionalmente, mas abertos cognitivamente. Assim, por meio de interseções denominadas acoplamentos estruturais, os subsistemas se comunicam e trocam informações. Exemplificativamente, o sistema

sem hierarquia, na qual a jurisdição ocuparia o centro do sistema jurídico e a legislação, a periferia. Isto, porque, caberia à jurisdição a tarefa de alcançar a todo momento a consistência e coerência do sistema jurídico, enquanto a legislação estaria em movimento, em constante contato com outros sistemas, em especial, o político, recebendo estímulos, mas nem sempre reagindo a eles, ou seja, ora procedendo a modificações jurídicas, ora não. Assim, na medida em que a manutenção da consistência é uma tarefa da jurisdição, sob a perspectiva de Luhmann, somente por meio dela será possível alcançar a racionalidade jurídica (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 77).

Outros nomes da filosofia do Direito, como Luís Prieto Sanchís¹³, apontam para a impossibilidade de equiparar o nível de racionalidade da jurisdição à legislação, na medida em que a consolidação do Estado de Direito constitucional, dotado de constituições ricas em princípios a respeitar, converteu a jurisdição e sua racionalidade em protagonista dos acontecimentos jurídicos, uma vez que a tradicional racionalidade legislativa orientada a fins deve ceder ante a racionalidade sistêmica, atenta a observar a acomodação da lei a princípios superiores (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 77).

Embora os argumentos lançados sejam consistentes, Díez Ripollés defende a equiparação dos níveis de racionalidade entre jurisdição e legislação e atenta para o fato de que a atividade legislativa está habituada a se desenvolver em um marco de compromissos entre interesses diversos no qual se pretende garantir o máximo possível de uma coexistência dos diferentes conteúdos, dado o processo em que se desenvolve (debates nas comissões, debate pleno).

Primeiro, porque é por meio da recusa à principalização da atividade jurisdicional que será viável advertir à legislação sua orientação aos fins e às consequências que, dada a imprevisibilidade de sua produção, tornaria impraticável um tratamento racional da realidade (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 79).

Em segundo lugar, porque uma racionalidade jurídica limitada em uma jurisdição intérprete da Constituição abre espaço a um modelo indevidamente “paralisado” de Estado de Direito. Além de determinar uma contínua pressão para desenvolver a atribuição de conteúdos

da Política influencia o Sistema do Direito ao vetar politicamente um projeto de lei. A Economia influencia o Direito ao impor a observância do impacto econômico das decisões judiciais.

¹³ Professor de Filosofia do Direito na Universidade de Castilla-La Mancha, na Espanha, desde 1986, autor de diversas obras nas áreas de teoria do direito, constitucionalismo e filosofia do Direito, destacando-se, neste tema a obra “Ley, principios, derechos”, de 1998.

normativos a uma decisão geral constitutiva situada no passado, com a conseqüente relativização das decisões gerais contemporâneas, a capacidade de adaptação de uma jurisdição com âmbito interpretativo constitucionalmente expandido tende a neutralizar a evidência de uma maior força socialmente transformadora da legislação, embora submetida a uma Constituição materialmente rica (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 80).

O protagonismo da jurisdição termina por desprezar um dos fundamentos de todo o Estado de Direito, sua estruturação em torno da lei como expressão da vontade geral democraticamente expressada, domínio da lei que se vê sufocado pela aparente transcendência das decisões particulares.

Em terceiro lugar, a manutenção do princípio da vinculação do juiz à lei importa em que a racionalidade jurisdicional tenha como pressuposto um nível considerável de racionalidade legislativa. Ainda que os tribunais não precisassem da legislação ordinária para decidir, fundando-se apenas na Constituição, seria indispensável que esta norma ostentasse um nível significativo de racionalidade legislativa (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 81).

No âmbito penal, em que pesem todos os problemas que o “império da lei” sofreu¹⁴, persiste a aspiração de racionalidade global dos conteúdos legislativos penais, refletido na manutenção do código e na intenção de alcançar uma lista de bens jurídicos abrangidos de forma lógica, a fim de sustentar um único sistema de responsabilidade penal e de sanções, por mais que não se careçam de sugestões para modificar essa condição.

Defende-se, portanto, que apenas a instrumentalização de um adequado controle da racionalidade legislativa permitirá a defesa desta ante as tendências sempre presentes do irracionalismo voluntarista, em consonância com a Constituição e o bloco de constitucionalidade, bem como a existência de um órgão de controle jurisdicional (o Tribunal Constitucional) (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 81).

Considerando que a legislação penal se move no campo do controle social jurídico sancionador, a racionalidade legislativa, neste âmbito, consistiria na capacidade para elaborar, no âmbito desse controle social, uma decisão legislativa que atendesse a dados relevantes da

¹⁴ Afirma-se que a configuração ilustrada e revolucionária da lei como instrumento encarregado de racionalização social, que tem seu apogeu no processo codificador, foi substituída por um Estado de Direito Positivista, no qual, em que pese a lei alcance o ápice de sua importância institucional, encontra-se submetida apenas ao arbítrio dos detentores da soberania, o que a priva de sua vinculação com a razão, que aos poucos foi se deslocando para a aplicação do direito. A consolidação do Estado social de Direito consagra o ativismo normativo, que acrescenta à perda de racionalidade a abundância de regulamentos e normas, próprias de um Estado intervencionista. Com a instauração do Estado de Direito constitucional, a lei sofre novo embate, agora, em razão da necessária acomodação a prescrições normativas constitucionais. Por fim, com o incremento da denominada “sociedade do risco”, que realça um protagonismo judicial, uma vez que, diante da ausência de conhecimentos científicos inequívocos sobre as conseqüências das atividades sociotecnológicas, são os tribunais que tem a última palavra sobre a sua procedência (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 69-70).

realidade social e jurídica sobre as quais ela incide. Seria, então, o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica, a ser desenvolvida no campo do procedimento legislativo penal, que assegurasse decisões legislativas passíveis de alcançar acordos sociais por sua conformação à realidade social na qual são elaboradas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 86).

Sobre esta temática, Benito Sánchez (2020, p. 28) acrescenta que, a fim de avaliar a eficácia de uma política, é essencial conhecer a realidade através dos dados fornecidos pelo pesquisador, razão pela qual a relação entre o cientista e o operador político, ou seja, a relação entre a pesquisa científica e a concepção de políticas públicas, deve ser muito estreita, sendo exatamente o que ficou conhecido como *evidence-based policy*¹⁵ (política baseada em evidências).

O ponto de partida para a elaboração de políticas baseadas em evidências em geral, e em particular para a elaboração de políticas baseadas em evidências em assuntos criminais, é a existência de dados empíricos de boa qualidade, ou seja, coletados de acordo com o método científico. A este respeito, várias iniciativas legislativas foram adotadas em nível supranacional, em particular, a União Europeia tem feito esforços nos últimos anos a este respeito (BENITO SANCHÉZ, 2020, p. 29).

Moraes, ao se aprofundar na análise da racionalidade legislativa em termos de política criminal, propõe que devem integrar o conceito de segurança pública, como direito social, no âmbito do Estado democrático de Direito, a construção de redes protetivas de direitos sociais, o diagnóstico de causas determinantes de criminalidade e a aplicação conjunta de medidas de repressão, em curto prazo, bem como medidas preventivas, como a construção de políticas públicas básicas (apuração dos indicadores de déficits de políticas públicas associadas à criminalidade), a longo prazo (2016, p. 302).

Com suporte na proposta de Manuel Atienza¹⁶, Díez Ripollés construiu um modelo adequado à racionalidade legislativa penal. Trata-se de uma proposta que identifica uma racionalidade legislativa estruturada em cinco níveis, os quatro primeiros instrumentais e o último justificador. Teríamos, assim, cinco níveis de racionalidade: linguística, jurídico-

¹⁵ O conceito de políticas baseadas em evidência tem ganhado protagonismo no desenho e implementação de políticas públicas há cerca de três décadas. A popularização do termo *evidence-based policy* se situa no Reino Unido desde o final da década de 90, no governo do então Primeiro-ministro britânico Tony Blair, cuja política pretendia eliminar concepções ideológicas e partidárias do processo de tomada de decisões políticas, assentando essas decisões na evidência baseada em investigação científica que proporcionaria ao legislador informação sobre o que funcionaria e sobre como se poderiam produzir os melhores resultados. (BENITO SANCHÉZ, 2020, p. 29).

¹⁶ Manuel Atienza é catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante, na Espanha, e diretor da pós-graduação em Argumentação Jurídica do curso de Direito da instituição. Sua obra de referência sobre o assunto é o livro *Contribución a una teoría de la legislación*, de 1997.

formal, pragmática, teleológica e ética, que estariam, por sua vez, afetadas por uma dimensão transversal, a eficiência, que afetaria cada uma delas dentro de seus limites. Partindo desses pressupostos, no processo de produção legislativa interagiriam sempre cinco elementos, cuja diferente configuração em cada racionalidade marcaria uma via de aprofundamento na análise do respectivo nível. Esses elementos seriam: editor – autor da norma, destinatário – aquele a quem ela se dirige, sistema jurídico – conjunto do qual a lei passa a formar parte, fim – objetivo perseguido e valor – justificação do fim (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 90).

Partindo da racionalidade ética, que delimitaria o campo de atuação das demais racionalidades, haveria um descortinamento do sistema de crenças, cultural e historicamente condicionado, que sustenta uma determinada coletividade, o qual condiciona necessariamente o processo legislativo.

Consistiria em identificar o mundo da vida dos integrantes da coletividade, que na visão de Jürgen Habermas¹⁷ seria o conjunto de atitudes vitais e princípios reguladores do comportamento que, compartilhados de forma generalizada, não estão normalmente submetidos ao princípio do discurso, mas condicionam todo o atuar comunicativo (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 91).

Assim, a lei padecerá de irracionalidade ética se o seu conteúdo não se ajusta aos critérios e princípios éticos irrefutáveis do setor jurídico no qual nos deslocamos, no caso do Direito Penal, os princípios estruturais¹⁸.

Apenas exemplificando, um caso brasileiro de lei que se encaixaria na falta de racionalidade ética, seria a Lei n. 12.015/2009, que modificou o art. 225 do Código Penal para determinar que a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual seriam, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, excetuando-se apenas os casos em que a vítima fosse menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, nos quais a ação penal seria incondicionada.

¹⁷ Filósofo e sociólogo alemão, membro da Escola de Frankfurt, autor da obra "Teoria do Agir Comunicativo", na qual desenvolve uma teoria explicativa da sociedade contemporânea, suas inter-relações sistêmicas e os processos de socialização, dividindo a sociedade entre sistema, que seria a reprodução material, regida pela lógica instrumental (adequação de meios a fins), incorporada nas relações hierárquicas (poder político) e de intercâmbio (economia), e mundo da vida, domínio social que contrasta com os sistemas funcionalizados, marcado por processos comunicativos, cujo mediador é a linguagem.

¹⁸ Existem princípios, denominados "estruturais de primeiro nível", inseridos nos conteúdos éticos que condicionam a intervenção jurídico-penal. O primeiro grupo abrangeria os princípios da proteção, que atenderiam as pautas delimitadoras dos conteúdos de tutela do Direito Penal; o segundo grupo englobaria os princípios da responsabilidade, que se ocupariam dos requisitos que devem concorrer em um comportamento para que se possa exigir responsabilidade criminal em razão do mesmo e de alguns aspectos de sua verificação, e o terceiro grupo, composto pelos princípios da sanção, consiste nos fundamentos da reação por meio de sanções à conduta criminalmente responsável (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 92).

O referido dispositivo legal foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.301, ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR), ao argumento de que no caso de estupro com resultado lesão corporal ou morte, a ação penal deveria ser pública incondicionada, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, sob a ótica da proteção penal deficiente. Tal ação foi julgada prejudicada em razão da modificação realizada pela Lei n. 13.718/2018, que modificou o referido dispositivo legal para constar que a ação penal é pública incondicionada, em qualquer hipótese.

Assim, promoveu-se uma readequação da previsão legislativa à luz da mencionada racionalidade ética.

O segundo nível da racionalidade legislativa em tema criminal seria a teleológica, que consiste em assentar as bases para um discurso ético-político no qual, pressupostos os citados princípios estruturais, produza-se uma confrontação racional entre conteúdos éticos de segunda ordem, ou seja, carentes de uma aceitação livre de qualquer desacordo na coletividade, e interesses particulares e setoriais distintos, todos precedentes de agentes sociais e grupos de pressão de ampla gama (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 93).

O objetivo dessa confrontação seria obter compromissos e o emprego decisivo do critério democrático, na medida em que surgiria, no âmbito jurídico-penal no qual nos situamos, uma formulação dos objetivos perseguidos por essa concreta decisão legislativa penal, que determine, no mínimo, o objeto de tutela, seu grau de proteção desejável e os níveis correspondentes de exigência de responsabilidade e de sanção aplicável que se estimam necessários no caso de descumprimento da norma (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 93).

Faltarão racionalidade teleológica a partir do momento em que os objetivos perseguidos pela lei não tenham sido estabelecidos no âmbito de um emprego discursivo do critério democrático, que tenha prestado a devida atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes, ou não reflitam esse acordo (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 95).

Um exemplo que se encaixaria nesta hipótese, seria a edição da Lei n. 12.653/2012, que tipificou como crime condicionar o atendimento médico-hospitalar emergencial à apresentação de qualquer garantia. O referido diploma legal foi editado poucos meses após a morte do então Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Duvanier Paiva Ferreira, que sofreu um infarto agudo e foi levado a dois hospitais que lhe negaram atendimento.

Apesar da gravidade da situação ocorrida, a produção legislativa imediata dela decorrente configura hipótese de legislação simbólica, podendo-se afirmar certa carência de respeitabilidade social, diante da total falta de debate reflexivo a respeito da conduta tipificada

e seus reflexos fáticos. Evidencia que o Direito Penal foi utilizado como a *prima ratio*, até porque a conduta poderia muito bem ser dirimida pela via administrativa, com a cominação de sanções pecuniárias expressivas ou suspensão parcial da atividade econômica, *quicá* mais eficazes do que a cominação de pena de detenção de 3 meses a 1 ano, e multa¹⁹, que na maioria das vezes é objeto de acordos judiciais de não persecução ou punição.

A racionalidade pragmática tem por missão ajustar os objetivos traçados pela racionalidade teleológica às possibilidades reais de intervenção social que estão ao alcance da correspondente decisão legislativa. Implica dizer, sob a ótica criminal, na possibilidade de o mandato ou proibição serem suscetíveis de ser cumpridos, satisfazendo a função da norma como diretiva de conduta, afirmação que se estende do inquérito policial à execução da pena, ativada pela administração da justiça (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 94).

Assim, carecerão de racionalidade pragmática leis penais que não são suscetíveis de considerável cumprimento pelos cidadãos ou de uma significativa aplicação pelos órgãos de controle social jurídico sancionador, ou leis que, de qualquer forma, não atingem os objetivos pretendidos (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 95).

A racionalidade jurídico-formal se destina a assegurar um sistema jurídico coerente, de modo que se configuram irracionais leis inconsistentes entre si, que introduzem ou deixem de resolver incoerências no setor jurídico no qual estão inseridas, ou no próprio conjunto do ordenamento jurídico.

A racionalidade linguística se ocupa de garantir as habilidades comunicativas das normas, de modo que se atribui irracionalidade às leis cuja formulação impede ou dificulta a transmissão de seu conteúdo aos destinatários de seu cumprimento ou sanção (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 96).

A plenitude da racionalidade proposta exige que exista uma inter-relação entre os diferentes níveis citados, de modo que os níveis superiores tenham preferência sobre os inferiores, preservando-se um equilíbrio entre eles, a ponto de que a prevalência de determinado nível não importe a anulação de outro.

Alocando-se as racionalidades citadas até então, tem-se que a fase pré-legislativa, identificada pela constatação da disfunção social, consolidação do mal-estar coletivo e a

¹⁹ Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

configuração da opinião pública, relaciona-se com a racionalidade teleológica condicionada pela ética que está em primeiro plano.

No tocante à elaboração de programas de ação pelos grupos de pressão especializados, é a racionalidade pragmática que atua em primeiro plano, acompanhada da racionalidade jurídico-formal e linguística (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 97).

Nada mais intuitivo, já que todo programa de ação depende, para ser eficaz, do ajustamento dos objetivos lançados à real viabilidade de intervenção social. Daí não se poder aplicar a mesma afirmação aos programas de ação dos grupos de pressão da mídia e populistas, que se utilizam da legislação de forma quase sempre oportunista.

Na fase legislativa estarão presentes a todo momento as cinco racionalidades citadas, predominando o surgimento de questões relacionadas à racionalidade ética e teleológica em detrimento do debate regido pelas racionalidades jurídico-formal e linguística. Mas é nesta etapa que ficará mais latente o embate entre as diversas racionalidades (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 98).

Na fase pós-legislativa predominará a racionalidade pragmática e, em seguida, a jurídico-formal, tendo em vista que é a fase em que existe um conjunto de avaliação da decisão legislativa penal, circunstância que demanda acurada análise a respeito da plausibilidade da adequação à realidade social ou econômica que pretende regular

O cotejo das racionalidades com os momentos das fases legislativas citadas permite a conclusão de que a fase pré-legislativa demanda especial atenção, a fim de se monitorar em que medida as diversas racionalidades atuam nas etapas anteriores à atuação das burocracias.

A análise das perspectivas abordadas permite compreender, de forma mais clara, as críticas doutrinárias que serão apresentadas a seguir, a respeito da falta de racionalidade legislativa e do fenômeno da politização da política criminal, que, segundo parte considerável da doutrina, tem contribuído para a inflação legislativa, a produção de legislação oportunista ou simbólica, bem como o incremento de uma política pública de exclusão social.

1.2 As críticas à irracionalidade legislativa e à política criminal populista:

Moraes relata que, desde o advento da Constituição de 1988, já foram formatados aproximadamente setecentos novos tipos penais (entre figuras simples, privilegiadas e qualificadas), sendo que a grande maioria não se sujeita, na prática, à pena privativa de liberdade. É, em grande parte, um Direito Penal concomitantemente estigmatizante ao investigado e sem a necessária efetividade social (2016, p. 18).

Falavigno²⁰, ao tecer algumas críticas à ausência de racionalidade na política criminal do Brasil, sustenta que grande parte dos projetos não contam com justificativa, o que impossibilitaria o exame do prognóstico do legislador, inexistindo, ainda, estudos de impactos prévios ou posteriores no processo legiferante, circunstância consonante com a inexistência de delimitação da finalidade clara buscada pelos projetos de lei, vale dizer, a falta de um projeto político criminal com fim definido²¹ (CONJUR, 2020).

Afirma-se, que a pós-modernidade²², sob a atual ótica, depara-se com processos de criminalização completamente diversos, novas regras de atribuição de crimes, flexibilização dos tipos para tutela de interesses difusos e novas formas de persecução penal demonstram a implementação da busca pela eficiência, efetividade e eficácia, a institucionalização do simbolismo e a preponderância de uma política criminal orientada para as consequências (MORAES, 2016, p. 19).

Tal quadro redundava na construção de uma política criminal baseada em uma dogmática simbólica²³, desobrigando o Estado de estruturar programas sociais, implementar políticas públicas e viabilizar mecanismos de transparência e controle das decisões.

²⁰ Chiavelli Faculdade Falavigno é Professora Adjunta de Direito Penal e Processo Penal da Graduação e da Pós Graduação (Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Possui Estágio pós-doutoral em Política Legislativa Criminal pela Universidade de Málaga, sob a orientação do Professor Dr. José Luis Díez Ripollés (bolsista Fundação Carolina). É Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (bolsista FAPESP) com estágio de investigação de abril a outubro de 2017 na Hamburg Universität (bolsista DAAD), Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (bolsista CAPES). Possui experiência em política legislativa penal.

²¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/chiavelli-falavigno-ausencia-politica-criminal-brasil> – acesso em 24 de nov. 2021.

²² Pós-modernidade é um conceito que representa toda a estrutura sócio-cultural desde o fim dos anos 80 até os dias atuais. Em suma, a pós-modernidade consiste no ambiente em que a sociedade pós-moderna está inserida, caracterizada pela globalização e domínio do sistema capitalista. Vários autores dividem a pós-modernidade em dois principais períodos. A primeira fase teria começado com o fim da Segunda Guerra Mundial e se desenvolvido até o declínio da União Soviética (fim da Guerra Fria). Já a segunda e derradeira etapa teve início no fim da década de 1980, com a quebra da bipolaridade vivida no mundo durante a Guerra Fria. Seriam características da pós-modernidade: substituição do pensamento coletivo, e emersão do sentimento de individualismo, representado pelo narcisismo, hedonismo e consumismo; valorização do "aqui e agora" (*Carpe Diem*); hiper-realidade (mistura entre o real e o imaginário, principalmente com o auxílio das tecnologias e ambientes online); subjetividade (nada é concreto e fixo. A ideia antes tida como verdadeira passa a ser interpretada apenas como mais uma no conjunto das hipóteses); multiculturalismo e pluralidade (fruto da globalização e mistura entre características típicas de cada cultura, por exemplo); fragmentação (mistura e união de vários fragmentos de diferentes estilos, tendências, culturas, etc); descentralização; banalização ou ausência de valores. Essas características implicam em que o Direito Penal atual é criticado por discursos que pregam a fragmentariedade e condenam a precipitada criminalização, mas ao mesmo tempo é justificado por, além de legítimos mandados explícitos e implícitos de criminalização contidos na própria Constituição Federal, clamores populares que exigem da dogmática penal a solução exclusiva para a crescente sensação de insegurança (Moraes, 2016, p. 19).

²³ Consiste na criação de leis no chamado "calor do momento", visando atender políticas sociais sem averiguar se sua edição ofenderia, inclusive, preceitos fundamentais, e completamente dissociadas da realidade empírica, dada sua imediatividade.

Nieto Martín, Muñoz de Morales e Becerra Muñoz sustentam que, em termos de política criminal atual, é possível afirmar que o capricho do titular comete e desarma crimes ou introduz, sem qualquer prova empírica, alterações fundamentais no sistema de penas e castigos, alterações fundamentais no sistema de punições ou sanções que contenham limitações brutais da liberdade dos cidadãos, como a liberdade condicional e, especialmente, a prisão passível de revisão permanente (2016, p. 17).

Ao realizar estudo sobre a política-criminal da União Europeia, Noélia Corral Maraver²⁴ apresenta um quadro de sérios problemas e deficiências, decorrentes da adoção do modelo político-criminal de segurança cidadã, da expansão do sistema penal, da improvisação legislativa e do aumento contínuo das penalidades, bem como das peculiaridades do direito comunitário ou da construção institucional da própria União Europeia. A autora relata que, entretanto, alguns desses problemas tem sido objeto de preocupação por parte da Comissão Europeia, em recente programa de melhor regulamentação, adotado em 19/5/2015²⁵. Ainda assim, na visão dela, não existiria tanta razão para otimismo, uma vez que em recente proposta de diretiva sobre a luta contra o terrorismo, que visa substituir a estrutura correspondente de 2002, apresentada em dezembro de 2015, de forma precipitada diante dos últimos casos de ataque antiterrorista, consignou-se que, dada a urgência da situação, tal regra dispensa avaliação de impacto (CORRAL MARAVER, 2016, p. 24).

É comum a afirmação de que tanto os responsáveis pelo Sistema de Justiça e Segurança como o próprio legislativo, geralmente propõem reformas legislativas (criação de novos tipos penais, incrementação de penas, restrição de direitos) com base em intuições, bem como praticam propostas de segurança pública sem qualquer estratégia pré-definida, inexistindo perspectivas de mudança efetiva no cenário que fixou a produção legislativa.

Afirma-se que política e dinheiro, e não provas baseadas em pesquisa, são os principais determinantes da política criminal. E porque muitas vezes há pouca pesquisa que seja relevante e útil para os tomadores de decisão, a política é geralmente baseada em suposições não declaradas, e possivelmente incorretas sobre o comportamento humano e organizacional. Além disso, como os termos raramente são definidos, os mecanismos

²⁴ Noelia Corral Maraver é Doutora pela Universidade de Málaga, na Espanha, e membro de um grupo de pesquisa da instituição a respeito de Direito Penal europeu, política-criminal, política legislativa criminal e penas de privação de liberdade.

²⁵ A autora ainda relata que o procedimento europeu para legislar em matéria penal, que após o Tratado de Lisboa é o procedimento de co-decisão, mostra algumas supostas vantagens em relação aos nacionais. Por exemplo, permite um maior envolvimento de especialistas e da sociedade civil através de vários métodos e consultas, conta com relatórios de avaliação de impacto, que desde 2003 deve acompanhar todas as normas europeias, embora isso nem sempre seja o caso (CORRAL MARAVER, 2016, p. 24).

raramente descritos e os objetivos raramente explicitados, é difícil saber se os programas são efetivos. Sem tais informações, é impossível responsabilizar os programas e os formuladores de políticas²⁶ (MEARS, 2020, p. 54).

Políticas meramente policiais são insuficientes para enfrentar questões familiares, escolas problemáticas, a complexidade do problema da dependência química e o comércio ilegal de armas e drogas, exigindo-se a adoção de instrumentos governamentais multissetoriais e interdisciplinares, capazes de lidar com a pluridimensionalidade da violência (MORAES, 2016, p. 299).

David W. Garland²⁷, partindo da ideia de que existiria uma tendência generalizada no mundo ocidental para um maior rigor punitivo, o chamado populismo punitivo, sustenta que respostas que negam a insuficiência do sistema penal e procuram dotá-lo de mais soberania penal e, portanto, simbólicas, instituídas para demonstrar que algo está sendo feito, quando, na verdade, sua efetividade é bastante duvidosa para atender aos fins a que se propõe, são as mais presentes e recorrentes não só nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, como em todos os países ocidentais (2008, p. 78).

O populismo punitivo é um fenômeno representado por movimentos político-criminais meramente expansionistas, responsável por gerar normas com recrudescimento do controle penal, sem a devida justificativa empírica ou suporte social que lhe atribua legitimidade, tido, portanto, como irracional e responsável pelo encarceramento em massa (FERREIRA, MASIERO e AMARAL MACHADO, 2018, p. 46).

Díez Ripollés, inobstante faça críticas consistentes a respeito de tal ponto de vista, diante da existência de correntes que demonstrariam que no Ocidente conviveriam modelos e tendências político-criminais distintas e até contrapostas, dentre outros argumentos, faz uma

²⁶ Em importante pesquisa realizada em 1997, pelo Instituto Nacional de Justiça do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, a respeito do que funciona, do que não funciona e do que é promissor na prevenção do crime naquele país, foi realizada uma revisão sistemática de mais de 500 avaliações científicas de práticas de prevenção do crime. Concluiu-se que para decidir o que funciona na prevenção do crime, é necessário aplicar meios rigorosos para determinar quais programas têm demonstrado impacto na redução do crime e da delinquência. O estudo concluiu que muito poucos programas operacionais de prevenção ao crime foram avaliados usando padrões e metodologias cientificamente reconhecidas, incluindo testes repetidos em ambientes sociais semelhantes e diferentes. Disponível em: <https://www.ojp.gov/pdffiles/171676.pdf> acesso em 24/11/2021.

²⁷ David Garland é um jurista e sociólogo, professor de Sociologia da Universidade de Nova York, e tem contribuído com estudos nas áreas de sociologia da punição, história do pensamento criminológico, teoria sociológica e sociologia histórica. Dentre suas principais obras encontra-se “A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea” (2008), no qual o autor, baseado nos contextos dos Estados Unidos e da Inglaterra, tenta demonstrar como o campo do controle do crime e da justiça criminal foi afetado pelas mudanças na organização social das sociedades em que opera, pelos problemas específicos de ordem social característicos daquela forma de organização social e por adaptações políticas, culturais e criminológicas supervenientes aos problemas específicos.

análise a respeito dos fenômenos que tenderiam à politização de políticas criminais na Espanha, mas que, em nosso modo de ver, poderiam facilmente ser vislumbrados no Brasil.

Primeiramente, seria o fato de que a política criminal não reflete mais o contraste ideológico do pensamento político, uma vez que os agentes políticos se depararam com a circunstância de que decisões que transmitam “pulso firme” no trato do crime e do criminoso podem proporcionar uma acumulação de votos nas eleições, terminando por dissolver as diferenças entre esquerda e direita na pauta do controle do delito (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 101).

Depois, porque as considerações estritamente partidárias prevalecem sobre as legítimas exigências sociais ou à realidade social a ser enfrentada. São os agentes políticos e seus interesses imediatos que determinam em maior medida a agenda político-criminal.

Tal argumento é potencializado pelo fato de que um alto percentual da informação transmitida pelos meios de comunicação decorre de fontes não oficiais ou institucionais. A isso, alie-se a circunstância de que as demandas populares por severidade punitiva são alimentadas por um sentimento difuso de inquietação pelo delito e seu enfoque, incitado pela presença frequente de notícias delitivas nos meios de comunicação, quase sempre de forma desconectada dos baixos níveis de medo pessoal do delito e das moderadas atitudes punitivas da população perante as condutas concretas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 101).

Por fim, é possível pensar na influência cada vez maior das práticas político-criminais estrangeiras ou obrigações internacionais como influenciadoras de decisões nacionais sobre prevenção ou redução da criminalidade (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 101). Tal fenômeno é, em geral, considerado positivo, na medida em que justifica os estudos de política criminal comparada.

Ocorre que, dificilmente será possível um país se beneficiar das contribuições da política criminal comparada se não realizar aproximações analíticas rigorosas às diversas políticas criminais nacionais, que permitam identificar e avaliar corretamente suas práticas e prestações (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 102).

O que Garland chama de populismo punitivo, Díez Ripollés denomina política criminal exclusiva socialmente. Isto, porque o autor constrói um raciocínio que não parte, apenas, da análise do grau de rigor penal ou moderação punitiva, mas dos efeitos sociais gerados pela adoção de determinada política criminal, fazendo uma diferenciação entre política criminal exclusiva e inclusiva.

Neste contexto, será exclusiva toda política criminal que garanta que o suspeito ou delinquente se encontre, depois do contato com os órgãos de controle penal, em condições

individuais e sociais nas quais lhe resulte mais difícil infringir a lei ou evitar ser descoberto. Enquanto o enfoque inclusivo consiste em assegurar que o suspeito ou delinquente se encontre, após o contato com os órgãos de controle penal, em iguais ou melhores condições individuais e sociais para desenvolver voluntariamente uma vida em conformidade com a lei, de modo que, tais enfoques (inclusivo e exclusivo) podem muito bem conviver, não sendo considerados incompatíveis (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 108).

