

11/11/2020

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 191.464 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO
AGTE.(S) : MARIO CESAR SANDRI
ADV.(A/S) : NILTON JOAO DE MACEDO MACHADO E
OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

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

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

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

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

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

A C Ó R D ã O

HC 191464 AGR / SC

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixar a 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.

Brasília, 30 de outubro a 10 de novembro de 2020.

Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO** - Relator

11/11/2020

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 191.464 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO
AGTE.(S) : MARIO CESAR SANDRI
ADV.(A/S) : NILTON JOAO DE MACEDO MACHADO E
OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra que, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao *habeas corpus*. A decisão foi assim ementada:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

2. Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes previstos no art. 1º, I e II, c/c o art. 12, I, da Lei 8.137/90, à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão. A sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na instância extraordinária, o recurso especial interposto não foi admitido na origem, sucedendo série de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça visando ao seu conhecimento e provimento, sem êxito.

3. Neste recurso, a parte agravante aduz que a decisão impugnada não está alinhada com o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, alega que a Sexta Turma do STJ entende que “a norma em

HC 191464 AGR / SC

discussão é de natureza mista e mais benéfica ao réu e deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado". Sustenta que o HC 191.464, Rel. Min. Gilmar Mendes, que trata da mesma matéria, foi remetido para deliberação do Plenário, o que torna "justo que o processamento da ação penal na origem seja suspenso".

4. Com essas considerações, a defesa requer a nulidade da decisão proferida pelo STJ e a *"suspensão do processamento da Ação Penal n. 0008918-31.2012.8.24.0033 até o julgamento final do HC 185.913/DF pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal"*.

5. É o relatório.

11/11/2020

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 191.464 SANTA CATARINA

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. O recurso não deve ser provido.
2. Inicialmente, indefiro o pedido de suspensão do *habeas corpus* até que haja o julgamento do HC 185.913, Rel. Min. Gilmar Mendes. Não obstante a relevância dos argumentos para que Sua Excelência afete o julgamento daquele caso ao Plenário do Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática de 23.09.2020), não há previsão legal que impeça o andamento de outros processos. Atenho-me à celeridade com que devem ser julgados os *habeas corpus*, como é o presente.
3. Quanto à pretensão recursal, a parte recorrente não trouxe novos argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.
4. Em essência, a decisão monocrática negou seguimento ao *habeas corpus* porque: (i) o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que, em princípio, “*é incabível recurso contra decisão que não possui conteúdo decisório nem se reveste de lesividade*”; e (ii) as peças que instruem a impetração não evidenciam ilegalidade flagrante ou abuso de poder capaz de justificar o imediato acolhimento da pretensão defensiva.
5. Discute-se a possibilidade de iniciar tratativas sobre o acordo de não persecução penal (ANPP), a pedido da defesa, em processo em curso. No caso, já havia sentença penal condenatória contra o paciente, confirmada em segundo grau e pelo próprio STJ, à época em

HC 191464 AGR / SC

que entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019. Ao assentar a inadmissibilidade da pretensão defensiva, apoiei-me em entendimento exposto pelos eminentes Min. Marco Aurélio no ARE 1171894 e Min. Cármen Lúcia no HC 186.289.

6. Considerando que a questão ainda não está madura, uma vez que as decisões referidas são monocráticas, aprofundo o enfrentamento.

7. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o ANPP, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida: (i) tem natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal; e (ii) tem natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal – CPP¹).

8. Para leis penais materiais, a Constituição prevê a retroatividade penal benéfica nos seguintes termos: *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”* (art. 5º, XL). A garantia foi também assegurada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal². Por outro lado, para leis penais processuais, a regra é a aplicação imediata, ressalvando-se a validade de atos anteriores, conforme art. 2º do CPP (*tempus regit actum*)³.

9. Em se tratando de leis penais híbridas, possível haver conformação entre os postulados, de forma que, de um lado, a aplicação

1 Art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal: *“Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”*.

2 Art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: *“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”*.

3 Art. 2º do Código de Processo Penal: *“A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”*.

HC 191464 AGR / SC

da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo (inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior. Se a conformação não for realizada expressamente pelo legislador, cabe ao intérprete fazê-la.

10. A hipótese cuida da possibilidade de se instaurar a discussão sobre o ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do trânsito em julgado.

11. Entretanto, penso que o procedimento em torno do ANPP o situa em uma fase específica da persecução penal e, diante da sua natureza também processual, deve ser prestigiada a marcha progressiva do processo.

12. A leitura do art. 28-A do CPP evidencia que a composição se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia. Não apenas porque o dispositivo refere *investigado* (e não réu) ou porque aciona o *juiz das garantias* (que não atua na instrução processual)⁴, mas sobretudo porque a consequência do descumprimento ou da não homologação é especificamente inaugurar a fase de oferta e de recebimento da denúncia (art. 28-A, §§ 8º e 10⁵).

4 Art. 3º-B, XVII, do Código de Processo Penal: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;”

5 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.” e “§ 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.”

HC 191464 AGR / SC

13. Dessa forma, o ANPP não se conforma com a instauração da ação penal, devendo ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade. Com efeito, a finalidade do acordo é evitar que se inicie processo, razão pela qual, por consequência lógica, não se justifica discutir a composição depois de recebida a denúncia.

14. O instrumento, embora inovador e pioneiro em certa medida, não é o primeiro incluído na legislação processual com o objetivo de revisitar a *obrigatoriedade da ação penal*. Podem ser citadas a transação penal, a suspensão condicional do processo ou mesmo a colaboração premiada nesse caminho.

