



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 933284 - SC (2024/0283554-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUANA GABRIELA CEZIMBRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). EXCESSO DE ACUSAÇÃO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO PROVIDO PARA CONCEDER A ORDEM.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu de habeas corpus impetrado em favor de paciente condenada por tráfico de drogas, com aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. A defesa sustenta que, com a desclassificação para o tráfico privilegiado, deveria ser oportunizado ao Ministério Público o oferecimento de acordo de não persecução penal (ANPP), conforme o art. 28-A do Código de Processo Penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em verificar se, após o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, deve ser oportunizado ao Ministério Público o oferecimento de acordo de não persecução penal, em face do excesso de acusação.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência das Turmas do STJ tem reconhecido a necessidade de retorno dos autos à origem, para oportunizar a proposta de ANPP, quando há desclassificação para o tráfico privilegiado, pois o excesso de acusação (*overcharging*) não deve prejudicar o acusado.

4. No caso, a paciente foi inicialmente denunciada por tráfico de drogas (art. 33, caput), mas, na sentença, foi aplicada a minorante do tráfico privilegiado, reduzindo a pena abaixo de 4 anos, o que permite a análise da possibilidade de oferecimento

de ANPP, conforme o art. 28-A do CPP.

5. Diante do reconhecimento do tráfico privilegiado, faz-se necessário o retorno dos autos à origem para que o Ministério Público analise a viabilidade do ANPP, em consonância com precedentes desta Corte.

IV. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 17 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 933284 - SC (2024/0283554-9)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : LUANA GABRIELA CEZIMBRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). EXCESSO DE ACUSAÇÃO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO PROVIDO PARA CONCEDER A ORDEM.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu de habeas corpus impetrado em favor de paciente condenada por tráfico de drogas, com aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. A defesa sustenta que, com a desclassificação para o tráfico privilegiado, deveria ser oportunizado ao Ministério Público o oferecimento de acordo de não persecução penal (ANPP), conforme o art. 28-A do Código de Processo Penal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em verificar se, após o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, deve ser oportunizado ao Ministério Público o oferecimento de acordo de não persecução penal, em face do excesso de acusação.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência das Turmas do STJ tem reconhecido a necessidade de retorno dos autos à origem, para oportunizar a proposta de ANPP, quando há desclassificação para o tráfico privilegiado, pois o excesso de acusação (*overcharging*) não deve prejudicar o acusado.

4. No caso, a paciente foi inicialmente denunciada por tráfico de drogas (art. 33, caput), mas, na sentença, foi aplicada a minorante do tráfico privilegiado, reduzindo a pena abaixo de 4 anos, o que permite a análise da possibilidade de oferecimento

de ANPP, conforme o art. 28-A do CPP.

5. Diante do reconhecimento do tráfico privilegiado, faz-se necessário o retorno dos autos à origem para que o Ministério Público analise a viabilidade do ANPP, em consonância com precedentes desta Corte.

IV. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de fls. 303-305, que não conheceu do habeas corpus.

Sustenta a parte agravante que, "operada a desclassificação do crime para o tráfico de drogas "privilegiado" (Lei 11.343/06, art. 33, §4º), deve o Ministério Público ser intimado para possibilitar a proposta do acordo de não persecução penal" (e-STJ, fl. 315).

Requer o provimento do agravo regimental para a concessão da ordem pleiteada.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (e-STJ, fls. 303-305):

Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT, COMBINADO COM §4º). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA.

PRETENSE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVOCADA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS. ACUSADA SURPREENDIDA NA POSSE DE SEIS PORÇÕES DE CRACK DURANTE TRANSAÇÕES EM REGIÃO CONHECIDA PELA ATIVIDADE ESPÚRIA. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DOS POLICIAIS MILITARES RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO DA AGENTE A INDICAR, COM A SEGURANÇA NECESSÁRIA, A PRÁTICA DA INFRAÇÃO. OUTROSSIM, CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DA RÉ A CORROBORAR A VERSÃO ACUSATÓRIA. ELEMENTOS ROBUSTOS PARA EMBASAR O

DECISUM.