A proposta citada se encontra fundada em uma hipótese básica, a de que a manutenção de um certo nível de inclusão social de suspeitos, delinquentes e ex-delinquentes é um dos mecanismos mais efetivos para a prevenção da delinquência. Enquanto a exclusão social, por outro lado, por partes das instituições de controle penal, geraria maior delinquência a médio e longo prazo (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 108).

Díez Ripollés faz uma importante indagação a respeito da necessidade de adoção de um processo legislativo racional em âmbito criminal.

Consistiria em questionar o sentido de construir uma nova estrutura conceitual em Direito Penal, por meio da criação de leis penais, uma vez que já dispomos de teorias do bem jurídico, do delito e dos fins da pena, cuja solidez parecem oferecer expectativas de poder solucionar diretamente os problemas que nos preocupam.

E, por conseguinte, apresenta duas razões para tanto.

A primeira seria que haveria uma necessidade de liberar a reflexão jurídico-penal das amarras decorrentes das consequências do positivismo jurídico, e que a impediram de desenvolver todas as suas potencialidades racionalizadoras, pois apesar de que, em menor medida, outros setores jurídicos, podemos comprovar como o deslocamento da ênfase da legislação à aplicação do Direito afetou também diretamente o Direito Penal.

Conforme já mencionado, a consolidação do positivismo jurídico assentou as bases de uma determinada maneira de se aproximar cientificamente do Direito Penal: parte-se do Direito posto, enquanto a criação do Direito é deixada nas mãos de um legislador que com pouca frequência questiona a respeito das exigências de racionalidade, exigências que reconduzem à aplicação do Direito (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 100).

A segunda razão seria sobre a adiada extensão da racionalidade jurídico-penal aos conteúdos suscetíveis de serem fornecidos pelo conjunto das ciências sociais. Um dos motivos fundamentais do fracasso de todas as tentativas até agora realizadas de inserir no Direito Penal os conhecimentos dessas disciplinas tem a ver com o fato de que foi escolhido um ponto de referência equivocado, a aplicação do Direito, quando seu pleno desenvolvimento deve ter lugar no marco da criação deste (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 103).

É possível concluir que para que o processo legislativo racional possa fornecer instrumentos úteis para a elaboração do Direito, é necessário o desenvolvimento da teoria da legislação, especificada de acordo com os setores jurídicos objeto de atenção, de modo a enriquecer seus conteúdos por meio da dotação dos diferentes níveis de racionalidade de princípios, regras e critérios diferenciados.

Adotada tal premissa, mostra-se necessário um breve estudo a respeito das propostas que a doutrina da teoria da legislação apresenta para conter a irracionalidade legislativa, em especial, em matéria criminal.

1.3 Prognose legislativa e teoria da legislação:

Mostra-se de grande valia apresentar, no presente trabalho, os fundamentos da doutrina a respeito da denominada *Legisprudence*, a fim de verificar, adiante, se o projeto de lei que ensejou a edição da Lei n. 13.964/2019 contou com o mínimo de racionalidade legislativa proposto pela doutrina especializada no assunto.

A *Legisprudence* propõe um método analítico de elaboração de projetos de leis, a fim de sanar os problemas relativos à obscuridade dos fins pretendidos pelas inovações legislativas.

Parte-se da já denominada diagnose ou base da prognose, consistente na identificação do problema, devendo ser definido de forma suficiente e adequada a situação fática sobre a qual a norma incidirá (diagnóstico), o estado de coisas que se pretende fomentar e examinar as medidas cabíveis para resolver o problema, de acordo com o postulado da proporcionalidade, à luz da avaliação prospectiva dos possíveis efeitos da medida (SCALCON, 2018, p. 139).

Tal método explica o motivo pelo qual o aumento da pena em determinados delitos, sob a justificativa de diminuir a impunidade, não tem eficácia prática suficiente no país, uma vez que geralmente não há, por parte do legislador, sequer a indicação precisa de um termo inicial e um marco final, inviabilizando o próprio controle do desestímulo e da atuação estatal.

A adoção de um método que permita o controle da prognose²⁸ legislativa no seio do processo legislativo se apresenta ainda mais indispensável na seara criminal, a fim de evitar que uma lei tenha efeito meramente simbólico ou tenha efeitos negativos sobre direitos fundamentais.

SCALCON, ao abordar o conceito de *Legisprudence* ou *Legistics* – em português – Legística, ou mesmo Teoria da Legislação, Ciência da Legislação ou Legisprudência, refere-se a todo o conjunto de saberes desenvolvido para melhorar a qualidade do ato legislativo em termos materiais (reforço na produção dos efeitos pretendidos) e em termos formais (compreensibilidade do comando normativo, técnica adequada, etc.), por meio da avaliação prévia ou elucidação das possíveis razões de um déficit de realização dos fins intencionados, ou seja, não confirmação da prognose do legislador (2018, p. 124).

Pertinente se mostra a sugestão de Moraes, para quem a utilização da Criminologia²⁹, sob o enfoque da análise criminal, estatística qualitativa, predominantemente empírica, científica, acadêmica e metodológica, é indispensável, com aplicação direta na gestão racional e científica da segurança pública e da construção de uma doutrina racional de produção da lei penal (MORAES, 2016, p. 313).

Defende-se que a construção de uma doutrina de defesa da segurança pública e da racionalidade da atividade legislativa como interesses difusos conexos e integrantes de uma Ciência Penal total, e a percepção desses interesses segundo diretrizes republicanas e democráticas, fortalecerão a discussão, a repartição de papéis a todos os personagens socialmente responsáveis e criarão mecanismos de controle e fiscalização (MORAES, 2016, p. 303).

Verifica-se, atualmente no Brasil, que o problema do aprimoramento do processo legislativo em sentido amplo, bem como do acertamento da prognose do legislador, vem se tornando objeto de interesse por parte de pesquisadores e dos Poderes da República, podendo-

²⁸ Entende-se por prognose, para fins do presente estudo, o juízo hipotético-causal sobre a ocorrência de um fato futuro que, no caso, é a promoção de fins externos a partir de uma lei penal. Analiticamente, a prognose pode ser decomposta em três elementos: a) base da prognose ou diagnóstico, que consistiria nos dados coletados a respeito do problema concreto objeto de exame; b) método da prognose que trata do procedimento a ser realizado na elaboração do prognóstico; e c) resultado da prognose ou prognóstico, que constitui um juízo probabilístico e afirmativo sobre um acontecimento futuro (a realização do estado de coisas pretendido), estruturado sobre o diagnóstico e proferido em de acordo com os critérios do método empregado (SCALCON, 2018, p. 120).

²⁹ Embora a doutrina não seja unânime ao conceituar Criminologia, pode-se afirmar que consiste em uma ciência empírica e interdisciplinar que tem por objeto o estudo do crime, do criminoso, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que provê uma informação válida, contrastada e confiável sobre a gênese, dinâmica e variáveis do crime – contemplando-o como fenômeno individual e produto social – bem como sobre sua eficaz prevenção, as formas e estratégias de reação ao delito e as técnicas de intervenção positiva no infrator e na vítima (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2016, p. 53).

se mencionar, em especial, a Emenda Constitucional n. 109/2021, que acrescentou o § 16 ao art. 37 da Constituição Federal, o qual dispõe sobre a necessidade de realização de avaliação de políticas públicas por órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, bem como a Lei n. 13.874/2019, que prevê a análise de impacto regulatório³⁰, regulamentada pelo Decreto n. 10.411/2020.

Os estudiosos da prognose legislativa defendem que seu aspecto material consiste na análise da eficácia, eficiência e efetividade do ato legislativo.

A eficácia deve ser entendida no sentido da natureza de algo que produz o efeito esperado, ou seja, uma lei será eficaz sempre que os efeitos de sua aplicação representarem uma suficiente promoção dos fins concretos objetivados pelo legislador (SCALCON, 2018, p. 134).

Já a efetividade da lei será definida, para fins da presente abordagem, como o grau de congruência entre o comando normativo e o comportamento de seus destinatários, ou seja, o quanto uma proibição é respeitada ou cumprida (SCALCON, 2018, p. 135)³¹.

Já o critério da eficiência remete à relação entre os custos³² e os benefícios³³ do ato legislativo, examinando-se a proporção entre os recursos investidos em uma lei ou política pública e os correlatos efeitos concretos obtidos (SCALCON, 2018, p. 136).

Defende-se que a relevância da avaliação da lei ocorre sob a ótica, principalmente, do critério de eficácia, deduzida do próprio conteúdo normativo do postulado da proporcionalidade, uma vez que as indagações relativas à eficácia da legislação (exame prospectivo) ou sobre o quanto já é eficaz (retrospectivo), concernem à racionalidade ou acerto do legislador (SCALCON, 2018, p. 136).

³⁰ Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

³¹ Alguns autores, como Manuel Atienza, utilizam esses conceitos em sentidos opostos, ou seja, a eficácia corresponderia ao grau de cumprimento do comando normativo e efetividade o alcance dos objetivos esperados pelo legislador.

³² Por recursos ou custos, deve-se compreender não apenas os valores econômicos empregados, mas também, elementos imateriais, como inconvenientes emocionais ou psicológicos eventualmente causados aos destinatários (SCALCON, 2018, p. 136).

³³ Os benefícios devem ser considerados não apenas os pretendidos pelo legislador, mas também os que, conquanto não previstos, sejam positivos e importantes (SCALCON, 2018, p. 136).

Ainda tratando de teoria da legislação, a doutrina aponta para a possibilidade de construção de critérios de exame da legislação, que se dividem quanto ao momento da avaliação e quanto ao nível de promoção dos fins ou eficácia da norma.

Quanto ao momento da avaliação, a análise pode se dar *ex ante* ou prospectiva (ocorre durante o processo legislativo e possuem carga hipotética-normativa) ou *ex post* ou retrospectiva (após a norma entrar em vigor, sendo, portanto, predominantemente empírico-estatístico)³⁴.

O exame *ex ante* ou prospectivo conta com a realização do diagnóstico, ou seja, identificação clara do problema que se pretende alcançar, a ampla seleção dos meios, em princípio, adequados à solução da disfunção social e a avaliação prospectiva dos efeitos hipotéticos das principais medidas em discussão, ou seja, o prognóstico.

Moraes, ao defender a aplicação da jurimetria em matéria penal³⁵, afirma que se teria como objetivo, baseada nas ciências humanas e, em especial, a análise das disfunções sociais (infrações penais), prever ou ao menos filtrar, avaliar e selecionar modelos padronizados de ocorrências criminais, de modo a propiciar uma atuação preventiva e repressiva mais eficiente (2016, p. 316).

Neste contexto, a jurimetria apareceria como possível direcionamento na tomada de decisões em tema de produção legislativa, por meio da análise qualitativa de estatísticas criminais.

Ao exemplificar o uso da metodologia no Brasil, por meio da análise de alguns estudos realizados no âmbito da Política Criminal nacional, Moraes cita o exame realizado no bojo de seis pesquisas nacionais por amostragem de domicílios, realizadas pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em conjunto com as taxas de homicídios tabuladas por meio dos dados do sistema de informações sobre mortalidade do DATASUS

³⁴ A conjugação dos critérios momentâneos importa na criação de um método analítico dividido em oito fases: a) identificação clara do problema sobre o qual se pretende atuar (diagnóstico); b) formulação precisa do objetivo que se deseja alcançar; c) ampla seleção de meios *a priori* adequados a tanto (jurídicos ou não); d) avaliação prospectiva dos efeitos hipotéticos das principais medidas em discussão (prognóstico); e) redação do projeto; f) aprovação da legislação e entrada em vigor; g) avaliação retrospectiva de seus efeitos; e h) correção ou emendada lei, se for o caso, para adequá-la à luz dos resultados do exame *ex post* (SCALCON, 2018, p. 147).

³⁵ Define-se como o ramo da Criminologia que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento do conjunto de normas penais e extrapenais, que se prestam à proteção de bens e servem como instrumento de controle social. Sob o aspecto objetivo, desloca para o centro de interesse no plano concreto do Direito e se propõe a investigar o funcionamento da ordem jurídica na produção e na imposição das normas, de modo que seu objeto é a análise da norma como resultado do comportamento dos reguladores (efeito) e como provocação de alterações no comportamento dos destinatários (causa), e não de forma isolada. O método jurimétrico se difere do dogmático na medida em que, enquanto este se baseia em dogmas ou afirmações que não admitem dúvidas ou incertezas, na jurimetria o estudo é baseado em testes de hipóteses, por meio de metodologia estatística, passível de refutação e revisão, destinada a angariar informações objetivas e efetuar previsões a respeito de comportamentos futuros (MORAES, 2016, p. 318).

(Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde), no período de 1981 a 1996, abrangendo Estados da Federação.

Tal pesquisa forneceu dados para o entendimento da violência no Brasil, por meio da análise econômica, social e demográfica das taxas brutas de homicídio, e terminou por concluir que o ambiente econômico tem sua parcela de contribuição na variação de tais taxas no período estudado (MORAES, 2016, p. 319).

Ao se examinar os resultados de tal estudo, foi possível verificar que o exemplo indicado serve para demonstrar que, por meio da jurimetria em âmbito penal, seria possível mensurar não apenas os dados estatísticos da mortalidade decorrente de homicídios em determinado local e período, mas quais as consequências e os custos impostos pelo crime, bem como os custos suportados pelo Estado no combate a determinado delito.

Ao cotejar o resultado de alguns estudos realizados em torno da criminalidade em determinada época, Moraes conclui que a teoria econômica é extremamente útil para a investigação das causas de criminalidade, terminando por contribuir de forma essencial na análise *ex ante* (realização do diagnóstico).

A adoção deste critério momentâneo (análise prospectiva e retrospectiva – *ex ante* e *ex post*) importa em admitir que além de a publicação da lei ser a etapa apenas inicial da atividade do legislador, ela não é mais capaz de dar a solução final a problemas complexos e em constante modificação.

Em outras palavras, é imprescindível a compreensão de que não existe mais espaço, em especial em âmbito criminal, para a legislação limitada ao plano apenas deontológico³⁶, deve-se reconhecer que, por mais consistente que seja o sistema penal em âmbito normativo, é preciso verificar a sua efetiva capacidade de conformar a realidade, ou seja, sua operatividade social (plano ontológico³⁷).

Daí porque a teoria da legislação, ainda em termos de critérios de exame, não poderia perder de vista a análise quanto ao nível de promoção dos fins ou eficácia da norma, ou seja, a possibilidade de efetiva verificabilidade da prognose do legislador.

Para ilustrar tal parâmetro de controle³⁸, consideremos, a título de exemplo, a preocupação do legislador com os níveis de reincidência no Brasil.

³⁶ Deontologia se refere ao mundo do dever ser, estando filosoficamente relacionada à moral.

³⁷ Ontologia se refere ao que realmente é, o plano do ser.

³⁸ Veja-se que tal método consiste na adoção de três critérios: a) a qualificação dos objetivos legislativos como fins externos – fins que se manifestam como realidades concretas externas à ação que os promove, possibilitando que se reconheça a relação empírica de causalidade entre eles, a fim de possibilitar a investigação a respeito dos efeitos da atuação legislativa no estado de coisas intencionado; b) identificação suficiente da situação concreta

A partir de tal indício de disfunção social, seria necessário coletar as estatísticas de reincidência no país, considerando suas dimensões continentais, a fim de identificar de forma clara, a atual situação do problema. Em seguida, demandar-se-ia a investigação, por meio do auxílio de estudos empíricos e audiências públicas, procurando-se a origem da elevada reincidência.

Identificadas as prováveis causas, caberia a decisão a respeito da promoção das mudanças necessárias. Só então, iniciar-se-ia o projeto para alterar determinados dispositivos da Lei de Execução Penal, com a necessária declaração precisa dos objetivos pretendidos, anualmente, com a informação das maneiras pelas quais se pretenderia monitorar o atingimento, ou não, das metas anuais estipuladas, a fim de corrigir a lei ou torná-la mais eficaz (SCALCON, 2018, p. 150).

O patamar de suficiência da promoção de determinada inovação legislativa se encontra entre situações de eficácia plena e ineficácia absoluta da lei, e consiste na análise qualitativa, ou seja, mediante juízos de valor, que indicará quando foi atingido o grau de suficiente promoção de fins, a partir dos seguintes fatores: a) dificuldades de atingimento inerentes a certos objetivos; b) incompatibilidade da promoção de certos fins pelo Direito; c) nível de investimentos de recursos para o alcance do objetivo; d) tempo necessário e adequado para fazer tal análise, etc (SCALCON, 2018, p. 150).

É importante a compreensão a respeito do fato de que o exame da suficiente eficácia deva ter por objeto os fins imediatos ou próximos, sob pena de gerar um déficit de operatividade³⁹. Logo, será eficaz toda e qualquer lei que promova suficientemente seus fins imediatos, cuja suficiência variará de acordo com as especificidades de cada fim, de modo que apenas mediante juízos de valor será possível indicar o grau de fomento necessário para que uma lei possa ser considerada bem-sucedida na persecução de objetivos concretos (SCALCON, 2018, p. 153).

Tal juízo, que consiste em um exame substancial, pode ser realizado, em princípio, pelo próprio legislador, quando ele já aponta um patamar na justificativa do projeto, ou

sobre a qual a inovação legal intervirá (base da prognose ou diagnose); e c) formulação precisa dos objetivos declarados pelo legislador.

³⁹ Essa limitação emana, especificamente, do fato de que tais fins geralmente são menos amplos e mais concretos e externos, características essenciais à própria verificabilidade empírica da eficácia (SCALCON, 2018, p. 153).

posteriormente, pelo intérprete (o juiz), de acordo com o postulado da proporcionalidade, mas ele sempre deverá ocorrer.

A análise de eficácia realizada pelo legislador ocorrerá em dois momentos, uma real, na qual ocorre a valoração do grau de congruência entre os efeitos de uma lei em vigor e os objetivos anteriormente fixados, e uma hipotética ou potencial, que permite justificar ou deslegitimar escolhas de meios, pelo legislador, para a realização de fins. A combinação de tais critérios permite aprimorar não apenas a prognose legislativa, mas seu próprio controle (SCALCON, 2018, p. 153).

Ainda dentro do nível de promoção dos fins ou eficácia da norma, pode-se falar em *standard* de verificação, que consiste na identificação da suficiência da promoção dos fins imediatos da lei.

Para tanto, parte-se do fato de que o exame de eficácia, que serve de parâmetro para avaliar o quão bem-sucedida é, ou poderá ser, determinada inovação legislativa, é complexo, não se contentando, apenas, com o exame dos efeitos concretos da lei e sua posterior avaliação em alguma espécie de escala.

Em que pese se reconheça a necessidade de adoção das recomendações construídas pelos estudiosos da legística, é preciso reconhecer que tais técnicas não são indiscutíveis, devendo ser contestáveis e passíveis de implementação concreta, devendo a avaliação legislativa ocorrer estrategicamente, sob pena de se tornar irracional, caso exceda limites de custo e de prazo.

Devido a tanto, defende-se a observância de critérios provisórios indicadores da necessidade de avaliação: a) grau de sobressalência constitucional dos direitos fundamentais contrapostos; b) grau de incerteza ou dissenso sobre os efeitos empíricos da inovação frente aos direitos fundamentais promovidos e aos contrapostos. Tais critérios devem ser aplicados conjuntamente, em uma lógica de complementaridade (SCALCON, 2018, p. 155).

Partindo da premissa de que antecipar os futuros efeitos de uma inovação legislativa de forma inequívoca é um trabalho inatingível, uma vez que não há como antecipar, com pleno rigor, comportamentos humanos, é preciso reconhecer que as pretensões da legística devem ser modestas e suas recomendações limitadas em precisão e confrontáveis, pois mesmo ferramentas sofisticadas possuem fraquezas metodológicas, devendo suas funções serem readequadas à realidade.

No entanto, acredita-se que, mesmo dentro de reconhecidas imperfeições, a legística seja um instrumento hábil a garantir que: a) as premissas que amparam inovações legislativas (diagnóstico da situação-problema, prognóstico, fins objetivados, etc) estejam explicitadas da

forma mais clara possível; b) a escolha das medidas adequadas, necessárias e proporcionais à promoção dos objetivos da legislação esteja amparada em avaliações *ex ante* e em informações confiáveis; c) seus efeitos concretos sejam monitorados após o ingresso da lei no ordenamento, especialmente quando houver dúvidas relevantes acerca do seu impacto em direitos fundamentais⁴⁰ (SCALCON, 2018, p. 157).

Deve-se reconhecer, também, que a complexidade técnica de uma escolha não será capaz de retirar a dimensão predominantemente política da decisão legislativa, mas se mostra como auxílio na forma de garantia ao legislador do acesso ao maior número possível de dados e informações relevantes, importando em um processo legislativo mais racional e cuidadoso (SCALCON, 2018, p. 158).

1.4 Ponderações necessárias

Colocados os pressupostos citados, vale dizer, a perda de racionalidade legislativa que foi se deslocando da legislação para a jurisdição, fenômeno que conta com críticas da doutrina, dedicada ao estudo das formas de se construir uma política pública racional em âmbito criminal, e as propostas metodológicas da legística, cabe fazer uma ponderação sucinta a respeito do que já foi exposto, proporcionando-se uma revisão que permitirá uma análise mais clara a respeito do que será tratado nos capítulos seguintes.

É possível vislumbrar que a legislação vem perdendo racionalidade com o passar do tempo, fenômeno potencializado pela influência do positivismo jurídico (mas essa não é a única causa, pois não se pode menosprezar a expansão do constitucionalismo), bem como pelo desenvolvimento das atividades sociotecnológicas, entre outras circunstâncias que culminaram no protagonismo da jurisdição sobre a legislação.

⁴⁰ Em artigo a respeito da avaliação de impacto legislativo sob a ótica da prática europeia, Scalcon relata que a Confederação Suíça é o país no qual as recomendações da *Legisprudence* apresentam maior grau de institucionalização e juridicidade. No plano supranacional, existe publicação da década de 90 do século XX, da OECD – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organization for Economic Cooperation and Development*, OECD) a respeito das primeiras recomendações internacionais sobre avaliação da qualidade da lei, normativas que ressoaram intensamente na União Europeia, resultando na criação do “Grupo *MandelKern*” (Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa), o qual realizou pesquisas e recomendações dirigidas à Comissão, ao Conselho e ao Parlamento da União Europeia, conhecidas como “Relatório *Mandelkern*”, responsável pela instituição do Acordo Interinstitucional “Legislar Melhor”, cuja tarefa era a de reformar práticas legislativas anacrônicas de Estados-membros. A autora relata, ainda, a existência de inúmeros países europeus que apresentam práticas importantes em favor do controle da qualidade e da eficácia da legislação, como por exemplo a Alemanha, que submete as leis de alto impacto a diversas técnicas de avaliação prospectiva e retrospectiva, tendo sido institucionalizado no país o preenchimento de checklist referente à identificação do problema, seleção das medidas cabíveis e objetivo da norma (SCALCON, 2017, p. 117).

Embora isto seja um fato apreensível até por quem não se dedica ao estudo do tema, por outro lado, a teoria da legislação vem passando por um processo de ganho de espaço no contexto da pesquisa acadêmica, existindo doutrina que apresenta fundamentos consistentes para defender que a legislação seja capaz de atingir um nível de racionalidade equivalente ao da jurisdição, tendo em vista todo o processo democrático na qual está inserida.

No entanto, essa racionalidade legislativa só poderá ser alcançada na medida em que a decisão de legislar se encontrar justificada à luz de dados relevantes da realidade social e jurídica sobre as quais ela incide.

Em se tratando de política criminal, é latente o equívoco em se legitimar o Direito Penal somente a partir dos fins da pena, centrado na aplicação do Direito, quando o melhor caminho aponta para a identificação do Direito Penal para a tutela de bens jurídicos essenciais, a fim de delimitar as formas de controle social eficazes para sua preservação.

É frequente objeto de críticas a utilização do Direito Penal como único meio de solução dos problemas sociais que se apresentam atualmente, como questões familiares, escolas problemáticas, a complexidade do problema da dependência química e o comércio ilegal de armas e drogas, dentre outros, que demandam a construção de políticas públicas que vão além de uma visão meramente punitiva, até porque a produção legislativa parece ter ocorrido sem qualquer prova empírica ou estratégia pré-definida.

É possível verificar a politização das políticas públicas em matéria criminal, responsável por dotar o sistema penal de mais soberania, a partir do momento em que a política criminal não reflete mais o contraste ideológico do pensamento político. Tal circunstância enseja, diretamente, a determinação da agenda político-criminal pelos agentes políticos e seus interesses imediatos.

Este fato é potencializado pelas demandas populares por severidade punitiva, alimentadas por um sentimento difuso de inquietação pelo delito e seu enfoque, incitado pela presença frequente de notícias delitivas nos meios de comunicação, decorrente de fontes não oficiais ou institucionais, quase sempre desconectadas de dados empíricos reais. Esse vem sendo o “gatilho” rotineiramente observado na produção legislativa criminal brasileira.

Há, ainda, a influência cada vez maior das práticas político-criminais estrangeiras ou obrigações internacionais como influenciadoras de decisões nacionais sobre prevenção ou redução da criminalidade, que apesar de se mostrar um fenômeno positivo, por justificar estudos de políticas criminal comparada, não traz benefício algum para o país que não realizar aproximações analíticas rigorosas às diversas políticas criminais nacionais, que permitam identificar e avaliar corretamente suas práticas e prestações.

Tais fatos e argumentos apontam para a necessidade de desenvolvimento da teoria da legislação, que propõe um método analítico de elaboração de projetos de leis, a fim de sanar os problemas relativos à obscuridade dos fins pretendidos pelas inovações legislativas. Em matéria criminal, para evitar que uma lei tenha efeito meramente simbólico ou tenha efeitos negativos sobre direitos fundamentais, até para a evitar a inflação legislativa e a utilização do Direito Penal como único meio de solucionar os problemas sociais.

As propostas da legística giram em torno da adoção de um método analítico que pressupõe a identificação do problema (diagnóstico), a ampla seleção dos meios, em princípio, adequados à solução da disfunção social e a avaliação prospectiva dos efeitos hipotéticos das principais medidas em discussão, ou seja, o prognóstico, bem como a análise quanto ao nível de promoção dos fins ou eficácia da norma.

Não se pode perder de vista, ainda, a possibilidade de adoção de propostas que envolvem a análise criminológica, sob a perspectiva estatística qualitativa, predominantemente empírica, científica, acadêmica e metodológica, como importante vetor de interpretação na gestão racional e científica da segurança pública e da construção de uma doutrina racional de produção da lei.

Tem-se que admitir que embora se reconheça a necessidade de adoção das recomendações construídas pelos estudiosos da legística, tais técnicas não são indiscutíveis, devendo ser contestáveis e passíveis de implementação concreta, devendo a avaliação legislativa ocorrer estrategicamente, sob pena de se tornar irracional, caso exceda limites de custo e de prazo.

Mas é possível concluir que mesmo dentro de reconhecidas imperfeições, a legística seja um instrumento hábil a garantir que as premissas que amparam inovações legislativas estejam explicitadas da forma mais clara possível, que a escolha das medidas adequadas à promoção dos objetivos da legislação esteja amparada em avaliações *ex ante* e em informações confiáveis, que seus efeitos concretos sejam monitorados após o ingresso da lei no ordenamento e, por fim, que a complexidade técnica de uma escolha não será capaz de retirar a dimensão predominantemente política da decisão legislativa, mas se mostra como auxílio na forma de garantia ao legislador do acesso ao maior número possível de dados e informações relevantes, importando em um processo legislativo mais racional e cuidadoso.

Fixadas estas premissas, passa-se à análise crítica de determinados institutos trazidos pelo “Pacote Anticrime”, que têm sido objeto de debate no STJ, a fim de verificar se a Lei n. 13.964/2019 se encaixaria na denominada legislação penal irracional, fruto de uma política

criminal punitiva, bem como se seria mais uma lei cuja irracionalidade do processo de aprovação termina por propiciar o protagonismo da jurisdição sobre a legislação.

CAPÍTULO 2 - A RACIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES REALIZADAS COM A LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NO BRASIL

A partir dos itens abordados no capítulo 1, agora é possível uma análise crítica quanto à racionalidade das principais alterações realizadas pela Lei n. 13.964/2019.

Como explicado na introdução, para fins do presente trabalho, foram selecionadas para análise as modificações que vêm sendo objeto de maior debate no âmbito dos Tribunais Superiores, uma vez que a pesquisa se encerrará com a análise da interpretação judicial das referidas alterações, de acordo com os casos concretos, também com vistas à análise da racionalidade à luz dos propósitos legislativos do Pacote Anticrime.

De início, é importante uma breve exposição da tramitação legislativa que ensejou a aprovação da Lei n. 13.964/2019.

Em 10/2/2019 foi apresentado, já na gestão do atual presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, o Projeto de Lei (PL) n. 882/2019, pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro. Tal proposta foi denominada pelo próprio autor de “Projeto de Lei Anticrime”, tendo sido adaptada pela imprensa para a denominação de “Pacote Anticrime”⁴¹.

No entanto, a análise da tramitação da proposta demonstra que já existiam dois projetos de lei apresentados perante a Câmara dos Deputados com iniciativas semelhantes (PL n. 10.372/2018 e PL n. 10.373/2018⁴²), os quais foram apensados e tratados de forma conjunta pelo Grupo de Trabalho instituído no âmbito do Legislativo, especificamente para analisar e debater as mudanças sugeridas na legislação penal e processual penal⁴³.

⁴¹ Existem posicionamentos que apresentam críticas expressivas à iniciativa do então Ministro, uma vez que o “novo Ministro justiceiro”, em tão pouco tempo à frente de suas atribuições, teria elaborado, sozinho, em lapso recorde, de punho próprio, material unilateral, monolítico, escrito por uma única pessoa, contendo apenas sua análise, de caráter exclusivamente pessoal (PEDRINHA e CARDOSO, 2019, p. 422).

⁴² O Projeto de Lei n. 10.373/2018 dispõe sobre a ação civil pública de perdimento de bens decorrentes da prática de crimes. Após a análise dos três projetos de lei (PL n. 10.372/2018, PL 10.373/2018 e PL n. 882/2019) pelo grupo de trabalho no âmbito da Câmara dos Deputados, foi requerido e determinado o desapensamento do PL n. 10.373/2018, uma vez que a matéria tratada nele, relativa à sanção civil, seria incompatível com os temas tratados nos demais.

