



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 628.647 - SC (2020/0306051-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : ANDREI SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
LUDMILA GRADICI CARVALHO DRUMOND - SC036422
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUIDO 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Laurita Vaz negando provimento ao agravo regimental, sendo acompanhada pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz, e do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior dando provimento ao agravo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regimental, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior. Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 09 de março de 2021 (Data do Julgamento)

Ministra LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 628.647 - SC (2020/0306051-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : ANDREI SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
LUDMILA GRADICI CARVALHO DRUMOND - SC036422
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de fls. 628-631, em que foi indeferido liminarmente o *habeas corpus*.

Alega a defesa, em síntese, que *o agravante preenche os presentes requisitos objetivos, o que possibilita o oferecimento do acordo, pois trata-se de crime cuja pena mínima é inferior a 4 anos (art. 2º, II, da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal); não há reincidência; não há elementos que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou habitual; tampouco há notícias de que tenha sido beneficiado por transação penal ou suspensão condicional do processo (fl. 636).*

Acrescenta que *não é caso de “preclusão” pelo fato de o tema não ter sido suscitado pela defesa em razões de apelação criminal. Afinal, como exaustivamente demonstrado, trata-se de norma mais favorável que deve incidir no caso por uma questão de ordem pública (por determinação constitucional), sendo, inclusive, passível de aplicação de ofício pelo Tribunal. Não há falar, portanto, em preclusão (fl. 641).*

Requer o provimento do recurso, resultando na concessão da ordem. para o fim de oferecimento do acordo de não persecução penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 628.647 - SC (2020/0306051-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Conforme relatado, alega a defesa, em síntese, que *o agravante preenche os presentes requisitos objetivos, o que possibilita o oferecimento do acordo, pois trata-se de crime cuja pena mínima é inferior a 4 anos (art. 2º, II, da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal); não há reincidência; não há elementos que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou habitual; tampouco há notícias de que tenha sido beneficiado por transação penal ou suspensão condicional do processo* (fl. 636).

Acrescenta que *não é caso de “preclusão” pelo fato de o tema não ter sido suscitado pela defesa em razões de apelação criminal. Afinal, como exaustivamente demonstrado, trata-se de norma mais favorável que deve incidir no caso por uma questão de ordem pública (por determinação constitucional), sendo, inclusive, passível de aplicação de ofício pelo Tribunal. Não há falar, portanto, em preclusão* (fl. 641).

A decisão agravada foi assim fundamentada (fls. 629-630):

Não havendo divergência da matéria no órgão colegiado, admissível seu exame in limine pelo relator, nos termos do art. 34, XVIII e XX, do RISTJ.

Sobre a pretensão aduzida, extrai-se o seguinte excerto do aresto integrativo (fls. 616-618):

O embargante alega omissão indireta no acórdão, considerando que não foi reconhecida questão de ofício, ou seja, o direito a propositura do acordo de não persecução penal, nos termos da Lei n. 13.964/2019. Todavia, tal hipótese não é razoável, tampouco enseja eventual omissão mormente porque o embargante teve momento oportuno para arguir a matéria e não o fez, assim, evidente a preclusão consumativa.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser "inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, pois é vedado à parte inovar quando da oposição de embargos de declaração" (EDcl no HC 288.875/MG, rela. MIna. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03-02-2015).

E este Tribunal já firmou o entendimento de que "a ausência de manifestação sobre matéria que poderia ser analisada de ofício, em homenagem ao princípio reformatio in mellius - segundo o qual se tem admitido amplo exame da causa, ainda que existente apenas recurso da acusação - não implica omissão." (Embargos de Declaração n. 0004039-06.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 20-03-2018).

Portanto, tem-se que o acórdão eventualmente seria omisso se as teses veiculadas nos presentes embargos constassem expressamente no recurso de apelação interposto pela própria Defensoria Pública, o que não ocorreu.

Contudo, ainda assim, imperioso explicar os motivos que obstam a baixa dos autos à origem, a fim de oportunizar ao acusado o acordo de não persecução penal, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pois bem.

