

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 206.660 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

AGTE.(S) :-----

AGTE.(S) :-----

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AGDO.(A/S) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida nestes autos (documento eletrônico 11).

O agravante sustenta, em síntese, o seguinte:

“Discute-se, na impetração, se o acordo de não persecução penal (ANPP) poderia ser oferecido, uma vez que o processo já estava em curso quando da edição da Lei 13.964/19.

Inicialmente, cabe destacar que a norma em questão tem natureza mista, contendo aspecto penal e aspecto processual penal, como já amplamente reconhecido. Importa verificar a interpretação dada pelo STF ao direito intertemporal em situações prévias assemelhadas. Pode-se dizer que, para a Corte, prevalece o aspecto material da norma mista, sendo sua aplicação retroativa, ou não, verificada a partir da perquirição se a nova lei é mais favorável aos acusados quanto à matéria penal, em obediência ao mandamento extraído do texto constitucional, artigo 5º, inciso XL, da CF/88.

[...]

Portanto, o que deve prevalecer na análise da retroatividade na aplicação de norma mista é o conteúdo penal nela veiculado: se mais benéfico que a disciplina anterior, retroage; se mais gravoso, não” (págs. 3 e 5 do documento eletrônico 13).

Ao final, pede que

“[...] seja exercido o juízo de retratação por Vossa Excelência, com a concessão da ordem para a anulação do

acórdão, sendo remetidos os autos ao Ministério Público para que verifique a possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal ao caso em tela, nos termos do requerimento defensivo na fase recursal.

Caso mantida a decisão agravada, pedem seja o presente agravo levado à Turma em destaque para que esta dê provimento ao recurso e conceda a ordem.

Pugnam, ainda, pela intimação pessoal da Defensoria Pública-Geral da União para a sessão de julgamento do writ (pág. 8 do documento eletrônico 13).

Muito bem. O § 2º do art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece que “[o] agravo regimental será protocolado e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do Plenário ou da Turma, a quem caiba a competência, computando-se também o seu voto”.

Nesses termos, considerados os argumentos apresentados pela defesa, patrocinada pela Defensoria Pública da União, reconsidero a decisão anteriormente proferida, tornando-a sem efeito.

Com efeito, a presente impetração volta-se contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao AgRg no HC 644.042/SC (documento eletrônico 8).

O impetrante alega, em síntese, que

“[...] os pacientes preenchem os presentes requisitos objetivos, o que possibilita o oferecimento do acordo, pois tratase 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.

A controvérsia surge quanto à possibilidade, ou não, de aplicação retroativa nas ações penais em curso em benefício do acusado, tendo em vista a natureza jurídica mista (direito material e processual)” (pág. 4 do documento eletrônico 1).

Ao final, pede

“[...] seja concedido o pedido liminar, a fim de suspender o andamento processual até o julgamento final do presente pedido de *habeas corpus*.

No mérito, requer a defesa a concessão da ordem de *habeas corpus* em favor de ----- e ----- para determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para a verificação de eventual possibilidade de oferecimento de proposta de Acordo de Não Persecução Penal pelo MPF em benefício dos ora pacientes.

Pugna ainda pela intimação pessoal do Defensor Público Geral da União da sessão de julgamento da presente ordem” (págs. 10-11 do documento eletrônico 1).

É o relatório necessário. Decido.

Registre-se, inicialmente, que embora o presente *habeas corpus* tenha sido impetrado em substituição a recurso ordinário, não oponho óbice ao seu conhecimento, na linha do que decidiu o Plenário deste Supremo Tribunal no julgamento do HC 152.752/SP, Rel. Min. Edson Fachin.

Anote-se, também, que o art. 192, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal faculta ao Relator denegar ou conceder a ordem de *habeas corpus*, ainda que de ofício, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal.

Por esses motivos, passo ao exame da presente impetração.

Discute-se, nos presentes autos, a retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), constante do art. 28-A do Código de Processo Penal – CPP, inserido pela Lei 13.964/2019.