⁴³ Sobre o fato, importante a análise do relatório da instituição do grupo de trabalho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. Acesso em: 17 ago. 2021.

Acrescente-se, ainda, que o Projeto de Lei n. 10.372/2018, que também deu ensejo à edição da nova lei, foi precedido de outro Grupo de Trabalho (GT), mas de juristas, em funcionamento no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Alexandre Moraes.

Tratava-se de uma Comissão de Juristas, provenientes de diversas áreas, bem como membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia e da comunidade acadêmica, com a atribuição de elaborar proposta legislativa de “combate à criminalidade organizada, em especial relacionada ao combate ao tráfico de drogas e armas”.

A proposta apresentada pretendia “racionalizar de maneira diversa, porém proporcional, de um lado o combate ao crime organizado e a criminalidade violenta que mantém forte ligação com as penitenciárias e, de outro lado, a criminalidade individual, praticada sem violência ou grave ameaça; inclusive no tocante ao sistema penitenciário”⁴⁴.

Não há, portanto, considerando os elementos aqui expostos, justificativa para atribuir a pecha do suposto populismo punitivo exclusivamente ao então Ministro da Justiça e Segurança Pública e sua proposta de alteração legislativa, principalmente pelo fato de que a lei em questão não foi aprovada de acordo com todas as proposições formuladas por ele, como será observado no decorrer deste capítulo.

2.1 A alteração realizada no rol dos requisitos subjetivos para a concessão do livramento condicional e a vedação do benefício para condenados por crimes hediondos ou equiparados com resultado morte.

O livramento condicional é considerado uma medida de política criminal, essencial à ressocialização do condenado, que permite a abreviação de sua reinserção no convívio social, adimplindo parte de sua pena em liberdade, desde que cumpridos determinados requisitos de ordem objetiva e subjetiva (GRECO, 2009, p. 645). É a etapa final do sistema progressivo, considerado verdadeiro direito público subjetivo do apenado, ou seja, adimplidos os requisitos, o juiz se vê obrigado a conceder.

Confira-se, para fins de maior esclarecimento, o seguinte quadro comparativo, que demonstra as alterações realizadas nos requisitos legais, pelo diploma legal em exame:

Redação do art. 83, III, do Código	Redação do art. 83, III, do Código
------------------------------------	------------------------------------

Penal antes da Lei n. 13.964/2019	Penal após a Lei n. 13.964/2019
<p>Art. 83 – O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:</p> <p>[...];</p> <p>III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;</p> <p>[...]</p>	<p>Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:</p> <p>[...]</p> <p>III - comprovado:</p> <p>a) bom comportamento durante a execução da pena;</p> <p>b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;</p> <p>c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e</p> <p>d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;</p> <p>[...]</p>

Veja-se que os requisitos constantes do inciso III do art. 83 do Código Penal, tidos pela doutrina como subjetivos, foram decompostos em alíneas, tendo a expressão “comprovado comportamento satisfatório” sido substituída por “bom comportamento durante a execução da pena”.

A doutrina, no anseio de diferenciar os termos citados, atribui a “comportamento satisfatório” a circunstância de considerar o comportamento do apenado em conjunto, com uma adaptação mais ou menos regular ao sistema progressivo de execução da pena, que difere de comportamento exemplar, enquanto “bom comportamento”, ainda que seja uma expressão imprecisa, poderia se referir à ausência de infração disciplinar no decorrer do cumprimento da pena, o que importaria em um recrudescimento do requisito para fins de concessão do benefício, ou seja, “uma expectativa de elevação do *standard* esperado” (LEQUES, 2020, p. 82).

Confira-se, ainda, que foi acrescentada mais uma condição, qual seja, o não cometimento de falta disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses ao deferimento da benesse.

A previsão expressa de referida condição redundante na seguinte indagação: a existência ou não, de infração disciplinar de natureza grave, deverá ser considerada apenas no período dos 12 (doze) meses anteriores à concessão do benefício, ou poderão ser consideradas

infrações disciplinares graves anteriores a tal período para fins de aferição do requisito subjetivo?

A legislação não responde a referido questionamento, ficando uma lacuna cuja resolução ficou a cargo dos intérpretes e aplicadores, conforme será analisado no terceiro capítulo. Como se vê, mostra-se relevante responder a esta indagação, pois, a partir de então, será possível verificar se, em maior ou menor medida, ocorreu um recrudescimento, ou não, da norma.

A circunstância de considerar apenas as infrações disciplinares no período de doze meses imediatamente antes da concessão do benefício, desprezando a conduta do apenado no lapso anterior a este período, como requisito subjetivo, mostra-se mais benéfica ao condenado, mas não parece ter sido este o intuito do legislador.

Por outro lado, a circunstância de considerar, além do período de doze meses, o lapso anterior de cumprimento da pena, demonstraria a intenção do legislador em recrudescer o rol de requisitos e, por consequência, obstar a concessão do benefício.

Da interpretação do referido dispositivo legal, a *contrario sensu*, depreende-se que, na eventualidade de a falta grave ter sido praticada no período anterior aos 12 meses do pedido do livramento condicional apenas, o benefício seria cabível, em tese, desde que a infração disciplinar não fosse incompatível com o “bom comportamento durante a execução da pena” e cumpridos os demais requisitos subjetivos previstos no art. 83, III, do Código Penal. Partindo deste entendimento, caso houvesse infração disciplinar de natureza grave no período de 12 meses, o pedido seria, de pronto, indeferido, ante a falta de cabimento.

É importante esclarecer que tais modificações decorreram do PL n. 10.372/2018, apresentado em 6/6/2018. Tal informação é importante porque foi tal projeto que contou com a instituição do GT no âmbito do CNJ, conforme afirmado. O referido PL apresentou como justificativa⁴⁵ para as alterações citadas, apenas o seguinte (grifos acrescidos):

Necessária, da mesma maneira, a atualização dos requisitos para concessão do livramento condicional, adequando o instituto às alterações acima propostas e, não menos importante, prevendo o bom comportamento (e não apenas o “comportamento satisfatório”) como requisito à sua concessão, além de estabelecer o cometimento de falta grave nos últimos doze meses como fator impeditivo do benefício, mecanismo importante para manter a disciplina em estabelecimentos prisionais.

45

Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018.
Acesso em: 17 ago. 2021.

Por seu turno, o GT instituído no âmbito do Legislativo, organizado para debater os PLs n. 10.372/2018, 10.373/2018 e 882/2019⁴⁶ considerou que (grifos acrescidos): O projeto em debate modifica a redação do referido dispositivo do Código Penal para exigir o bom comportamento (e não apenas o “comportamento satisfatório”) como requisito à sua concessão, além de estabelecer o cometimento de falta grave nos últimos doze meses como fator impeditivo do benefício, mecanismo importante para manter a disciplina em estabelecimentos prisionais. Da análise dos dispositivos sugeridos pelo projeto neste tópico, verifica-se que, de fato, trazem regime jurídico mais adequado ao instituto. Por todo o exposto, constatamos a necessidade das modificações, razão pela qual as incorporo nesta proposta de harmonização. (grifos acrescidos)

Outra importante alteração realizada, também relativa ao livramento condicional, diz respeito à vedação da concessão do benefício ao condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte⁴⁷, tanto em relação a condenados primários como reincidentes. A vedação já existia para condenados reincidentes⁴⁸, e foi estendida para os primários.

Tal previsão legal é, de início, considerada pela doutrina de constitucionalidade duvidosa, pois – assim como a vedação à progressão de regime prisional⁴⁹ ou a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado aos crimes hediondos ou equiparados⁵⁰, ambas consideradas inconstitucionais⁵¹ pelo STF⁵² – parte da gravidade abstrata do crime

46 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. Acesso em: 17 ago.2021.

⁴⁷ Lei n. 7.210/1984 – Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...]

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

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

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

48 CP – Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

[...]

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

42Lei n. 8.072/1990 – Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

⁵⁰ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

⁵¹ O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, quando impedia a progressão de regime prisional, foi considerado inconstitucional pelo Pleno do STF, na ocasião do julgamento do HC n. 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurelio, julgado em 23/2/2006.

cometido, sem levar em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, ferindo o princípio da individualização da pena (LEQUES, 2020, p. 84).

Por conseguinte, afirma-se que tal alteração configuraria retrocesso ao mecanismo da progressão de regime, pois estender a vedação aos condenados primários evidencia, além de um desprezo pelo princípio da progressividade das penas, um distanciamento do Poder Legislativo para com a realidade do sistema penitenciário nacional e seu estado de coisas inconstitucional (ALMEIDA, 2020, p. 371).

Da análise da tramitação legislativa que deu ensejo a tal modificação, observa-se que não constava de nenhum dos três PLs que ensejaram a edição da Lei n. 13.964/2019, tratando-se uma alteração decorrente de emenda aprovada pelo grupo de trabalho em 24/9/2019, formulada pelo deputado federal Subtenente Gonzaga (PDT-MG)⁵³.

Considerando a parca fundamentação acima exposta, é possível afirmar que as alterações citadas, relativas ao livramento condicional, mostram-se carentes de racionalidade. Em primeiro lugar, porque, ao configurar incremento de obstáculos ou vedar a implementação de medida de política criminal, considerada essencial para a ressocialização do condenado, faltar-lhe-ia racionalidade ética, por contrariar princípios da sanção⁵⁴.

Em segundo lugar, porque inexistente racionalidade teleológica, uma vez que os objetivos perseguidos pela alteração não parecem ter sido estabelecidos no âmbito de um emprego discursivo do critério democrático, que tenha prestado a devida atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes.

⁵² O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, após a alteração realizada pela Lei n. 11.464/2007, que impunha, necessariamente, a fixação de regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados, foi declarado inconstitucional pelo Pleno do STF, na ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/6/2012.

⁵³ Em detida análise da página eletrônica em que consta a tramitação dos projetos de lei que ensejaram a edição da Lei n. 13.964/2019, não foi possível encontrar a justificativa apresentada para a alteração, de modo que ela consta apenas do substitutivo apresentado pelo GT da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/589732-grupo-de-trabalho-do-pacote-anticrime-aprova-novo-regime-de-progressao-de-pena/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

⁵⁴ Princípios da sanção são espécies de princípios que compõem o rol dos princípios estruturais, relativos ao Direito Penal, mencionados no primeiro capítulo como essenciais, uma vez que a lei padecerá de irracionalidade ética se o seu conteúdo não se ajusta aos princípios éticos irrefutáveis na seara pertinente. São princípios da sanção: o princípio da humanidade das penas, diretamente relacionado com a natureza destas ou a sua forma de execução; princípio teleológico ou dos fins da pena, no qual se estabelecem os efeitos sócio-pessoais que se considera eticamente aceitável obter com a sanção penal; princípio da proporcionalidade das penas, que consiste na coerência entre a aflição desencadeada pela reprimenda e a importância do objeto tutelado e à intensidade da responsabilidade decorrente; e, por fim, o princípio do monopólio punitivo estatal, que é a garantia de que a determinação e execução das penas não ficará submetido à correlação de forças existentes entre autor e vítima (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 156).

Em terceiro lugar, pode-se afirmar a ausência de racionalidade pragmática. Isto, porque a norma poderá ser passível de não cumprimento na prática, ou cumprimento de modo degradante, quando o intérprete ou o executor da ordem se deparar com encarceramento em massa e a atual situação do sistema prisional brasileiro.

A chancela de tais alterações legislativas, sem qualquer estudo prévio de impacto no sistema carcerário, sem previsão orçamentária para investimento em novas vagas para cumprimento de pena em regime fechado, demonstra, no mínimo, uma atuação irresponsável do Poder Legislativo (LEQUES, 2020, p. 85).

Observa-se, ainda, que ao deixar a decisão final, a respeito dos requisitos subjetivos pertinentes ao livramento condicional, para o intérprete, o legislador possibilitou a prevalência da racionalidade da jurisdição, como será melhor estudado no terceiro capítulo. O problema é que essa delegação ao Poder Judiciário rende espaço para o subjetivismo na apreciação dessas condições, cujas previsões normativas têm potencial para esvaziar um direito subjetivo do apenado.

Da análise das justificativas dadas pelos PLs, tanto o apresentado pelo então Ministro da Justiça Sergio Moro (PL n. 882/2019), quanto o apresentado pelo Grupo de Juristas articulado para este fim (PL n. 10.372/2018), observa-se que as propostas não contam com a observância de nenhum dos critérios analítico-metodológicos proposto pela legística, ou seja, não há a explícita demonstração de um diagnóstico formal da situação-problema, tampouco prognóstico, carecem de informações *ex ante*, não há referência a informações confiáveis e especializadas e, é possível até concluir que a lei não conta com o mínimo de monitoramento após sua entrada em vigor (análise *ex post*), estando as situações concretas a cargo exclusivamente da adequação do Judiciário, o que evidenciaria o protagonismo da jurisdição sobre a legislação.

As justificativas legislativas expostas em relação as alterações até então analisadas se vinculam única e exclusivamente à pretensão de recrudescimento das normas penais e processuais penais, como forma de, conforme consta dos próprios projetos, estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. O endurecimento das regras para o livramento condicional foi justificado unicamente com base no propósito de manter a disciplina em estabelecimentos prisionais, sem enfrentar devidamente o fato de que a alta população carcerária (que tende a ser aumentada com a modificação legislativa) é precisamente uma das causas que dificultam a administração penitenciária (ou seja, uma das razões da indisciplina).

Pode-se afirmar que tal alteração legal se adequaria às críticas realizadas pela doutrina à política criminal populista, apresentadas no primeiro capítulo.

2.2 A modificação da natureza da ação penal no crime de estelionato

O direito de ação penal é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto, ou seja, funciona como o direito que a parte acusadora – Ministério Público ou querelante (ofendido) – tem de, mediante o devido processo legal, provocar o Estado a dizer o direito objetivo no caso concreto.

Quando a ação penal não depende da manifestação de vontade da vítima ou de terceiros, podendo o Ministério Público, seu titular⁵⁵, agir de ofício, temos a ação penal pública incondicionada. É a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁶.

Na hipótese em que a promoção da ação penal pública pelo Ministério Público depender de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça, diz-se que a ação penal é pública condicionada. É pública porque é promovida pelo Ministério Público, é condicionada porque não há como ser promovida sem o implemento da condição imposta pela lei: representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça.

A regra era a ação penal pública incondicionada em relação ao crime de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal⁵⁷, antes da alteração realizada pela Lei n. 13.964/2019, que tornou a ação penal, e regra, pública condicionada à representação.

A Lei n. 13.964/2019 acrescentou ao art. 171 do Código Penal o § 5º, tornando regra a ação penal pública condicionada à representação⁵⁸, com exceção em determinadas hipóteses, nas quais a ação permanecerá pública incondicionada.

Referida alteração não pode ser tida como recrudescimento da norma, configurando mais um recuo punitivo, cuja necessidade já era defendida por boa parte da doutrina, que

⁵⁵ Conforme o art. 129, I, da Constituição Federal.

⁵⁶ Dispõe o art. 100, *caput*, do Código Penal que a ação é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

⁵⁷ Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

[...]

⁵⁸ Art. 171 – [...]

[...]

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

I - a Administração Pública, direta ou indireta;

II - criança ou adolescente;

III - pessoa com deficiência mental; ou

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

endossava o fato de que os crimes patrimoniais, sem grave ameaça ou violência, atingem a esfera privada da vítima com muito mais ênfase do que o interesse público propriamente. Daí porque caberia aos lesados, discricionariamente, decidir se pretendem ou não enfrentar o *streptus iudicii* (constrangimento do processo judicial) (PONTES, 2020, p. 98).

Afirma-se que tal alteração decorre, primeiramente, de uma busca pelo fortalecimento da vítima no Direito Processual Penal, com a possibilidade de comportamentos ativos; do reconhecimento de que o Direito Penal não é capaz de solucionar todos os conflitos sociais, e punir nem sempre condiz com o interesse social; e mostra-se necessário repensar outras formas de responsabilização, tendo em vista que o atual sistema de justiça criminal não tem conseguido lidar com o fenômeno do encarceramento em massa (ANDRADE e ÁVILA, 2020, p. 147).

Acrescenta-se, ainda, que, em se criando uma condição específica para a ação, o legislador aumenta as chances do processo não ser iniciado, ante a possibilidade de inércia do ofendido, terminando por propiciar a extinção da punibilidade do crime em razão da decadência pelo não exercício do direito de representação no prazo legal de 6 (seis) meses⁵⁹. Tal medida visa diminuir substancialmente a quantidade de processos criminais, responsáveis pela sobrecarga de trabalho do Ministério Público, da Defensoria Pública e do próprio Poder Judiciário (PONTES, 2020, p. 96).

Importante esclarecer que a alteração legislativa em comento também decorre do PL n. 10.372/2018 que, conforme anteriormente afirmado, contou com uma prévia comissão de juristas para seu debate e elaboração (um GT no CNJ). E não constavam do projeto original as exceções, que foram acrescentadas pelo grupo de trabalho que atuou perante o legislativo.

Da análise do projeto de lei em questão, observa-se que não foi oferecida justificativa para a alteração.

O relatório elaborado pelo grupo formado para analisar os três PLs que ensejaram a edição da Lei n. 13.964/2019, no âmbito do legislativo, dispôs apenas o seguinte a respeito da referida modificação:

O Projeto de Lei nº 10.372, de 2018, propõe a inclusão do § 5º ao tipo penal inscrito no art. 171 do Código Penal (Estelionato), tornando a ação penal condicionada à representação da vítima, nos seguintes termos:

⁵⁹ Código de Processo Penal – Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

“Art. 171.(...)
 (...)
 § 5º. Somente se procede mediante representação.”

Conforme atual sistemática penal, a ação penal em relação ao tipo penal descrito no art. 171 do Código Penal é, em regra, pública incondicionada.

Entretanto, o art. 182 do mesmo código, estabelece que a ação penal é pública condicionada a representação caso o sujeito passivo do crime de estelionato seja:

- a) o cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
- b) o irmão, legítimo ou ilegítimo; e,
- c) o tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Desse modo, concordamos em tornar a ação pública condicionada a representação da vítima como regra geral.

Porém, em meu entendimento, se deve manter a ação penal pública incondicionada quando a vítima for:

- a) a Administração Pública, direta ou indireta;
- b) criança ou adolescente; ou,
- c) pessoa com deficiência mental.

Sendo assim, acolhemos tal sugestão em nossa proposta de unificação, com os ajustes indicados.

Podem ser lançadas duas críticas em relação à alteração em exame.

A primeira consiste no fato de que o legislador, aparentemente, foi “tímido”, pois teria sido viável a extensão da modificação da ação penal para outros crimes da mesma natureza, em especial, os praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, como furto, receptação e apropriação indébita, por exemplo (PONTES, 2020, p. 96). Este agir incrementaria a redução de processos criminais nos tribunais e poderia incidir para amenizar a problemática do super encarceramento.

A segunda crítica gira em torno da atecnia do legislador em ignorar a problemática das ações penais pelo crime de estelionato já em curso (PONTES, 2020, p. 96). Defende-se que uma reforma tão importante e complexa⁶⁰, que altera diversos dispositivos de direito material, de direito processual e da lei de execução penal, exigiria um tratamento cuidadoso e detalhado relativamente à vigência da lei no tempo (QUEIROZ, 2020, p. 18).

É fato que, ao se modificar a natureza da ação penal sem nada prescrever a respeito dos processos em curso, estes terminam por ficar em um limbo jurídico que deverá ser solucionado pelo intérprete, que se vê na posição de decidir entre a retroatividade ou não da norma, a depender de sua natureza jurídica, se penal ou processual, ante os princípios da irretroatividade da lei penal mais gravosa (penal), da aplicabilidade imediata da lei processual penal e do sistema de isolamento dos atos processuais. Tal temática será objeto de melhor desenvolvimento no terceiro capítulo.

⁶⁰ Afirma-se que se trata da mais significativa alteração jurídico-penal dos últimos 30 anos, desde a edição da Lei dos Crimes Hediondos, marco do recrudescimento penal (DEZEM e SOUZA, 2020, p. 5).

No entanto, adianta-se que nada impediria o legislador de estipular prazo e termo inicial para a condição de prosseguibilidade criada (representação do ofendido) em relação aos processos já em curso (PONTES, 2020, p. 107). Outra opção teria sido fixar a lógica do princípio *tempus regit actum*, de modo a expressamente afastar a aplicação retroativa, muito embora esse seja um caso de *novatio legis in melius*, ou seja, modificação legislativa mais favorável ao réu do que a lei anterior.

Com isso, evidencia-se a falta de preocupação do legislador com a racionalidade necessária para produzir uma norma penal, ou seja, com as consequências fáticas no campo da realidade social e jurídica nas quais a norma irá incidir.

A limitação da alteração legislativa apenas ao crime de estelionato é reflexo da ausência do suficiente debate em torno da questão, tanto pela comissão de juristas que antecedeu o PL, quanto da comissão de trabalho do próprio legislativo, bem como da carência de dados empíricos e estudos de prognose legislativa, e, infelizmente, da pressa do legislador em aprovar o projeto, em geral, considerado como medida capaz de satisfazer os anseios da população por mudanças mais rigorosas no enfrentamento da criminalidade, manifestadas durante as eleições presidenciais de 2018.

A limitação desta alteração apenas ao delito de estelionato pode ser considerada um deficit de racionalidade sistemática, gerando incoerência no ordenamento jurídico, na medida em que outros crimes patrimoniais sem grave ameaça ou violência continuarão sujeitos à ação pública incondicionada. Não custa recordar do brocardo latino *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver a mesma lógica haverá o mesmo direito).

Veja-se que pouco ou nada se afirmou a respeito da alteração legislativa em análise, tanto na justificativa do projeto, diga-se, elaborado por juristas de diversas áreas jurídicas, quanto no relatório do GT instituído no âmbito da Câmara dos Deputados. Tal fato faz transparecer que o anseio do legislador em aprovar uma série de medidas punitivas desencadeou a ausência de atenção e debate a respeito de medidas que, inobstante sejam essenciais para o desafogamento do Poder Judiciário e do sistema prisional brasileiro, são tidas como antipopulistas por configurar um afrouxamento do trato com o criminoso.

A acurada análise dos documentos que acompanham a tramitação da reforma, repita-se, de alta importância e complexidade, bem como a rapidez da aprovação, demonstram que não houve suficiente análise a respeito da identificação da disfunção social (diagnóstico), da adoção de um método e da elaboração do indispensável prognóstico.

Por isso, é possível afirmar que caso estas premissas tivessem sido observadas, a modificação da natureza da ação penal teria sido aplicada para outros delitos semelhantes,

medida que com certeza importaria na redução dos processos criminais por crimes patrimoniais, praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, resultando, talvez, em amenizar o estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros.

Isto, sem contar que, caso a temática contasse com a devida atenção, o problema da aplicabilidade da alteração aos processos em curso não ficaria suscetível ao ativismo judicial ou ao risco de decisões judiciais particulares incoerentes. Ademais, a resolução prévia de tal controvérsia, evitaria a grande quantidade de processos judiciais sobre esta temática nos Tribunais Superiores.

É possível concluir, inclusive, que o déficit de racionalidade legislativa na temática analisada terminou por ensejar, a curto prazo, o efeito contrário, ou seja, a de proliferação de processos nos tribunais relativos à aplicabilidade imediata, ou não, da nova alteração decorrente da natureza da ação penal.

Assim, enquanto não for solucionada pela jurisprudência a problemática acarretada pela falha de racionalidade – que ensejou a omissão do legislador a respeito da aplicabilidade da decisão legislativa tomada aos processos em curso –, os processos nos tribunais continuarão a se proliferar, ora a defesa pleiteando a solução mais favorável, ora a acusação buscando a solução mais rigorosa.

Inobstante as críticas apresentadas, não se pode negar que a alteração legislativa foi salutar e, caso na prática seja evidenciada a redução dos processos judiciais, poderá fundamentar a edição de leis destinadas a expandir a modificação da ação penal para outros delitos patrimoniais, cometidos sem violência ou grave ameaça.

2.3 O acordo de não-persecução penal (ANPP)

O art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), acrescentado pela Lei n 13.964/2019, autoriza a celebração de um negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor, em tese, do fato delituoso, devidamente assistido por advogado. Trata-se do chamado acordo de não-persecução penal (ANPP)⁶¹.

⁶¹ Embora o acordo de não-persecução penal seja mais um instrumento decorrente da expansão da justiça consensual no Brasil, ele não se confunde com a colaboração premiada, modo diferenciado de investigação por meio do qual o acusado (coautor ou partícipe) confessa seu envolvimento na conduta delituosa, municia os órgãos de repressão ao crime com informação objetivamente eficaz para a consecução de, ao menos, um dos objetivos previstos em lei, recebendo, por sua vez, determinado prêmio legal (BRÜGGEMAN, 2020, p. 84). Tal instituto tem previsão legal em algumas leis processuais especiais (Lei n. 7.492/1986, Lei n. 8.072/1990, Lei n.

Consiste na aceitação e no cumprimento de medidas por parte do investigado e, ao final, haverá a extinção da punibilidade caso não tenha sido rescindido (DEZEM e SOUZA, 2020, p. 60)⁶².

Pode-se afirmar que tal instituto configura espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, guardando relação com o princípio da oportunidade, este compreendido como a possibilidade de selecionar, com base no princípio da intervenção mínima, o que deve ser objeto de persecução pelo órgão da acusação, de acordo com a política criminal por ele adotada.

Antes de entrar na análise das propostas e do que foi aprovado pelo Legislativo, é importante a informação de que o instituto já constava da Resolução n. 181/2017⁶³ do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), sendo objeto de grande controvérsia e discussão a respeito de sua constitucionalidade pelo STF⁶⁴. Esta informação é importante porque muitas normas constantes deste instrumento foram incorporadas à Lei n. 13.964/2019.

9.807/1999, Lei n. 11.343/2006, Lei n. 12.259/2011 e Lei n. 12.683/2012 que alterou a Lei n. 9.613/1998 para, dentre outras alterações, acrescentar o instituto) e no art. 159, § 4º, do Código Penal, mas é atualmente regulado nos arts. 4º a 7º da Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que prevê a aplicação de alguns benefícios como o perdão judicial, minorante de pena (até 2/3) e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

⁶² Uma primeira corrente defende a aplicação do ANPP aos fatos delituosos anteriores à Lei n. 13.964/2019, conquanto ainda não recebida a inicial acusatória; uma segunda corrente defende a aplicação do ANPP aos fatos delituosos anteriores à Lei n. 13.964/2019, inclusive para os processos criminais em andamento, conquanto ainda não tenha sido proferida sentença; uma terceira corrente defende a aplicação do ANPP aos fatos delituosos anteriores à Lei n. 13.964/2019, inclusive para os processos criminais em andamento, conquanto não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória; e uma quarta corrente defende a aplicação do ANPP exclusivamente aos fatos delituosos cometidos a partir da vigência da Lei n. 13.964/2019.

⁶³ A doutrina reconhece que foi por meio desta resolução que o instituto entrou no ordenamento jurídico, no intuito de se promover um certo grau de desjudicialização dos conflitos penais. No entanto, apareceram posições antagônicas a respeito da constitucionalidade da norma. Para parte da doutrina, trata-se de verdadeira inovação normativa, veiculada por meio de instrumento de índole administrativa, criando-se uma nova figura processual de flexibilização da obrigatoriedade da ação penal (SILVA, 2020, p. 154). Para outra corrente, no exercício de suas atribuições administrativas, o CNJ e o CNMP ostentam o poder de expedir atos regulamentares, de modo que, além de o acordo de não-persecução penal ser instituto extraprocessual, não envolvendo, portanto, matéria de direito processual, trata-se de regulamento autônomo que visa regulamentar diretamente princípios constitucionais. Além do que tira seu fundamento de validade, também, da Resolução n. 45/110 (Regras de Tóquio), aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 14/12/1990. Com a edição da Lei n. 13.964/2019, chega ao fim toda esta controvérsia.

⁶⁴ A ADI n. 5790, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que discute a constitucionalidade de alguns dispositivos, sob a ótica da invasão da competência legislativa da União sobre Direito Penal e Processual Penal, conta com pedido de desistência que ainda não foi homologado pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343352824&ext=.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021. A ADI n. 5793, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, também faz questionamentos semelhantes e atualmente conta com manifestação do autor sobre a superveniência da Lei n. 13.964/2019, que instituiu o acordo de não-persecução penal, mas não há decisão de mérito ou de extinção. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313534369&ext=.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

O tema em questão constava tanto do PL n. 10.372/2018 como do PL n. 882/2019. No entanto, o GT do Legislativo, buscando harmonizar as propostas citadas, apresentou substitutivo que parece ter mesclado vários pontos das proposições.

Da análise do PL n. 10.372/2018, observa-se que foi dada a seguinte justificativa para a implementação do instituto no ordenamento:

[...]

Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas.

Para tanto, indica-se a adoção de “acordos de não persecução penal”, criando nas hipóteses de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a figura do acordo de não persecução penal, por iniciativa do órgão do Ministério Público e com participação da defesa, submetida a proposta à homologação judicial.

Será possível, inclusive, aproveitar a estrutura criada para a realização de milhares de audiências de custódia para que, em 24 horas, a defesa e acusação façam um acordo que, devidamente homologado pelo Judiciário, permitirá o cumprimento imediato de medidas restritivas ou prestações de serviço a comunidade.

A Justiça consensual para os delitos leves será prestada em 24 horas, permitindo o deslocamento de centenas de magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos para os casos envolvendo a criminalidade organizada e as infrações praticadas com violência e grave ameaça a pessoa.

Trata-se de inovação que objetiva alcançar a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas, oferecendo alternativas ao encarceramento e buscando desafogar a Justiça Criminal, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves.

São previstas condições que assegurem efetiva reparação do dano causado e a imposição de sanção penal adequada e suficiente, oferecendo alternativas ao encarceramento.

Excluem-se da proposta os crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, os crimes hediondos ou equiparados, os crimes militares e aqueles que envolvam violência doméstica ou cometidos por funcionário público contra a administração pública.

Com vistas a evitar a impunidade, o mesmo anteprojeto institui nova causa impeditiva do curso da prescrição, enquanto não for integralmente cumprido o acordo de não persecução.