Com a vigência da Lei n 13.964/2019 o Código de Processo Penal sofreu inúmeras alterações. O mencionado art. 28-A possui a seguinte redação:

[...]

Com efeito, após simples leitura do artigo supracitado, resta bem evidente que, por eleição do legislador, o acordo de não persecução penal, de iniciativa exclusiva do Ministério Público, objetiva evitar o ajuizamento da ação penal. Tal ato tem como pressuposto a confissão da prática criminosa, que não envolva violência ou grave ameaça, bem como que a pena mínima cominada ao crime seja inferior a 4 (quatro) anos.

No entanto, não fosse a atual situação do processo (grau recursal), entende-se que a solução proposta tumultuaria toda a marcha processual, ao inverter a ordem e procedimento lógico e natural realizados outrora, o que além de não estar previsto em lei, seria ato inócuo e extremamente oneroso tanto ao Poder Judiciário (vale dizer, ao contribuinte), quanto às partes e terceiros envolvidos, isso sem mencionar o prejuízo imposto à sociedade.

Não é à toa que o artigo 2º do Código de Processo Penal disciplina: " A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior." Aliás, esta Câmara Criminal firmou entendimento no sentido de que havendo a prolação da sentença condenatória, resta inviabilizada a oportunização do respectivo acordo.

No caso, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, pois, na data da sentença (6/4/2020 - fl. 504), já se encontrava em vigência o art. 28-A do CPP com a redação dada pela Lei 13.964/2019, contudo, a defesa somente invocou a questão nos embargos de declaração em sede de apelação, momento, portanto, inoportuno, estando a matéria acobertada pela preclusão consumativa. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. PROPOSITURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI N. 13.964/2019. INOVAÇÃO NO RECURSO INTERNO. DESCABIMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INADMISSÃO DO RECURSO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPUGNAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. A Lei n. 13.964, conforme disposto em seu art. 20, teve sua vigência iniciada 30 (trinta) dias após a sua publicação, ocorrida em 24/12/2019. Portanto, na data da interposição do agravo em recurso especial, em 27/01/2020, já estava em vigor o art. 28-A do Código de Processo Penal, cuja aplicação é pretendida. No entanto, no referido recurso não se suscitou o tema referente ao pedido de formulação de acordo de não persecução penal, nos termos da novel legislação, o qual somente veio a ser veiculado no presente agravo regimental. Assim, a matéria constitui indevida inovação no recurso interno, o que não se admite, pela preclusão consumativa.

2. Uma vez que o Tribunal de origem invocou a Súmula n. 83/STJ como fundamento para inadmitir o recurso especial, a efetiva impugnação desta decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exigiria a indicação de precedentes contemporâneos ou posteriores aos mencionados na decisão combatida, demonstrando-se, através de um adequado confronto analítico com dados constantes do acórdão recorrido, que o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é diverso ou que a situação em análise difere substancialmente dos precedentes invocados pelo Tribunal a quo, o que não foi realizado na hipótese em apreço.

3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (AgRg no AREsp 1683890/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020).

Ante o exposto, indefiro liminarmente o *habeas corpus*.

A insurgência merece acolhimento e a decisão recorrida merece ser reconsiderada.

Com efeito, o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF). Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS N.os 440 DESTA CORTE E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N.º 12.736/12. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL PENAL MATERIAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse.

Precedentes.

2. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. No caso, o Paciente, réu primário, foi condenado à pena reclusiva de 05 anos e 10 meses de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais, o que permite, desde logo, a fixação do regime semiaberto.

5. O estabelecimento do regime prisional deve observar os termos do § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, segundo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o qual "[o] tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

6. A norma supratranscrita, de natureza jurídica mista (processual/material), deve retroagir em benefício do Paciente, em obséquio ao preceito contido no inciso XL do art. 5.º da Constituição Federal, notadamente porque, ao conceder ao condenado a viabilidade de iniciar o cumprimento de pena em regime mais brando, atinge de forma menos severa o seu direito de ir e vir.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para fim de, confirmando a liminar, estabelecer o regime semiaberto como regime inicial de cumprimento de pena e, dada a ausência de trânsito em julgado, determinar o retorno dos autos à Corte de origem para que examine, com base no art. 387, §2.º, do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do Paciente permite, na hipótese, a fixação imediata do regime aberto.