DOSIMETRIA DA PENA. FASE INTERMEDIÁRIA DO CÔMPUTO. PLEITEADA REDUÇÃO DA REPRIMENDA PARA AQUÉM DO MENOR PATAMAR ABSTRATAMENTE COMINADO EM DECORRÊNCIA DO RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPERTINÊNCIA. EXEGESE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PRECEDENTES.

PRONUNCIAMENTO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A paciente foi condenada, com trânsito em julgado, à pena de 1 ano e 8 meses substituída por duas restritivas de direitos, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06), pois, na fase da dosimetria da pena, aplicou-se a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

A defesa alega, em síntese, que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal em sua liberdade, uma vez que, após a realização da dosimetria da pena na sentença condenatória, não se abriu prazo para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Ao final, requer a concessão da ordem para que o acórdão seja anulado e convertido em diligência, a fim de determinar a intimação do Ministério Público para oferecimento de acordo de não persecução penal.

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

"O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

Analizando-se o conteúdo da documentação colacionada aos autos, não se verifica de plano qualquer violação ao ordenamento jurídico ou flagrante constrangimento ilegal, que implique ameaça de violência ou coação na liberdade de locomoção do paciente, nos termos da Lei nº 14.836, de 8/4/2024, publicada no Diário Oficial da União de 9/4/2024.

Ressalte-se que não há que se falar em qualquer ilegalidade na forma como se procedeu no presente caso, muito menos em excesso acusatório.

O parâmetro exigido pelo art. 28-A do CPP para oferecimento de ANPP é o da pena mínima cominada pelo legislador em abstrato e não a pena concreta aplicada.

No caso, a paciente foi denunciada pelo crime de tráfico de drogas, cuja pena mínima cominada pelo legislador é de 5 anos, o que impede o oferecimento de ANPP. O fato de, na dosimetria da pena, ter sido aplicada causa de diminuição de pena que a reduz para menos de 4 anos não faz com que todo o processo deva ser desconstituído para que se ofereça um acordo de não persecução penal. Situação diversa seria aquela em que a sentença desclassificasse a conduta pela qual o indivíduo foi denunciado para outro delito que, sim, admitisse o ANPP.

Caso prosperasse a lógica da impetrante, diversas consequências inadmissíveis do ponto de vista da segurança jurídica acabariam acontecendo como, por exemplo, todos os processos nos quais a pena final, após a dosimetria, fosse igual ou inferior a um ano, deveriam ser anulados por incompetência do juízo, já que se trataria de delito de menor potencial ofensivo.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus substitutivo e, na análise de ofício, não visualizo elementos capazes de caracterizar flagrante ilegalidade.

O agravo regimental deve ser provido.

O pleito defensivo, de se oportunizar à defesa o oferecimento do acordo de não persecução penal, foi afastado pelo Tribunal de origem nos seguintes termos (e-STJ, fls. 26-27):

[...] a simples leitura do art. 28-A do Código de Processo Penal – o qual prevê o acordo de não persecução penal – permite concluir que a sua oferta, quando preenchidos os requisitos legais, ocorre ao término da etapa investigativa, tratando-se, portanto, de instituto que visa evitar a propositura da ação penal.

*Todavia, na situação dos autos a **persecução criminal foi iniciada em 2-4-2020** (evento 3) e a sentença condenatória publicada no dia 23-10-2023 (evento 89), sendo inviável determinar o retorno dos autos à origem para que representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina examine a possibilidade da correlata proposta.*

A propósito, este Órgão Fracionário já se manifestou no sentido de que "se a disciplina atual tem a finalidade de que o beneficiado pelo acordo sequer seja submetido ao processo judicial, seria ilógico anular todo o feito depois de encerrada a persecução penal – a qual, deve-se assinalar, não se confunde com o trânsito em julgado da condenação, tendo em vista que, no atual momento processual, a reanálise fática do caso seria impossível, uma vez que é inviável realizá-la nas instâncias superiores –, para analisar a possibilidade de sequer ter-se iniciado a ação penal" (Embargos de Declaração em Apelação Criminal n. 0003488-91.2014.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, j. 2-7-2020).