A racionalização da Justiça Criminal com a adoção do acordo de não persecução penal para os delitos não violentos possibilitará a readequação de magistrados para o combate à criminalidade organizada, com a necessidade de medidas protetivas aos agentes estatais responsáveis por seu processo e julgamento.

Propõe-se a instalação de Varas Colegiadas, pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais, de caráter permanente com competência para o processo e julgamento dos crimes praticados por organizações criminosas e conexos, de maneira a alcançar maior eficiência nos julgamentos, ao mesmo tempo em que se busca proteger o Poder Judiciário e os magistrados. (grifo nosso)

O PL n. 882/2019, por sua vez, apresentou como justificativa, o seguinte:

O art. 28-A estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça.

A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável.

O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais.

Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995.

Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015).

O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

Porém, neste novo tipo de acordo que ora se propõe, as partes submetem-se a uma série de requisitos, citando-se como exemplo a proibição de ser concedida de quem já o tenha recebido nos últimos cinco anos.

Por outro lado, pode o juiz recusar a proposta se considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas.

É dizer, a homologação judicial dá a necessária segurança à avença.

Do relatório apresentado pelo GT no âmbito da Câmara dos Deputados, relativo à apresentação do substitutivo que buscou harmonizar os dois projetos de lei, observa-se a seguinte justificativa:

Tal sistema inegavelmente configura uma válvula de descongestionamento dos serviços judiciários, além do sistema carcerário penal, os quais poderão focar nos crimes de alta periculosidade social.

Diante disso, tal modificação se mostra meritória, razão pela qual incorporo em minha proposta de harmonização.

4.3.2.2 Modificações ao Código de Processo Penal propostas pelo Projeto de Lei no 10.372, de 2018.

4.3.2.2.1 Acordos de não persecução penal

O Projeto de Lei pretende estabelecer acordos de não persecução penal para delitos cometidos sem violência ou grave ameaça.

De acordo com o previsto, o Ministério Público poderá propor esse acordo, havendo a participação da defesa técnica, devendo ser homologado pelo Poder Judiciário.

Conforme se extrai da Exposição de Motivos, o texto sugerido pretende aproveitar a estrutura já existente utilizada para a realização das audiências de custódia.

O acordo de não persecução, tal como proposto, permitirá o cumprimento imediato de medidas restritivas de liberdade ou de prestações de serviço à comunidade.

Tal instituto, aplicado somente a delitos que não apresentam um alto grau de potencialidade lesiva, oferece alternativas ao encarceramento sem deixar de aplicar uma sanção penal, além de assegurar a reparação do dano causado.

São inúmeras as vantagens que essa inovação pode trazer. Dentre elas, podemos elencar a eliminação de julgamentos.

Indiscutivelmente a grande vantagem é o esvaziamento dos fóruns criminais e dos tribunais superiores.

Além disso, cabe citar a rápida tramitação dos casos criminais, aliviando os custos e cargas de trabalho dos promotores e dos juízes, evitando-se os custosos julgamentos.

E, por fim, não podemos deixar de mencionar que reduzirá o número de prisões, contribuindo para resolver o colapso do sistema penitenciário brasileiro. Cumpre transcrever as disposições pertinentes:

[...]

Dessa forma, acolhemos as sugestões apresentadas com algumas adaptações em nossa proposta de harmonização, tendo em vista que o Projeto de Lei no 882/2019 também dispõe sobre o tema, de forma que será promovida a necessária compatibilização.

Confira-se, em anexo ao presente trabalho, quadro comparativo com o que constou das duas propostas legislativas sobre o assunto, com o teor do substitutivo elaborado pela Câmara dos Deputados e da aprovação que resultou no art. 2º da Lei n. 13.964/2019.

Analisando o citado quadro, a primeira observação que podemos realizar é que, de fato, o GT da Câmara dos Deputados logrou harmonizar as propostas constantes do PL n. 10.372/2018 e do PL n. 882/2019.

No entanto, apesar de o substitutivo apresentado pelo GT ter adotado a proposição constante do PL n. 882/2019, que prevê a aplicação do instituto aos delitos cuja pena máxima seja 4 anos, foi aprovado o texto do PL n. 10.372/2018, que dispõe no sentido da aplicabilidade aos crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 anos. Tal informação é importante, porque a adoção da proposta baseada na pena mínima abrange um número maior de crimes, melhorando a eficácia do instituto. Com efeito, ao prever a aplicação do acordo aos crimes cuja pena máxima seja inferior a 4 anos, o PL n. 882/2019 termina por restringir demais a aplicação do instituto, até porque ele não é aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles cuja pena máxima não ultrapasse 2 anos.

O PL n. 10.372/2018 previa que as condições consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária fossem destinadas a local ou entidade pública a serem indicados pelo Ministério Público. O PL n. 882/2019, por sua vez, previa que a incumbência seria do juízo da execução penal. O substitutivo apresentado pelo GT da Câmara acolheu a proposta do PL n. 882/2019, que foi aprovado nestes termos. É possível afirmar que a divergência dos projetos tenha como origem a discussão a respeito da atribuição do titular da ação penal *versus* a competência do juízo para a aplicação, ainda que antecipada, de pena, qualquer que seja sua natureza.

Sobre o tema, importante a reflexão realizada pelo Ministro Gilmar Mendes, ao tratar da discricionariedade do Ministério Público nos acordos de delação premiada, passível de ser aplicável aqui, no sentido de que a individualização da pena, direito fundamental do acusado, manifesta-se em três principais fases: legislativa, judicial e administrativa, sistemática que confere ao magistrado a definição da forma de execução (2019, p. 254).

No tocante à vedação do acordo de não persecução penal, observa-se que o GT da Câmara visivelmente mesclou o constante dos dois projetos, deixando de lado a proibição contida no PL n. 10.372/2018, em relação aos delitos hediondos ou equiparados, de lavagem de dinheiro, praticados por funcionário público contra a administração pública e delito praticado por militar que afetasse a hierarquia e disciplina das Forças Armadas ou Polícias Militares, mas acolhendo a parte que trata da vedação aos delitos praticados no âmbito de

violência doméstica e familiar, com o acréscimo dos crimes praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

A proibição da realização do acordo ao reincidente ou criminoso habitual constava do PL n. 882/2019 e foi adotada pelo GT da Câmara e aprovada nestes termos. Já as demais proibições, consistentes na vedação quando cabível transação penal, ter sido o agente beneficiado nos últimos 5 (cinco) anos com transação penal, suspensão condicional do processo ou ANPP e necessidade e suficiência da medida constavam dos dois projetos e foram acolhidas pelo GT da Câmara e aprovadas assim.

Tal harmonização realizada pelo Grupo de Trabalho foi salutar, uma vez que a proibição do acordo aos delitos hediondos ou equiparados, de lavagem de dinheiro, praticados por funcionário público contra a administração pública e delito praticado por militar que afetasse a hierarquia e disciplina das Forças Armadas ou Polícias Militares restringiria mais ainda a abrangência do instituto, medida que terminaria por comprometer os objetivos constantes das justificativas apresentadas, de oferecer alternativas ao encarceramento e amenizar o acúmulo de processos judiciais.

Como dito, no geral, a harmonização das propostas foi pertinente. No entanto, a tramitação poderia ter evoluído melhor de forma que instituto pudesse contar com uma sistemática menos suscetível a críticas e problemas básicos, conforme será observado a seguir.

Consta do voto do relator, ao apresentar o projeto substitutivo, que o GT instituído no âmbito da Câmara dos Deputados laborou por mais de 200 dias, tendo sido ouvidos em torno de 50 (cinquenta) especialistas⁶⁵. Apesar disso, consideramos os debates insuficientes, daí porque surgiram as críticas que serão delineadas a seguir.

Em uma primeira análise da alteração realizada no CPP, de início, já verificamos a mesma problemática citada em relação à modificação da ação penal no crime de estelionato. Afinal, como fica a situação do novo instituto em relação aos processos em curso?

E, novamente, defende-se a necessidade de uma regra de direito intertemporal no diploma aprovado, até pela envergadura das modificações realizadas.

A ausência do regramento a respeito da aplicabilidade do instituto aos processos em curso deu causa ao surgimento de quatro correntes doutrinárias⁶⁶ diversas a respeito da

65

Disponível

em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1841955&filename=Tramitacao-PL+10372/2018_ Acesso em: 21 out. 2021.

⁶⁶ Uma primeira corrente defende a aplicação do ANPP aos fatos delituosos anteriores à Lei n. 13.964/2019, conquanto ainda não recebida a inicial acusatória; uma segunda corrente defende a aplicação do ANPP aos fatos

questão. Isto, sem falar na celeuma existente no âmbito do Poder Judiciário, fato indicador de que a aprovação de tal medida, em princípio, assim como a modificação da ação penal no crime de estelionato, ao invés de conter o acúmulo de processos judiciais, tem inflado as Cortes Superiores de ações e recursos destinados a solucionar a controvérsia criada com o novo regramento, fato que poderia ter sido evitado com a instituição de um dispositivo legal esclarecedor.

É, também, mais uma norma que, ao não dar todos os contornos de antemão, propiciou o protagonismo da jurisdição, pois caberá ao Judiciário dar a última palavra a respeito da aplicabilidade do instituto aos processos em curso, tema que será objeto de análise no terceiro capítulo.

Também é objeto de crítica a sistemática do ANPP, que não condiziria com o argumento central utilizado para sua implementação legal, que seria a redução dos processos criminais levados a julgamento.

Conforme afirmado, a proposta prevista no PL n. 10.372/2018 diverge da proposta presente no PL n. 882/2019⁶⁷ no tocante à pena cominada ao delito objeto do acordo. Enquanto a primeira proposta prevê que a avença seja realizada nos crimes cuja pena mínima não ultrapasse quatro anos, a segunda prevê que o acordo ocorra nos crimes cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos.

Em que pese tenha sido aprovada a proposta que se baseia na pena mínima cominada ao crime, mais abrangente, persiste a crítica realizada a respeito da não abrangência dos crimes mais recorrentes no país, pois continuaram ficando de fora os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa e o delito de tráfico de drogas.

delituosos anteriores à Lei n. 13.964/2019, inclusive para os processos criminais em andamento, conquanto ainda não tenha sido proferida sentença; uma terceira corrente defende a aplicação do ANPP aos fatos delituosos anteriores à Lei n. 13.964/2019, inclusive para os processos criminais em andamento, conquanto não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória; e uma quarta corrente defende a aplicação do ANPP exclusivamente aos fatos delituosos cometidos a partir da vigência da Lei n. 13.964/2019 (LIMA, 2021, p. 233 – 235).

⁶⁷ Tal proposta foi objeto de várias críticas, dentre elas, o fato de prever o ANPP com base na pena máxima cominada ao crime, o que inviabilizaria, ainda mais, a aplicação do referido instrumento a crimes mais recorrentes. Sustenta-se que essa regulamentação, apesar de apresentar como justificativa a redução do acervo judicial, não parece se preocupar diretamente com o assobramento de processos no sistema judiciário, pois impossibilita que os acusados/investigados pelas práticas dos delitos mais recorrentes no Brasil celebrassem o acordo (LEMONS, GONÇALVES e QUINTIERE, 2019, p. 60).

Sustenta-se, com base no relatório do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, do CNJ⁶⁸, que, considerando-se o fato de que dentre os principais tipos penais imputados às pessoas privadas de liberdade se encontram o roubo (27,58%), o tráfico de drogas (24,74%) e o homicídio (11,27%), os quais perfazem 63,59% da massa carcerária, o ANPP não teria potencial de reduzir consideravelmente o acervo do Poder Judiciário.

Afirma-se que a previsão de o crime ser cometido “sem violência ou grave ameaça” já exclui sumariamente os investigados por roubo. Aliás, ao se limitar aos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, a redação do dispositivo sequer oferece incentivos suficientes para a adesão, considerando-se, por exemplo, o instituto do arrependimento posterior⁶⁹. E o mesmo para o frequente delito de tráfico de drogas, cuja pena mínima cominada ultrapassa 4 anos de reclusão, excluído de pronto da possibilidade de acordo (CHAVES e CARVALHO, 2019, p. 61).

Além disso, a circunstância de o instituto concorrer com a transação penal⁷⁰ e a suspensão condicional do processo⁷¹ é outro fator que desestimularia a celebração da avença, uma vez que tais medidas despenalizadoras não exigem a confissão do investigado, apresentando maior atratividade (CHAVES e CARVALHO, 2019, p. 66).

Com isso, os resultados almejados pelo projeto de lei anticrime, especialmente a redução do acervo processual brasileiro, não são passíveis de ser atingidos pelo modelo que se busca introduzir, pois o conteúdo do texto não foi arquitetado a partir de diagnósticos já empreendidos acerca do sistema processual penal brasileiro, mostrando-se frágil e desnecessário (CHAVES e CARVALHO, 2019, p. 44).

Em que pese a crítica apresentada se mostre coerente com os argumentos apresentados, não consideramos de todo frágil ou inútil a aprovação realizada, pois a justiça negociada⁷² é uma tendência mundial que carece de expansão no ordenamento jurídico

⁶⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁶⁹ Instituto previsto no art. 16 do Código Penal, o qual prevê que nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

⁷⁰ Lei n. 9.099/1995 – Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

⁷¹ Lei n. 9.099/1995 – Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

⁷² A justiça negociada ou negócio processual penal pode ser conceituado, em geral, como um ajuste entre acusação e defesa, com concessões recíprocas, para viabilizar a pronta solução de uma avença. Tal instituto parte

brasileiro, dada a atual situação tanto do acervo judicial, em geral, como do sistema prisional em crescente colapso.

Outra crítica decorre do amplo espaço de negociação permitido pelo art. 28-A do CPP. Partindo do pressuposto de que estamos diante de uma sociedade extremamente desigual, com frequente quebra da paridade de armas entre os atores processuais e reconhecido deficit de Defensores Públicos e Advogados Dativos, é possível que ocorra uma política ainda mais agressiva de encarceramento em massa. Esta é a principal crítica que instituto semelhante recebe nos Estados Unidos⁷³.

Diz-se que, partindo desses pressupostos fáticos, a balança penderá para a acusação, podendo-se prever que a negociação deverá ser realizada geralmente com aqueles que tem pouco ou nenhum recurso econômico, uma vez que a defesa em audiência representa, além de elevado risco, um enorme encargo financeiro (CHAVES e CARVALHO, 2019, p. 64).

Sustenta-se que a manutenção da redação legal do dispositivo que prevê o instituto poderá incrementar a política de encarceramento, a partir de um espaço demasiadamente aberto de negociação entre as partes, e proporcionar acordos flagrantemente desfavoráveis ao acusado, por meio da figura do *overcharging*⁷⁴ (CHAVES e CARVALHO, 2019, p. 71).

Ainda a respeito do amplo espaço de negociação viabilizado pela regra do acordo de não-persecução penal, registram-se as reflexões realizadas pelo Ministro Gilmar Mendes em artigo tratando da delação premiada no âmbito da “Operação Lava-jato”. Mendes comenta as práticas desenvolvidas pelo órgão da acusação (no caso, o Ministério Público Federal), em que se estipulou uma série de medidas que estabelecem, de forma detalhada, a pena a ser aplicada ao colaborador, inclusive com a previsão de regimes inexistentes na legislação, bem

da premissa de que devem ser buscados novos paradigmas na aplicação do Direito Penal, a fim de torná-lo mais célere, efetivo e negocial (SÁNCHEZ, 2010, p. 90).

⁷³ Afirma-se que o ANPP, instituído pela Lei n. 13.964/2019, tem inspiração no *plea bargain* dos Estados Unidos, forma consensual de resolução de processos de índole criminal que remonta ao fim do século XIX, a qual pressupõe a confissão formal a respeito da prática do crime, tendo por escopo a redução dos processos criminais, devido ao alto custo de julgamentos e à morosidade da justiça.

⁷⁴ Esta expressão americana se refere ao fenômeno observado no âmbito do *plea bargain*, em vigor nos Estados Unidos, em que existiria um interesse pessoal do Estado-acusação em defender seu histórico de condenações, circunstância que fez com que se observassem negociações envolvendo declaração de culpa em casos em que o acusado seria absolvido. Verifica-se que o responsável pela persecução penal formula uma acusação de forma dissociada da realidade. Fala-se em *vertical overcharging* quando se atribui ao acusado delitos de índole mais grave, embora se esteja ciente de que se pode esperar por uma condenação por outro mais leve. E *overcharging horizontal* quando, ao invés de majorar a gravidade da imputação, aplica-se um número de fatos delitivos a serem atribuídos em detrimento do acusado. Em ambos os casos falta isonomia na atribuição da sentença final, na medida em que os réus variam consideravelmente em sua estratégia para perceber a prática e ajustar sua estratégia de negociação para compensar isso (CHAVES e CARVALHO, 2019, p. 51).

como a previsão do cumprimento antecipado da reprimenda, sem que exista sentença condenatória com trânsito em julgado (MENDES, 2019, p. 254).

Mendes sustenta (e tal argumento pode ser trazido para o ANPP), que tal prática contraria o entendimento consagrado no âmbito do STF sobre o funcionamento do nosso sistema processual penal, o qual limita de sobremaneira a discricionariedade das partes e, quando não, apenas a tolera nos estritos limites da legislação (MENDES, 2019, p. 254).

Outro ponto a ser discutido diz respeito ao fato de a nova previsão legal ter criado uma discricionariedade ao membro do Ministério Público em propor ou não o acordo, e razão da expressão “poderá” constante do *caput* do art. 28-A do CPP.

Em face de tal circunstância, surgiu controvérsia a respeito da expressão. Enquanto parte da comunidade jurídica sustenta ser direito subjetivo do investigado a celebração do acordo, caso adimplidos os requisitos legais, outra posição aduz se tratar de poder-dever do Ministério Público, que apenas se entender, no caso concreto, tratar-se de medida necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, fundamentadamente, elaborará a proposta. Conforme se verá no terceiro capítulo, tal controvérsia é uma das questões objeto de resolução pela jurisdição.

Mais uma crítica que o instituto carrega concerne à subjetividade da expressão “*exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas*”, constante do inciso II do § 2º do art. 28-A do CPP, que trata de uma das vedações à celebração do ANPP, no caso de o investigado ser “*reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”. Isto, porque tal expressão necessitará do preenchimento por parte da doutrina e jurisprudência, sob pena de ocasionar demasiada insegurança jurídica (CHAVES e CARVALHO, 2019, p. 64).

Ademais, a incorporação de elementos que fogem ao padrão da objetividade legislativa certamente estimulará o arbítrio do Ministério Público, que poderá se valer dessa “válvula de escape” normativa para negar o ANPP, forçando a judicialização do debate sobre o cabimento da proposta (SILVA, 2020, p. 160).

Também são objetos de críticas doutrinárias as previsões legais de atuação do juiz na formalização do acordo e o controle jurisdicional do ato de homologação por meio do recurso em sentido estrito, que redundariam em manifesta ofensa ao sistema acusatório.

Os parágrafos 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do art. 28-A do Código de Processo Penal já são objeto de ADI pendente de julgamento no STF⁷⁵, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (ANMP).

Isto, porque, conforme a previsão legal discutida, a homologação judicial é condição de eficácia do ato jurídico processual, de modo que não poderia o magistrado fazer um controle de conteúdo, devendo se limitar a um controle formal dos aspectos de legalidade e voluntariedade, sob pena de acarretar vício de ilegalidade e inconstitucionalidade (LOPES, 2020, p. 146).

Sustenta-se que tal controle caberia ao órgão superior do Ministério Público (Colégio de Procuradores de Justiça ou Câmara de Coordenação e Revisão), que deveria deliberar sobre a correção da recusa do membro do órgão em adequar a proposta do ANPP e, a depender do caso, homologá-la ou designar outro membro para oferecê-la, com os devidos ajustes, como forma de prezar pelo sistema acusatório (LOPES, 2020, p. 147).

Assim, a previsão de recurso em sentido estrito para questionar a recusa à homologação do acordo representaria um anacronismo, diante do sistema acusatório em constante consolidação no Brasil, não havendo outra solução, se não, a alteração da norma (LOPES, 2020, p. 147).

Uma última crítica consiste na falta de regulamentação do contraditório em caso de rescisão por descumprimento das condições do ANPP.

Defende-se que, ante a notícia de descumprimento de condição estipulada no ANPP, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados, a análise da rescisão pressupõe a oitiva do investigado e da defesa técnica (SILVA, 2020, p. 170).

Sustenta-se, como forma de colmatar a ausência de regulamentação, a aplicação supletiva do art. 10 do CPP, o qual prevê que *“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”*.

⁷⁵ Foram ajuizadas diversas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei n. 13.964/2019, mas a que discute a constitucionalidade dos dispositivos citados é a ADI 6305/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que ao apreciar os pedidos liminares das ações em conjunto (ADI 6305, 6300, 6299 e 6298), proferiu decisão monocrática no sentido de indeferir medida cautelar na referida ADI, por entender que “a possibilidade de o juiz controlar a legalidade do acordo de não persecução penal prestigia o sistema de freios e contrapesos no processo penal e não interfere na autonomia do membro do Ministério Público”. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203607&ext=.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

Da análise da proposta aprovada, em checagem com as críticas doutrinárias realizadas, observa-se, de início, a ausência de racionalidade teleológica, na medida em que não se verificou, nem das justificativas apresentadas nas propostas que originaram a edição da alteração legal, nem da tramitação legislativa, o mínimo debate entre os atores envolvidos na implementação do instituto.

Vale dizer, além da desconexão com os dados da realidade social, percebe-se que faltou o mínimo de vinculação entre a decisão legislativa tomada e a observância do critério democrático, como a oitiva suficiente de grupos de pressão especializados, debate entre profissionais do Poder Judiciário, opinião de *experts* da Execução Penal e da própria sociedade, por exemplo, razão que pode vir a ser uma das causas da falta de alcance dos objetivos perseguidos pela alteração legislativa, que é uma das críticas mais contundentes da doutrina.

Considerando que se trata de instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, com mais razão a atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes.

Observa-se que a alteração legislativa, embora ostente objetivos idôneos, relacionados à redução do acervo processual do Judiciário e à diminuição do encarceramento em massa, carece de uma sistemática capaz de causar efeitos visíveis na prática judicial, ao desconsiderar os dados a respeito dos delitos mais recorrentes, os quais não serão abrangidos pelo novo instituto.

A edição da proposta, desconectada da realidade fática, de dados empíricos que demonstrem a disfunção social, ou seja, da realização prévia de ao menos um diagnóstico, indica carência de racionalidade na decisão legislativa final.

Em termos de teoria da legislação, é possível afirmar que a duvidosa eficácia da implementação legal do ANPP pode ter como causa o fato de que a alteração legislativa ocorreu sem que tenha sido adotado um método consistente e adequado para que as finalidades do instituto fossem alcançadas.

Ou seja, fazendo uma comparação com o método proposto no primeiro capítulo – realização do diagnóstico (coleta das estatísticas pertinentes à identificação do problema de acúmulo de processos judiciais e o encarceramento em massa e as prováveis causas), decisão adequada a respeito das mudanças adequadas e necessárias e elaboração do projeto com a declaração dos objetivos pretendidos –, observa-se que o legislador “queimou etapas”, ou seja, partiu para a etapa final, sem se atentar para os indispensáveis passos anteriores, deixando de conferir a racionalidade à inovação legal, de tamanha relevância.

Também é possível afirmar que a carência de estudo prévio e profundo a respeito do instituto – em especial pelo fato de que se trata de instrumento novo, semelhante a outros em vigor em outros países –, em consonância com a realidade brasileira e o ordenamento jurídico vigente, ensejou as diversas críticas realizadas pela doutrina a respeito do amplo espaço de negociação do órgão da acusação, subjetividade de algumas expressões usadas no texto legal, falta de esclarecimento sobre se trataria de direito subjetivo do indiciado ou discricionariedade do órgão da acusação e ofensa ao sistema acusatório em razão do controle jurisdicional aplicável na forma como implementado.

A ausência de profundo debate sobre a implementação legal do instituto no país fez com que alguns pontos ficassem omissos, como a observância do contraditório no caso de descumprimento de condição estipulada no acordo.

Assim, apesar da louvável e necessária a iniciativa em se implementar uma medida destinada a diminuir a quantidade de processos judiciais criminais e, conseqüentemente, amenizar o encarceramento em massa, a análise da regulação do instituto, cujos termos são estritos a ponto de se limitar à aplicabilidade a um universo pequeno de crimes, demonstra que a falta de racionalidade na elaboração e aprovação da alteração pode comprometer a eficácia do que se espera do novo mecanismo.

Pode-se afirmar, ainda, que não se trata de inovação legal passível de críticas sobre o populismo punitivo, ante seu caráter negocial e desencarcerador.

2.4 Prisão Cautelar: impossibilidade de o Juiz decretar de ofício e reavaliação periódica

A prisão cautelar, assim entendida como a segregação antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, requer a observância de requisitos legais⁷⁶ e idônea fundamentação pelo juiz.

⁷⁶ CPP - Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

A possibilidade de o magistrado singular decretar tal medida sem ser provocado sempre foi objeto de constante debate na doutrina, em função do sistema acusatório⁷⁷ em crescente consolidação no ordenamento jurídico pátrio.

Com o advento da Lei n. 12.403/2011, o CPP passou a vedar expressamente a decretação de medidas cautelares de ofício durante a fase investigatória, remanescendo a possibilidade de o juiz decretar, de ofício, a segregação cautelar ou outra medida restritiva de liberdade durante a fase judicial.

Apesar de tal vedação, na prática, o magistrado singular convertia a prisão em flagrante em preventiva, quando entendesse necessário, independente de manifestação do titular da investigação ou do órgão da acusação, em momento que antecede a fase judicial. Apesar de ser realizado ao arrepio da lei, tal modo de proceder não era considerado ilegal pelas Cortes Superiores, ante a vigência do art. 310, II⁷⁸, do CPP, que, aparentemente, autorizaria o magistrado singular a converter a prisão em flagrante em preventiva, independente de manifestação prévia.

A alteração realizada pela Lei n. 13.964/2019, consistente em vedar a decretação da prisão cautelar de ofício pelo juiz, em qualquer fase da persecução, parece retirar por

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
- III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
- IV - (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

⁷⁷ No modelo acusatório público, o Estado, ao mesmo tempo em que chama para si – como o faz também no modelo oposto (inquisitorial) – a tarefa de acusar e julgar os que infringem a lei penal, preocupa-se em assegurar-lhes um rol mínimo de direitos e garantias que tornem a atividade jurisdicional mais confiável e justa. Caracteriza-se, essencialmente, pela atribuição das tarefas de acusar, defender e julgar a pessoas ou órgãos distintos, e pela concepção do acusado como um sujeito de direitos e não meramente um objeto da investigação judicial (CRUZ, 2013, p. 66).

⁷⁸ Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

[...]

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

[...]

completo a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva sem manifestação da autoridade policial ou do Ministério Público.

Diante de tais considerações, observa-se que a modificação foi clínica, tendo em vista a clara ofensa ao sistema acusatório decorrente da praxe em se converter a prisão em flagrante em preventiva pelo magistrado singular, independente de manifestação da autoridade policial ou do Ministério Público, e ao arrepio do que já dispunha a lei.

Dada a timidez da importante alteração legislativa, discute-se se a impossibilidade de decretação de ofício pelo juiz se estenderia à prisão no momento da decisão de pronúncia e da sentença condenatória. Uma parte da doutrina entende que seria possível ao magistrado a decretação, de ofício, da prisão cautelar, em ambos os momentos, independente de requerimento, tendo em vista que em tais circunstâncias não haveria quebra da imparcialidade do juiz com a atuação *ex officio* (AKERMAN, 2020, p. 228). Outra corrente entende que a alteração legislativa advinda com a Lei n. 13.964/2019, ao disciplinar tais providências, alcança a manifestação judicial a respeito das cautelares em qualquer fase do processo, compreendendo, portanto, a pronúncia e a sentença condenatória (AKERMAN, 2020, p. 228). Tal divergência deverá ser dirimida pela jurisdição.

Outra importante modificação, digna de análise e registro no presente trabalho, consiste na imposição de reavaliação dos fundamentos da segregação cautelar pelo órgão emissor da decisão, a cada noventa dias, constante do parágrafo único do art. 316 do CPP⁷⁹.

Tal modificação já era defendida pela doutrina, diante da indiscutível morosidade da Justiça, circunstância que sempre culminou em um fato grave, de um acusado aguardar preso indefinidamente o julgamento e a condenação definitiva, ou seja, um cidadão permanecer por anos preso sem sentença com trânsito em julgado, ou sequer confirmada em segundo grau de jurisdição.

Apenas a título de esclarecimento, em 29 de setembro de 2009 foi editada a Resolução Conjunta n. 1, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com o objetivo de institucionalizar mecanismos de revisão periódica de prisões cautelares e definitivas⁸⁰.

⁷⁹ Art. 316. [...]

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

⁸⁰ Art. 1º As unidades do Poder Judiciário e do Ministério Público, com competência em matéria criminal, infracional e de execução penal, implantarão mecanismos que permitam, com periodicidade mínima anual, a revisão da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei.

A Resolução n. 66/2009⁸¹, do CNJ, por sua vez, disciplina o acompanhamento, pelos juízes e tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória, e já determinava, no art. 3º, o exame pelo magistrado da medida excepcional, quando verificada a paralisação por mais de três meses dos inquéritos e processos, com indiciado ou réu preso. Apesar de tais iniciativas, é importante a informação, que será melhor analisada no terceiro capítulo, no sentido de que nem a determinação legal expressa tem sido capaz de compelir o juízo de primeiro grau em implementar a obrigação de maneira eficaz.

Apesar da festejada alteração legislativa, que se mostra condizente com a realidade atual do Poder Judiciário, a doutrina aponta a falta de técnica do legislador, que ao invés de situar a importante determinação de reavaliação periódica no comando normativo geral das cautelares pessoais, ou seja, em um dos parágrafos do art. 282 do CPP, terminou por posicionar a referida regra em um parágrafo único do dispositivo legal que trata exclusivamente da possibilidade de o Magistrado singular revogar a prisão preventiva ou novamente decretá-la (LIMA, 2021, p. 348). Tal circunstância possibilitaria a restrição da aplicação da nova norma apenas às hipóteses de prisões preventivas que forem redetretadas, diante da redação do *caput* do dispositivo, justificada por uma interpretação sistemática do art. 316 do Código de Processo Penal.