(HC 274.228/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013)

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo regimental, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n. 13.964/2019).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 628.647 - SC (2020/0306051-4)

VOTO-VENCEDOR

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina em favor de ANDREI SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado prolatado nos autos da Apelação n. 0046467-03.2015.8.24.0023.

Consta dos autos que ora Paciente, em 08/12/2015, foi preso em **flagrante**, por portar armamento e munições de uso restrito – uma pistola .40, modelo 940, marca Taurus, com numeração suprimida, e carregador com 11 (onze) munições intactas (fls. 17-18).

A Juíza de primeiro grau concedeu-lhe **liberdade provisória**, impondo medidas cautelares alternativas, quais seja, "*obrigação de não mudar de endereço e não se ausentar da comarca sem prévia comunicação e autorização judicial, respectivamente; e obrigação de comparecimento bimestral em Juízo para justificar suas atividades*" (fl. 45).

Em 11/12/2015, foi oferecida **denúncia** (fls. 67-68), dando-o como incurso no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003, que foi recebida pelo Juízo da 1.^a Vara Criminal da Capital em 18/12/2015 (fl. 84).

Em 22/09/2017, sobreveio **sentença** para "*CONDENAR o acusado Andrei Silva ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 03 (três) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, c/c art. 65, inciso III, 'd', ambos do Código Penal*" (fl. 327), fixado o regime inicial aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída "*por 02 (duas) restritivas de direito, consistentes na prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas pelo prazo estabelecido na condenação e prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo a ser revertido em favor de instituição a ser designada pelo Juízo da Execução*" (fl. 327). Foi concedido o direito de o Réu recorrer em liberdade.

Em sessão realizada em 06/12/2018, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao julgar a **apelação** defensiva, "*decidiu, por votação unânime, reconhecer a nulidade do feito a partir da audiência de instrução e julgamento, inclusive, devendo ainda, o réu ser intimado pessoalmente ou por edital para que manifeste interesse em nomear novo defensor de sua preferência, restando prejudicado a análise do mérito recursal*", consoante acórdão de fls. 340-347).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 06/04/2020, depois de saneada a apontada nulidade, foi prolatada **nova sentença condenatória**, nos mesmos termos da primeira (fls. 496-505).

Em 24/09/2020, o Tribunal *a quo* desproveu a apelação interposta pela Defesa, consoante acórdão de fls. 578-587.

A Defesa, então, manejou **embargos de declaração** – alegando omissão indireta (erro material), por não ter sido reconhecido o direito ao acordo de não persecução penal, nos termos da Lei n. 13.964/2019 –, os quais foram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 614-619, apontando "*evidente preclusão consumativa*", a par de afirmar o "*entendimento no sentido de que, havendo a prolação da sentença condenatória, resta inviabilizada a oportunização do respectivo acordo.*"

No presente *habeas corpus*, a Defensoria Pública catarinense busca, em suma, a concessão da ordem para "*suspender o julgamento da apelação e convertê-lo em diligência a fim de determinar a intimação do Ministério Público na origem para oferecer acordo de não persecução penal ao Paciente, já que preenchidos os requisitos legais do art. 28-A do CPP*" (fl. 11).

O Relator, eminente Ministro Nefi Cordeiro, em **decisão singular** (fls. 628-631), indeferiu liminarmente o *habeas corpus*, consignando que "*a defesa somente invocou a questão nos embargos de declaração em sede de apelação, momento, portanto, inoportuno, estando a matéria acobertada pela preclusão consumativa.*"

Ato contínuo, a Defensoria Pública da União interpôs **agravo regimental** (fls. 634-644). Em suas razões, assevera a Impetrante que "*A controvérsia surge quanto à possibilidade, ou não, de aplicação retroativa nas ações penais em curso em benefício do agravante, tendo em vista a natureza jurídica mista (direito material e processual)*" (fl. 637). Sustenta, em suma, que o acordo de não persecução penal, como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir nos processos ainda não transitados em julgado.