Quanto ao tema, destaco que o Ministro Gilmar Mendes afetou ao Plenário, nos termos do art. 22, parágrafo único, **b**, do Regimento Interno do STF – RISTF, o julgamento do HC 185.913/DF, fundado na “[...] potencial ocorrência de tal debate em número expressivo de processos e a potencial divergência jurisprudencial, o que destaca a necessidade de resguardar a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais, sempre em respeito aos direitos fundamentais e em conformidade com a Constituição Federal”.

O relator delimitou, naqueles autos, as seguintes “questõesproblemas”:

“a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?

b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou do processo?”

Aquela *writ*, desde então, aguarda o julgamento pelo Colegiado maior.

Ressalto, contudo, que a Primeira Turma desta Suprema Corte tem se orientado 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, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma).

Na decisão agravada, apliquei essa conclusão a que chegou a Primeira Turma. Todavia, após reanálise do caso concreto, decidi por discordar

desse entendimento e, desde logo, entendo necessário antecipar o meu novo posicionamento quanto ao tema, pois creio que essa norma processual possui um maior alcance temporal.

Como é de conhecimento geral, a Lei 13.964/2019, cunhada de “Pacote Anticrime” e em vigência desde 23/1/2020, introduziu fecundas mudanças na legislação processual, dentre elas a inclusão do art. 28-A no Código de Processo Penal, que trata do referido Acordo de Não Persecução Penal.

Cuida-se, a toda evidência, de instrumento consensual híbrido, qualificado como negócio jurídico extrajudicial singular firmado entre o investigado, assistido por seu defensor, e o órgão do Ministério Público. Sim, porque as partes ajustam cláusulas negociais a serem cumpridas pelo contratante, de modo que, em contrapartida, ficará esvaziada a pretensão estatal, por meio da decretação da extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13º, do CPP), após o cumprimento daquelas condições.

Ademais, a legislação processual vigente discriminou, de forma exaustiva, as hipóteses em que a justiça penal negociada não poderá ocorrer, ou seja, indicou expressamente as situações de impedimento ao ANPP, conforme previsão tipificada no art. 28-A, § 2º, do CPP.

Quanto à possibilidade de retroação do ANPP, reconhecidamente norma processual penal mais benéfica, lembro que ao julgar o HC 180.421/SP, a Segunda Turma desta Suprema Corte decidiu que “[a] expressão ‘lei penal’ contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no *status libertatis* do indivíduo”. Concluindo que “[o] § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação como regra, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque, ao mesmo tempo em que cria

condição de procedibilidade para ação penal, modifica o exercício do direito de punir do Estado ao introduzir hipótese de extinção de punibilidade, a saber, a decadência (art. 107, inciso IV, do CP)”.

Assim, “[essa] inovação legislativa, ao obstar a aplicação da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado”.

Assentou-se, ademais, que, “[diferentemente] das normas processuais puras, que são orientadas pela regra do *tempus regit actum* (art. 2º do CPP), as normas de conteúdo misto, quando favoráveis ao réu, devem ser aplicadas de maneira retroativa em relação a fatos pretéritos enquanto a ação penal estiver em curso, nos termos do que dispõe o art. 5º, inciso XL, CF (‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’)

Nessa esteira, Gustavo Badaró leciona que,

“[no] direito penal, o problema da sucessão de leis no tempo é resolvido segundo a garantia constitucional de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (CR, art. 5º, *caput*, XL).

Já no campo processual penal, a norma geral de direito intertemporal encontra-se prevista no art. 2º do CPP: ‘A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’. Trata-se do princípio *tempus regit actum*, que não se confunde com a ideia de retroatividade da lei processual.

[...]

Inegavelmente, há normas de caráter exclusivamente penal e normas processuais puras. Todavia, a doutrina também reconhece a existência das chamadas normas mistas ou normas processuais materiais. Embora não se discuta a existência de tais normas, há discrepância quanto ao conteúdo mais restrito ou mais ampliado que se deve dar a tais conceitos.