Outro ponto passível de crítica consiste no acanhamento da alteração legislativa, que se limitou à prever a obrigação de revisão periódica, perdendo a oportunidade de estabelecer prazo máximo para a prisão de natureza cautelar⁸², diante da reconhecida morosidade da Justiça brasileira (AKERMAN, 2020, p. 247).

É fato que a implementação de tal medida se mostra indispensável, não só em razão da atual situação do Judiciário, em termos de morosidade da Justiça, mas, em especial, da situação degradante das prisões do país. Trata-se de um sistema em que, não raras vezes, o acusado responde a ação penal segregado por tempo suficiente ao cumprimento da pena imposta na condenação, livrando-se solto sem que tenha usufruído os benefícios da execução. Sem falar das vezes em que o imputado responde à ação penal por longo lapso segregado, por crimes de médio potencial ofensivo, e no final lhe é imposta pena privativa de liberdade no

⁸¹ Art. 3º Verificada a paralisação por mais de três meses dos inquéritos e processos, com indiciado ou réu preso, deverá a Secretaria ou o Cartório encaminhar os autos imediatamente à conclusão do juiz para que sejam examinados.

⁸² A doutrina aponta que em alguns países a lei indica, para cada fase da persecução penal (investigação, instrução e julgamento em primeiro grau e recursos) um prazo máximo de duração da cautela, além do prazo global; em outros se trabalha apenas com prazos globais máximos (CRUZ, 2017, p. 144).

regime semiaberto ou aberto, isto quando não há a suspensão condicional da pena ou a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, em total falta de homogeneidade entre as condições a que é submetido antes e após o trânsito em julgado da condenação.

Outro ponto passível de crítica é a existência da expressão “órgão emissor da decisão”, constante do parágrafo único do art. 316 do CPP, fazendo surgir controvérsia a respeito da subsistência da obrigatoriedade da revisão periódica pelos Tribunais.

A posição da doutrina majoritária a respeito da questão se encontra consolidada no Enunciado n. 19 da I Jornada de Direito e Processo Penal, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF/CEJ), realizada em agosto de 2020, no sentido de que “cabe ao Tribunal no qual se encontra tramitando o feito em grau de recurso a reavaliação periódica da situação prisional do acusado, em atenção ao parágrafo único do art. 316 do CPP, mesmo que a ordem de prisão tenha sido decretada pelo magistrado de primeiro grau”.

Há doutrina em sentido contrário e algumas decisões do STJ, que serão melhor analisadas no terceiro capítulo, por outro lado, que entendem que a obrigação de revisão periódica se limita ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva, dando-se interpretação literal à norma em debate.

O fundamento consiste em que, pretender o intérprete da lei nova que essa obrigação – de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão cautelar, no exíguo prazo de noventa dias e em períodos sucessivos – seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (abarrotaos de recursos e *habeas corpus*) tarefa desarrazoada ou, *quicá*, inexecutável, sob pena de tornar a prisão preventiva “ilegal”, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade.

Outro ponto que tem sido objeto de debate e solução pelos tribunais consiste nas consequências decorrentes da inobservância do prazo nonagesimal pelo órgão prolator da decisão.

A controvérsia a respeito das consequências da extrapolação do lapso consiste em que o seu esgotamento, que torna a prisão ilegal, conduziria ao direito de o acusado ser posto imediatamente em liberdade ou à necessidade de análise judicial a respeito da eventual ilegalidade.

Enquanto parte da doutrina entende que não se pode condicionar o reconhecimento da ilegalidade à avaliação do magistrado competente, outra corrente defende que o esgotamento do prazo *não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas direito ao*

*reexame dos pressupostos fáticos da prisão preventiva. A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente*⁸³.

Pensamos que o legislador poderia muito bem ter dirimido o ponto com a edição de um dispositivo claro a respeito da questão, evitando-se o arbítrio de decisões particulares com consequências graves, que serão melhor analisadas no terceiro capítulo.

Da análise das modificações citadas, relativas à prisão cautelar, em cotejo com as estatísticas do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões a respeito das prisões provisórias⁸⁴, verifica-se que as alterações realizadas, apesar de indispensáveis à manutenção do sistema acusatório e à preservação de direitos constitucionalmente assegurados, mostraram-se tímidas a ponto de possibilitar ao intérprete da legislação a manutenção de situações inadequadas.

Primeiramente, não deveria existir espaço de dúvida a respeito da inércia do magistrado na decretação da segregação cautelar de ofício, em qualquer fase do processo, mas a informação atual e adequada a respeito da questão – hipóteses em que, não raras vezes, o julgador usurpa a função de órgão da acusação, seja produzindo provas, seja impondo a prisão sem manifestação prévia –, mostra-se essencial para uma modificação legislativa eficaz na manutenção do sistema acusatório.

A situação do Judiciário brasileiro, em especial no tocante à mora no julgamento de ações penais, é um fato há muito conhecido da população em geral, que deveria ter sido utilizado como mola propulsora para a elaboração de uma modificação legislativa eficaz a respeito do prazo da prisão cautelar, de acordo com as penas dos crimes imputados, a fim de conferir maior homogeneidade entre as situações de acusado preso e condenado definitivo.

As estatísticas citadas demonstram que é latente a necessidade de atenção para a problemática da manutenção da prisão cautelar. Estima-se, de acordo com a teoria da legislação brevemente apresentada no primeiro capítulo, que mostrar-se-ia indispensável, antes da elaboração do projeto de lei que ensejou as alterações em análise, dados empíricos a respeito da duração média dos processos criminais, em consonância com a média de duração das prisões cautelares, de acordo com as dimensões continentais do país e a estrutura de cada Judiciário estadual, a fim de proporcionar o debate mais realista a respeito das modificações necessárias.

⁸³ Este é sentido do Enunciado n. 35 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores do Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM).

⁸⁴ Consta que existem 613.623 pessoas privadas de liberdade sem condenação definitiva, além de 329.609 mandados de prisão pendentes de cumprimento. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 8 set. 2021.

Um dos motivos pelos quais as alterações realizadas se mostram acanhadas em relação à realidade fática, pode ter sido o fato de que não constam tais dados empíricos dos projetos de lei que originaram a inovação legislativa, podendo-se supor que se trata de emendas. Em detida análise da tramitação dos projetos de leis, observa-se que não consta a justificativa para a alteração aprovada.

A circunstância de o legislador ter alocado a obrigatoriedade de revisão periódica da segregação cautelar no dispositivo que trata exclusivamente da possibilidade de o magistrado singular revogar a prisão preventiva ou novamente decretá-la, ao invés de situar no comando normativo geral das cautelares pessoais, demonstra a falta de racionalidade jurídico-formal da alteração, demonstrando falta de coerência lógica que, por consequência, poderá redundar na falta de eficácia integral da inovação legal.

É possível afirmar, também, que a alteração legal em exame não se enquadra às críticas sobre o populismo punitivo, uma vez que busca justamente corrigir as falhas decorrentes da indefinição a respeito da duração da prisão de natureza cautelar.

2.5 Progressão de regime de cumprimento da pena: o novo art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP)

O Brasil adota do sistema progressivo de cumprimento da pena, que viabiliza ao próprio condenado, por meio de seu modo de proceder ou conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com maior ou menor rigor, nos termos dos arts. 33, § 2º, do Código Penal⁸⁵ e do art. 112, *caput*, da Lei n. 7.210/1984⁸⁶.

Tal sistema se baseia na necessidade de individualização da execução e tem por objetivo assegurar que a pena privativa de liberdade aplicada alcance sua finalidade, que seria buscar a reinserção do apenado na sociedade.

Daí porque o instituto exige a observância de dois requisitos, um subjetivo, que consiste na ostentação de boa conduta carcerária no decorrer do adimplemento da reprimenda,

⁸⁵ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

[...]

⁸⁶ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...]

e outro de natureza objetiva, que trata do percentual de cumprimento da reprimenda no regime anterior para que o condenado faça *jus* à progressão prisional.

A alteração realizada pela Lei n. 13.964/2019 ocorreu justamente no tocante aos percentuais de cumprimento da pena (requisito objetivo), relativamente mais severos, a depender do caso concreto.

Confira-se, a título de esclarecimento, quadro comparativo com a alteração realizada no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal):

Redação do art. 112 da LEP antes da alteração realizada pela Lei n. 13.964/2019 e do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 (revogado pela Lei 13.964/2019)	Redação do art. 112 da LEP depois da alteração realizada pela Lei n. 13.964/2019
<p>Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.</p> <p>§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.</p> <p>§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.</p>	<p>Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:</p> <p>I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p>
Art. 2º. Art. 2º Os crimes hediondos, a	V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o

<p>prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:</p> <p>[...]</p> <p>§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). (Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018) (Revogado pela Lei nº 13.964, de 2019)</p>	<p>apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;</p> <p>VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:</p> <p>a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;</p> <p>b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou</p> <p>c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;</p> <p>VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;</p> <p>VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.</p> <p>§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.</p> <p>§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que</p>
--	---

	também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.
--	--

De início, é importante a informação de que referida alteração não constava nem do PL n. 10.372/2018, nem do PL n. 882/2019, sendo resultado de proposta criada pelo GT organizado no âmbito da Câmara dos Deputados⁸⁷.

A primeira crítica encontrada na doutrina a respeito do referido sistema de progressão de regime adotado pelo pacote anticrime, consiste no reforço do caráter retrospectivo do sistema progressivo em detrimento do exame da evolução da reintegração do apenado, ao prezar primariamente pela gravidade da conduta praticada e pelo histórico penal do condenado em prejuízo da análise do grau de reinserção social (FERREIRA, 2020, p. 341).

Afirma-se que, ao modificar o requisito objetivo para a obtenção da progressão de regime, orientando o sistema progressivo de acordo com os fatos praticados e o histórico penal do apenado, a reforma legal desloca a ênfase da execução da pena para as finalidades retributivas, em detrimento da ressocialização⁸⁸ (FERREIRA, 2020, p. 341).

Questiona-se, do ponto de vista técnico, a utilização da reincidência, agora, não só para fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mas, também, para determinar o requisito objetivo da progressão de regime (BARRILARI, 2020, p. 218).

Como reforço à crítica a respeito da falta de técnica do legislador, sustenta-se que, em uma primeira análise, poder-se-ia cogitar da ocorrência de *bis in idem*, uma vez que o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, bem como o resultado morte, já são inerentes aos tipos penais a que estariam condenados e cumprindo pena os sujeitos, os quais já teriam recebido o tratamento adequado por essas circunstâncias quando da aplicação da pena (FELIX, CAMARGO E NUNES, 2020, p. 231).

Há divergência a respeito da ofensa ao princípio da individualização da pena, no tocante à nova sistemática da aferição do requisito objetivo. Enquanto uma vertente sustenta que se está em dissonância com o referido postulado, que impõe à administração penitenciária

87

Disponível

em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1841955&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. Acesso em: 21 out. 2021.

⁸⁸ Direito materialmente fundamental com status de norma constitucional, ou *quicá*, supralegal, já que reflete a orientação adotada em diversos documentos internacionais de direitos humanos, como as Regras Mínimas para Tratamento de Presos da Organização das Nações Unidas e a Convenção Americana de Direitos Humanos (FERREIRA, 2020, p. 343).

o dever de proporcionar às pessoas privadas de liberdade oportunidades de reintegração adequadas à sua realidade individual (BARRILARI, 2020, p. 218 e FERREIRA, 2020, p. 347)⁸⁹, outra parte entende que compete à lei ordinária fixar parâmetros dentro dos quais o julgador deverá efetivar a individualização da pena, observando o comando da Constituição Federal, sem que isso impeça a progressão ou viole a individualização da pena.

Outra crítica que se mostra latente à nova sistemática legal, decorre da inobservância da atual situação do sistema prisional brasileiro⁹⁰, que se encontra em crescente colapso. Estima-se que a reforma terá impacto direto no sistema penitenciário, contribuindo para o agravamento da situação de superlotação e o conseqüente quadro de violação massiva de direitos fundamentais⁹¹ (FERREIRA, 2020, p. 342).

Daí porque se afirma que o desprezo pelas condições do sistema prisional, a falta de atenção ao déficit penitenciário e aos efeitos produzidos sobre os mesmos corpos tradicionalmente atingidos pelo sistema penal importam, além de violação ao princípio da humanidade das penas, pôr em xeque o princípio da proteção, sob a ótica do esvaziamento do conteúdo do direito fundamental dos presos, decorrentes de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais (FELIX, CAMARGO E NUNES, 2020, p. 236).

Questiona-se a constitucionalidade da alteração não só em razão de ofensa a princípios constitucionais, mas em face de afronta ao art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988⁹², uma vez que, se o aumento do tempo de encarceramento impacta diretamente o orçamento, gerando gastos públicos com a elevação do

⁸⁹ Para esta corrente, o novo sistema progressivo introduzido pela Lei n. 13.964/2019 contraria toda a evolução teórica e jurisprudencial anteriormente consolidada – orientada no sentido da gradativa devolução da liberdade ao condenado e no dever de o Estado fornecer condições mínimas de reinserção e limitar ou reduzir o tempo de privação de liberdade –, uma vez que prolonga a permanência da pessoa privada de liberdade nos regimes mais rigorosos de execução, reforçando os efeitos da “prisionização” (desorganização da personalidade, perda da identidade, sentimento de inferioridade, empobrecimento psíquico, infantilização, regressão, dificuldade de elaboração de planos, busca de soluções fáceis, etc) (FERREIRA, 2020, p. 347).

⁹⁰ Afirma-se, com base em estudo de discursos parlamentares e processos legislativos de propostas no âmbito da execução penal, que os discursos travados no âmbito do Legislativo e que se convertem na política criminal brasileira, não se baseiam em informações e dados de pesquisa, mas em forte influência das mídias, pela opinião pública, e as estratégias de tramitação ou de interrupção de tramitação de determinados projetos de lei passa exatamente pela sensibilização dos parlamentares em relação ao apelo da mídia (FERREIRA, 2017, p. 27).

⁹¹ Existem posicionamentos na doutrina que interpretam a problemática da superlotação carcerária não como uma necessidade de reinterpretar o Direito Penal e de implementação de políticas públicas antienfiteusismo, mas da falta de vontade política dos governantes em aumentar as vagas dos presídios de forma a comportar o aumento da criminalidade gerador da superlotação. No entanto, afirma-se que tais correntes, assim como as que advogam em favor da expansão do Direito Penal, desconsideram em absoluto as constatações da Criminologia Crítica, dentre as quais se destacam a seletividade penal, a ineficácia do cárcere em diminuir, por si só, os índices de criminalidade, e principalmente a utilização da punição como forma neoliberal de segregação social (RODRIGUES e LEÃO, 2019, p. 404).

⁹² Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

tempo de prisão, em especial no regime fechado, os dispositivos legais em exame padecem do mesmo problema, sendo, portanto, de constitucionalidade duvidosa (FELIX, CAMARGO E NUNES, 2020, p. 236).

Também é passível de crítica a falta de técnica do legislador em adotar uma sistemática que se apresenta omissa em relação ao percentual de progressão em relação aos reincidentes em crime comum.

Veja-se, a título exemplificativo, que a nova redação do art. 112 da Lei n. 7.210/1984 prevê como requisito para a progressão de regime o cumprimento de 40% da pena pelos condenados por crimes hediondos ou equiparados, desde que primários. Por conseguinte, é previsto o percentual de 60% para fins de concessão do benefício para reincidentes em crimes hediondos ou equiparados, ou seja, reincidência específica, ficando sem resposta a situação dos apenados considerados reincidentes em crimes comuns.

Aqui também há desacordo a respeito da melhor solução para a controvérsia. Enquanto uma parte entende que a circunstância de o apenado ser reincidente é irrelevante para a aplicação do percentual mais rigoroso, uma vez que não deveria existir distinção entre as condenações anteriores, outra parte sustenta que deve ser aplicado o princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, de modo que a circunstância de ser o apenado primário, para fins de aplicação do percentual menos severo, deveria abranger o reincidente genérico, integrando-se a norma pela *analogia in bonam partem*.

Este é mais um ponto da inovação legislativa que será objeto de solução pela jurisdição, objeto de análise no terceiro capítulo.

No nível de teoria da legislação, de início, observa-se a falta de racionalidade ética da alteração legal, na medida em que, ao alterar de modo injustificado e sem dados empíricos pertinentes, a sistemática da progressão de regime prisional, contraria princípios da sanção, como o da humanidade das penas e o teleológico, na medida em que, além de proporcionar maior tempo de cumprimento da reprimenda em condições desumanas, preconiza o histórico criminal do apenado em detrimento do grau de ressocialização atingido no decorrer da expiação, invertendo os objetivos da pena.

Também é possível apontar a falta de racionalidade pragmática da modificação legal em análise, que, assim como ocorreu em relação ao recrudescimento dos requisitos subjetivos do livramento condicional e à vedação do benefício para determinados casos, ignora a atual

situação do sistema prisional brasileiro⁹³, tornando a alteração legislativa passível de não cumprimento na prática. Ao mesmo tempo, a indicada inobservância do art. 113 do ADCT demonstra a total desvinculação da alteração legislativa com os dados da realidade e o desprezo pelas propostas da doutrina a respeito de um processo legislativo racional.

É viável afirmar a inexistência de racionalidade jurídico-formal, decorrente da omissão do legislador em relação ao percentual de progressão de regime aos apenados não reincidentes em crimes hediondos ou equiparados, o que tornou a alteração incoerente, reclamando a decisão final a respeito da temática pela Jurisdição.

Isso, sem se falar que, ao que parece, sequer se cogitou a adoção de um método que justificasse a inovação legal, respeitando a elaboração de um diagnóstico vinculado com a reinserção social dos condenados e as estatísticas de reincidência criminal, adoção de uma decisão sobre as modificações realmente necessárias e elaboração de um projeto pertinente aos objetivos pretendidos.

Feita a análise das principais modificações trazidas com o Pacote Anticrime, de modo geral, pode-se afirmar que a decisão legislativa em exame é mais um exemplo de alteração que pode se adequar às críticas doutrinárias, apresentadas no primeiro capítulo, à política criminal populista, não só em razão da inobservância de qualquer tipo de critério proposto pela legística, mas por consistir em uma alteração injustificada e incoerente, desvinculada da realidade social e, principalmente, por priorizar o histórico criminal do apenado em detrimento de sua reinserção social, direito fundamental esquecido, apesar de reconhecido internacionalmente.

Nada obstante, cotejando os aspectos analisados nos itens do presente capítulo, pode-se relativizar o juízo anterior e afirmar a inviabilidade de taxar de populista punitiva toda a legislação decorrente da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Há, na verdade, partes incoerentes e medidas com objetivos contraditórios.

É fato que, em diversos pontos, o legislador atuou com o nítido propósito de recrudescimento da norma, como forma de solucionar o problema do crescimento da criminalidade organizada e os altos índices de reincidência. Mas não se pode cair na falácia de

⁹³ De acordo com informações do Departamento Penitenciário Nacional, constantes do último relatório, relativo aos presos em unidades prisionais no Brasil, referente a julho a dezembro de 2020, existiriam 667.541 pessoas submetidas ao Sistema Penitenciário Nacional, excluindo-se os presos em custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares, enquanto existem 455.113 vagas, um déficit de mais de 200.000 vagas. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJLTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWEyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> – acesso em 24/11/2021.

tachar toda a inovação legislativa como fenômeno do populismo punitivo, apresentado no primeiro capítulo.

Veja-se que nos itens em que foram analisadas as modificações relacionadas à ação penal no crime de estelionato, à instituição do ANPP, à vedação de decretação da prisão cautelar de ofício e à determinação de reavaliação periódica da segregação provisória, o diploma legal, embora carecedor de debates mais profundos e dados empíricos relevantes e confiáveis a respeito das disfunções identificadas, mostrou-se necessário e coerente com a atual situação do Judiciário e o sistema prisional brasileiro.

Em termos globais, é possível verificar a ausência de racionalidade legislativa em diversos aspectos analisados.

Podemos verificar a falta da racionalidade abordada no presente estudo no tocante ao recrudescimento dos requisitos para o livramento condicional, bem como à vedação do benefício aos acusados primários, condenados por crime hediondo ou equiparado com resultado morte e, ainda, no endurecimento do requisito objetivo para a progressão de regime, modificações que, ao que tudo indica, encontram-se desvinculadas de estudo prévio de impacto no sistema carcerário, sem previsão orçamentária para investimento em novas vagas para cumprimento de pena em regime fechado, além de reforçarem do caráter retrospectivo do sistema progressivo em detrimento do exame da evolução da ressocialização do condenado, ao prezarem pela gravidade da conduta praticada e pelo histórico criminal do apenado com primazia sobre o exame do nível de reinserção social, direito fundamental.

Verificamos que tal circunstância redundará na problemática relacionada à falta de racionalidade ética, ante a possibilidade de ofensa a princípios da sanção, como o da humanidade das penas, outros níveis de racionalidade, como por exemplo, pragmática, ante a possibilidade de que as inovações não sejam efetivadas na prática, diante da atual situação do sistema prisional brasileiro, ou sejam implementadas de forma degradante.

Ainda, observamos a carência de racionalidade jurídico-formal, decorrente da omissão do legislador em relação ao percentual de progressão de regime aos apenados não reincidentes em crimes hediondos ou equiparados, o que tornou a alteração incoerente, reclamando a decisão final a respeito da temática pela Jurisdição.

Na análise destes temas, verificamos que as circunstâncias apresentadas, relativas à ausência de racionalidade legislativa nos pontos citados, fazem com que as modificações, na forma como foram realizadas, fossem passíveis de críticas da doutrina à política criminal populista.

Já no tocante às alterações relativas à ação penal no crime de estelionato, ao acordo de não-persecução penal e à prisão cautelar (vedação à decretação de ofício e reavaliação periódica), verificamos que, além de tais inovações serem necessárias e não se adequarem às críticas denominadas “populistas punitivas”, por se tratar de medidas destinadas a conterem o acervo processual e a amenizar a problemática do encarceramento em massa, elas ostentam críticas à irracionalidade, ainda que de outra ordem.

Em geral, verificamos que a falta de dados estatísticos prévios e idôneos suficientes, ou mesmo o diagnóstico antecedente da situação-problema e a insuficiência do debate com diversos setores especializados pertinentes, fizeram com que as alterações se mostrassem acanhadas diante da envergadura da real situação em que pretendem incidir.

Observamos que a modificação da ação penal no crime de estelionato foi muito restrita, sendo passível de incidência em outros crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça à pessoa, bem como os requisitos do acordo de não persecução penal, que não abrangem nem parte dos crimes mais recorrentes no país. Isso sem falar que essas importantes alterações não contaram com uma regra de direito intertemporal a respeito de sua aplicabilidade aos processos em curso, o que gerou uma certa inflação de ações e recursos nos Tribunais Superiores a respeito do tema, bem como o protagonismo da jurisdição, neste ponto.

As alterações relativas à prisão cautelar, por sua vez, embora necessárias, não chegaram ao ponto de limitar o prazo da prisão preventiva, providência considerada necessária, diante da atual situação degradante das prisões do país, bem como da mora processual, decorrente da quantidade de processos criminais sem condenação definitiva. Considerou-se que a existência de dados empíricos a respeito da duração média dos processos criminais, em consonância com a média de duração das prisões cautelares, de acordo com as dimensões continentais do país e a estrutura de cada Judiciário estadual, possibilitasse um debate mais realista a respeito das modificações necessárias e talvez mais profundas.

Daí porque é possível concluir, por ora, que a legística, apresentada no primeiro capítulo, mostra-se como ferramenta essencial à atividade do legislador brasileiro, em especial em termos de política criminal, uma vez que uma reforma da envergadura do denominado Pacote Anticrime, que alterou diversos diplomas penais e processuais penais, sofre severas críticas que, em sua maioria, decorrem da ausência da mínima observância de critérios relacionados ao diagnóstico da situação-problema, prognóstico, fins objetivados pelo legislador.

CAPÍTULO 3 – O PACOTE ANTICRIME NO STF E NO STJ.

No decorrer dos capítulos anteriores, foi possível perceber que as alterações legislativas examinadas, terminaram por deixar lacunas sobre aspectos importantes da aplicação das normas e, por isso, viabilizar o protagonismo da jurisdição sobre a legislação, tema que foi objeto de análise e crítica no primeiro capítulo.

Isto, porque, conforme visto, a ausência de debate prévio suficiente com vários setores especializados da sociedade, a falta de uma decisão baseada em dados empíricos idôneos e o anseio pela utilização do Direito Penal como única forma de contenção do controle da criminalidade, importam não só na falta de técnica em alguns aspectos das inovações legais, mas, principalmente, na necessidade de que o intérprete adeque a inovação às situações reais não só de modo a aplicar a lei ao caso concreto, mas se valer de princípios para matizar o arbítrio do legislador, configurando potencial ativismo judicial.

Assim, mostra-se necessária a análise do modo pelo qual as Cortes Superiores têm tratado os temas estudados no capítulo segundo, como forma de completar o estudo proposto em nosso trabalho, a respeito da racionalidade legislativa no âmbito de determinadas alterações legislativas realizadas com a Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”).

3.1 O atual entendimento do STJ a respeito da análise dos requisitos objetivos e subjetivos do livramento condicional, após a alteração do art. 83 do Código Penal, que prevê como requisito o não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses

No item 2.1 foram abordadas as críticas doutrinárias a respeito da alteração realizada no rol dos requisitos subjetivos para a concessão do livramento condicional, bem como efetivado breve exame da alteração legislativa, de acordo com os níveis de racionalidade indicados no capítulo 1 e as propostas da legística.

Verificou-se que tal inovação não se encontra amparada em dados relevantes da realidade social e jurídica da qual irá incidir, na medida em que, além de desprezar o fato de que o ordenamento jurídico pátrio preconiza a ressocialização do condenado em detrimento de seu histórico criminal, ignora a atual situação do sistema carcerário brasileiro, por importar na manutenção do condenado sob a tutela do Estado por maior tempo, mesmo quando evidenciado que não há vagas suficientes e o sistema se encontra em crescente colapso.

A análise neste item se limitará ao exame do modo pelo qual o STJ tem respondido à alteração prevista no 83, III, *b*, do Código Penal, que prevê como requisito para o livramento

condicional o não cometimento de infração disciplinar nos últimos dozes meses, desde a formulação do pedido. Isto, porque não há, até o momento da realização do presente estudo, decisões do STF sobre o assunto.

O dispositivo citado deu origem à seguinte tese defensiva, que tem chegado ao STJ com certa frequência: para a aferição do requisito subjetivo do livramento condicional, basta que o condenado não tenha cometido infração disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses, desconsiderando-se todo o histórico carcerário do apenado.

A origem de tal afirmação pode ser o fato de que, para a aferição do direito ao indulto ou comutação de penas, o STJ firmou orientação no sentido de que o julgador deve se limitar ao que está positivado no Decreto Presidencial pertinente, que com muita frequência prevê apenas o não cometimento de infração disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses, de modo que o apego do julgador a outros fatos fora deste período configuraria criação de condição não prevista em lei e, por consequência, invasão à competência exclusiva do Presidente de República, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal⁹⁴.

No entanto, o STJ, fazendo uma interpretação sistemática e teleológica da Lei n. 13.964/2019, tem refutado essa afirmação e decidido no sentido de que a exigência do não cometimento de infração disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses nada tem a ver com o requisito subjetivo, configurando pressuposto objetivo para concessão do benefício.

Em uma consulta à página eletrônica do STJ, foi possível verificar que a posição prevalente na Corte se pautou no fundamento de que o histórico carcerário do apenado não deve ser desconsiderado, mas analisado de acordo com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena, de modo que não se pode ignorar a reabilitação das infrações disciplinares anteriormente praticadas, nem o caráter progressivo da execução da pena⁹⁵.

⁹⁴ AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO. DECRETO N. 7.873/2012. FALTA GRAVE COMETIDA NO CURSO DA EXECUÇÃO POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DO DECRETO. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO REFERIDO DECRETO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. [...]

2. Se o referido decreto presidencial condicionou a obtenção do benefício apenas ao preenchimento do lapso de pena cumprido, bem como à inexistência de falta disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses, contados retroativamente à data de publicação do Decreto, não pode o julgador criar condição não prevista em lei.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 455.498/SP, Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 30/10/2018 – grifos acrescidos).

⁹⁵ AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO SUBJETIVO. FALTA GRAVE OCORRIDA HÁ MAIS DE 12 MESES. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. ART. 4º, I E IV, DO DECRETO PRESIDENCIAL

Existem precedentes de ambas as turmas que lidam com a matéria na Corte, mais recentes e que confirmam o referido entendimento⁹⁶.

9.246/2017. LEI 13.964/2019. PACOTE ANTICRIME. NOVA REDAÇÃO DO ART. 83, III, DO CÓDIGO PENAL. REABILITAÇÃO DO APENADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há falar em desconsideração total do histórico carcerário do preso, mas sim em sua análise em consonância com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena, que regem não só a condenação, como a execução criminal.

2. Se para o indeferimento da comutação pela prática de falta grave é necessário que a referida infração disciplinar seja verificada nos 12 meses anteriores à publicação do Decreto concessivo, não há razão para que, no caso de descumprimento das condições impostas ao livramento condicional, tal lapso temporal não seja igualmente observado.

3. Com a publicação da Lei 13.964/2019 - Pacote Anticrime -, o art. 83, III, *b*, do Código Penal passou a exigir o não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses para a concessão do livramento condicional.

4. In casu, considerando-se a data da última falta praticada, no ano de 2016, imperioso notar que há decurso considerável de tempo a se concluir pela reabilitação do apenado, dada a natureza progressiva do cumprimento da pena.

5. Agravo regimental improvido

(AgRg no HC 549.649/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 8/6/2020 – grifos acrescidos)

⁹⁶ *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. NÃO COMETIMENTO DE FALTA GRAVE NOS ÚLTIMOS 12 MESES. PRESSUPOSTO OBJETIVO CUMPRIDO. MAU COMPORTAMENTO CARCERÁRIO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Para a concessão do livramento condicional, a teor do art. 83, III, do Código Penal, o reeducando deverá preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva: comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto.

2. O requisito previsto no art. 83, III, *b*, do Código Penal, inserido pela Lei 13.964/2019 – a comprovada ausência de falta grave nos últimos 12 meses –, constitui pressuposto objetivo para a concessão do livramento condicional. Tal critério não limita a análise ao requisito subjetivo, inclusive quanto a fatos anteriores à vigência da Lei 13.964/2019, de forma que somente haverá fundamento inválido quando consideradas faltas disciplinares muito antigas.