[...] Além do mais, antes de ser introduzido na Lei Adjetiva Penal, o mencionado instituto já era regulamentado pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual esclarece que uma das suas principais finalidades é justamente dar celeridade à solução de situações menos graves, economizando-se recursos financeiros e humanos do Poder Judiciário e do Ministério Público, para que estes sejam priorizados no processamento e julgamento de casos de maior gravidade.

Logo, evidente que eventual acolhimento da providência requerida neste momento processual divergiria completamente do respectivo propósito, mormente porque ao invés de reduzir tais recursos, os aumentaria, tendo em vista que acarretaria retrabalho aos mencionados órgãos, além de congestionar ainda mais o Judiciário.

No caso, a denúncia foi recebida em 02/04/2020, após a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, que instituiu o acordo de não persecução penal, não havendo discussão acerca da (ir)retroatividade da legislação.

O que se discute na presente impetração é a possibilidade da incidência

do ANPP nas hipóteses de excesso de acusação.

Acerca do tema, a jurisprudência recente das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior é no sentido de que, reconhecido o tráfico privilegiado, corrigindo-se o enquadramento jurídico inicial trazido na denúncia, faz-se necessário o retorno dos autos à origem para que seja avaliada a possibilidade de propositura do acordo de não persecução penal, pois o excesso de acusação não pode prejudicar o acusado.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DESCRIÇÃO DOS FATOS NA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. EXCESSO DE ACUSAÇÃO (OVERCHARGING) NÃO DEVE PREJUDICAR O ACUSADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No precedente do AgRg no REsp 2.016.905/SP, a Quinta Turma do STJ estabeleceu que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse precedente reconheceu a aplicação adaptada da Súmula 337/STJ, que prevê ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva.

*2. Foi constatado um equívoco na descrição dos fatos narrados para a imputação do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas) ao acusado. Isto posto, **é necessário que o processo retorne à sua origem para avaliar a possibilidade de propositura do ANPP**, independentemente das consequências jurídicas da aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico privilegiado) na dosimetria da pena, ou seja, para reduzir a pena.*

*3. **Uma vez reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, os patamares abstratos de pena estabelecidos na lei situam-se dentro do limite de 4 anos para a pena mínima, previsto no art. 28-A do CPP. Além disso, com a aplicação da minorante neste STJ, o acusado tem direito ao ANPP, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (overcharging) não deve prejudicar o acusado.***

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.098.985/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 28/2/2024.)

EMENTA RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

PENAL. ART. 28-A, CAPUT e § 14, DO CPP. DISCRICIONARIEDADE REGRADA. DEVER-PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECUSA EM OFERECER O ACORDO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXCESSO DE ACUSAÇÃO. CABIMENTO DA MINORANTE

PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO SUPERIOR DO PARQUET. INDEFERIMENTO DO MAGISTRADO. ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Os mecanismos consensuais constituem maneiras de alcançar resposta penal mais célere ao comportamento criminoso com redução das demandas judiciais criminais. Entretanto, ao mesmo tempo que aliviam a sobrecarga dos escaninhos judiciais e permitem priorizar o processamento de delitos mais graves, as ferramentas negociais também atuam como instrumentos político-criminais de relegitimação, limitação e redução dos danos causados pelo direito penal.

2. A aplicação das ferramentas de barganha penal observa uma discricionariedade regrada ou juridicamente vinculada do Ministério Público em propor ao investigado ou denunciado uma alternativa consensual de solução do conflito. Não se pode confundir, porém, discricionariedade regrada com arbitrariedade, pois é sob o prisma do poder-dever (ou melhor, do dever-poder), e não da mera faculdade, que ela deve ser analisada.

3. Se a oferta de institutos despenalizadores é um dever-poder do Ministério Público e se tais institutos atuam como instrumentos político-criminais de otimização do sistema de justiça e, simultaneamente, de contenção do poder punitivo estatal, com diminuição das cerimônias degradantes do processo e da pena, não cabe ao Parquet escolher, com base em um juízo de mera conveniência e oportunidade, se vai ou não submeter o averiguado a uma ação penal.