O ilustre Relator, na sessão de julgamento do dia 02/02/2020, trouxe voto pelo provimento do agravo regimental, acolhendo o argumento da Agravante, para determinar "*a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n. 13.964/2019).*"

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com a devida vênia do eminente Relator e daqueles que pensam diferente, a meu sentir, por mais que se trate de norma de conteúdo híbrido, mais favorável ao Réu – o que não se discute –, o deslinde da controvérsia deve passar pela ponderação dos princípios *tempus regit actum* e da retroatividade da lei penal benéfica, sem perder de vista a essência da inovação legislativa em questão e o momento processual adequado para sua incidência.

Dispõe a mencionada norma (grifo nosso):

*"Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o **investigado** confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, 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** ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]"*

Inferre-se da norma despenalizadora que o **propósito** do acordo de não persecução penal é justamente 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.

Com efeito, vale ressaltar que a **consequência jurídica** do descumprimento ou da não homologação do acordo é exatamente a **retomada do curso do processo**, com o oferecimento da denúncia, nos termos dos §§ 8º e 10 do art. 28-A do Código de Processo Penal:

"§ 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.

[...]

§ 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."

Nesse contexto, se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência, sob pena de se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desvirtuar o instituto despenalizador.

Em suma: 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.

No mesmo sentido, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

"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 191464 AgR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, DJe-280, DIVULG 25/11/2020, PUBLIC 26/11/2020.)

No mesmo diapasão – a despeito de haver precedentes divergentes desta Sexta Turma –, os seguinte julgados da Quinta Turma, **ilustrativamente**:

"[...]"

2. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código Penal, implementado pela Lei 13.964/2019, indica a possibilidade de realização de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado. Trata-se de fase prévia e alternativa à propositura de ação penal, que exige, dentre outros requisitos, aqueles previstos no caput do artigo: 1) delito sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 anos; 2) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a infração; e 3) suficiência e necessidade da medida para reprovação e prevenção do crime. Além disso, extrai-se do § 2º, inciso II, que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência ou a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional afasta a possibilidade da proposta.

3. Conforme exposto pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, que formulou vários enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019), especificamente em seu Enunciado 20, "cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".

4. Iniciada a persecução penal com o recebimento da denúncia e, no caso, com a condenação, inclusive, do paciente em segunda instância, resta afastada a possibilidade de acordo de não persecução penal, por não se coadunar com o propósito do instituto despenalizador pré-processual. Precedentes.

[...]

10. Writ não conhecido." (HC 624.805/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021; grifo nosso.)

"[...]

II - Com efeito, "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020)" (HC n. 607.003/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/11/2020).

III - Na hipótese em foco, a pretensão de aplicação do acordo de não persecução penal - art. 28-A do Código de Processo Penal - se deu no âmbito da apelação. Note-se que a sentença foi prolatada em 5/6/2018. Isto é, em momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/2019, o que impede a incidência do instituto.

[...]

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 626.582/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021; grifo nosso.)

"[...]

2. A Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como "Pacote Anticrime"), ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, estabeleceu a previsão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP).

3. O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020).

4. No caso dos autos, a discussão acerca da aplicação do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) só ocorreu em sede de apelação criminal e no momento do recebimento da denúncia não estava em vigência a Lei nº 13.964/2019, o que impede a incidência do instituto.

5. *Habeas corpus não conhecido.*" (HC 607.003/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020; grifo nosso.)

No caso em apreço, a **denúncia** foi oferecida em 11/12/2015 (fls. 67-68) e **recebida** pelo Magistrado processante em **18/12/2015** (fl. 84), isto é, foi instaurada a persecução penal em juízo muito antes da inovação trazida pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar em **24/01/2020**.

Inaplicável, portanto, a referida norma, até porque, como acima mencionado, já foi prolatada sentença condenatória, que foi ratificada com o desprovimento da apelação.