3. Hipótese em que o apenado não preencheu o requisito subjetivo, tendo em vista o mau comportamento carcerário apresentado, destacando-se que "o sentenciado não demonstrou méritos suficientes para o almejado benefício, tendo praticado falta disciplinar de natureza grave, encontrando-se atualmente com MAU comportamento carcerário e em fase de reabilitação de conduta, devendo permanecer no atual estágio".

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC 670.631/SP, Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe 17/9/2021 – grifos acrescidos)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE COMETIDA HÁ MENOS DE 12 MESES. FUGA E PRÁTICA DE NOVO DELITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ARTIGO 83, INCISO III, "B", DO CÓDIGO PENAL – CP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), o art. 83, III, "b", do Código Penal passou a exigir o não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses para a concessão do livramento condicional.

2. No caso dos autos, o sentenciado cometeu duas faltas graves durante a execução da pena, sendo uma delas no dia 6/2/2019 (falta grave consistente em fuga) e a outra no dia 2/3/2019 (prática de novo delito), de modo que entre a prática da última falta grave (2/3/2019) e o momento da concessão do livramento condicional pelo Juiz da Execução (22/10/2019), havia transcorrido menos de 8 meses, restando, assim, evidenciada a ausência de preenchimento do requisito objetivamente previsto para a concessão do benefício do livramento condicional, conforme literalidade do art. 83, III, "b", do Código Penal.

Continuando a busca no referido sítio eletrônico, foi possível verificar, ainda, a tentativa da Sexta Turma em suprir a lacuna decorrente da ausência de norma regulamentadora do período depurador das infrações disciplinares no âmbito da execução penal, providência necessária à aferição do requisito subjetivo, que parece ter ganhado especial relevância, após a modificação realizada pela Lei n. 13.964/2019.

Foi o que aconteceu, por exemplo, no AgRg no HC 660.197/SP, em que se registrou a possibilidade de que, para colmatar a falta do referido período, o julgador pode valer-se, por analogia, das normas que disciplinam a reincidência (arts. 64, inciso I, do CP⁹⁷), a reabilitação (art. 94 do CP⁹⁸) ou mesmo do entendimento jurisprudencial sobre a prescrição da pretensão disciplinar, sempre atento às características da falta grave e ao montante de pena a cumprir⁹⁹.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.793.971/MG, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 23/3/2021 – grifos acrescidos)

⁹⁷ Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

⁹⁸ Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

⁹⁹ AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL AO APENADO DO REGIME FECHADO COMPORTAMENTO INSATISFATÓRIO DURANTE A EXECUÇÃO PENAL. FALTA DE REQUISITO SUBJETIVO. HISTÓRICO CARCERÁRIO MACULADO POR INÚMERAS FALTAS GRAVES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. [...]

2. O requisito previsto no art. 83, III, b, do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, consubstanciado no não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses, é pressuposto objetivo para a concessão do livramento condicional; não limita a avaliação de conduta satisfatória durante o período de resgate da pena.

3. As instâncias ordinárias reconheceram não possuir o apenado do regime fechado mérito para a transferência ao último estágio do sistema progressivo, haja vista o histórico prisional maculado pelo total de nove atos de indisciplina, consistentes em tumultos, agressão a sentenciado, posse de celular, abandono, apreensão de entorpecentes etc. A última conduta desabonadora, reabilitada administrativamente em 3/1/2019, não era tão antiga a ponto de ser desconsiderada, em 11/2/2021, quando o Magistrado indeferiu a benesse do art. 83 do CP.

4. A lei federal não dispõe sobre o período depurador das faltas disciplinares, por isso, é necessário suprir a lacuna. Por analogia, o julgador poderá valer-se, por exemplo, de normas que regulamentam a eliminação dos efeitos de uma condenação anterior (arts. 64, I, e 94, ambos do CP) ou mesmo do entendimento jurisprudencial sobre a prescrição da pretensão disciplinar, sempre atento às características da falta grave e ao montante de pena a cumprir. Diante da situação específica do sentenciado do regime fechado, que reiterou o proceder negativo durante anos, não se verifica o direito ao esquecimento.

5. Agravo regimental não provido.

Cotejando os precedentes citados, é possível observar, em uma espécie de análise *ex post* do diploma editado, que o legislador, embora legitimamente pudesse estabelecer os objetivos de recrudescer o trato com o crime e o criminoso, deveria ter trabalhado, também, no sentido de colmatar deficiências da legislação relativa à execução penal, como a omissão no tocante ao período depurador das infrações disciplinares, a fim de evitar o arbítrio de decisões particulares que consideram faltas graves de maneira eterna para a aferição do requisito subjetivo relativo a benefícios da execução penal, configurando verdadeiros casos de excesso de execução¹⁰⁰, que contribuem de forma inegável para a piora no colapso do sistema prisional.

Apenas a título exemplificativo, é fato que a situação da reabilitação das infrações disciplinares no âmbito da execução penal é comumente regida por regimentos internos padrão das unidades prisionais, cuja interpretação dada pelo Juízo da Execução, não raras vezes, termina por incrementar a problemática relativa ao excesso de execução.

Para confirmar esta afirmação, citamos julgado da Sexta Turma, no qual a problemática ficou bem evidenciada. Da análise do inteiro teor, ficou consignado que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legalidade do Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais de São Paulo, mas que a interpretação conferida pelo julgador teria resultado em ilegal constrangimento ao apenado. Isto, porque o magistrado teria decidido que a reabilitação de infrações disciplinares cometidas no mesmo dia deveriam ocorrer em períodos sucessivos e não concomitantes, contradizendo a definição do regimento¹⁰¹.

(AgRg no HC 660.197/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 25/08/2021 – grifos acrescidos)

¹⁰⁰ Excesso ou desvio da execução, em âmbito penal, ocorre sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares, nos termos do art. 185 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal - LEP), ou seja, sempre que os objetivos da pena ou algum direito fundamental do apenado são afetados.

¹⁰¹ *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO SUBJETIVO. COMETIMENTO DE FALTAS GRAVES HÁ APROXIMADAMENTE 3 (TRÊS) ANOS E 10 (DEZ) MESES. PACIENTE QUE PERMANECEU MAIS DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA PENA TOTAL EM REGIME FECHADO. EXCESSO DE EXECUÇÃO CONFIGURADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No caso, o Paciente cometeu três faltas graves no mesmo dia, 16/10/2017. Na sua Guia de Execução Penal, os prazos de reabilitação dessas faltas foram assim consignados, sucessiva e respectivamente: 03/07/2019 (PAD 099/2017); 03/07/2020 (PAD 101/2017); e 03/07/2021 (PAD 100/2017). A jurisdição ordinária concluiu que no momento em que o Reeducando formulou o pedido de livramento condicional, a falta grave relativa ao PAD 100/2017 ainda não estava reabilitada, pois o prazo iniciou-se somente depois de depurada a sanção referente ao PAD 101/2017 (reabilitada em 03/07/2020).

2. O Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo, instituído pela Resolução da Secretaria Estadual da Administração Penitenciária n. 144/2010, disciplina a "reabilitação do comportamento".

Voltando para a análise da racionalidade, pode-se concluir que, de certo modo, a Corte chancelou os objetivos demonstrados pelo legislador ao recrudescer os requisitos para a concessão do livramento condicional, mas ao mesmo tempo, deu interpretação racional à referida alteração, de modo a determinar que a análise do requisito subjetivo para a aferição do direito ao benefício se dê de forma minimamente objetiva e razoável, de acordo com os princípios que regem a execução da pena.

Nesse aspecto, pode-se inferir que, ao compararmos os níveis de racionalidade entre legislação e jurisdição, a balança ficou razoavelmente equilibrada, já que coube ao intérprete a aplicação da lei ao caso concreto, de acordo com princípios fundamentais, sem que se cogite de um ativismo judicial, pois se está diante de legítima e necessária criação judicial do direito.

Ainda assim, pode-se afirmar que, da análise dos julgados citados, existe certa falha do legislador que, trabalhando desconectado dos dados e problemas da realidade, incorreu em uma produção legislativa que não se preocupou em corrigir as distorções do sistema, já que persiste a omissão da lei no tocante ao período depurador das infrações disciplinares, quando possível reger tal temática. Este fato pode ser atribuído à circunstância de o legislador ter focado em apenas uma das dimensões da problemática (o crescimento da criminalidade, por exemplo), frequentemente fundamentado na concepção enraizada e popularizada de que o endurecimento da norma penal é a única saída para a solução dos problemas da sociedade.

Suas normas não podem ser interpretadas de forma a violar a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que "faltas disciplinares muito antigas [...] não podem impedir, permanentemente, a progressão de regime e o livramento condicional, pois o sistema pátrio veda as sanções de caráter perpétuo", além de ser "desarrazoado admitir que falhas ocorridas há vários anos maculem o mérito do apenado até o final da execução" (AgRg no HC 620.883/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 18/12/2020).

3. Nos termos do parágrafo único do art. 90 do referido Regimento Interno, "com a prática de nova falta disciplinar, exige-se novo tempo para reabilitação que deve ser somado ao tempo estabelecido para a falta anterior, sendo detraído do total o período já cumprido" (sem grifos no original). Ou seja, a compreensão das instâncias ordinárias de que as reabilitações das faltas graves cometidas no mesmo dia ocorrem em períodos sucessivos e não concomitantes viola a citada regra regimental, por na verdade impedir a detração do tempo já cumprido, além de conferir ao Reeducando tratamento mais rigoroso que se tivesse praticado os atos de indisciplina em datas diversas.

4. [...]

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para ratificar a liminar em que foi determinado ao Juiz das Execuções Criminais que, incontinenti, prosseguisse a análise da configuração do requisito subjetivo para o livramento condicional, afastada a conclusão de que as faltas graves cometidas em 16/10/2017 impediam seu reconhecimento.

(HC 652.190/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 27/8/2021 – grifos acrescentados)

3.2 O atual entendimento do STF e do STJ a respeito da retroatividade da norma que modificou a ação penal no crime de estelionato.

No item 2.2 foram tratadas as alterações realizadas no tocante à modificação da ação penal no crime de estelionato, ficando consignado que o “Pacote Anticrime”, neste aspecto, não representou um recrudescimento da norma, mostrando-se mais como um recuo punitivo, já que atribuiu à vítima a escolha a respeito da persecução criminal, ao tornar como regra a ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Concluimos, no decorrer do capítulo, que neste aspecto, a alteração legislativa se mostrou tímida, ao não modificar a ação penal em relação a outros delitos patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, circunstância que poderia terminar por não possibilitar o cumprimento efetivo do objetivo central da alteração legal, que seria diminuir os processos judiciais e, por consequência, amenizar a problemática da superpopulação carcerária. Também foi possível observar que a norma careceu de racionalidade ao não trazer dispositivo de direito intertemporal exposto para reger as situações dos processos em curso, deixando ao arbítrio do intérprete a solução final do problema.

Agora, conforme afirmado anteriormente, passa-se a tratar da forma pela qual as Cortes Superiores, no caso, o STF e o STJ, têm decidido a respeito da alteração legislativa em exame, vale dizer, a modificação da ação penal no crime de estelionato para torná-la, em regra, pública condicionada à representação do ofendido.

A questão que tem sido frequentemente debatida no STF e no STJ diz respeito à retroatividade da modificação em exame nos processos em que a denúncia foi oferecida antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019.

O STF tem decidido ser inviável tal aplicação retroativa da nova condição de procedibilidade, tendo em vista os princípios da segurança jurídica e legalidade, que orientam a interpretação do regramento legal, configurando ato jurídico perfeito que impede a paralisação da ação penal¹⁰².

¹⁰² Ementa: *HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI N. 13.964/19 ("PACOTE ANTICRIME"). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUÇÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.*

1. [...]

Como não ficou muito claro na ementa transcrita do segundo precedente citado, da leitura do inteiro teor é possível identificar que o fundamento balizador do entendimento fixado foi o fato de que, por se tratar de norma de conteúdo processual, não há que se falar em retroatividade, de modo que, se ao tempo do fato não era exigida a representação da vítima, o processo seguiu a norma da ocasião, de acordo com o art. 2º do CPP.

Consignou-se, ademais, que ainda que se reconhecesse o caráter misto ou material da norma, a fim de admitir sua retroatividade, o caso concreto apreciado, com condenação proferida em 2016, não viabilizaria a conversão do feito em diligência para colher a representação da vítima.

De fato, esse é o tradicional entendimento dos tribunais. Como regra geral, em se tratando de normas procedimentais, costuma-se aplicar o princípio *tempus regit actum* pelo qual se reputam legítimos os atos processuais praticados conforme a lei em vigor à época respectiva. No silêncio do legislador, isto é, não tendo havido determinação expressa quanto à necessidade de “revisar” os atos praticados anteriormente à vigência da nova lei, não haveria que se falar em aplicação retroativa. Desde modo, o entendimento se afigura correto do ponto de vista técnico.

2. De todo modo, registre-se que, em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no § 5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “condição de procedibilidade da ação penal”.

3. Inaplicável a retroatividade do § 5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de *estelionato* como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.

4. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

5. Agravo Regimental a que nega provimento.

(HC 203.398 AgR, Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Dje 20/8/2021 – grifos acrescidos)

1. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo.

2. Constitucional, Penal e Processo Penal.

3. *Estelionato*. Art. 171, caput, do Código Penal.

4. Não aplicação, no caso, do contido no § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescentado pela Lei 13.964/2019.

[...]

7. Tema 660, da sistemática da repercussão geral da questão constitucional.

8. Precedentes.

9. Agravo regimental não provido.

(ARE 1.230.095 AgR, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 1º/9/2020 – grifo nosso)

O STJ, por sua vez, em julgamento realizado pela Terceira Seção¹⁰³, fixou o entendimento de que a norma que prevê a ação penal pública condicionada à representação no crime de estelionato não deve retroagir, tanto pela necessidade de seguir o entendimento já externado pelo STF, como pelo fato de se tratar de uma condição de procedibilidade¹⁰⁴, sendo necessário o resguardo da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito¹⁰⁵.

Da análise do inteiro teor do acórdão lavrado em razão do julgamento do HC n. 610.201, verificou-se que o STJ se debruçou sobre a controvérsia instaurada pela Defensoria a respeito de a representação do ofendido no crime de estelionato se tratar de condição de procedibilidade ou prosseguibilidade, de acordo com o intuito do legislador, ao aprovar a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), ficando consignado que o seguinte:

[...]

Se o legislador quisesse que houvesse uma condição de prosseguibilidade, teria de ter estabelecido na Lei Anticrime (Lei n. 13.964) esse aspecto, e não o fez. Pior, o Congresso Nacional já rejeitou um projeto de lei (Projeto de Lei n. 882/2019) que estabelecia exatamente isso. Então, estaremos rompendo os precedentes e, com isso, ferindo aquilo que eu disse, o meu argumento de ordem constitucional, saindo da linha do que devem ser os Tribunais Superiores. Do ponto de vista material penal, a meu ver, estaríamos indo contra a vontade clara e expressa do legislador que possui a legitimidade popular. A questão aqui tem a ver com matérias legais, é verdade, mas também tem alguma coisa de constitucional, porque o princípio da segurança jurídica é expresso na Constituição pelo respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Não se está aqui defendendo direito adquirido, isso não

¹⁰³ A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é um órgão composto pela Quinta e Sexta Turmas que tratam dos assuntos referentes a Direito Penal e Processual Penal, de modo que suas decisões, por serem proferidas pelo colegiado composto pelos Ministros de ambas as Turmas que tratam da matéria, representam o entendimento do Tribunal, configurando precedentes para fins de jurisprudência.

¹⁰⁴ Para melhor compreensão deste ponto, é importante diferenciar condição de procedibilidade de condição de prosseguibilidade. A condição de procedibilidade é um pré-requisito necessário para o início do processo, enquanto condição de prosseguibilidade é uma exigência para que o processo que está em curso siga normalmente. A relevância desta diferenciação consiste em que, ao considerar a representação do ofendido no crime de estelionato como condição de procedibilidade, o intérprete reconhece que tal requisito deve ser aferido apenas no início da ação penal, de modo que, caso a representação fosse tida como uma condição de prosseguibilidade, ela poderia ser apresentada no decorrer do processo, entendimento defendido pela Defensoria, mas que não foi acolhido pela Corte.

¹⁰⁵ PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. ESTELIONATO. LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). RETROATIVIDADE. INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. *WRIT* INDEFERIDO.

1. A retroatividade da norma que previu a ação penal pública condicionada, como regra, no crime de estelionato, é desaconselhada por, ao menos, duas ordens de motivos.

2. A primeira é de caráter processual e constitucional, pois o papel dos Tribunais Superiores, na estrutura do Judiciário brasileiro é o de estabelecer diretrizes aos demais Órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, verifica-se que o STF, por ambas as turmas, já se manifestou no sentido da irretroatividade da lei que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do CP.

3. Em relação ao aspecto material, tem-se que a irretroatividade do art. 171, § 5º, do CP, decorre da própria *mens legis*, pois, mesmo podendo, o legislador previu apenas a condição de procedibilidade, nada dispondo sobre a condição de prosseguibilidade. Ademais, necessário ainda registrar a importância de se resguardar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito (art. 25 do CPP), quando já oferecida a denúncia.

4. [...]

5. *Habeas corpus* indeferido.

(HC 610.201/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, DJe 8/4/2021 – grifos acrescentados)

está em jogo, mas, sem dúvida, a discussão a respeito de um ato jurídico perfeito, no caso das denúncias, e a da coisa julgada, no caso de inúmeros e inúmeros processos que já foram decididos definitivamente... Veja bem, na hora em que estabelecermos uma retroatividade, essa retroatividade há de ser ampla. Alguém que foi julgado, condenado e a decisão transitou em julgado há anos por estelionato, vai agora dizer “vão perguntar à vítima se ela queria que eu tivesse sido processado”.

[...]

Algo importante, constante do julgado que não poderia passar despercebido, é o reconhecimento de que a aplicação do Direito Penal deve ser revista, ficando a sanção penal para as atitudes mais agressivas aos bens jurídicos mais relevantes.

É possível concluir que além de a omissão do legislador, no tocante a aplicabilidade da alteração da norma em relação aos processos em curso, ter gerado custos dos mais diversos, em especial em relação ao tempo gasto com a tramitação dos processos nas Cortes Superiores, indo contra o princípio da razoável duração do processo, ocorreu certa transferência de racionalidade para a jurisdição, já que coube ao Judiciário a última palavra sobre a aplicabilidade da norma, quando viável ao legislador a edição de regra capaz de reger as situações em andamento, providência ainda mais necessária ao se considerar a importância das alterações realizadas.

Entretanto, pode-se afirmar que o STF e o STJ atribuíram interpretação razoável e uniforme à alteração legal, prezando pela segurança jurídica e pela melhor solução aos processos em curso, de modo que se levou em consideração, além dos objetivos projetados pelo legislador, a melhor doutrina a respeito da natureza jurídica das normas alteradas e a retroatividade pertinente, não se podendo falar em arbítrio, incoerência ou ativismo judicial desmensurado.

3.3 Principais diretivas traçadas pela jurisprudência do STJ e do STF sobre o acordo de não persecução penal

No item 2.3 o objeto de análise foi a instituição do acordo de não-persecução penal. Ali foram apresentadas as críticas doutrinárias ao novo instituto, bem como realizada uma breve análise da atividade do legislador, de acordo com as propostas da doutrina em termos de racionalidade legislativa e legística.

A primeira conclusão constante do item citado é semelhante à modificação da ação penal em relação ao crime de estelionato. Afinal, como fica a situação dos processos em curso, uma vez que o legislador não editou norma pertinente? A solução final coube ao Judiciário, conforme será analisado.

O STF já se manifestou diversas vezes sobre a questão, tendo fixado a tese de que o ANPP se aplica a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia¹⁰⁶.

Os fundamentos do entendimento adotado consistem em que, sendo a Lei n. 13.964/2019, na parte em que institui o acordo de não-persecução penal, de natureza híbrida, ou seja, de cunho penal, ao instituir causa de extinção da punibilidade em relação a quem cumpre os deveres do acordo, e processual penal, ao instituir a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal, deve-se conformar ao postulado da retroatividade benéfica¹⁰⁷ e o sistema de *tempus regit actum*¹⁰⁸.

Da análise do inteiro teor do acórdão proferido neste último precedente citado, ficou consignado que a referida conformação consistiria na não retroatividade da norma em grau máximo e nem se considerar válidos todos os atos realizados sob a vigência da lei anterior, de modo que o resultado seria a retroatividade da norma até determinado marco processual, prezando-se pela progressiva marcha do processo.

¹⁰⁶ EMENTA: Processual penal. Agravo regimental em recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de estelionato. *Acordo de não persecução penal* (ANPP). Retroatividade. Até o recebimento da denúncia. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “o *acordo de não persecução penal* (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (HC 191.464-AgR, de minha relatoria). Ainda nessa linha, veja-se o HC 200.266, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia.

2. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, já havia recebimento da denúncia e sentença penal condenatória em desfavor do paciente, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RHC 202.245 AgR, Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, Dje 20/9/2021 – grifos acrescidos)

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. *Acordo de não persecução penal* (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia.

1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o *acordo de não persecução penal* (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.

2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.

3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o *acordo de não persecução penal* (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

(HC 191.464/AgR, Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, Dje 26/11/2020 – grifos acrescidos).

¹⁰⁷ Constituição Federal. Art. 5º. [...]

[...]

XL – A lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

¹⁰⁸ Código de Processo Penal – Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Assim, estabeleceu-se o ato de recebimento da denúncia como o marco limitador da retroatividade do ANPP, uma vez que a composição, para fins de evitar a instauração de ação penal, nos termos do art. 28-A do CPP, esgota-se na fase anterior ao recebimento da denúncia, até porque a consequência do descumprimento das condições estipuladas no acordo é a deflagração da persecução criminal.

O STJ, na mesma linha do entendimento fixado pelo STF, firmou orientação idêntica, em ambas as turmas que tratam da matéria, também sob o fundamento da natureza da norma editada, bem como da necessidade de harmonizar os postulados da retroatividade benéfica e o sistema de isolamento dos atos processuais (*tempus regit actum*)¹⁰⁹.

¹⁰⁹ PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. 1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. INSTITUTO PRÉ-PROCESSUAL. DIRECIONADO AO INVESTIGADO. 2. ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. RETROATIVIDADE LIMITADA. PROCESSOS SEM DENÚNCIA RECEBIDA. 3. INSTITUTO QUE VISA OBSTAR A PERSECUÇÃO PENAL. PERSECUÇÃO JÁ OCORRIDA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. APLICAÇÃO DESCABIDA. 4. PROJETO DE LEI QUE PREVIA INSTITUTO PARA A FASE PROCESSUAL. NÃO APROVAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL. ESPECIFICIDADE DE CADA INSTITUTO A DEPENDER DO MOMENTO PROCESSUAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA. COERÊNCIA E ALCANCE DA NORMA. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do *tempus regit actum*, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica.

2. Em observância ao isolamento dos atos processuais, sem perder de vista o benefício trazido pela norma, a possibilidade do acordo deve ser avaliada em todos os processos em que ainda não foi apresentada denúncia, conforme enunciado n. 20 da Comissão Especial denominada GNCCRIM, do Conselho Nacional de Procuradores- Gerais: "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".

3. "Descabida a aplicação retroativa do instituto mais benéfico previsto no art. 28-A do CP (acordo de não persecução penal) inserido pela Lei n. 13.964/2019 quando a persecução penal já ocorreu, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada por acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso em tela" (AgRg no REsp 1860770/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020). Precedentes.

4. O Projeto de Lei 882/2019 também previa a figura do "Acordo de Não Continuidade da Ação Penal" - não aprovado pelo Congresso Nacional -, o qual apenas poderia ser proposto após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução processual, o que revela a especificidade de cada instituto, a depender do momento processual. Nessa linha de inteligência, não tendo ocorrido a implementação integrada dos institutos, ou mesmo a indicação de regra de transição, cabe ao Judiciário firmar compreensão teleológica e sistemática, que melhor reflita a coerência e o alcance da norma trazida no art. 28-A do Código de Processo Penal. Assim, é possível sua aplicação retroativa apenas enquanto não recebida a denúncia.

5. É verdade que parte da doutrina vem entendendo pela possibilidade de aplicação da regra nova aos processos em andamento. Todavia, mesmo que se entenda pela aplicação da orientação dada à Lei 9.099/1995 na ADIN 1.769 (STF - Pleno), o limite temporal da retroatividade a ser utilizado será a sentença condenatória (STF, HC 74.305-SP (Plenário), Rel. Min. Moreira Alves, decisão 9.12.96; HC 74.856-SP, Rel. Min. Celso de Mello, "DJ" 25.4.97; HC 74.498-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti, "DJ" 25.4.97 e HC 75.518-SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, 02.05.2003). - Recentemente, a Suprema Corte de Justiça Nacional, no HC nº 191.464-SC, da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/09/2020) - que invocou os precedentes do HC nº 186.289-RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 01/06/2020), e do ARE nº 1171894 -RS, Relator Ministro MARCO

Da análise do inteiro teor do acórdão proferido no AgRg no HC n. 628.647/SC, verificou-se importante menção, realizada pelo Ministro Rogério Schietti, a julgado paradigmático do STF¹¹⁰, no qual, ao debater a aplicação intertemporal da suspensão condicional do processo, a Corte Suprema consignou que a retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades para as quais foi editada a lei. Tal menção foi realizada pelo Ministro para confirmar que a melhor solução, no caso, é retroatividade da norma em questão limitada ao recebimento da denúncia pelo membro do Ministério Público, ou seja, a fase pré-processual da persecução criminal.

Avançando na análise da interpretação judicial que vem sendo dada às novidades legislativas, recorde-se outra consideração do item 2.3, quando foram analisadas as modificações realizadas pela Lei n. 13.964/2019, referente à instituição do ANPP, consistente na discussão instaurada sobre se trataria ou não de um direito subjetivo do investigado.

AURÉLIO (DJe 21/02/2020) - externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP, quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível à impugnação.

6. Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, com a condenação dos acusados.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na PET no AREsp 1.664.039/PR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 26/10/2020 – grifos acrescidos)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUZIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal.

2. Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ou seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor - princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência - princípio *tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.

4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 628647/SC, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Relatora para o acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 7/6/2021 – grifos acrescidos)

¹¹⁰ HC n. 74.305, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 9/12/1996.

Conforme visto, com a edição da lei, surgiram duas correntes doutrinárias a respeito da controvérsia, ficando a resolução a cargo de jurisdição, conforme será examinado.

Ambas as Turmas do STF, ao se debruçarem sobre o exame da questão, firmaram orientação no sentido de que, mesmo adimplidos os requisitos legais, o órgão da acusação teria discricionariedade em oferecer ou não a tratativa, de acordo com o juízo sobre a suficiência para a reprovação ou prevenção do crime. Ou seja, não se trata o ANPP de um direito subjetivo do acusado, mas de instrumento de política criminal à disposição da conveniência e oportunidade estratégica do órgão de acusação¹¹¹.

O STJ firmou orientação idêntica, baseado no fundamento de que o instituto é resultante de convergência de vontades (Ministério Público e acusado), não podendo afirmar que se trata de um direito subjetivo do acusado, podendo ser proposto quando o Parquet,

¹¹¹ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE.

1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.

2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições".

3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020).

4. Agravo Regimental a que nega provimento.

(HC n. 191.124 AgR, Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Dje 13/4/2021 – grifo nosso)

[...] ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. REQUISITOS TEMPORAL NÃO PREENCHIDO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES (ART. 69 DO CP). PENAS MÍNIMAS SOMADAS IGUAL A 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE LACUNA LEGISLATIVA. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – [...]

II – [...]

III – As condições descritas no art. 28-A do Código de Processo Penal - CPP, incluído pela Lei 13.964/2019, são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, porém insuficientes para concretizá-lo, pois, mesmo que presentes, poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o ANPP não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, tal como, aliás, é previsto na parte final do dispositivo. Não se trata, portanto, de um direito subjetivo do acusado.

IV – Conforme exposto no acórdão atacado, o paciente não tem direito ao benefício, haja vista que as penas mínimas dos crimes que lhe são imputados, somadas (concurso material – art. 69 do CP), totalizam exatamente 4 anos de reclusão, *quantum* este superior ao limite previsto no art. 28-A do CPP, que estabelece a “pena mínima inferior a 4 (quatro) anos”.

V – [...]

(HC n. 201.610 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Dje 25/6/2021 – grifos acrescidos).

titular da ação penal pública, entender preenchidos os requisitos fixados pela Lei n. 13.964/2019 [...] ¹¹².

A própria Corte Especial do Superior Tribunal, deparando-se com o tema e baseada na interpretação conferida pelo STF, consignou que o acordo de não persecução penal *não obriga o Ministério Público nem garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente permite ao parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela instituição* ¹¹³.

Pode-se verificar, neste ponto, que não se trata de conferir ou transferir a racionalidade da legislação para a jurisdição, pois a norma editada é clara em atribuir discricionariedade ao órgão da acusação para o oferecimento do acordo, “desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Logo, pode-se concluir que a controvérsia não partiu da norma editada, mas da tentativa da defesa em atribuir ao ANPP a mesma interpretação dada pelas Cortes Superiores à suspensão condicional da pena ¹¹⁴, em que se firmou orientação no sentido de que, adimplidos os requisitos, deve ser reconhecido o direito ao benefício ¹¹⁵. Tal controvérsia também se instaurou quando editada a Lei n. 9.099/1995, que prevê os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, tendo a jurisprudência se firmado em sentido oposto ao da suspensão condicional da pena, ou seja, da inexistência de direito subjetivo.

Também aqui se verifica que o Judiciário decidiu de acordo com os objetivos do legislador ao editar a norma, não havendo que se falar em ativismo judicial por parte das Cortes Superiores.

Outro ponto da alteração editada pela Lei n. 13.964/2019 que também é objeto de controvérsia judicial, consiste no controle realizado pelo Judiciário a respeito do oferecimento, ou não, da proposta pelo órgão da acusação.

¹¹² (HC n. 637.782/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 29/3/2021)

¹¹³ EDcl no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.816.322/MG, Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 5/6/2021.

¹¹⁴ Código Penal – Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

¹¹⁵ Nesse sentido: HC 309.535/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 4/9/2017.