4. A margem discricionária de atuação do Ministério Público quanto ao oferecimento de acordo diz respeito apenas à análise do preenchimento dos requisitos legais, sobretudo daqueles que envolvem conceitos jurídicos indeterminados. É o que ocorre, principalmente, com a exigência contida no art. 28-A, caput, do CPP, de que o acordo só poderá ser oferecido se for "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

5. Vale dizer, não é dado ao Ministério Público, se presentes os requisitos legais, recusar-se a oferecer um acordo ao averiguado por critérios de conveniência e oportunidade. Na verdade, o que o Ministério Público pode fazer - de forma excepcional e concretamente fundamentada - é avaliar se o acordo é necessário e suficiente à prevenção e reprovação do crime, o que é, em si mesmo, um requisito legal. 6. O

Ministério Público tem o dever legal (art. 43, III, da Lei Orgânica do Ministério Público - Lei n. 8.625/1993) e constitucional (art.

129, VIII, da CF) de fundamentar suas manifestações e, embora não haja direito subjetivo à entabulação de um acordo, há direito subjetivo a uma manifestação idoneamente fundamentada do Ministério Público. E cabe ao Judiciário, em sua indeclinável, indelegável e inafastável função de "dizer o direito" (juris dictio), decidir se os fundamentos empregados pelo Parquet se enquadram ou não nas balizas do ordenamento jurídico.

7. A negativa de oferecimento de mecanismo de justiça negocial por não ser necessário e suficiente à reprovação e à prevenção do crime deve sempre se fundar em elementos concretos do caso fático, os quais indiquem exacerbada gravidade concreta da conduta em tese praticada. Tal exigência não se satisfaz com a simples menção a qualquer circunstância judicial desfavorável, porquanto a existência de alguma gravidade concreta pode ser inicialmente contornada com

reforço e incremento das condições a serem fixadas para o acordo e não justifica, de forma automática, sob a perspectiva do princípio da intervenção mínima - que confere natureza subsidiária à ação penal -, a recusa à solução alternativa.

8. Não cabe ao Ministério Público nem ao Poder Judiciário, salvo excepcionalmente em caso de inconstitucionalidade - como, por exemplo, reconheceu a Segunda Turma do STF em relação aos crimes raciais -, deixar de aplicar mecanismos consensuais legalmente previstos em favor do averiguado com base, apenas, na natureza abstrata do delito ou em seu caráter hediondo. Isso significaria criar, em prejuízo do investigado, novas vedações não previstas pelo legislador, o qual já fez a escolha das infrações incompatíveis com a formalização de acordo.

9. A modalidade privilegiada contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem o potencial de reduzir a pena mínima abaixo de 4 anos de reclusão, o que permite, em princípio, a aplicação do ANPP, segundo o art. 28-A, § 1º, do CPP, e ainda afasta a natureza hedionda do delito, conforme previsão legal do art. 112, § 5º, da Lei de Execução Penal e entendimento pacífico dos tribunais superiores. Nada impede, portanto, ao menos em abstrato, a aplicação de acordo de não persecução penal no crime de tráfico de drogas.

10. Isso não se altera pelo fato de a referida causa de diminuição ter frações variáveis e só ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena, pois não retira do Ministério Público o dever de analisar o seu potencial cabimento já no momento de oferecer denúncia, a teor do art. 28-A, § 1º, do CPP. Por se tratar o ANPP de instituto balizado pela pena mínima cominada ao delito, devem-se considerar as causas de diminuição aplicáveis na maior fração abstratamente possível para verificar se o referido requisito legal é preenchido.

11. A ação penal tem natureza sempre subsidiária e a pena é, nas palavras de Claus Roxin, a "ultima ratio da política social", de modo que não se pode inaugurar a via conflitiva da ação penal condenatória sem nem sequer tentar, anteriormente, uma solução consensual mais branda (prevista em lei). Falta, nesse caso, interesse de agir para a deflagração da ação penal, a qual, à vista do cabimento de um mecanismo consensual, ainda não seria necessária.