A corrente restritiva considera que são normas processuais mistas, ou de conteúdo material, aquelas que, embora disciplinadas em diplomas processuais penais, disponham sobre o conteúdo da pretensão punitiva. Assim, são normas formalmente processuais, mas substancialmente materiais, aquelas relativas: ao direito de queixa ou de representação, à prescrição e decadência, ao perdão, à perempção, entre outras.

Mesmo que se adote a corrente restritiva, inegavelmente devem ser consideradas normas processuais materiais, ou normas mistas, com aplicação retroativa, por serem mais benéficas, os seguintes dispositivos da Lei 13.964/2019: a exigência de representação para o crime de estelionato (CP, art. 171, § 5º), a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A).

[...]

De outro lado, no que diz respeito ao acordo de não persecução (CPP, art. 28-A), igualmente é válido o paralelo com a situação trazida pela Lei 9.099/1995, com a criação de outro instituto consensual, no caso, a transação penal. Reconheceu-se, sem qualquer vacilação, o conteúdo misto de tal instituto que, por evitar a condenação do acusado era mais benéfico e, assim, passível de ser aplicado aos processos em curso. Para quem esteja sendo processado, por crime que passou a admitir o acordo de não persecução penal, tal instituto é mais benéfico e deve ser aplicado retroativamente.

Com relação ao acordo de não persecução penal, a jurisprudência se encaminhou no sentido de que no caso de investigações em curso, poderia ter aplicação imediata a nova lei e ser formulada a proposta de acordo de não persecução penal mas, por outro lado, no caso de processo com denúncias já oferecidas quando entrou em vigor a lei, não seria possível a formulação de tal proposta. A 1ª Turma do STF, no julgamento do HC 191.464/SC AgR, fixou a seguinte tese: 'o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia'. A matéria foi afetada ao Plenário do STF, pelo Min. Gilmar Mendes, no HC nº 185.913/DF, que ainda não se pronunciou sobre o tema.

Há, contudo, entendimento contrário, no sentido de que o acordo de não persecução penal também se aplica aos processos em curso, desde que não tenha havido o trânsito em julgado. É a posição à qual nos filiamos.

Não se disputa a premissa de que o acordo de não persecução penal é um instituto de natureza mista, de direito penal e processual penal. O caráter benéfico, no plano do direito material é inegável: aceito e cumprido o acordo de não persecução penal, o imputado não será denunciado, processado nem condenado. Não sofrerá as consequências penais nem civis de uma sentença condenatória. Trata-se, pois, no plano material de norma evidentemente benéfica e, como tal, deve ser aplicada a fatos ocorridos antes do início de sua vigência.

Não se pode esquecer, contudo, da face processual do acordo de não persecução penal. O instituto visa evitar os males de um processo penal que, ao final, ainda que redunde em condenação, não levará o réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade. O processo em si mesmo já é um mal para o acusado, independentemente do seu desfecho. Por outro lado, movimentar a máquina judiciária, levando até o fim a persecução penal, para que, após a condenação, o acusado simplesmente pague uma multa ou, tenha que cumprir pena restritiva de direitos ou, ainda, no máximo, obtenha o sursis, não deixa de ser algo ineficiente e que representa desperdício de tempo e dinheiro.

Assim, por esse aspecto de 'desprocessualização' do acordo de não persecução penal, poder-se-ia supor que, se quando o art. 28-A do CPP entrou em vigor, houvesse processo instado, ou mesmo sentença proferida e estando pendente somente o julgamento do recurso, não haveria qualquer benefício em utilizar tal instituto, visto que a finalidade de sua aplicação não poderia ser atingida. O acordo de não persecução penal evita a própria instauração do processo. Mas no caso, já haveria um processo instaurado ou, até mesmo, em grau de recurso. Essas razões poderiam levar a uma resposta negativa sobre a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal,

após transposto o momento procedimental do oferecimento da denúncia.