Ante o exposto, reiterando as mais respeitosas vênias ao eminente Ministro Relator, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo regimental, mantendo a denegação da ordem de *habeas corpus*, mas por fundamentação diversa da decisão agravada.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 628.647 - SC (2020/0306051-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Srs. Ministros, a controvérsia estabelecida neste habeas corpus e, portanto, no agravo regimental, reside no alcance da retroatividade a ser dada à nova disposição contida no art. 28-A do CPP, introduzida pela Lei n. 13.964/ 2019, com a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, 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 ajustadas cumulativa e alternativamente.

Tal previsão, de modo semelhante ao que ocorre com a **transação penal** ou com a **suspensão condicional do processo**, introduziu, no sistema processual, **mais uma forma de justiça penal negociada**.

Há diferenças substanciais, porém, entre tais institutos. A principal delas, a meu sentir, reside no fato de que, enquanto na **transação penal o acordo é de cumprimento de penas** (não privativas de liberdade) e no *sursis processual* já há um **processo instaurado, no acordo de não persecução penal (ANPP) se acerta o cumprimento de condições** (funcionalmente equivalentes a penas). Além disso, ao contrário do que se dá em relação aos dois outros institutos, o **ANPP pressupõe**, como requisito de sua celebração, prévia **confissão** do crime por parte do investigado.

A benfazeja invocação não passa, contudo, incólume à controvérsia relevante centrada em sua **retroatividade**. No particular, embora se deva reconhecer que o novel dispositivo processual **enseja algum reflexo na pretensão punitiva estatal**, que acaba por sofrer restrição - situação que lhe renderia certo conteúdo material -, não há como descurar que **sua essência é nitidamente processual, com vistas a obstar, de forma negociada, a persecutio in iudicio**.

Deveras, o acordo de não persecução penal se revela como **uma**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais criminais.

Não foi feito com o propósito específico de beneficiar o réu – como se daria em caso de norma redutora da punibilidade ou concessiva de benefício penal –, **mas para beneficiar a justiça criminal em sua integralidade, compreendidos, é certo, também os interesses dos investigados.**

Na verdade, o novel instituto traz **benefícios tanto ao investigado quanto ao Estado**, visto que ambos renunciam a direitos ou pretensões em troca de alguma vantagem: o Estado renuncia a obter uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva; o réu renuncia a provar sua inocência, mediante o devido processo legal (com possibilidade de ampla defesa, contraditório e direitos outros, como o direito ao duplo grau de jurisdição), em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade).

De fato, essa solução **negociada de processos acaba por implicar, de modo positivo, a efetividade de diversos princípios ou vetores processuais** (v.g. celeridade, economia, eficiência e proporcionalidade), ainda que com sacrifício de outros (busca da verdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa), **o que denota, por isso mesmo, sua essência com predomínio processual.**

Decerto que, na lição clássica de Américo A. **Taipa de Carvalho**, as normas de natureza penal e **processual-penal material** sujeitam-se, por sua interferência direta com o poder punitivo do Estado, às regras do direito penal no tempo, i.e, a lei nova benéfica *lex mitior* ou *abolitio criminis*) retroage e a lei nova mais severa (*lex severior*) não retroage (TAIPA DE CARVALHO, Américo A. Sucessão de leis penais. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997).

Com efeito, “razões jurídico-política de garantia do cidadão e político-criminal da indispensabilidade da pena determinaram, sucessivamente, a proibição da retroactividade da lei penal desfavorável (lei criminalizadora e *lex severior*) e a imposição da retroactividade da lei penal favorável (lei descriminalizadora e *lex mitior*)” (op. cit., p. 259).

Essa ampliação do âmbito de incidência, no tempo, da lei processual penal nova decorre do fato, bem pontuado pelo professor da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Universidade Católica do Porto, de que:

“diferentemente do que se passa com outros ramos do direito, há entre o direito penal e o processo penal uma verdadeira **relação de mútua complementariedade funcional**, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou de implicação biunívoca: o processo penal – tal como qualquer processo – pressupõe o direito penal, e o direito penal – diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório – só se concretiza através do processo penal. **O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito penal**” (TAIPA DE CARVALHO, Américo A. Sucessão de leis penais. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 262, grifei).