12. Eventualmente, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, pode acabar incorrendo em excesso de acusação, ora em relação à gravidade da capitulação, ora em relação à quantidade de fatos imputados. Essa prática, nos Estados Unidos, é chamada de overcharging e frequentemente faz com que o investigado opte por um acordo de plea bargain como meio de evitar o risco de um processo penal mais severo. No Brasil, onde há limites legais - relativos à quantidade da reprimenda - para a incidência do instituto despenalizador, nota-se a ocorrência de fenômeno similar, mas por vezes invertido, que se poderia chamar de "overcharging às avessas": o excesso de acusação não leva o imputado a aceitar um acordo, mas o impede de celebrar o acordo.

*13. Isso faz com que, na sentença, o julgador acabe por desclassificar a conduta para um tipo penal menos grave ou por julgar apenas parcialmente procedente a pretensão punitiva. Nessas hipóteses, **em razão da nova capitulação, passa a ser cabível o oferecimento de benefícios antes incompatíveis com os termos da denúncia, conforme o disposto na Súmula n. 337 deste Superior Tribunal.***

14. Nesses casos, todo o aparato judicial é mobilizado, com dispêndio de recursos financeiros, dispêndio desnecessário de tempo e desgaste emocional excessivo de diversos atores do sistema de justiça criminal -

inclusive vítima e testemunhas -, para que, ao final, seja aplicada uma solução que já era cabível desde o início da ação. Isso representa não apenas um desprestígio ao princípio da eficiência processual (art. 37, caput, da CF e art. 8º do CPC) e a imposição de um constrangimento evitável ao acusado, mas também expõe a falta de utilidade da pretensão condenatória inicialmente veiculada na denúncia.

15. Para oferecer denúncia, o Ministério Público deve justificar de maneira concreta e idônea o não cabimento do acordo de não persecução penal. No caso do tráfico de drogas, isso significa demonstrar, em juízo de probabilidade, com base nos elementos do inquérito e naquilo que se projeta para produzir na instrução, que o investigado não merecerá a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, pelo menos, que, mesmo se a merecer, a gravidade concreta do delito é tamanha que o acordo não é "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

16. Caso contrário, a recusa injustificada ou ilegalmente motivada do Parquet em oferecer o acordo deve levar à rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir para o exercício da ação penal, nas modalidades necessidade e utilidade (art. 395, II, do CPP).

17. Na espécie, o recorrente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. O Ministério Público recusou-se a oferecer acordo de não persecução penal (ANPP) ao acusado, sob o único fundamento de que o tráfico de drogas era crime hediondo. Na primeira oportunidade que teve para se manifestar nos autos, a qual coincidiu com a audiência, a defesa impugnou a inidoneidade da fundamentação do Ministério Público e requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, o que foi negado pelo Magistrado, com o argumento de que houve apreensão de dois tipos de drogas e de dinheiro.

18. No entanto, em alegações finais, o próprio Ministério Público requereu a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que foi acolhido na sentença, na fração máxima, sem recurso ministerial.

19. Assim, mostra-se configurada a violação do art. 28-A, caput e § 14, do CPP tanto pela inidoneidade da fundamentação usada pelo membro do Ministério Público para se recusar a oferecer o acordo quanto pela ausência de remessa dos autos pelo Magistrado à instância revisora do Parquet, a qual só pode ser negada se evidente a ausência de requisito objetivo, o que não era o caso.

20. Recurso especial provido para anular o recebimento da denúncia e determinar a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de que reavalie, motivadamente, a recusa em oferecer o acordo de não persecução ao recorrente.

(REsp n. 2.038.947/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 23/9/2024.)

Desse modo, sendo a paciente denunciada como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, mas reconhecido pelo magistrado sentenciante a minorante do art. 33, § 4º, da referida lei, devem os presentes autos retornar à origem para que seja oportunizado à paciente o oferecimento do acordo de não

persecução penal.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para, concedendo a ordem, determinar a conversão da ação penal em diligência, a fim de determinar o retorno dos autos à instância de origem para exame da possibilidade de oferta de ANPP junto ao Ministério Público.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0283554-9

AgRg no
HC 933.284 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50072262820208240033 50072748420208240033

EM MESA

JULGADO: 15/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUANA GABRIELA CEZIMBRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUANA GABRIELA CEZIMBRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.