15. O STF teve a oportunidade de enfrentar a aplicação intertemporal da suspensão condicional do processo, instituída pela Lei nº 9.099/1995. Em precedente paradigmático, de relatoria do Min. Moreira Alves, ficou assentado que a retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades para as quais foi editada a lei penal:

“‘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 prolatada 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

HC 191464 AGR / SC

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 nº 74.305, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1996⁶)

16. Nesse sentido, para o caso da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), o STF consolidou o entendimento de que a oferta do benefício poderia ocorrer até que fosse proferida sentença penal (seja condenatória ou absolutória, como se vê do HC nº 77.877, Rel. Min. Sydney Sanches). A *ratio decidendi* do precedente acima reproduzido deve ser aplicada ao ANPP, observadas suas peculiaridades em relação à suspensão condicional do processo. É que o ANPP, como dito, se esgota antes do oferecimento e do recebimento da denúncia e, diferentemente, a suspensão condicional do processo tem como pressuposto o início da ação penal.

17. Dito de outro modo, enquanto o ANPP se situa na fase pré-processual, que ocorre entre a investigação e o recebimento da denúncia, a suspensão condicional do processo se situa na fase processual, notadamente entre o recebimento da denúncia e a sentença penal. Assim, aplica-se a argumentação extraída do HC nº 74.305 (ação do *tempus regit actum* conforme a finalidade da inovação processual), mas não necessariamente o resultado em termos práticos (de viabilizar a oferta do benefício até que seja proferida a sentença).

18. De fato, o ANPP tem maior semelhança com a transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995) e, quanto a esse instrumento, há precedentes do STF no sentido de que, inaugurada a fase processual, há preclusão da oferta de transação:

6 O precedente foi referenciado no HC nº 115247, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.11.2013.

HC 191464 AGR / SC

I. Transação penal (L. 9.099/95): hipótese de conciliação pré-processual, que fica preclusa com o oferecimento da denúncia ou, pelo menos, com o seu recebimento sem protesto, se se admite, na hipótese, a provocação do Juiz ao Ministério Público, de ofício ou a instâncias da defesa. II. Transação penal: inaplicabilidade ao processo por crime de abuso de autoridade, que se sujeita a procedimento especial (L. 4.898/65).” (HC 77.216, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.06.1998⁷)

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. TRANSAÇÃO PENAL. ARTS. 89 E 76 DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICAÇÃO NO TEMPO. RETROATIVIDADE.

A lei nova benéfica pode ser aplicada tanto imediatamente, por ser desdobramento dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), como retroativamente, a ponto de alcançar fatos anteriores, desde que se mostre favorável ao agente (CF, art. 5º, LV).

Incabível se mostra a suspensão do processo, a que se refere o art. 89 da Lei nº 9.099/95, por se tratar de fato apreciado por sentença anterior ao advento da mesma.

Incabível, ainda, a transação penal prevista no art. 76 da mesma lei, porquanto pressupõe que seja acordada em momento anterior à formação da relação jurídica processual. Visando evitar o processo, não pode ser tida como vantagem da qual possa valer-se o condenado no momento em que se encontra o processo.

Precedentes da Corte.

Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 217.626, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24.04.1998)

19. Em resumo, extraio as seguintes conclusões: (i) o ANPP foi instituído por lei penal híbrida, de direito material e processual; (ii) leis penais dessa natureza subordinam-se à retroatividade penal benéfica e ao *tempus regit actum*; (iii) o ANPP se esgota na etapa pré-processual, portanto o recebimento da denúncia é marco limitador da sua

7 O precedente foi referenciado no HC nº 125626, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.06.2017.

HC 191464 AGR / SC

viabilidade; e (iv) na espécie, a retroatividade penal benéfica incide para autorizar a aplicação do ANPP para fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

20. A Primeira Turma do STF se pronunciou, na sessão de 13.10.2020, sobre a aplicação da Lei nº 13.964/2019 no tempo, avaliando a retroatividade da regra prevista no art. 171, § 5º, do Código Penal. Pela inovação legislativa, a ação penal que versa sobre estelionato, ressalvadas algumas hipóteses, tornou-se condicionada à representação do ofendido. Questionava-se se a alteração atingia ações penais em curso, definindo-se que a regra se aplica apenas às denúncias oferecidas após a vigência da nova lei:

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

1. Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua relevância, bem como da multiplicidade de *habeas corpus* sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela PRIMEIRA TURMA, fica superada a Súmula 691 e conhecida a presente impetração.

2. Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da

HC 191464 AGR / SC

infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “*condição de procedibilidade da ação penal*”.

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

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

5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de *Habeas Corpus*. INDEFERIMENTO da ordem.” (HC 187.341, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13.10.2020 – pendente de publicação)

21. A despeito da argumentação já desenvolvida, que situa a incidência do ANPP na fase pré-processual, tal como foi concebido no art. 28-A do CPP, e acomoda entendimento já aplicado pelo STF para hipótese semelhante, cabe trazer, em *obter dictum*, argumento de ordem consequencialista. Uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena -, fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado. Esse contexto não se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes.

HC 191464 AGR / SC

22. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental e proponho a seguinte fixação de 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”*.

23. É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 191.464

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S) : MARIO CESAR SANDRI

ADV.(A/S) : NILTON JOAO DE MACEDO MACHADO (19360/SC) E OUTRO(A/S)

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

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixou a 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. Primeira Turma, Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida
Secretário da Primeira Turma