Digno de nota, especificamente em relação à aplicação intertemporal da suspensão condicional do processo, é o julgado paradigmático proferido pelo STF, de relatoria do **Ministro Moreira Alves**, por meio do qual foi assentada importante premissa: a retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades para as quais foi editada a lei.

Eis o teor da ementa do referido aresto:

'HABEAS CORPUS'. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95). *Lex mitior*. Âmbito de aplicação retroativa. - Os limites da aplicação retroativa da 'lex mitior', vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído.

- Se já foi proferida sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. 'Habeas corpus' indeferido.” (HC n. 74.305, Rel. Min. **Moreira Alves**, j. 09.12.1996)

Do teor dos votos proferidos pelos Ministros **Moreira Alves e Sepúlveda Pertence**, extraem-se, respectivamente, as seguintes passagens que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mutatis mutandis, podem ser aplicadas ao raciocínio desenvolvido para o acordo de não persecução penal:

(Trecho do voto do Ministro **Moreira Alves**)

[...]

A meu ver, os limites da aplicação retroativa da *lex mitior* vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, embora retroativa, não teria mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído.

(Trecho do voto do Ministro **Sepúlveda Pertence**)

[...]

A rigor, portanto, uma aplicação mais rigorosa dos princípios extinguiria a possibilidade de suspensão do processo, no momento mesmo do oferecimento da denúncia: diz o art. 89 da L. 9.099 que, ao oferecer a denúncia, é que o promotor há de fazer a proposição da suspensão condicional do processo.

Mas, parece-me possível levar essa possibilidade - e creio que o eminente Relator concorda - até a sentença. Por quê? Porque se trata, tipicamente - e nisso me parece incensurável a observação do Dr. Luiz Flávio Gomes -, de um mecanismo de disposição da ação penal. Ora, o Ministério Público não tem, nem pode ter, disposição sobre uma sentença penal condenatória, mormente quando, para ele, já transitada em julgado.

Ademais, sob o prisma das inspirações teleológicas do novo instituto, também me parece que essa solução é mais adequada: com a suspensão, visa evitar o processo e, evitando o processo e a eventual sentença condenatória, embora com *sursis*, obviar o que resta, ainda quando de concede o *sursis*, do efeito estigmatizante da condenação.

Desse modo, não me parece que se possa cogitar de suspensão condicional do processo, quando a sentença já está no mundo dos fatos, e nada mais lhe subtrairá o efeito real, que a suspensão condicional do processo pretende evitar.

Sem embargo, na espécie, o caráter predominantemente processual – em que pese, evidentemente, ter algum reflexo penal, e, especialmente, a própria razão de ser do instituto – **evitar a deflagração de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo criminal –, conduzem a se sustentar, a meu aviso, que sua retroatividade, diversamente do que ocorre com as **normas híbridas com predomínio conteúdo material** (de que é exemplo o dispositivo que condiciona a ação penal a prévia representação da vítima), deve ser **limitada ao recebimento da denúncia do Ministério Público**, isto é, à fase pré-processual da *persecutio criminis*.

No particular, observo que este é o entendimento da **Quinta Turma**: “a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, reconhecendo o caráter eminentemente processual da norma trazida no art. 28-A do Código de Processo Penal (acordo de não persecução penal), vem decidindo pela sua aplicação somente aos processos em curso até o recebimento da denúncia” (**AgRg no HC n. 621721/SC**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 8/2/2021).

Esse também é o entendimento sufragado pela **Primeira Turma do STF**, “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” (**HC n. 191.464 AgR**, Rel. Ministro **Roberto Barroso**, DJe 26/11/2020). **Alinho-me, portanto, a essas mesmas diretrizes.**

Assim, com a vênia dos que pensam diferente, **voto no sentido de que a retroatividade da norma que introduziu o ANPP deve se limitar aos casos em que não houve o recebimento de denúncia.** Acompanho, portanto, a divergência, para negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Palheiro e Rogerio Schietti Cruz, e do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior dando provimento ao agravo regimental, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior.

Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz.