

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 206.660 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
AGTE.(S) : **FELIPE DA ROCHA MEIRELES**
AGTE.(S) : **DEOMAR DO PRADO GONCALVES DE CANDIDO**
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

HC 206660 AGR / SC

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, podem 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 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

HC 206660 AGR / SC

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 FELIPE DA ROCHA MEIRELES e DEOMAR DO PRADO GONCALVES DE CANDIDO 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.

HC 206660 AGR / SC

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 “questões-problemas”:

“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?”

Aquele *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).

HC 206660 AGR / SC

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

HC 206660 AGR / SC

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.

HC 206660 AGR / SC

Ministro Ricardo Lewandowski

Relator