No item 2.3 foram apresentadas algumas críticas doutrinárias a respeito da necessidade de homologação judicial e a previsão de recurso em sentido estrito contra a decisão indeferitória, por configurarem, em tese, ofensa ao sistema acusatório.

Veja-se, então, como o STF e o STJ vêm decidindo a questão.

No HC 194.677/SP, o STF entendeu que não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal¹¹⁶.

Da análise do inteiro teor do acórdão, observa-se que o pedido formulado na impetração consiste em que o STF determine ao Ministério Público o oferecimento do ANPP, diante da potencial aplicação do redutor referente ao tráfico de drogas privilegiado, que ensejaria a redução da pena a patamar inferior a quatro anos, um dos requisitos legais da tratativa.

Em primeiro grau de jurisdição, tinha havido pedido da defesa de encaminhamento dos autos ao órgão superior do Ministério Público, diante da recusa do membro da instituição em oferecer o acordo, mas o magistrado singular indeferiu o pleito, ao fundamento de que somente deveria assim proceder, caso não concordasse com a recusa do *Parquet*.

Então, ao resolver a questão, o STF, em acórdão da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, primeiramente fixou que a controvérsia diria respeito à possibilidade de controle judicial sobre a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, para revisão da recusa ao oferecimento do acordo de não persecução penal, ou se a existência, por si só, de pedido da defesa, fosse suficiente para o encaminhamento automático dos autos à instituição para deliberar sobre a tratativa.

Ao analisar a questão, a Corte firmou duas premissas básicas a respeito da interpretação do art. 28-A do CPP: a primeira de que não é dado ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo em âmbito penal, devendo ser observada a discricionariedade do titular da ação penal; e a segunda, não menos importante, que não é

¹¹⁶ Habeas corpus.

2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal.

3. Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, § 14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal.

4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal.

(HC 194.677/SP, Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 13/8/2021 – grifos acrescidos).

legítimo que o Judiciário controle, também, a recusa quanto ao mérito, impedindo o encaminhamento dos autos ao órgão superior da instituição, quando existe pedido expresso da defesa, salvo manifesta inadmissibilidade, como em um crime cometido com violência à pessoa, por exemplo, em que a lei veda expressamente o acordo.

O STJ, com base no citado julgado do STF, tem decidido no mesmo sentido¹¹⁷, ou seja, de que o controle quanto à remessa dos autos ao órgão superior da instituição deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do *Parquet*.

Reafirmou-se, também, no âmbito da Quinta Turma do STJ, que a propositura da avença se encontra atrelada a um juízo prévio de discricionariedade regrada realizado pelo titular da ação penal, de acordo com os requisitos do art. 28-A do CPP, até porque o acordo seria um instrumento jurídico de natureza extrajudicial concretizador da política criminal do titular da ação penal pública, cuja homologação teria natureza meramente declaratória¹¹⁸.

¹¹⁷ *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REMESSA À INSTÂNCIA REVISORA. REQUERIMENTO TEMPESTIVO DA DEFESA. EXAME DE MÉRITO PELO MAGISTRADO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. [...]

2. Embora seja incontestável a natureza negocial do acordo de não persecução penal, o que afasta a tese de a propositura do acordo consistir direito subjetivo do investigado, a ele foi assegurada a possibilidade de, em caso de recusa, requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, no prazo assinalado para a resposta à acusação (art. 396 do CPP).

3. Neste caso, o Ministério Público deixou de propor o acordo de não persecução criminal. Tempestivamente, a defesa apresentou pedido de remessa dos autos à instância revisora, mas teve seu pleito negado pelo magistrado de primeiro grau, com base nos mesmos fundamentos apresentados pelo órgão acusador.

4. O controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público.

5. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que não se tratando de hipótese de manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (CPP) (2), não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP. (HC n. 194.677/SP, julgado em 11 de maio de 2021. Informativo n. 1017).

6. Ordem concedida de ofício para determinar a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

(HC 668.520/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 16/8/2021 – grifos acrescidos)

¹¹⁸ PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. SÚMULA N. 691 DO STF. TERATOLOGIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. *DECISUM* MANTIDO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS PRESENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. DISCRICIONARIEDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

Também, neste ponto, consideramos que as Cortes Superiores laboraram bem na interpretação conferida ao instituto do acordo de não persecução penal, ficando evidenciada a observância de princípios constitucionais, como a retroatividade benéfica, o sistema de isolamento dos atos processuais, a preservação do sistema acusatório e da segurança jurídica, não se podendo cogitar de decisões arbitrárias ou desproporcionais.

3.4 Decisões do STF e do STJ sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva pelo magistrado singular, de ofício; a respeito das consequências da mora na reavaliação nonagesimal da segregação cautelar; e sobre a competência do Tribunal para a reavaliação da prisão em sede de recurso.

No item 2.4 tratou-se das alterações realizadas no tocante à prisão cautelar, em especial, a respeito da vedação ao magistrado singular decretar a segregação preventiva de ofício e da imposição de reavaliação periódica.

Ali, concluiu-se que a modificação relativa à proibição de decretar a prisão cautelar, sem manifestação dos órgãos encarregados pela persecução penal, foi salutar, diante da praxe que vinha sendo chancelada, de conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício, antes da ação penal, e da necessidade de priorização do sistema acusatório em consolidação no país. Observamos apenas certo acanhamento do legislador em não dispor sobre a manutenção da prisão na ocasião da decisão de pronúncia e da sentença condenatória.

Em relação à determinação de revisão periódica das cautelares, verificamos a existência de controvérsia doutrinária a respeito da persistência da obrigação em segundo grau de jurisdição e das consequências da inobservância do prazo de 90 (noventa) dias previsto na legislação, existindo corrente defendendo a revogação automática da custódia e outra afirmando a necessidade de análise judicial a respeito da eventual ilegalidade.

Agora, passa-se a verificar o modo pelo qual as Cortes Superiores têm decidido os casos concretos relacionados com tais alterações.

5. É vedada a substituição da figura do Ministério Público pela do juiz na celebração do acordo de não persecução penal, instrumento jurídico extrajudicial concretizador da política criminal exercida pelo titular da ação penal pública cuja homologação judicial tem natureza meramente declaratória.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 685.200/RJ, Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 30/8/2021 – grifos acrescidos)

Primeiramente, vejamos como as Cortes acolheram a proibição de decretação da prisão, sem manifestação da autoridade policial ou do Ministério Público, uma vez que, conforme afirmado no capítulo segundo, mesmo com o advento da Lei n. 12.403/2011, que alterou o CPP para vedar expressamente a decretação de medidas cautelares de ofício durante a fase investigatória, na prática, o magistrado singular convertia a prisão em flagrante em preventiva, quando entendesse necessário, independente de manifestação do titular da investigação ou do órgão da acusação, em momento que antecede a fase judicial, fato que não era considerado ilegal pelo STJ e pelo STF, haja vista o art. 310, II, do CPP¹¹⁹, que autoriza o magistrado singular a proceder desta forma.

Em pesquisa jurisprudencial na página eletrônica do STF, foi possível observar que a questão ainda não está totalmente pacificada, existindo precedentes divergentes da Primeira e Segunda Turmas.

A Primeira Turma manifestou orientação no sentido de que, embora se trate de questão de direito intertemporal, em que se discutiu a retroatividade da norma que veda a decretação da prisão cautelar de ofício, ficou consignado no voto que o dispositivo legal que autoriza o magistrado singular converter a prisão em flagrante em preventiva (art. 310, II, do CPP), continua em pleno vigor e, por se tratar de regra específica, deve prevalecer tanto sobre a disciplina das medidas cautelares como sobre o regramento da imposição da segregação *ante tempus*¹²⁰.

¹¹⁹ Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

[...]

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

[...] (grifos acrescidos)

¹²⁰ EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*.

1. O art. 310, II, do CPP, vigente à época dos fatos e ainda plenamente em vigor, impõe ao magistrado a conversão da prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Incidência do princípio do *tempus regit actum* (art. 2º do CPP). Precedentes.

2. A prisão em flagrante pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, por acusado multireincidente, pode ser convertida pelo magistrado, de ofício, desde que demonstrados os pressupostos do art. 312 do CPP.

3. O princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal (art. 5º, XXXV, e art. 144 da CF/88).

4. O Juiz tem o dever de atuar, inclusive pelo seu papel de guardião dos direitos da próxima vítima. Do contrário, uma distração do órgão acusatório ou da autoridade policial tornaria compulsório o relaxamento da custódia mesmo em face de casos extremamente graves. Nada do que seja absurdo pode ser razoável interpretação do direito.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

Confira-se, no que interessa, parte do voto proferido no ARE 1.320.606 AgR:

6. Ademais, sobre as inovações produzidas pelo chamado “Pacote Anticrime”, considero importante registrar que os arts. 282, 310 e 311 do CPP estão inseridos na mesma lei e no mesmo título, não devendo ser tratados com prevalência de um sobre o outro, mas sim em concordância prática. De modo que a regra específica sobre a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II) deve prevalecer tanto sobre a regra geral das medidas cautelares (art. 282) quanto sobre a disciplina da decretação da prisão preventiva (art. 311), no curso do processo-crime.

A Segunda Turma se debruçou sobre o novo regramento, tendo consignado, em sentido diametralmente oposto, que o dispositivo legal que autoriza o magistrado singular a converter a prisão em flagrante em preventiva deve ser interpretado de acordo com a sistemática positivada nos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do CPP, que condicionam a imposição das medidas cautelares ou a decretação da prisão preventiva a representação da autoridade policial ou requerimento do titular da ação penal¹²¹.

(ARE 1.320.606 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado em 30/8/2021, Publicado em 20/9/2021 – grifos acrescentados)

¹²¹ [...]

IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO “EX OFFICIO” DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL), INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL – RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 (“LEI ANTICRIME”), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, “SPONTE SUA”, A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA – CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO, QUER, AINDA, EM RAZÃO DE OFENSA A UM DIREITO BÁSICO, QUAL SEJA O DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, QUE TRADUZ PRERROGATIVA INSUPRIMÍVEL ASSEGURADA A QUALQUER PESSOA PELO ORDENAMENTO DOMÉSTICO E POR CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS .

– A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro.

– A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade.

– A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a

O STJ, por sua vez, firmou orientação no mesmo sentido da Segunda Turma do STF, conforme se depreende do RHC 131.263, julgado pela Terceira Seção, em que a questão foi pacificada, não é possível a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva¹²².

conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.

AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE – NATUREZA JURÍDICA – ELEMENTOS QUE O INTEGRAM – FUNÇÃO PROCESSUAL

– [...]

– Mostra-se inconcebível que um ato de natureza meramente descritiva, como o é o auto de prisão em flagrante, limitado a relatar o contexto fático-jurídico da prisão, permita que dele infira-se, por implicitude, a existência de representação tácita da autoridade policial, objetivando, no âmbito da audiência de custódia, a conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva.

– A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima se e quando houver, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, quando for o caso), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente, pois não se presume – independentemente da gravidade em abstrato do crime – a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que hão de ser adequada e motivadamente comprovados em cada situação ocorrente. Doutrina.

PROCESSO PENAL – PODER GERAL DE CAUTELA – INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO “STATUS LIBERTATIS” E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL.

– Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. [...]

(HC 188.888, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 6/10/2020, Publicado em 15/12/2020 – grifos acrescidos)

¹²² PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO. CONVERSÃO *EX OFFICIO* DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO PRÉVIO OU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, OU PELO QUERELANTE, OU PELO ASSISTENTE, OU, POR FIM, MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL.

1. Em razão do advento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva. Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, § 2º, e 311, *caput*, todos do CPP.

2. IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO “*EX OFFICIO*” DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL) INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL - RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI N. 13.964/2019 (“LEI ANTICRIME”), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, “SPONTE SUA”, A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA - CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA

Da análise do inteiro teor do acórdão, manifestou-se que não existiria diferença entre a conversão da prisão em flagrante em preventiva e a decretação da prisão preventiva como uma primeira prisão, uma vez que, em ambas as circunstâncias, a segregação cautelar é uma situação que deve respeitar o disposto nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal. Ficou consignado, também, que não se depreenderia do art. 310, II, do CPP a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva sem manifestação dos órgãos encarregados da persecução penal, uma vez que tal dispositivo deve ser interpretado de acordo com os demais, que também tratam da prisão preventiva.

Pode-se concluir, portanto, que, em que pese a questão não esteja, por ora, pacificada no âmbito do STF, o STJ, na qualidade de intérprete da legislação infraconstitucional, pacificou entendimento no sentido que o intuito do legislador foi o de prezar pelo sistema acusatório, evitando-se que o julgador tome parte antes de instaurada a ação penal, postura mais consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Não se pode sustentar ausência de racionalidade legislativa, neste ponto, ou a transferência da racionalidade para a jurisdição, pois a discussão se limita à aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, a decisão a respeito do modo pelo qual o juízo de conhecimento conduzirá a aplicação das medidas cautelares e a imposição da prisão cautelar, de acordo com o sistema acusatório adotado pelo ordenamento, não havendo que se falar, ao que tudo indica, em brecha para o arbítrio de decisões particulares, fato objeto de crítica no primeiro capítulo.

Conforme verificado no item 2.4, a atecnia do legislador ao prever a revisão periódica da prisão cautelar, sem declinar a consequência da extrapolação do lapso, ensejou a controvérsia sobre se a custódia deveria ser automaticamente revogada ou submetida à análise judicial.

PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO.

[...]

3. Da análise do auto de prisão é possível se concluir que houve ilegalidade no ingresso pela polícia do domicílio do paciente e, por conseguinte, que são inadmissíveis as provas daí derivadas e, consequentemente, sua própria prisão. Tal conclusão autoriza a concessão de ordem de ofício.

4. Recurso em *habeas corpus* provido para invalidar, por ilegal, a conversão *ex officio* da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva. Ordem concedida de ofício, para anular o processo, *ab initio*, por ilegalidade da prova de que resultou sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada também por essa razão.

(RHC 131.263/GO, Relator Ministro Sebastião Reis, Terceira Seção, Julgado em 24/2/2021, Publicado em 15/4/2021 – grifos acrescidos)

Neste ponto, pode-se vislumbrar um clássico exemplo no qual a falta de racionalidade redundou no arbítrio de uma decisão particular com graves consequências.

Veja-se que nos autos do *Habeas Corpus* n. 191.836/SP, impetrado em favor do acusado, conhecido por “André do Rap”, considerado líder da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), o Ministro do STF, atualmente aposentado, Marco Aurélio de Mello, verificando que havia sido extrapolado o prazo legal de noventa dias para a reavaliação dos pressupostos da prisão preventiva, nos termos do art. 316, parágrafo único, do CPP, deferiu medida liminar para revogar a prisão cautelar, adotando a orientação de que neste caso a revogação deveria ser automática.

Ajuizado pedido pela PGR de suspensão da liminar, o Ministro Presidente da Corte, Luiz Fux, suspendeu os efeitos da medida, mas o conhecido acusado já estaria em local ignorado.

A suspensão da liminar foi referendada pelo Pleno da Corte e, conseqüentemente, a questão foi pacificada no âmbito do STF¹²³.

A ementa redigida para o julgado demonstra, por si só, a gravidade da situação instaurada, de modo que a consequência da revogação da prisão cautelar, neste caso, é

¹²³ EMENTA: PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/2019). COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONHECER DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONTRACAUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA DEFERIMENTO. RESGUARDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO AUTOMÁTICA DE PRISÃO PREVENTIVA. NECESSÁRIO EXAME DE LEGALIDADE E DE ATUALIDADE DOS SEUS FUNDAMENTOS. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. SUSPENSÃO REFERENDADA.

1. O incidente de suspensão de liminar é meio autônomo de impugnação de decisões judiciais, de competência do Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso. O deferimento da medida demanda demonstração de que o ato impugnado pode vir a causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (art. 4º, caput, da Lei 8.437/1992 c/c art. 15 da Lei 12.016/2009 e art. 297 do RISTF).

2. *In casu*, tem-se pedido de suspensão ajuizado pela Procuradoria-Geral da República contra medida liminar concedida nos autos do *Habeas Corpus* 191.836/SP, no qual se determinou a soltura de André Oliveira Macedo (“André do Rap”), líder da organização criminosa Primeira Comando da Capital (PCC).

3. O risco de grave lesão à segurança e à ordem públicas revela-se patente, uma vez que (i) subsistem os motivos concretos que levaram à decretação e à manutenção da prisão preventiva do paciente; (ii) trata-se de agente de altíssima periculosidade comprovada nos autos; (iii) há dupla condenação em segundo grau por tráfico transnacional de drogas; (iv) o investigado compõe o alto nível hierárquico na organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital – PCC; (v) o investigado ostenta histórico de foragido por mais de 5 anos, além de outros atos atentatórios à dignidade da jurisdição.

4. *Ex positis*, suspendem-se os efeitos da medida liminar proferida nos autos do HC 191.836, até o julgamento do respectivo writ pelo órgão colegiado competente, consecutivamente determinando-se a imediata PRISÃO de ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO (“André do Rap”).

5. Tese fixada no julgamento: “A inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (dias), não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.”

(SL 1395 MC-Ref, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 15/10/2020, Publicado em 4/2/2021 – grifos acrescidos)

praticamente irreversível, não só em razão da notícia de que o acusado se encontra com paradeiro desconhecido¹²⁴, mas principalmente em face da articulação da organização criminosa da qual faz parte.

O STJ também consolidou o entendimento de que o prazo nonagesimal não é peremptório, logo sua extrapolação não tem por consequência a revogação automática da prisão preventiva¹²⁵.

Registrou-se que o reexame periódico da manutenção da prisão preventiva é balizado pela ocorrência ou não de modificação nas circunstâncias fáticas que subsidiaram, na primeira oportunidade, a adoção da medida, de modo que a revogação da cautelar depende da falta de motivo para sua subsistência.

Outro ponto que também foi objeto de debate no Judiciário decorre da controvérsia a respeito da obrigatoriedade da revisão periódica da segregação cautelar em segundo grau de jurisdição, quando o órgão emissor do decreto de prisão é o magistrado singular. Isto, porque, conforme analisado no item 2.4, há quem sustente que cabe ao Tribunal reavaliar a subsistência dos pressupostos da preventiva decretada pelo Juízo de primeiro grau, e quem afirme que a obrigatoriedade se limita ao primeiro grau de jurisdição.

¹²⁴ Notícia que resume a situação acusado, citado como exemplo: Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/03/alem-da-policia-de-sao-paulo-criminosos-tambem-estao-na-caca-de-andre-do-rap.shtml>. Acesso em: 13 out. 2021.

¹²⁵ PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. PRISÃO. REVISÃO PERIÓDICA. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. MAGISTRADOS. COMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. ART. 33, II, DA LOMAN. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. ALTERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. CAUTELARES PESSOAIS. MANUTENÇÃO.

1. Cuida-se de revisão periódica da necessidade da manutenção da prisão domiciliar monitorada cumulada com medidas alternativas do art. 319 do CPP imposta aos custodiados.

2. A competência para o exame da necessidade de manutenção da prisão imposta a magistrados atuantes em Tribunais de segundo grau de jurisdição é da Corte Especial, em vista da interpretação conjunta do art. 33, II, da LOMAN e o art. 316, parágrafo único, do CPP.

3. **O prazo da reavaliação da custódia cautelar, fixado pelo art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em períodos de 90 dias, não é peremptório e sua eventual inobservância não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão. Precedentes do STF e do STJ.**

4. **O reexame periódico da manutenção da prisão cautelar é balizado pela ocorrência ou não de modificação nas circunstâncias fáticas que subsidiaram, na primeira oportunidade, a adoção da medida, de forma que: a) ocorrendo modificação na situação fática, cabe verificar se a prisão se tornou desnecessária, independentemente do prazo de sua duração; e b) se as circunstâncias verificadas inicialmente se mantiverem presentes, deve-se averiguar se a manutenção da prisão se tornou excessivamente longa. Precedentes.**

5. Mantidas as circunstâncias fáticas, a fundamentação da revisão da prisão preventiva não exige a invocação de elementos novos, razão pela qual, para o cumprimento do disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP, é suficiente que as decisões que mantêm as prisões preventivas contenham fundamentação mais simplificada do que aquela empregada nos atos jurisdicionais que as decretaram.

[...]

14. Em revisão, medidas prisionais mantidas.

(QO no PePrPr 4/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 22/6/2021 – grifos acrescentados)

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do STF, verifica-se que não parece ter a Corte analisado a questão.

Mas o STJ já pacificou orientação no sentido de que a obrigatoriedade se limita ao “órgão emissor da decisão”, não subsistindo a necessidade de reavaliação da segregação pelo Tribunal, em sede de recurso¹²⁶.

¹²⁶ AGRAVO REGIMENTAL EM RHC. TRÁFICO, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. PROCESSO EM FASE DE APELAÇÃO. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA. FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE SOCIAL. RÉU ESTEVE FORAGIDO. REVISÃO DA PRISÃO (PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CPP). AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. [...]

2. Caso em que o agravante foi condenado em primeiro grau à pena total de 10 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão pela prática dos crimes de tráfico de drogas, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e uso de documento falso, no regime inicial fechado, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

3. A prisão preventiva foi mantida em razão das circunstâncias do caso concreto[...]

4. "Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a cada 90 dias, cabe tão somente ao órgão emissor da decisão (ou seja, ao julgador que a decretou inicialmente)." (HC 584.354/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 19/03/2021). Regra que não se aplica aos Tribunais em se de recurso, ressalvado o ponto de vista do Relator. Precedentes do STJ.

5. [...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC 153.144/MG, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 27/9/2021 – grifos acrescidos)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESTRUTURADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO INCABÍVEL NA ESPÉCIE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. COVID-19. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. SUPOSTO SUSTENTO E CUIDADOS DOS FAMILIARES PELO ACUSADO. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSE PONTO, DENEGADA A ORDEM.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. [...]

6. A obrigação de revisar, a cada 90 (noventa) dias, a necessidade de se manter a custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal) é imposta apenas ao Juiz ou Tribunal que decretar a prisão preventiva. Com efeito, a Lei nova atribui ao "órgão emissor da decisão" - em referência expressa à decisão que decreta a prisão preventiva - o dever de reavaliá-la.

7. Desse modo, encerrada a instrução criminal e prolatada a sentença condenatória, como ocorreu no caso em apreço, é inaplicável o disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que a impugnação à custódia cautelar - decorrente, a partir daí, da sentença condenatória - continue sendo feita pelas vias ordinárias recursais ou pelo manejo da ação constitucional de habeas corpus.

8. "[...] em uma interpretação sistemática, buscando manter a harmonia entre as duas regras do CPP - parágrafo único do art. 316 e §1º do art. 387 - o dever de reavaliar periodicamente, a cada 90 dias, a necessidade da prisão preventiva cessa com a formação de um juízo de certeza da culpabilidade do réu, declarado na sentença, e ingresso do processo na fase recursal. A partir de então, eventuais inconformismos com a manutenção da prisão

O fundamento de tal entendimento consiste em que essa obrigação impor-se-ia aos Tribunais, abarrotados de ações e recursos, tarefa desarrazoada ou, talvez, inexecutável, configurando o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade.

Consignou-se que a finalidade jurídica da norma não pode extrair conclusões que levem ao absurdo, existindo a possibilidade de que a defesa se valha de instrumentos processuais eficientes, como o *habeas corpus*, para impugnar a manutenção ilegal da custódia cautelar, bem como que coexiste o interesse da sociedade de ver custodiados aqueles cuja liberdade representem risco à ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Mais uma vez, pode-se concluir que o Judiciário firmou orientação no sentido da proposta aprovada pelo Legislativo, ou seja, de atribuir a responsabilidade pela reavaliação dos fundamentos da prisão cautelar à autoridade que a decretou, ao referir-se a “órgão emissor da decisão”, decidindo da forma que parece mais razoável, pois, conforme afirmado no capítulo anterior, atribuir esta obrigação, também, aos tribunais, configuraria a imposição de uma tarefa desarrazoada ou inexecutável, dada a quantidade de processos em trâmite (recursos e *habeas corpus*).

3.5 Como a lacuna existente em relação aos reincidentes em crimes comuns, em termos de percentual para a progressão de regime, tem sido solucionada pelo STJ e pelo STF

Conforme analisado no item 2.5, o legislador, ao modificar o art. 112 da Lei de Execução Penal, incorreu em atecnia ao adotar uma sistemática que se apresenta omissa em relação ao percentual da progressão de regime em relação aos reincidentes em crime comum. Ali, concluiu-se que tal omissão seria objeto de solução pela jurisdição, conforme será examinado adiante.

preventiva deverão ser arguidos pela defesa nos autos do recurso ou por outra via processual adequada prevista no ordenamento jurídico.” (AgRg no HC 601.151/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020).

[...]

11. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem.

(HC 661055/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 30/6/2021 – grifo nosso)

Em pesquisa realizada na página eletrônica do STJ, verifica-se que a Corte firmou orientação no sentido de que, diante da omissão do legislador, a questão deveria ser resolvida por meio da integração da norma por meio da analogia *in bonam partem*, aplicando-se aos condenados reincidentes em crimes comuns o mesmo percentual previsto na lei para os condenados primários¹²⁷.

Da análise do inteiro teor, observa-se que a tese sustentada pelo Ministério Público seria a aplicabilidade do percentual mais rigoroso tanto aos reincidentes genéricos¹²⁸ quanto aos específicos (reincidentes em crimes hediondos ou equiparados), sob o fundamento de que tratar igualmente apenados primários e reincidentes configuraria ofensa ao princípio da individualização da pena, isonomia e proporcionalidade, sob a ótica da proteção penal deficiente.

O acórdão em exame reconhece que a edição da Lei n. 13.964/2019 criou maior complexidade quanto à reincidência do apenado, ao dar maior relevância ao exame dos antecedentes do reeducando, nos aspectos relativos à natureza do crime cometido (se com

¹²⁷ RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPROS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calçados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.

2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia *in malam partem*, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que *de lege lata*, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.

4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido - qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas -, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

(REsp 1.910.240/MG, Relator Ministro Rogério Schietti, Terceira Seção, Julgado em 26/5/2021, Publicado em 31/5/2021 – grifos acrescidos).

¹²⁸ Aqui, a expressão “genérico” tem o sentido de comum, ou seja, refere-se aos condenados por crime hediondo ou equiparado que não ostentam condenação anterior por crime da mesma natureza.

violência ou grave ameaça), se com resultado morte e se o crime é hediondo ou equiparado, havendo recrudescimento do lapso de acordo com a gravidade das condutas perpetradas.

Ocorre que, não existe no novo regramento a previsão dos patamares relativos aos reincidentes genéricos, configurando uma lacuna legal que necessariamente deverá ser solucionada pelo intérprete, nos termos do art. 140, *caput*, do CPC¹²⁹ e de acordo com o art. 4º do Decreto-lei n. 4657/1942¹³⁰ e o art. 3º do CPP¹³¹.

Reconheceu-se que, embora a intenção do legislador, ao alterar o art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP), fosse recrudescer a norma de modo a manter os condenados mais tempo no regime estabelecido para o início do cumprimento da pena, não há como aplicar a analogia *in malam partem*, vedada em tema de direito penal, para colocar na mesma situação um apenado que, embora não seja primário, não se enquadra nos exatos termos da previsão legal que dispõe acerca da aplicação do percentual mais rigoroso, ou seja, não é reincidente em crime hediondo ou equiparado, devendo ser obedecido o princípio do *favor rei*, de modo a aplicar-lhe a solução menos rigorosa, vale dizer, ser tratado como primário.

Consignou-se, por fim, sobre a necessidade de aplicação retroativa da norma no tocante aos condenados antes da Lei n. 13.964/2019, que seriam reincidentes (genéricos), uma vez que o revogado § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990¹³² dispunha que a progressão de regime de cumprimento da pena aos condenados por crime hediondo se daria com o cumprimento de 2/5 para apenado primário e 3/5 para reincidente, indistintivamente.

Recentemente, na ocasião do julgamento do ARE 1.327.963/SP, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/9/2021, o STF firmou orientação, em sede de repercussão geral, no mesmo sentido. Confira-se a tese firmada no Tema n. 1.169 (acórdão pendente de publicação):

Tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (art. 5º, XXXIX, CF) (1), a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no art. 112 da LEP (2) não autoriza a incidência do percentual de 60% (inc. VII) aos condenados reincidentes não

¹²⁹ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

¹³⁰ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹³¹ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

¹³² Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos ~~§§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)~~. (Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018) (Revogado pela Lei nº 13.964, de 2019)

específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a analogia *in bonam partem*, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 da LEP (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico.

Da análise deste ponto específico, podemos concluir que ocorreu, de fato, não só a ausência de vinculação da alteração do art. 112 da LEP com a realidade social, uma vez que, conforme afirmado no capítulo segundo, a nova sistemática ignora o problema atual do sistema carcerário brasileiro, mas a insuficiência do debate a respeito das alíneas nas quais os patamares para a progressão foram fixados, o que ocasionou uma lacuna legal que necessariamente teve que ser preenchida pela jurisdição.

A respeito do entendimento fixado pelas Cortes Superiores sobre a controvérsia, pode-se afirmar que a solução encontrada foi a mais condizente com os princípios fundamentais pertinentes, tendo sido levado em consideração a impossibilidade de analogia *in malam partem*¹³³, vedada em direito penal, e o princípio do favor rei¹³⁴, considerado um dos mais importantes postulados desse ramo do Direito.

Fazendo um cotejo de tudo que foi apresentado até aqui, é possível fazer as seguintes considerações.

Primeiramente, a carência de um processo legislativo racional é um fato que se mostra especialmente latente em termos de política criminal, tendo em vista a frequente utilização do direito penal como instrumento de promoção (cunho eleitoreiro) e com caráter exclusivamente simbólico.

Embora a afirmação acima seja palpável no país, não podemos tachar toda e qualquer alteração legislativa em matéria criminal de populista ou punitivista. Foi possível verificar que algumas alterações realizadas na lei que foi objeto deste trabalho se mostraram extremamente necessárias para desafogar o Judiciário brasileiro e, por tabela amenizar a situação do sistema prisional, como a modificação da ação penal no crime de estelionato, a instituição do ANPP e proibição de imposição da prisão cautelar de ofício, embora outras não tenham se preocupado com a atual superlotação dos presídios, como o recrudescimento dos requisitos para o livramento condicional e para a progressão de regime.

As propostas da legística, apresentadas no primeiro capítulo, embora não estejam isentas de discussão e contestação, mostram-se indispensáveis ao processo legislativo,

¹³³ No caso de omissão legal, adota-se lei que regula caso semelhante, embora mais prejudicial ao acusado.

¹³⁴ Ou *favor libertatis*, que decorre do princípio da presunção de inocência, baseia-se na prevalência do direito de liberdade do indivíduo, de modo que, diante de duas interpretações diversas, deve-se optar pela que se mostra mais favorável ao acusado.

especialmente em termos de política criminal, de modo a garantir ao legislador o acesso ao maior número possível de dados e informações relevantes, a fim de propiciar um processo legislativo mais racional e cuidadoso.

Em termos de judicialização, pode-se verificar que, em que pese a falta de racionalidade legislativa em determinadas ocasiões tenha feito com que alguns pontos tivessem que ser solucionados pela jurisdição, não se pode atribuir exclusivamente a essa a racionalidade predominante em todos os casos trabalhados. Algumas das alterações legislativas realizadas já eram objeto de intensa discussão doutrinária, como a alteração da ação penal no crime de estelionato e a previsão de revisão periódica da necessidade da prisão cautelar. Ademais, tais medidas nada tem de populistas punitivas, mas são consequências da atual situação do Judiciário brasileiro, assoberbado de processos judiciais sem previsão de decisão final.

CONCLUSÃO

Conforme foi possível observar no decorrer deste trabalho, os conceitos de racionalidade legislativa e os mecanismos apresentados pela teoria da legislação são indispensáveis à instituição de qualquer política criminal, seja ela punitiva ou desencarceradora.

No primeiro capítulo, contamos com importantes considerações a respeito dos níveis de racionalidade a serem observados na produção legislativa em tema de política criminal. A abordagem dos níveis de racionalidade, segundo Díez Ripollés, demonstrou a essencialidade deste critério, a fim de, primeiramente, identificar o conjunto de atitudes vitais e princípios reguladores do comportamento que condicionam todo o atuar comunicativo da sociedade (racionalidade ética) e, por conseguinte, adequar as bases para um discurso ético-político em que ocorra uma confrontação racional entre os componentes éticos controvertidos, precedentes de agentes sociais e grupos de pressão de ampla especialização, a fim de obter compromissos com o emprego decisivo do critério democrático (racionalidade teleológica). Também se pretende, com a adoção deste critério, adaptar os objetivos elencados pela racionalidade teleológica às reais viabilidades da decisão legislativa, possibilitando o cumprimento da norma editada na prática (racionalidade pragmática). Isto, sem contar a garantia de um sistema jurídico coerente, tanto em relação ao setor jurídico em que determinada norma está inserida, como no tocante ao próprio conjunto do ordenamento jurídico, decorrente da racionalidade jurídico-formal. Por fim, a norma seria detentora de habilidades comunicativas capazes de transmitir seu conteúdo de forma simples aos destinatários, por meio da racionalidade linguística. Verificamos que a plenitude deste critério decorreria de uma inter-relação entre os cinco níveis citados, de forma equilibrada, sendo aplicáveis à todas as fases legislativas, ora com predominância de um nível, ora com predominância de outro.

Ao abordar as críticas doutrinárias à política criminal populista, contamos com as lições de diferentes juristas que, ao repreenderem a atual política criminal, foram unânimes em atribuir à edição de leis simbólicas ou desvinculadas da realidade na qual foram editadas, a carência de dados empíricos prévios e de boa qualidade, faltando o que se chama de política baseada em evidência. Neste ponto, também podemos verificar os motivos pelos quais tem ocorrido a politização da política criminal, consistentes basicamente no fato de que: a política criminal não reflete mais o contraste ideológico do pensamento político, ante o fato de que decisões punitivistas proporcionam o acúmulo maior de votos nas eleições, terminando por

quebrar as diferenças entre direita e esquerda na pauta do controle do delito; a agenda político-criminal é determinada pelos agentes políticos e seus interesses imediatos, e não pelas legítimas exigências sociais ou a realidade social; as informações transmitidas pelos meios de comunicação, decorrentes de fontes não oficiais ou institucionais, potencializam as atitudes punitivas da população; e a influência de práticas político-criminais estrangeiras sem que ocorram aproximações analíticas rigorosas das políticas criminais nacionais.

Ainda sobre o tema da politização, verificamos que existe corrente que, de um lado, defende que tal fenômeno seria uma tendência generalizada no mundo ocidental (de rigor punitivo), e outra corrente que, partindo de uma análise a partir dos efeitos sociais gerados pela adoção de determinada política criminal, defende a existência de modelos e tendências político-criminais distintas e até contrapostas.

Constatado que o processo legislativo racional é capaz de fornecer instrumentos úteis para a elaboração do Direito, passamos à breve análise a respeito da teoria da legislação. Ali, deparamo-nos com um conceito relativamente novo, mas que tem contado com a crescente atenção de estudiosos, a *legisprudence* ou *legistics*, traduzida para o português como legística, teoria da legislação, ciência da legislação ou legisprudência, consistente no conjunto de saberes desenvolvido para melhorar a qualidade do ato legislativo em termos materiais e formais. Ao estudar tal critério, verificamos a importância das oito fases pelas quais a decisão legislativa deveria passar, como: a) identificação clara do problema sobre o qual se pretende atuar (diagnóstico); b) formulação precisa do objetivo que se deseja alcançar; c) ampla seleção de meios *a priori* adequados a tanto (jurídicos ou não); d) avaliação prospectiva dos efeitos hipotéticos das principais medidas em discussão (prognóstico); e) redação do projeto; f) aprovação da legislação e entrada em vigor; g) avaliação retrospectiva de seus efeitos; e h) correção ou emendada lei, se for o caso, para adequá-la à luz dos resultados do exame *ex post*.

Também contamos com o conceito de jurimetria em âmbito penal, ramo da Criminologia que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento do conjunto de normas penais e extrapenais, que se prestam à proteção de bens e servem como instrumento de controle social.

O primeiro capítulo se encerra com a concepção de que a conjugação desses critérios e conceitos, conforme observamos, além garantir ao legislador o acesso ao maior número possível de dados e informações relevantes, importando em um processo legislativo mais racional e cuidadoso, possibilita que o sistema penal, em âmbito normativo, tenha maior operatividade social, ou seja, maior capacidade de conformar a realidade.

Passado ao segundo capítulo, abordamos as cinco alterações legislativas, decorrentes do Pacote Anticrime, que contam com maior incidência nos Tribunais Superiores (STF e STJ).

Verificamos que as modificações legais, no tocante ao recrudescimento dos requisitos para o livramento condicional, à vedação do benefício para condenados por crime hediondo com resultado morte (primários ou reincidentes) e ao endurecimento do requisito objetivo para a progressão de regime incorreram em falta de racionalidade ética e pragmática, pois ao mesmo tempo em que contrariam princípios da sanção, como o da humanidade das penas, já que redundam em manter os apenados em maior tempo sob condições reconhecidamente degradantes, desconsiderou a atual situação de superlotação do sistema prisional brasileiro.

Também foi possível verificar que tais modificações foram realizadas ao alvedrio da racionalidade teleológica, uma vez que os objetivos perseguidos pela alteração não parecem ter sido estabelecidos no âmbito de um emprego discursivo do critério democrático, que tenha prestado a devida atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes.

Sob este enfoque, da racionalidade teleológica, o mesmo se pode afirmar em relação à aprovação do ANPP, pois da análise das justificativas apresentadas nas propostas que originaram a edição da alteração legal e da tramitação legislativa, não se verificou o suficiente debate entre os atores envolvidos na implementação do instituto, ou seja, não se percebe ter ocorrido vinculação entre a decisão legislativa tomada e a observância do critério democrático, como a suficiente oitiva de grupos de pressão especializados, debate entre profissionais do Poder Judiciário, opinião de *experts* da Execução Penal e da própria sociedade.

Pode-se afirmar que algumas alterações realizadas, em que pese passíveis de críticas, diante da insuficiência dos debates prévios e desvinculação com dados da realidade social, mostraram-se de grande necessidade, como a modificação da ação penal no crime de estelionato e a própria instituição do acordo de não persecução penal, como mecanismos de redução dos processos judiciais e desencarceradoras, bem como a vedação da conversão da prisão cautelar de ofício, como forma de preservar o sistema acusatório, e a determinação da reavaliação periódica da segregação provisória, medida indispensável, em razão da morosidade da justiça e da situação degradante das prisões do país.

Sobre as críticas apresentadas a respeito do populismo punitivo, podemos verificar que nem todas as alterações se encaixam nesse viés, até porque a maioria das modificações analisadas no presente trabalho, como a alteração da natureza da ação penal no crime de estelionato para pública condicionada à representação, a instituição do acordo de não-

persecução penal e as relativas à prisão cautelar, nada tem de populistas punitivas, pelo contrário, são propostas que objetivam, ora desafogar o Judiciário, ora amenizar a situação dos presídios, ora ambos.

Em geral, é possível concluir que de toda a análise comparativa realizada, ou seja, das propostas da teoria da legislação e da aprovação os projetos que ensejaram a Lei n. 13.964/2019, que as alterações legais analisadas pecaram em relação à inobservância dos critérios propostos pela legística. Ou seja, o que ficou mais latente, foi a aprovação das inovações sem que se tenha realizado um diagnóstico prévio com dados atuais e confiáveis a respeito das disfunções sociais, se é que todas foram identificadas, e a realização de um prognóstico, elementos mínimos e essenciais, conforme estudado, à aprovação de uma proposta relacionada à política criminal.

Ao encerrar o trabalho com a abordagem realizada no terceiro capítulo, focamos a análise na racionalidade da jurisdição, ou seja, examinar o modo pelo qual o STF e o STJ decidiram a respeito das modificações mais recorrentes na prática, bem como na ocorrência, ou não, do protagonismo da jurisdição.

Em se tratando das alterações realizadas pela Lei n. 13.964/2019, escolhidas para a análise no presente estudo, foi possível verificar o referido protagonismo na ocasião do recrudescimento dos requisitos subjetivos do livramento condicional, quando foi transferida ao intérprete a decisão final a respeito da consideração das infrações disciplinares anteriores ao lapso de 12 meses, para fins de aferição do requisito subjetivo.

Viu-se que se fixou orientação no âmbito do STJ, no sentido de que o histórico carcerário do apenado não deve ser desconsiderado, mas analisado de acordo com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena, de modo a não se ignorar a reabilitação das infrações disciplinares anteriormente praticadas, nem o caráter progressivo da execução da pena.

Também é possível afirmar transferência de racionalidade no tocante à modificação da ação penal no delito de estelionato e à instituição do acordo de não persecução penal, diante da ausência de uma norma a respeito da aplicabilidade de tais inovações aos processos em curso. Sobressaiu a necessidade de uma norma de direito intertemporal, em decorrência da amplitude das alterações realizadas pelo novo diploma, considerada a maior alteração, desde a implementação da reforma da parte geral do Código Penal, em 1984. Além do que, com a ausência de tal regulação, foi possível observar um aumento de processos nas Cortes Superiores, discutindo a aplicabilidade de tais alterações, o que terminou por incrementar a mora processual dos feitos ali em trâmite.

Neste ponto, expôs-se que tanto o STF quanto o STJ firmaram orientação no sentido da não retroatividade da norma que modificou a ação penal no referido delito. Os fundamentos de tal orientação consistem no caráter processual do conteúdo da norma, que demanda aplicação imediata, de modo que, em se tratando de condição de procedibilidade, mostra-se necessário o resguardo da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito. Em relação ao ANPP, fixou-se orientação no sentido da aplicabilidade aos crimes cometidos antes do advento da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Considerou-se que as Cortes atribuíram interpretação razoável e uniforme às alterações legais, prezando pela segurança jurídica e pela melhor solução aos processos em curso, de modo que se levou em conta, além dos objetivos projetados pelo legislador, a melhor doutrina a respeito da natureza jurídica das normas alteradas e a retroatividade pertinente, não se podendo falar em arbítrio, incoerência ou ativismo judicial desmesurado.

Em relação à modificação concernente à reavaliação periódica da prisão cautelar, ficou evidenciada a necessidade de regulação das consequências da extrapolação do lapso nonagesimal fixado pelo legislador, circunstância que terminou por propiciar o arbítrio de decisões particulares, como a do Ministro Marco Aurélio de Mello, no emblemático caso da soltura do acusado tido como um dos líderes da facção criminosa “Primeiro Comando da Capital – PCC”, vulgarmente conhecido por “André do Rap” (*Habeas Corpus* n. 191.836/SP). Tal acontecimento fez com que a jurisdição, protagonizando, fixasse orientação no sentido de que a soltura no caso de extrapolação do prazo não poderia ser automática, mas passar pela avaliação judicial.

Verificou-se o real protagonismo da jurisdição, ainda, em relação à modificação dos requisitos objetivos para a progressão de regime prisional, em que, diante da omissão da norma em relação aos reincidentes em delitos comuns, o intérprete, após o exame de vários casos idênticos, terminou por firmar a compreensão no sentido de integrar a norma por meio da analogia *in bonam partem*, aplicando o mesmo percentual relativos aos acusados primários.

Em geral, podemos afirmar com tranquilidade que a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) não pode ser considerada de todo fruto de um populismo punitivo, uma vez que existem modificações de grande relevância, destinadas a amenizar a problemática do acervo judicial e da superpopulação carcerária. Partindo dessa premissa, é bom que fique registrada a necessidade das modificações realizadas no tocante à alteração da ação penal no crime de estelionato, à instituição do acordo de não persecução penal e às relativas à prisão cautelar, mudanças que, em que pese não terem contado com o necessário aprofundamento e com a

incidência das propostas apresentadas sobre teoria da legislação, já eram defendidas por diversos setores da doutrina do próprio judiciário.

Já em relação às propostas de endurecimento da execução penal, tratadas no presente estudo, relativas ao livramento condicional e à progressão de regime, observou-se não só a desvinculação com os dados da realidade brasileira, mas com próprios princípios constitucionais, como a humanidade e individualização da pena, bem como se ignorou disposição legal expressa (art. 113 ADCT), no sentido da inobservância do impacto orçamentário de tais medidas, que demandam a criação de mais vagas no sistema prisional, que já se encontra em crescente colapso.

ANEXO I

Quadro comparativo com o que constou das duas propostas legislativas sobre o acordo de não-persecução penal, com o teor do substitutivo elaborado pela Câmara dos Deputados e com o teor da aprovação que resultou no art. 2º da Lei n. 13.964/2019. Brasília, 2021.

	PL 10.372/2018	PL 882/2019	Substitutivo apresentado pelo GT da Câmara em Relação a ambos	Aprovação da Lei n. 13.964/2019
Previsão legal	Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, e <u>com pena mínima inferior a quatro anos</u> , o <u>Ministério Público</u> poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:	Art. 28-A. <u>O Ministério Público ou o querelante</u> poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e <u>com pena máxima não superior a quatro anos</u> , mediante o cumprimento das seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:	Art. 28-A. <u>O Ministério Público ou o querelante</u> poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e <u>com pena máxima não superior a quatro anos</u> , mediante o cumprimento das seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:	Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e <u>com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos</u> , o <u>Ministério Público</u> poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa e alternativamente:
Requisitos	I – reparar o dano ou	I - reparar o dano ou	I - reparar o dano ou	I - reparar o dano

<p>restituir a coisa à vítima, <u>salvo</u> impossibilidade de fazê-lo;</p> <p>II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;</p> <p>III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo <u>Ministério Público</u>;</p> <p>IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social <u>a ser indicada pelo Ministério Público</u>, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;</p> <p>V – cumprir por prazo determinado outra</p>	<p>restituir a coisa à vítima, <u>exceto</u> impossibilidade de fazê-lo;</p> <p>II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;</p> <p>III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo <u>juízo da execução</u>;</p> <p>IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do DecretoLei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, <u>a ser indicada pelo juízo da execução</u>, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente</p>	<p>restituir a coisa à vítima, <u>exceto</u> impossibilidade de fazê-lo;</p> <p>II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;</p> <p>III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo <u>juízo da execução</u>;</p> <p>IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, <u>a ser indicada pelo juízo da execução</u>, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente</p>	<p>ou restituir a coisa à vítima, <u>exceto na</u> impossibilidade de fazê-lo;</p> <p>II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;</p> <p>III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo <u>juízo da execução</u>, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);</p> <p>IV - pagar prestação</p>
---	---	--	---

	<p>condição indicada pelo Ministério Público, <u>nas hipóteses previstas nos artigos 318, 319 e 320 do Código de Processo Penal</u>, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.</p>	<p>lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.</p>	<p>lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.</p>	<p>pecuniária, a ser estipulada nos termos do <u>art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)</u>, a entidade pública ou de interesse social, a <u>ser indicada pelo juízo da execução</u>, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.</p>
<p>Critério de aferição da pena para o oferecimento do</p>	<p>§1º Para aferição da pena <u>mínima</u> cominada ao delito, a que se refere o <i>caput</i>, serão consideradas as causas</p>	<p>§ 1º Para aferição da pena <u>máxima</u> cominada ao delito a que se refere o <i>caput</i>, serão consideradas as</p>	<p>§ 1º Para aferição da pena <u>máxima</u> cominada ao delito a que se refere o <i>caput</i>, serão consideradas as</p>	<p>§ 1º Para aferição da pena <u>mínima</u> cominada ao delito a que se refere</p>

acordo	de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.	causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.	causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.	o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.
Casos de não aplicação	<p>§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:</p> <p>I – for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;</p> <p>II – o crime for hediondo ou equiparado (Lei 8.072/1990), de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei n. 9.613/1998), praticado por funcionário público contra a administração pública (Código Penal, Título XI, Capítulo I) ou nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;</p> <p>III – o crime for praticado por militar e afete a hierarquia e a disciplina das Forças Armadas ou Polícias Militares;</p> <p>IV - ter sido o autor da</p>	<p>§ 2º O disposto no <i>caput</i> não se aplica nas seguintes hipóteses:</p> <p>I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;</p> <p>II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;</p> <p>III - ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e</p> <p>IV - os antecedentes,</p>	<p>§ 2º O disposto no <i>caput</i> não se aplica nas seguintes hipóteses:</p> <p>I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;</p> <p>II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;</p> <p>III - ter sido o agente beneficiado nos cinco</p>	<p>§ 2º O disposto no <i>caput</i> deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:</p> <p>I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;</p> <p>II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;</p> <p>III - ter sido o agente beneficiado nos 5</p>

	<p>infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;</p> <p>V - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;</p> <p>VI – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.</p>	<p>a conduta social, a personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida.</p>	<p>a conduta social, a personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida;</p> <p>V – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.</p>	<p>(cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e</p> <p>IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.</p>
<p>Modo de formalização</p>	<p>§ 3º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de defensor.</p> <p>§ 4º O acordo será formalizado nos autos,</p>	<p>§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.</p> <p>§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o</p>	<p>§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.</p> <p>§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o</p>	<p>§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.</p> <p>§ 4º Para a homologação do</p>

	<p>com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.</p> <p>§ 5º Tratando-se de prisão em flagrante delito, o acordo poderá ser proposto e submetido a homologação judicial na audiência de custódia.</p> <p>§ 6º Realizado o acordo, os autos serão submetidos ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade, voluntariedade e adequação ao caso concreto.</p>	<p>juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.</p>	<p>juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.</p>	<p>acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.</p>
<p>Recusa por parte do juiz</p>	<p>§7º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com</p>	<p>§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público</p>	<p>§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público</p>	<p>§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal,</p>

	<p>concordância do investigado e seu defensor;</p> <p>[...]</p> <p>§ 9º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no §7º.</p> <p>§ 10 Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.</p>	<p>para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.</p> <p>[...]</p> <p>§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º.</p> <p>§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.</p>	<p>para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.</p> <p>[...]</p> <p>§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º.</p> <p>§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.</p>	<p>devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.</p> <p>[...]</p> <p>§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.</p> <p>§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.</p>
Homologação	§ 8º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá	§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o	§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o	§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal,

	os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo competente, <u>suspendendo-se a prescrição nos termos do art. 116, III do Código Penal.</u>	juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.	juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.	o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.
Comunicação à vítima	§ 11 A vítima será comunicada da homologação do acordo por qualquer meio idôneo.	§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal <u>e de seu descumprimento.</u>	§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal <u>e de seu descumprimento.</u>	§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal <u>e de seu descumprimento.</u>
Providência em caso de descumprimento	§ 12. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 13 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional	§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do	§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do	§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público

	do processo.	processo.	processo.	Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.
Informações a respeito da celebração de acordo	§ 14. A imposição de sanção tratada neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso V, do §2º; [...].	§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constará de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º.	§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constará de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º.	§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.
Cumprimento integral	§ 14 [...]; cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.	§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.	§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.	§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.
Suspensão do prazo prescricional		§ 14. Não correrá a prescrição durante a vigência de acordo de não persecução penal.		
Recusa por parte do MP				§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o

				investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.
--	--	--	--	--

REFERÊNCIAS:

AKERMAN, William. Novo regramento das medidas cautelares pessoais. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (org.). **Pacote anticrime: análise crítica a luz da Constituição Federal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

ALMEIDA, Felipe Lima de. O livramento condicional e a Lei 13.964/2019: considerações críticas. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (org.). **Pacote anticrime: análise crítica a luz da Constituição Federal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

ANDRADE, Adressa Paula de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Pacote Anticrime: procedibilidade e prosseguibilidade no crime de estelionato. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime: reformas penais**. Florianópolis: Emais, 2020.

BARRILARI, Claudia Cristina. A nova progressão de regime: disfuncionalidade da execução penal. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime: reformas penais**. Florianópolis: Emais, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência de República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Decreto-lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941**. Brasília, DF. Presidência de República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. **Decreto-lei nº 2848, de 7 dezembro de 1940**. Brasília, DF. Presidência de República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF. Presidência de República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF. Presidência de República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 5 nov. 2021

BRASIL. **Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020**. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/decreto/D10411.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/L12015.htm. Acesso em 5 nov. 2021

BRASIL. Lei nº 13.874/2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 5 nov. 2021

BRASIL. **Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.653, de 28 de maio de 2012**. Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/L12653.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 111.840/ES**. Impetrante: Edmar Lopes Feliciano. Impetrado Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli, 27/6/2012. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5049490> Acesso em 5 nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82.959/SP**. Impetrante: Oseas Campos. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Marco Aurélio, 23/2/2006. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206> Acesso em 5 nov. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.816.322/MG**. Embargante: Rudimar Barbosa. Embargado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator Ministro Humberto Martins, 22/6/2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901560880&dt_publicacao=25/06/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Questão de Ordem no Pedido de Prisão Preventiva 4/DF**. Requerente: M. P. F. Requerido: em apuração. Relatora Ministra Nancy Andrichi, 16/6/2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003204023&dt_publicacao=22/06/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.793.971/MG**. Agravante: Kennedy Correa Xavier Silva. Agravado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 23/3/2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003123629&dt_publicacao=23/03/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental na Petição no Agravo em Recurso Especial 1.664.039/PR**. Agravantes: Adjair Fernando Buturi e outros. Agravado: Ministério Público do Paraná. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 20/10/2020. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000358426&dt_publicacao=26/10/2020. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 685.200/RJ**. Agravante: Valdir Marques da Silva Filho. Agravados: Ministério Público Federal e Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator Ministro João Otávio de Noronha, 24/8/2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102498111&dt_publicacao=30/08/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 153.144/MG**. Agravante: Cleber Francisco de Jesus Batz. Agravado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 21/9/2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102817829&dt_publicacao=27/09/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus 637.782/SC**. Impetrante: Defensoria Pública de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 23/3/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003496696&dt_publicacao=29/03/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus 309.535/SP**. Impetrante: Defensoria Pública de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 22/8/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403031803&dt_publicacao=04/09/2017. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 455.498/SP**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Edinaldo Cunha de Abreu Neto. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 9/10/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801513343&dt_publicacao=30/10/2018. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 549.649/SC**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Arvelino Pereira. Relator Ministro Nefi Cordeiro, 2/6/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903622278&dt_publicacao=08/06/2020. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 660.197/SP**. Agravante. Deile Robertson de Oliveira. Agravados: Ministério Público Federal e Ministério Público de São Paulo. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, 17/8/2021. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101132794&dt_publicacao=25/08/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 628.647/SC** Agravante: Carlos Artur de Peder da Silva. Agravado. Ministério Público Federal. Relator Ministro Nefi Cordeiro, Relatora para o acórdão Ministra Laurita Vaz, 28/9/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003108500&dt_publicacao=04/10/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus HC 652.190/SP**. Impetrante: Defensoria Pública de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relatora Ministra Laurita Vaz, 17/8/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100765833&dt_publicacao=27/08/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus 661.055/PE**. Impetrante: Eloi Costa Campos Junior e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relatora Ministra Laurita Vaz, 22/6/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101174562&dt_publicacao=30/06/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial Repetitivo 1.910.240/MG**. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Erivaldo Almeida Caetano. Relator Ministro Rogério Schietti, 26/5/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003260024&dt_publicacao=31/05/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Habeas Corpus 610.201/SP**. Impetrante: Defensoria Pública de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Ministro Ribeiro Dantas, 24/3/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002258545&dt_publicacao=08/04/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso em Habeas Corpus 131.263/GO**. Recorrente: Vinicius Augusto Lima da Silva. Recorrido: Ministério Público de Goiás. Relator Ministro Sebastião Reis, 24/2/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001850303&dt_publicacao=15/04/2021. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 203.398/SP**. Agravante: Silverio dos Santos Tarrataca Neto Raphael. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 17/8/2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=756863196>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.464/SC**. Agravante: Mario Cesar Sandri. Agravado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, 11/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.124/RO**. Agravante: Leri Souza e Silva. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 8/4/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755564653>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário 1320606/ES**. Agravante: Caio Rodrigues Oliveira. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Roberto Barroso, 30/8/2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=757324399>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo em Recurso Extraordinário 1.230.095/SP**. Agravante: Fernando Cavalheiro Martins. Agravado: Ministério Público de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes, 24/8/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=753671076>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 201.610/RS**. Agravante: Adair Euzebio Gatti. Agravado: Superior Tribunal de

Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 21/6/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756262481>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 194.677/SP**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Gilmar Mendes, 11/5/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756751533>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 188.888/MG**. Impetrante: Gabriel Arruda Ramos. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Celso de Mello, 6/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754666552>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo em Recurso Extraordinário 1.327.963/SP**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Alexandre Justino Ferreira. Relator Ministro Gilmar Mendes, 17/9/2021. Acórdão pendente de publicação. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6180884>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 74.305/SP**. Impetrante: Marcos Tadeu Contesini. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Ministro Moreira Alves, 9/12/1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75135>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.395/SP**. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Relator do Habeas Corpus 191.836 do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Luiz Fux, 15/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754954657>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4301-DF** (0007548-75.2009.1.00.0000). Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, 20 de fevereiro de 2019). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339575654&ext=.pdf>. Acesso em 5 nov. 2021.

BRÜGGEMANN, Felipe. **O acordo de delação premiada e o limite de atuação do poder judiciário**. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 15, n. 33, p. 82-100, 3 dez. 2020.

CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira; CARVALHO, Felipe Fernandes de. As propostas de ampliação de mecanismos consensuais de resolução de litígios penais. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; QUINTIERE, Victor Minervino (Orgs.). **Comentários críticos às principais propostas de reformas penais brasileiras**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CORRAL MARAVER, Noelia. **La irracionalidade de la política criminal de la Unión Europea**. Revista Indret, 2016, núm. 4, pp. 1-32. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/314495> - Acesso em 24 de nov. 2021.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 3ª edição. Bahia: Juspodivm, 2017.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A Política Criminal na Encruzilhada**. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A Racionalidade das Leis Penais - Teoria e Prática**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. **La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2021, núm. 23-02, pp. 1-32. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-02.pdf>. – Acesso em 24 de nov. 2021.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A ausência de racionalidade na política criminal no Brasil**. Revista Consultor Jurídico. 28 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/chiavelli-falavigno-ausencia-politica-criminal-brasil> – Acesso em 24 de nov. 2021.

FELIX, Yuri; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; NUNES, João Alcântara. Onde todo desconforto tem assento: crimes hediondos no Pacote Anticrime. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime: reformas penais**. Florianópolis: Emais, 2020.

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. O sistema progressivo na Lei 13.964/2019: política criminal, execução penal e proteção multinível de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (org.). **Pacote anticrime: análise crítica a luz da Constituição Federal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. **O Estudo de Impacto Legislativo como Estratégia de Enfrentamento a Discursos Punitivos na Execução Penal**. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília, 2016.

FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura; AMARAL MACHADO, Érica Babini Lapa do. **Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. p. 27-65. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminología: uma introducción a sus fundamentos teóricos**. 8ª Ed. Espanha: Tirant to Blanch, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral** - v. 1. Niterói: Impetus, 2009.

LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; QUINTIERE, Victor Minervino (Orgs.). **Comentários críticos às principais propostas de reformas penais brasileiras**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LEQUES, Rossana Brum. Livramento Condicional: os impactos da Lei n. 13.964/2019. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime: reformas penais**. Florianópolis: Emais, 2020.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

MEARS, Daniel P. **American Criminal Justice Policy. An Evaluation Approach to Encreasing Accountability and Effectiveness**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016.

NIETO MARTÍN, Adán. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. BECERRA MUÑOZ, José. **Hacia Una Evaluacion Racional de Las Leyes Penales**. Madrid. Espanha: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, 2016.

OLIVÉ, Juan Ferré; PAZ, Miguel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Souto de. **Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PONTES, Antonio Carlos. Da ação penal do crime de estelionato – a timidez legislativa em sua amplitude e o problema da omissão quanto ao prazo para a condição de prosseguibilidade. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (org.). **Pacote anticrime: análise crítica a luz da Constituição Federal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei nº 13.964/2019: Aspectos penais, processuais e executórios. In: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães (Org.). **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República**. Salvador, Editora Juspodvm, 2020.

SÁNCHEZ, Demelsa Benito. **Evidencia Empírica y Populismo Punitivo. El Diseno de la Política Criminal**. Espanha: Bosch Editor, 2020.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCALCON, Raquel Lima. **Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCALCON, Raquel Lima. **Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017. Disponível em: [Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil \(senado.leg.br\)](http://senado.leg.br) – acesso em 24 de nov. 2021.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Os acordos de não persecução penal – uma primeira análise. *In*: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (org.). **Pacote anticrime: análise crítica a luz da Constituição Federal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.