A resposta positiva, contudo, parece mais correta. O acordo de não persecução penal, indiscutivelmente, é mais benéfico do que a condenação penal. Por essa razão, sempre que não houver óbice à aplicação de tal instituto, será necessário buscar a solução consensual. Não se pode objetar com a irracionalidade de não se processar quem já está sendo processado ou mesmo quem já se submeteu a todo rito em primeiro grau, ou mesmo parte da fase recursal. As repercussões e vantagens do acordo de não persecução penal, no plano material, principalmente em relação à não caracterização da reincidência, autorizam sua aplicação aos processos em curso quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, mesmo se houver denúncia oferecida e, até mesmo, se o processo já se encontre em fase bastante desenvolvida.

O único óbice temporal é quando já houver a coisa julgada. Não se desconhece que o art. 2º, *caput*, do Código Penal, prevê a aplicação da lei penal mais benéfica, mesmo após o trânsito em julgado da condenação penal. Mas essa regra se aplica aos casos de *novatio legis in melius*, referente a institutos exclusivamente de direito penal. No caso de normas mistas, com conteúdo material e processual, a existência de um processo em curso é um limite que não pode ser transposto.

Voltando ao tema das normas processuais mistas, ou de conteúdo material, a corrente ampliativa define-as como aquelas que estabeleçam condições de procedibilidade, ou que disciplinem constituição e competência dos tribunais, que tratem dos meios de prova e sua eficácia probatória, dos graus de recurso, da liberdade condicional, da prisão preventiva, da fiança, das modalidades de execução da pena e todas as demais normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão.

Preferível a corrente extensiva. Todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando, direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo sob a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material. Com base nessa premissa, são normas processuais de conteúdo

material as regras que estabelecem: as hipóteses de cabimento de prisões e medidas cautelares alternativas à prisão, os casos em que tais medidas podem ser revogadas, o tempo de duração de tais prisões, a possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, entre outras. Assim, quanto ao direito processual intertemporal, o intérprete deve, antes de mais nada, verificar se a norma, ainda que de natureza processual, exprime garantia ou direito constitucionalmente assegurado ao suposto infrator da lei penal. Para tais institutos, a regra de direito intertemporal deverá ser a mesma aplicada a todas as normas penais de conteúdo material, qual seja a da anterioridade da lei, vedada a retroatividade da *lex gravior*" (in BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-2.1).

Portanto, com base no referido precedente da Segunda Turma desta Suprema Corte, que, em caso análogo, reconheceu a retroação de norma processual penal mais benéfica em ações penais em curso até o trânsito em julgado, e na mais atual doutrina do processo penal, entendo que o acordo de não persecução penal é aplicável também aos processos iniciados em data anterior à vigência da Lei 13.964/2019, desde que ainda não transitados em julgados e mesmo que ausente a confissão do réu até o momento de sua proposição.

Feitos esses registros, transcrevo agora, por oportuno, a ementa que sintetiza o teor da decisão ora combatida:

“DIREITO E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. LEI N. 13.964/2019. FATOS ANTERIORES. DENÚNCIA RECEBIDA. INAPLICABILIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. É inadmissível *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, também à revisão criminal, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo se verificada flagrante

ilegalidade no ato judicial impugnado apta a ensejar a concessão da ordem de ofício.

2. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

3. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada.

4. Agravo regimental desprovido” (pág. 1 do documento eletrônico 8).

Conforme se verifica, a decisão da Quinta Turma do STJ destoa da conclusão a que cheguei na análise do caso concreto.

Isso posto, reconsidero a decisão anteriormente proferida (art. 317, § 2º, do RISTF), tornando-a sem efeito e, ato contínuo, concedo a ordem de *habeas corpus* (art. 192, *caput*, do RISTF), nos termos em que requerida.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 3 de outubro de 2022.

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator